

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 928

(Ano XI)
(19/10/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

COLUNISTA DA SEMANA



Porte e posse de arma de fogo e violência doméstica contra a mulher – Leis 13.880/19 E 13.882/19

17/10/2019 | Eduardo Luiz Santos Cabette06

ARTIGOS

Reforma tributária PEC nº 45/2019: criação do IBS, solução ou problema?

18/10/2019 | Edson Sebastião de Almeida 11

Da razoabilidade do prazo da interceptação telefônica em face ao sigilo das comunicações

18/10/2019 | Breno Varejão De Azevêdo..... 100

Iniciativa da ação penal nos delitos de lesão corporal de natureza leve e vias de fato no âmbito da Lei 11.340/06

18/10/2019 | Sara Elibia Rodrigues da Rocha Ferreira Machado 125

Alienação parental e a guarda compartilhada como medida de coerção

18/10/2019 | Fernanda Silva Carvalho 140

Divórcio impositivo

18/10/2019 | Denise Kobashi Silva..... 162

Conciliação e mediação descoberta para o desinchaço judicial e efetivação do acesso à justiça

18/10/2019 | Rafaela Fernandes de Oliveira..... 171

Aquisição de veículo automotor com isenção fiscal para pessoas com deficiência: Crítica ao valor limite para requerer isenção ICMS

17/10/2019 | Lucas Cardoso Silva..... 185

Direito e inteligência artificial: contraste entre teoria e prática das ODRs no Brasil

17/10/2019 | Débora Fernandes Pessoa Madeira..... 199

O crime de furto e roubo e as alterações trazidas pela lei 13.654/2018

17/10/2019 | Maycky Fernando Zeni216

Rompimento da barragem do Quati, um grito pela dignidade dos sertões

<i>17/10/2019 Tauan Rodrigues Queiroz</i>	<i>224</i>
Liberdade assistida: a eficácia da medida socioeducativa aplicada ao menor infrator	
<i>17/10/2019 Antonio Werlem da Cruz Rodrigues.....</i>	<i>231</i>
O réu foragido poderá ser levado a júri?	
<i>17/10/2019 Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior.....</i>	<i>251</i>
O reconhecimento e dissolução de união estável no Brasil e o meio processual cabível nas hipóteses de companheiros com ou sem filho menor de idade	
<i>16/10/2019 James Muniz Marinho Júnior.....</i>	<i>256</i>
Estatuto do desarmamento: o aumento da violência e suas implicações com a posse e porte de arma de fogo	
<i>16/10/2019 Kellyane Campos De Sousa.....</i>	<i>273</i>
Doenças ocupacionais e o nexó de causalidade: um estudo da base legal no Brasil	
<i>16/10/2019 Ingrid Susana da Silva Nascimento</i>	<i>288</i>
A delação premiada no combate ao crime organizado no Brasil	
<i>16/10/2019 Otair Soares Quadros</i>	<i>307</i>
Paternidade socioafetiva: reconhecimento e desenvolvimento Como reflexo da Constituição Cidadã de 1988	
<i>16/10/2019 Geiciane Alvernas Peres Silva</i>	<i>325</i>
Inovações no registro civil: a alteração do prenome e gênero de transgênero	
<i>16/10/2019 Anita Beatriz Nascimento Lira Barros</i>	<i>349</i>
Direito Fundamental à Defesa Criminal: A Defensoria Pública como Instrumento de Acesso à Justiça Penal	
<i>16/10/2019 Maria Elisa Lima Gomes</i>	<i>358</i>
Aborto humanitário e a proteção da dignidade da mulher vítima de violência sexual	
<i>16/10/2019 Luanna Ribeiro Maio.....</i>	<i>374</i>
A usucapião extrajudicial e a dificuldade de acesso dos hipossuficientes ao procedimento realizado nas serventias extrajudiciais do Estado do Amazonas	
<i>16/10/2019 Evelyn Acordi Makarem</i>	<i>384</i>
O uso de entorpecentes na Justiça Militar da União	

<i>15/10/2019 Wellington Nascimento Braz</i>	401
A problemática da segurança pública nos dias atuais	
<i>15/10/2019 Ubiratan Rocha Fernandes</i>	421
A duração da prisão cautelar: análise a partir do princípio da razoável duração do processo	
<i>15/10/2019 Myzael Aguiar Santos</i>	441
A aplicação do tipo penal do art. 215 a aos crimes sexuais sem violência ou grave ameaça anteriores à sua vigência face à jurisprudência da 6ª Turma do STJ	
<i>15/10/2019 Grace Karina Soares de Araújo</i>	461
Prisão na segunda instância: inconstitucionalidade ou eficiência na jurisprudência da Suprema Corte	
<i>15/10/2019 Hanna Gabriella de Magalhaes Garcia</i>	473
A criação do sistema nacional de atendimento socioeducativo (SINASE) e a aplicação das medidas socioeducativas	
<i>15/10/2019 Douglas Coelho Dos Reis</i>	488
Teoria e Prática das Organizações Sociais na Atividade de Gestão Pública: Estudo de caso da atividade social de uma Organização Social na gestão do hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz	
<i>15/10/2019 Maria do Carmo Oliveira Garcia</i>	500
Busca e apreensão	
<i>15/10/2019 Ronaldo Nascimento Costa</i>	522
A inconstitucionalidade do Artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho	
<i>15/10/2019 Petrônio Pena de Araujo Junior</i>	533
Financiamento de campanha eleitoral	
<i>15/10/2019 Daiane Luiza Freitas Silva</i>	546
A ressocialização de crianças, jovens e adolescentes	
<i>15/10/2019 Ariel Alencar Lopes</i>	561
Estupro de vulnerável e garantia do direito à sexualidade às pessoas com deficiência: A (aparente) antinomia entre as normas que conferem proteção e autonomia às pessoas com deficiência no que se refere à liberdade sexual	
<i>14/10/2019 Flavia Baldini Kemper</i>	569
Estupro de vulnerável o risco de atribuir o valor probante à palavra da vítima	

<i>14/10/2019 Wanderley San da Cruz Barbosa</i>	<i>607</i>
As lacunas na regulamentação legal da Interceptação Ambiental e as consequentes dificuldades de sua utilização no combate às organizações criminosas	
<i>14/10/2019 Ligia Cardoso Correia Sales</i>	<i>639</i>
Fake News e os Danos Psicológicos Decorrentes dos Crimes contra a Honra	
<i>14/10/2019 Katia Cristina da Silva Ferreira Nascimento</i>	<i>644</i>
O crescimento e a admissão da população idosa frente ao mercado de trabalho brasileiro	
<i>14/10/2019 Rennan Andrio de Souza Mendonça</i>	<i>663</i>
Menor infrator frente aos desafios na sua reintegração na sociedade	
<i>14/10/2019 Elaine Lima De Castro</i>	<i>678</i>
Mulheres no cárcere: maternidade e prisão	
<i>14/10/2019 Vanessa da Silva Sousa</i>	<i>694</i>
A insipiência em face da usucapião extrajudicial	
<i>14/10/2019 Beatriz Costa Santana</i>	<i>716</i>
Abuso sexual contra mulheres em transporte público	
<i>14/10/2019 Juliana Alves Gomes</i>	<i>735</i>
Alienação Parental	
<i>14/10/2019 Glenda caranha matsui</i>	<i>743</i>
O direito dos animais no Brasil: uma análise sobre a retirada do chifre dos bovinos	
<i>14/10/2019 Ivonei Lemes Pinotti.....</i>	<i>763</i>
Fraudes no processo licitatório e suas medidas preventivas: análise das principais fraudes ocorridas a partir de dados do Tribunal de Contas da União no ano de 2018	
<i>14/10/2019 Gabriel Vitorino Fortunato.....</i>	<i>778</i>
A flexibilização da posse e do porte de arma de fogo e o reflexo no feminicídio	
<i>14/10/2019 Raquel Davila Cruz da Cunha</i>	<i>805</i>
Lavagem de dinheiro no Brasil: dimensões materiais e processuais	
<i>14/10/2019 Matheus de Souza Linhares.....</i>	<i>822</i>

PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LEIS 13.880/19 E 13.882/19

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Algumas alterações foram realizadas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) pelas Leis 13.880/19 e 13.882/19, referindo-se à questão do porte e da posse legais de arma de fogo pelo agressor em casos de violência doméstica contra a mulher.

A Lei 13.880/19 acrescentou uma medida a ser tomada pela Autoridade Policial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de acordo com o disposto no artigo 12 da Lei 11.340/06. Foi acrescentado um inciso VI –A no referido artigo 12, que trata das providências a cargo do Delegado de Polícia em casos que tais.

Determina a lei que a Autoridade Policial deverá sempre perquirir se o agressor possui registro de porte ou de posse de arma de fogo. Em caso positivo, deve juntar tal informação aos autos e comunicar a instituição responsável pela expedição das licenças.

A medida é salutar. A juntada da informação aos autos serve para deixar mais evidenciada a situação de risco à mulher violentada, pois que a presença de uma arma de fogo em uma situação como essa obviamente incrementa o perigo de progressão criminosa, tão comum na violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso poderá então servir de parâmetro para a concessão de medidas protetivas de urgência, dentre elas a suspensão ou restrição da posse e/ou porte por

determinação Judicial, conforme consta do artigo 22, I e § 2º., da Lei 11.340/06. Também poderá servir de elemento na formação de convicção das autoridades sobre a existência de “risco atual ou iminente” para as vítimas, a ensejarem o afastamento do agressor do lar, seja pelo Juiz, seja pela Polícia nos respectivos casos tratados de acordo com a Lei 13.827/19, que deu nova redação à Lei Maria da Penha, com o artigo 12 - C. Além disso, a comunicação da instituição responsável pela emissão das licenças de porte e/ou posse de arma de fogo, pode acelerar o procedimento administrativo de suspensão ou cassação, bem como ensejar a alimentação do prontuário do indivíduo para negativa de concessões ulteriores, já que se revela violento e, portanto, pessoa não adequada para ser portadora ou mesmo possuidora de arma de fogo.

Pode parecer que essas providências são desnecessárias, eis que posteriormente constarão nas bases de dados do Judiciário e da Polícia Judiciária, podendo ser objeto de consulta. Entretanto, o que a legislação determina é uma antecipação, uma agilização tanto da pesquisa da existência de posse ou porte de arma em nome do agressor, como da informação à instituição responsável, logo no momento do registro da ocorrência, ao passo que informações nos sistemas do Judiciário e da Polícia Judiciária somente ficam disponíveis após instauração de Inquérito Policial e formal indiciamento com elaboração de Boletim de Identificação Criminal e seu cadastro digital.

A mesma Lei 13.880/19 também acrescenta um inciso IV no artigo 18 da Lei 11.340/06, onde se trata das providências judiciais imediatas à comunicação de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher com pedido de medidas protetivas. Agora o magistrado deve, entre outras medidas, determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor. Note-se que o disposto neste inciso do artigo 18 se coaduna perfeitamente com o determinado no inciso VI – A, do artigo 12. A Autoridade Policial constará a informação na ocorrência sobre a posse ou porte de arma pelo agressor. Então o Juiz receberá o pedido de medidas protetivas, onde constará a ocorrência e essa informação. Ciente da situação de risco evidente criado pela presença de uma arma de fogo em situação conflitiva, deverá o magistrado, por força da lei e “ad cautelam”, determinar a imediata

apreensão da arma de fogo, expedindo o respectivo Mandado de Busca. Trata-se de uma medida preventiva, cautelar, a fim de evitar a progressão criminosa, como, por exemplo, casos de mera ameaça que acabam em homicídio. Parece claro também que o inciso IV do artigo 18 deve ser interpretado e aplicado em consonância com o inciso I do mesmo artigo. Ou seja, o Juiz deve avaliar primeiro se são cabíveis realmente medidas protetivas de urgência. Somente em caso positivo é que determinará a apreensão da arma de fogo. Não haveria lógica na conduta do magistrado que indeferisse as medidas protetivas e, ao mesmo tempo, determinasse a apreensão da arma de fogo, que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que, por natureza, uma espécie de medida protetiva. A única diferença é que a apreensão da arma é uma medida protetiva que decorre diretamente da lei, não necessitando de requerimento da ofendida ou do Ministério Público. Ora, se não há sustento para medidas protetivas outras, também não haverá, ao menos em regra, para a apreensão da arma. É claro e evidente que, eventualmente, a medida protetiva adequada para um caso concreto pode ser exatamente a apreensão da arma de fogo e não outras, mas isso parece que será raro. O natural será que haja a necessidade de medidas protetivas, tais como proibição de aproximação, afastamento do lar etc. e também a de apreensão da arma de fogo. Tudo, porém, deve ser sopesado de acordo com a necessidade, adequação e proporcionalidade, nos estritos termos do artigo 282, I, II e § 1º., CPP. Ademais, a determinação ora contida no artigo 18, IV da Lei Maria da Penha, é certamente um passo antecipado ou instrumental para a decretação da medida protetiva de suspensão ou restrição do porte e/ou posse de arma de fogo, nos termos do artigo 22, I e § 2º., do mesmo diploma pelo magistrado.

Chegou a ser noticiado midiaticamente, quando da publicação da Lei 13.880/19 que a partir desse marco normativo, poderia o Delegado de Polícia, por deliberação própria, proceder à apreensão imediata da arma de fogo do agressor que tenha posse ou porte legais. A análise do diploma legal aponta para o equívoco dessa notícia. O Delegado de Polícia deve constar a informação da existência de porte e/ou posse na ocorrência e comunicar a instituição responsável (artigo 12, VI – A, Lei 11.340/06). A decisão de apreensão ou não da arma legalmente detida pelo

agressor é exclusiva do Juiz (reserva de jurisdição – artigo 18, IV c/c artigo 22, I e § 2º., Lei 11.340/06). A única medida protetiva que pode ser deferida diretamente pelo Delegado de Polícia, nos termos do artigo 12 – C, I e § 1º., da Lei 11.340/06 com nova redação dada pela Lei 13.827/19, é a de afastamento do lar, mesmo assim em localidades que não sejam sede de Comarca. Observe-se que se está falando de arma legalmente registrada e porte legal. No caso de arma irregular ou porte ilegal de arma, é claro e evidente que poderá e deverá a Autoridade Policial proceder, por si mesma, a apreensão e, inclusive, a prisão em flagrante do infrator (inteligência dos artigos 12, 14 ou 16 da Lei 1.826/03). Assim também, mesmo em casos de porte e/ou posse legais, em que o autor seja surpreendido com a arma sendo usada como instrumento de agressão, tentativa de agressão ou mesmo ameaça contra a mulher. Nesse caso o instrumento do crime deve ser apreendido, pois que constitui materialidade delitiva, inclusive para fins periciais. Mas, esses casos não derivam da Lei 13.880/19. Eles são regradados, desde 1941, pelo Código de Processo Penal Brasileiro em seu artigo 6º., II, III e VII. Sendo, portanto, o caso de arma legal não utilizada pelo agente na conduta agressiva ou ameaçadora, cabe somente o registro da informação e comunicação dos órgãos respectivos pelo Delegado de Polícia, sendo a decisão pela apreensão cautelar de competência do Juiz de Direito.

A Lei 13.882/19 amplia a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar. É incluído um § 7º., no artigo 9º., da Lei Maria da Penha, garantindo prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar para a matrícula ou transferência de seus dependentes em instituição de educação básica, bastando para isso a apresentação da documentação que comprove o registro da ocorrência policial ou o processo de violência doméstica e familiar em trâmite. A garantia de prioridade se faz sem maiores burocracias, note-se que o simples registro de ocorrência já é um documento hábil à garantia desse direito. É fato que muitas vezes a mulher vitimizada precisa se afastar do local de moradia anterior, visando evitar contato com o agressor e isso pode gerar problemas com relação à frequência escolar dos dependentes. A legislação então procura garantir que os menores não fiquem privados de sua educação devido ao episódio lamentável de violência que ocorreu em seu seio familiar.

Ademais, o § 8º. determina que os dados de matrícula ou transferência serão sigilosos, somente a eles tendo acesso o Juiz, o Ministério Público e órgãos do poder público. Embora não seja expresso é mais que óbvio que o agressor não terá o direito de ser informado sobre esses dados. O sigilo nesse caso é não somente externo, mas abrange o acusado internamente ao processo criminal. Entende-se que nem mesmo o defensor poderá ter acesso a tais informações, eis que não têm relevância para a discussão da causa e em nada prejudicam o exercício da ampla defesa e do contraditório. Prevalece nesse caso o interesse de proteção dos dependentes e da vítima.

Em consonância com o dispositivo acima mencionado a Lei 13.882/19 institui nova medida protetiva de urgência à ofendida consistente na determinação judicial de matrícula dos dependentes da mulher – vítima em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou a transferência deles para outra instituição adequada. A ordem judicial deverá ser cumprida imediatamente, independentemente de procedimentos burocráticos ou mesmo da existência momentânea de vaga de acordo com critérios de lotação (artigo 23, V, com nova redação dada pela Lei 13.882/19).

REFORMA TRIBUTÁRIA PEC Nº 45/2019: CRIAÇÃO DO IBS, SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

RESUMO: Neste artigo nosso objetivo é mostrar às diversas áreas do conhecimento de nossa sociedade porque a PEC nº 45/2019 não é um instrumento jurídico adequado, por ter como característica mais de um "Ajuste Fiscal". Além do mais, ao invés de revogar 5 (cinco) tributos deveria aperfeiçoá-los, os quais fazem parte do Código Tributário Nacional (CTN) há décadas. De fato, a proposta criou o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), cujas características preveem o princípio da não cumulatividade plena, a exemplo do IVA, cobrado em outros países, ou seja, poderá ser recuperado o imposto com modelo de tributação sobre o consumo pago nas etapas anteriores da cadeia de produção e comercialização do bem ou serviço. Não obstante, a não cumulatividade não é nenhuma novidade, pois o CTN atualmente possui seus conceitos amplamente divulgados, pelos quais se busca o aperfeiçoamento e não o abandono do acervo jurídico tributário do Brasil. Outro ponto negativo foi a omissão da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), que é importante para a cadeia de produção e comercialização do setor minerário e siderúrgico. O IBS incidirá em todas as etapas de produção e comercialização, sob alegação de que a não cumulatividade proporcionará o direito ao crédito fiscal dos impostos pagos nas etapas anteriores; por esse motivo, o IBS, ao albergar 3 (três) impostos e 2 (duas) contribuições, ocasionará um aumento da carga tributária, cujo consumidor final pagará o ônus tributário. Outro ponto negativo é a criação de um imposto seletivo, cuja incidência

será monofásica, pois, tanto o IPI quanto o ICMS adotam o princípio da seletividade; com isso, poderão ocorrer duplicidades e polêmicas nas hipóteses de incidência tributária em relação ao imposto a ser criado e o IBS. Finalmente, a PEC nº 45/2019, bem como qualquer outra PEC, efetivamente deverão atender aos anseios dos contribuintes de forma ampla em relação a todos tributos do CTN, caso contrário não se tratará de uma Reforma e sim de um Ajuste Fiscal, o qual tem por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação por meio da elevação das alíquotas dos tributos, aliás, uma verdadeira “reengenharia financeira” da Administração Pública.

Palavras-chaves: Reforma tributária. Proposta de Emenda Constitucional. PEC nº 45-2019. Justificativa da PEC. Pontos negativos. Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Não cumulatividade. CFEM. Regra-matriz das hipóteses de incidência tributária. Carga tributária. Sistema Tributário Nacional. Créditos fiscais: físicos e financeiros. União, Estados e Municípios. Pacto Federativo. Seletividade. Extrafiscalidade, benefícios e incentivos fiscais. Cadeia produtiva. Governo Eletrônico. Reengenharia financeira. Ajuste Fiscal.

RÉSUMÉ: Notre objectif dans cet article c’est montrer aux divers secteurs de la connaissance de notre société pourquoi la PEC numéro 45/2019 n’est pas un instrument convenable, parce qu’elle présente la caractéristique plus d’un “Ajustement Fiscal”. D’ailleurs, à la fois de révoquer 5 (cinq) tributs, on devrait les perfectionner, puisqu’ils ont rapport au Code Tributaire National (CTN) il ya long temps. En effect, à travers la PEC (la proposition) on n’a crée l’Impôt sur Biens et Services (IBS), dont les caractéristiques prévoient le début de non cumulativité pleine, à exemple du IVA qui est recouvré par d’autres pays, c’est à dire, on pourra récupérer l’impôt avec le modèle de tributation sur la consommation payé dans les étapes antérieures de la chaine de production et commercialization du bien ou service. Cependant, non-cumulativité n’est pas une chose nouvelle, donc le CTN actuellement possède des concepts amplement divulgués auxquels on cherche perfectionner et non pas quiter l’acquis juridique tributaire du Brésil. L’autre point négatif s’agit de la omission de la CFEM, très importante pour la chaine de production et commercialization du secteur minerais et du sidérurgique. L’ IBS pourra avoir de l’incidence dans toutes les étapes de production et commercialization, sous l’allégation que non cumulativité va proportionner le droit au crédit fiscal des impôts payés aux étapes antérieures; en raison de cela, l’ IBS, en contenant 3(trois) impôts et 2(deux) contributions, provoquera l’augmentation de la charge tributaire, dont le consommateur final payera la charge tributaire. Encor, un autre point négatif c’est la création d’un impôt sélectif, dont l’incidence

sera monofásica, em considerando que o IPI e o ICMS adotem o início de seletividade; por conseguinte, poderá ocorrer das publicidades e polêmicas às hipóteses de o impacto tributário em relação ao imposto que deverá ser criado em considerando o IBS. Finalmente, a PEC número 45/2019 e alguma outra PEC deverão levar em conta o desejo dos contribuintes de maneira ampla em relação a todos os tributos do CTN, ao contrário, não se trata de uma Reforma e sim de um Ajustamento Fiscal, o qual tem por objetivo equilibrar de novo o quadro de receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de despesas e de aumento da receita por meio de aumento de taxas de tributos; ademais, em verdade, isso parece mais com um “gênio financeiro” da Administração Pública.

Mots-clés: Reforma tributária. Proposição de Ajustamento Constitucional. PEC nº 45-2019. Justificação da PEC. Pontos negativos. Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Não-cumulatividade. CFEM. Regra-qualificação das hipóteses de o impacto tributário. Carga tributária. Sistema Tributário Nacional. Créditos fiscais: físicos e financeiros. União, Estados e Municípios. Acordo Federativo. Seletividade. Extra-fiscalidade, benéficas e incentivos fiscais. Cadeia produtiva. Governo Eletrônico. Gênio financeiro. Ajustamento Fiscal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Algumas noções sobre as inclusões e alterações e suas justificativas da PEC nº 45/2019. 3. Análise crítica da PEC nº 45/2019, características do IBS e seus pontos positivos e negativos no contexto do atual Sistema Tributário Nacional. 4. Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

O nosso trabalho tem como objetivo mostrar à sociedade brasileira que a Emenda Constitucional, ou seja, a PEC nº 45/2019, não é o instrumento jurídico adequado para as mudanças no sistema tributário nacional, cujo funcionamento transita desde 1966, quando foi instituído o Código Tributário Nacional (CTN).

Vale ressaltar que a Lei nº 5.172, de 25/10/1966, passou a ter força de lei complementar e a denominar-se Código Tributário Nacional, por determinação do art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13/3/1967, bem como foi recepcionada pela nossa Carta Política de 1988, sendo a principal lei do nosso Sistema Tributário Nacional.

Ora, nosso trabalho mostrará ao leitor que o Sistema Tributário Nacional vigente no País se encontra num estágio funcional que envolve os cidadãos e suas

instituições durante 53 anos e não há de se negar que temos uma estrutura de governanças corporativas públicas e privadas, além de contribuintes que, geralmente, transitam sob a égide do referido sistema.

Aliás, o Sistema Tributário Nacional atualmente possui seus conceitos por meio das legislações, doutrinas, jurisprudências, etc., pelos quais se busca o aperfeiçoamento e não o abandono do acervo jurídico tributário do Brasil.

Haja vista que é uma afronta às instituições que durante 53 anos trabalharam com objetivo de melhorarem a boa prática do referido sistema e, de acordo com o que está previsto na PEC, teremos que esperar por uma perspectiva de sucesso prevista por mais 50 anos, ou seja, 1 (um) século de tentativas para se obter um Sistema Tributário Nacional, que, talvez, venha atender aos anseios da sociedade brasileira no futuro.

Por esses motivos, devemos melhorá-lo, e não colocar pá de cal em 3 (três) impostos e 2 (duas) contribuições, tão somente para atender aos anseios das classes políticas, bem como dos governantes.

De maneira que os contribuintes, de maneira geral, almejam durante décadas por alterações que diminuam a carga tributária dos impostos indiretos e diretos, estes com modificações das tabelas progressivas e deduções do imposto de renda e do IPTU, com base nos princípios da progressividade e da capacidade contributiva.

Além do mais, existem outros impostos, tais como: Imposto de Importação, IPVA, ITBI (inter vivos e causa mortis), bem como taxas exorbitantes que são pagas às esferas: federal, estadual e municipal, sem que haja nenhum benefício para às atividades taxadas a pagar.

Por sua vez, a fim de que o leitor possa ter uma ideia sobre o princípio da não cumulatividade previsto no Sistema Tributário Nacional com seu surgimento em 1965, procuramos expor os seus conceitos constantes nas legislações, doutrinas e jurisprudências dos tribunais do País.

A questão a qual não incidirá o IBS sobre as exportações e que é assegurada a manutenção dos créditos, o que está previsto no inciso V, do art. 152-A, também não é nenhuma novidade. Além do mais, na justificativa da referida PEC, esclarece que os créditos acumulados pelos exportadores serão devolvidos de forma rápida e integralmente, mas tal afirmação é no mínimo prematura.

Por essa razão, entendemos que o princípio da não-cumulatividade deveria ser aperfeiçoado no citado sistema e não como a PEC pretende colocando uma pá de cal no referido princípio em seguida ressuscitá-lo e, começar tudo de novo com efeito repetitivo, que futuras gerações constatarão no lapso temporal de 50 anos.

De sorte que somos todos sabedores de que a PEC nº 45/2019, no seu bojo, aumenta a carga tributária; além do mais, é inconstitucional em razão da afronta ao pacto federativo, dando o caráter centralizador da União por intermédio do comitê gestor nacional em detrimento dos Estados e Municípios; o que é pior, dando a eles um lapso temporal de 50 anos, a fim de possíveis perdas do novo tributo.

Convém salientar que a PEC, no que diz respeito à vedação dos benefícios fiscais, menciona que nenhum país do mundo financia políticas públicas: setoriais ou regionais. Também, sobre o aumento da carga tributária decorrente da adoção de uma alíquota uniforme do IBS, reconhece que o modelo não deva contemplar medidas que mitiguem o efeito regressivo da tributação do consumo.

Diante disso, projeta a possibilidade de adoção de um modelo em que as famílias mais pobres sejam ressarcidas por meio de mecanismos de renda e para o qual a PEC explica que é adotado por vários estados e municípios, pelo cruzamento em que os consumidores informam o CPF na aquisição de bens e serviços com cadastro único dos programas sociais.

Além de tudo, a referida reforma visa resolver os problemas sobre o desequilíbrio das contas públicas, o que sempre será uma pedra no sapato de qualquer governo, enquanto não houver de forma eficaz uma fiscalização dos gastos públicos e o combate tanto da corrupção passiva quanto da ativa.

Além disso, os governos anteriores ao atual já enfrentaram os referidos desequilíbrios nas contas públicas, entretanto, adotaram os denominados Ajustes Fiscais, os quais têm por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação pela elevação das alíquotas dos tributos.

Em relação ao aumento da arrecadação, esta submete o contribuinte a uma elevada carga tributária; entretanto, poderiam ser adotadas, em substituição ao referido aumento, algumas revogações de incentivos fiscais que postergassem uma arrecadação do presente para ser tributada no futuro, ou seja, a dilação de prazo muito extensa do benefício que, aliada à falta de controle dos gastos públicos, contribuem para um "efeito dominó" do desequilíbrio das contas públicas.

Por conseguinte, a fim de possibilitar ao leitor uma visão do trabalho, descreveremos os relatos específicos dos itens a serem desenvolvidos sobre a PEC nº 45/2019. Assim, mostramos ao leitor sobre algumas noções referentes às inclusões e alterações de artigos da CF/1988, notadamente o art. 152-A, que criou o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS).

Também, mostramos os pontos principais da justificativa constante da PEC nº 45/2019, o qual mostra detalhadamente os objetivos das inclusões e alterações da CF/1988.

Por sua vez, em outro item efetuamos uma análise crítica da PEC nº 45/2019, no que diz respeito às características do IBS e seus pontos positivos e negativos no contexto do atual sistema tributário nacional.

Por isso, discorreremos os pontos positivos e negativos, estes em maior proporção que coloca a PEC inócua para pretensão desejada. Um ponto positivo é a regra-matriz da hipótese de incidência do IBS, que alberga o ISS, que poderá resultar na solução sobre a discussão da questão da competência com outros impostos.

Em contrapartida os pontos negativos são os seguintes: elevação da alíquota com a regra-matriz das hipóteses de incidência do IBS; omissão da inclusão da CFEM, que participa da cadeia produtiva das minerações e das siderurgias; coloca a margem o pacto federativo, com o poder do comitê gestor nacional da União.

Ainda, outros pontos negativos são os seguintes: a revogação de 5 (cinco) de tributos do atual sistema tributário nacional, quando a melhor opção atualmente seria o seu aprimoramento; também não é correto afirmar que os tributos existentes não possuem características adequadas mediante a cobrança não cumulativa, porque, na verdade, a não cumulatividade está prevista no CTN, vigente desde 1966, bem como na CF/1988, com uma vasta legislação, doutrina e jurisprudência;

Também, outro ponto negativo é a criação de um imposto seletivo, com finalidade extrafiscal, uma vez que já existe no atual CTN e na CF/1988, conforme podemos constatar na Tabela de Incidência do IPI, muito bem elaborada pela SRFB.

Por outro lado, a extrafiscalidade vem atualmente sendo utilizada por meio dos seus valores constitucionais, a exemplo de isenções, benefícios e incentivos fiscais, progressividade de alíquotas, entre outros, cumprindo o seu papel constitucional de ordem social, econômica, política, cultural, etc.

Além do mais, a PEC nº 45/2019 procura revogar direitos relacionados aos benefícios e incentivos fiscais, que, no mínimo, deveriam ser alterados e não revogados.

2 - ALGUMAS NOÇÕES SOBRE AS INCLUSÕES E ALTERAÇÕES E SUAS JUSTIFICATIVAS DA PEC Nº 45/2019

O art. 1º da PEC estabelece que a Constituição Federal passará a vigorar com artigos alterados ou acrescentados, os quais passamos analisá-los no contexto do sistema tributário nacional, a seguir:

a) O art. 105[1] da CF/1988 estabelece:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – [...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

A PEC acrescentou à alínea “d” no Inciso III, do art. 105[2], que prevê o seguinte:

d) contrariar ou negar vigência à lei complementar que disciplina o imposto sobre bens e serviços a que se refere o art. 152-A, ou lhe der interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim, na justificativa[3] da PEC, esclarece:

No art. 105, III, “d”, garante-se a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento das questões relativas ao IBS (cuja criação está prevista no art. 152- A), dado o caráter nacional (e não meramente federal) da lei complementar que constituirá.

b) O inciso I, do art. 109[4], da CF/1988, estabelece:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

A PEC alterou a redação do inciso I, do art. 109[5], fazendo menção ao art. 152-A, senão vejamos:

“Art. 109

I - as causas em que a União, entidade autárquica, empresa pública federal ou o comitê gestor nacional do imposto sobre bens serviços a que se refere o art. 152-A forem interessados na condição de autores, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;” (NR)

De maneira que, na justificativa, no que diz respeito ao art. 109, I[6], da PEC, esclarece:

A alteração do art. 109, I assegura a competência da justiça federal para o julgamento de causas relativas ao IBS, através da inclusão de referência ao comitê gestor nacional do IBS, a quem cabe à representação judicial e extrajudicial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nas causas relativas ao IBS.

c) O art. 146[7], da CF/1988, estabelece:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

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;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluída pela EC n. 42/2003)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, *d*, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela EC n. 42/2003)

I – será opcional para o contribuinte; (Incluído pela EC n. 42/2003)

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela EC n. 42/2003)

III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela EC n. 42/2003)

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela EC n. 42/2003)

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela EC n. 42/2003)

A PEC alterou a redação do inciso III, alínea “d”, substituindo o parágrafo único para §1º acrescentando no referido §1º o inciso V, do art. 146[8], a saber:

“Art. 146

III -

c) Definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e

d) Para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 152- A, 155, II, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, e §§ 12 e 13 e da contribuição a que se refere o art. 239.

§1º (renumerado)

V- o contribuinte poderá optar pelo pagamento do imposto sobre bens e serviços a que se refere o art. 152-A, hipótese em que a parcela a ele relativa não será cobrada pelo regime unificado de que trata este parágrafo.

§2º Na hipótese de o recolhimento do imposto sobre bens e serviços a que se refere o art. 152-A ser feito de forma conjunta por meio do regime unificado de que trata o §1º deste artigo não será permitida a apropriação e a transferência de créditos”. (NR)

De sorte que, na justificativa no que diz respeito ao art. 146[9], a PEC esclarece:

A alteração do art. 146, III, d, objetiva incluir o IBS entre os tributos abrangidos pelo SIMPLES Nacional.

A inclusão do inciso V no § 1º do art. 146 (anteriormente parágrafo único) tem como objetivo permitir que o optante pelo SIMPLES Nacional possa recolher o IBS de forma segregada, se assim o desejar. A ideia é que as empresas optantes pelo SIMPLES Nacional possam continuar nesse sistema para o recolhimento dos demais tributos e optar pelo regime não-cumulativo do IBS se lhes for economicamente mais favorável.

Esta mudança é complementada pela inclusão do § 2º no art. 146, a qual explicita que os contribuintes que optarem pelo recolhimento do IBS através do SIMPLES Nacional não poderão se apropriar de nem transferir créditos do imposto a terceiros.

A impossibilidade de aplicação da não-cumulatividade no regime do SIMPLES Nacional decorre da obediência a um dos principais vetores do IVA, que é propiciar um sistema uniforme de incidência e simplicidade de apuração e arrecadação.

A PEC acrescentou na CF/1988 o art. 152-A[10], o qual instituiu o imposto sobre bens e serviços, ora denominado IBS, senão vejamos:

“Art. 152-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exercer sua competência exclusivamente por meio da alteração de suas alíquotas.

§1o. O imposto sobre bens e serviços:

I – incidirá também sobre:

- a) os intangíveis;
- b) a cessão e o licenciamento de direitos;
- c) a locação de bens;
- d) as importações de bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos;

II – será regulado exclusivamente pela lei complementar referida no caput deste artigo;

III – será não-cumulativo, compensando-se o imposto devido em cada operação com aquele incidente nas etapas anteriores;

IV – não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação das alíquotas nominais;

V – não incidirá sobre as exportações, assegurada a manutenção dos créditos;

VI – terá alíquota uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º A alíquota do imposto aplicável a cada operação será formada pela soma das alíquotas fixadas pela União, pelos

Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios, observado o seguinte:

I – a competência para alteração da alíquota pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios será exercida por lei do respectivo ente;

II – na ausência de disposição específica na lei federal, estadual, distrital ou

municipal, a alíquota do imposto será a alíquota de referência, fixada nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º Nas operações interestaduais e intermunicipais:

I – incidirá a alíquota do Estado ou Distrito Federal e do Município de destino;

II – o imposto pertencerá ao Estado ou Distrito Federal e ao Município de destino.

§ 4º Os débitos e créditos serão escriturados por estabelecimento e o imposto será apurado e pago de forma centralizada.

§ 5º A receita do imposto sobre bens e serviços será distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios proporcionalmente ao saldo líquido entre débitos e créditos do imposto atribuível a cada ente, nos termos da lei complementar referida no caput.

§ 6º A lei complementar referida no caput criará o comitê gestor nacional do imposto sobre bens e serviços, integrado por representantes da União, dos

Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, a quem caberá:

I – editar o regulamento do imposto, o qual será uniforme em todo o território

nacional;

II – gerir a arrecadação centralizada do imposto;

III – estabelecer os critérios para a atuação coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na fiscalização do imposto;

IV – operacionalizar a distribuição da receita do imposto, nos termos estabelecidos no parágrafo 5º deste artigo;

V – representar, judicial e extrajudicialmente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas matérias relativas ao imposto sobre bens e serviços.

§ 7º A representação judicial e extrajudicial do comitê gestor será exercida de forma coordenada pelos procuradores da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios.

§ 8º Cabe à lei complementar disciplinar o processo administrativo do imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional.

§ 9º Excetua-se do disposto no inciso IV do § 1º a devolução parcial, através de mecanismos de transferência de renda, do imposto recolhido pelos contribuintes de baixa renda, nos termos da lei complementar referida no caput.”

Assim, na justificativa, a PEC, no que diz respeito ao art. 152-A[11], esclarece:

O art. 152-A trata da instituição do IBS e estabelece as principais características do imposto, conforme se descreve a seguir.

O caput do art. 152-A estabelece que o IBS será instituído por lei complementar de caráter nacional, a exemplo do que ocorre com a Lei Complementar nº 116, que uniformizou a incidência do imposto sobre serviços (ISS). Entretanto, diferentemente do que ocorre com o ISS, a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Município somente será exercida por meio da alteração de suas alíquotas. Não é permitida qualquer outra disposição relativa ao IBS na legislação dos entes federativos, garantindo-se efetividade à uniformidade nacional do imposto e, ao mesmo

tempo, autonomia financeira dos entes na gestão de seus orçamentos.

O § 1º do art. 152-A enumera as principais características e valores do IBS.

No inciso I, elencam-se operações que estão incluídas na tributação do IBS, explicitando que sua denominação (bens e serviços) deve ser interpretada no sentido mais amplo possível, alcançando também as operações com intangíveis e direitos e a locação de bens. É importante anotar que a melhor interpretação sempre deverá considerar que o objetivo deste imposto é tributar o consumo, qualquer que seja ele.

Assim, operações com bens intangíveis, como o streaming de músicas e vídeos, assim como as operações que envolvem a transferência do direito de uso, gozo ou disposição de bens tangíveis e intangíveis, sejam imóveis, softwares, licenças de comercialização ou distribuição etc., devem ser tributadas pelo IBS. O contribuinte do imposto incidente sobre o consumo é consumidor final. É apenas a preponderância da eficiência na arrecadação que impõe a cobrança sobre as empresas envolvidas na cadeia de produção e circulação. Dá-se, assim, ao imposto sobre o consumo o formato de imposto sobre o valor agregado (IVA), recolhido pelos agentes econômicos.

Atendendo ao princípio do destino e ao objetivo de tributar bens e serviços produzidos domesticamente e importados de forma isonômica, na alínea “d” do inciso I, se estabelece que o IBS incide também nas importações de quaisquer utilidades.

No inciso II, busca-se evitar a fragmentação legal que caracteriza atualmente a legislação tributária, com inúmeras leis, medidas provisórias e mesmo decretos-lei que tratam do mesmo assunto. Assim, por determinação constitucional, qualquer disposição inicial ou alteração posterior do IBS deve ser feita na mesma lei complementar. Essa determinação é importante, pois a fragmentação legislativa cria situações

como a revogação tácita de dispositivos, que induzem a erros e dificultam a interpretação da legislação.

No inciso III garante-se a não-cumulatividade do IBS da forma simples como ela deve ser: o imposto que incide nas etapas anteriores, sendo destacado em documento fiscal, gera crédito para as etapas posteriores. Deve-se extinguir a anomalia do “crédito físico” e deve-se assegurar a devolução dos créditos acumulados, qualquer que seja a sua origem, caso contrário não se garante a não-cumulatividade. Essa sistemática assegura que o imposto sobre bens e serviços arrecadado durante as etapas de produção e circulação seja exatamente o mesmo caso ele fosse cobrado apenas do consumidor final. As únicas exceções ao regime de crédito amplo (a serem reguladas na lei complementar) devem ser aquelas relativas ao consumo pessoal, uma vez que o regime não-cumulativo do IBS não deve ser utilizado para desonerar o consumo dos sócios da empresa, ou mesmo de seus empregados.

O inciso IV busca garantir que o IBS seja utilizado exclusivamente para gerar

receita tributária, despindo o imposto de quaisquer funções extrafiscais. Além de subjetivos e ineficientes economicamente, os benefícios no âmbito do IVA geram complexidade, contencioso e pressão de interesses setoriais sobre o sistema tributário. Este inciso garante a uniformidade efetiva de alíquotas e, também, evita as inúmeras distorções hoje existentes em razão da diferenciação da tributação resultante da concessão de incentivos e benefícios tributários.

O inciso V deixa claro que a não cobrança do IBS nas exportações ocorre sem prejuízo da manutenção dos créditos, característica essencial da tributação no destino, que visa garantir que haja uma real não-incidência em benefício da competitividade das exportações brasileiras para o exterior.

No inciso VI estabelece-se que a alíquota do IBS será uniforme para todos os bens, serviços e direitos. Com a adoção de

alíquota uniforme, garante-se a impossibilidade de captura do sistema tributário por interesses setoriais e eliminam-se as perversas consequências, em termos de contencioso e de custo de conformidade, dos sistemas de alíquotas múltiplas, além dos planejamentos tributários decorrentes da classificação dos bens ou serviços. Além disso, a alíquota uniforme garante transparência do tributo cobrado por cada ente federativo, permitindo o exercício da cidadania mediante a participação dos cidadãos na discussão sobre a carga tributária.

O § 2º do art. 152-A deixa claro que o IBS é, do ponto de vista da aplicação da legislação e dos contribuintes, um único imposto, formado pela soma de três alíquotas: federal, estadual ou distrital e municipal.

O inciso I desse parágrafo assegura que, embora o IBS seja instituído em caráter nacional por meio de lei complementar, a autonomia federativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fique garantida pela faculdade de alterar as alíquotas por lei ordinária.

Já o inciso II do § 2º estabelece que, na ausência de lei – federal, estadual, distrital ou municipal – que fixe a alíquota em valor distinto, a alíquota do imposto será a alíquota de referência, que é aquela que repõe a receita atual dos tributos substituídos pelo IBS. Ou seja, a alíquota de referência federal do IBS é aquela que repõe a receita do IPI, do PIS e da Cofins (deduzida a receita obtida com a cobrança dos impostos seletivos); a alíquota de referência estadual do IBS é aquela que repõe a receita do ICMS do conjunto dos Estados; e a alíquota de referência municipal do IBS é aquela que repõe a receita do ISS do conjunto dos municípios. Os critérios para o cálculo das alíquotas de referência do IBS são definidos no art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O § 3º do art. 152-A alinha o IBS com o princípio do destino nas operações interestaduais e intermunicipais. Pelo modelo proposto, a alíquota a ser aplicada é aquela do Estado e do Município de destino, e o produto da arrecadação decorrente

da incidência dessa alíquota pertence ao Estado e ao Município onde está localizado o destinatário da operação, seja ele contribuinte do imposto ou consumidor final.

Através do § 4º do art. 152-A se evita a anomalia do sistema atual, em que o ICMS e o ISS são apurados e pagos por cada estabelecimento físico. No sistema proposto, a despeito de a escrituração ser realizada por estabelecimento para fins de repartição das receitas entre os entes federativos, o contribuinte apura e paga o imposto de forma centralizada, consolidando os débitos e créditos de seus vários estabelecimentos no país, independentemente de sua localização.

O § 5º do art. 152-A estabelece o critério de distribuição da receita do IBS entre a União, cada Estado e cada Município, a qual será feita com base no saldo líquido entre débitos e créditos atribuível a cada ente. Quando tomado em conjunto com o disposto no § 3º do mesmo artigo e com a aplicação plena da não-cumulatividade, este dispositivo resulta na distribuição da receita proporcionalmente ao consumo final realizado no território de cada ente federativo, que é o resultado da aplicação do princípio do destino.

Já o § 6º do art. 152-A prevê a criação do comitê gestor nacional do IBS, que será composto por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. A criação do comitê gestor – que será responsável pela regulamentação, bem como pela gestão da arrecadação centralizada e pela distribuição da receita do IBS – reforça o caráter nacional do imposto. O comitê gestor será responsável também pela coordenação da atuação dos fiscos federal, estaduais e municipais na fiscalização e na cobrança do IBS, assim como pela representação judicial e extrajudicial dos três níveis de governo nas questões relativas ao imposto.

O §7º do art. 152-A complementa o parágrafo anterior ao estabelecer que a representação judicial ou extrajudicial do comitê gestor do IBS será feita, de forma coordenada, pelas

procuradorias da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios.

O §8º do art. 152-A, por sua vez, atribui à lei complementar o papel de regular, em nível nacional, o contencioso administrativo relativo ao IBS.

Por fim, o § 9º do art. 152-A excetua da vedação à concessão de isenções e benefícios fiscais a criação de um mecanismo voltado a devolver aos consumidores de baixa renda, através de instrumentos de transferência de renda, parcela do IBS pago em suas aquisições de bens e serviços. Na medida em que se propõe a adoção de uma alíquota uniforme para todos os bens e serviços, esse dispositivo visa melhorar o impacto distributivo da tributação do consumo, através de um mecanismo muito mais eficiente que a desoneração da cesta básica.

d) O art. 154[12], da CF/1998, estabelece:

Art. 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

A PEC acrescentou o inciso III no art. 154[13] da CF/1988, a saber:

“Art. 154..

III – impostos seletivos, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos”.(NR)

De maneira que, na justificativa, a PEC, no que diz respeito ao inciso III, do art. 154[14], esclarece:

Através da inclusão do inciso III no art. 154, introduz-se na Constituição a possibilidade de criação de impostos seletivos, que têm como objetivo onerar o consumo de bens e serviços geradores de externalidades negativas ou cujo consumo se deseja desestimular, como cigarros e bebidas alcoólicas.

e) A PEC acrescentou os artigos 159-A a 159-G[15], da CF/1988, senão vejamos:
"Art. 159-A. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pela União será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações:

I – seguridade social;

II – financiamento do programa do seguro-desemprego e do abono de que trata o § 3º do art. 239;

III – financiamento de programas de desenvolvimento econômico, nos termos do § 1º do art. 239;

IV – Fundo de Participação dos Estados;

V – Fundo de Participação dos Municípios;

VI – programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, nos termos do art. 159, I, "c";

VII – transferência aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados;

VIII – manutenção e desenvolvimento do ensino;

IX – ações e serviços públicos de saúde;

X – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota federal do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a IX deste artigo."

"Art. 159-B. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pelos Estados e pelo Distrito Federal será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações:

- I – manutenção e desenvolvimento do ensino;
- II – ações e serviços públicos de saúde;
- III – transferência aos municípios de cada Estado;
- IV – outras destinações previstas na Constituição do Estado ou do Distrito Federal;
- V – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota estadual ou distrital do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a IV deste artigo”.

“Art. 159-C. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pelos Municípios será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações:

- I – manutenção e desenvolvimento do ensino;
- II – ações e serviços públicos de saúde;
- III – outras destinações previstas na lei orgânica do Município;
- IV – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota municipal do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a III deste artigo”.

“Art. 159-D. A receita do imposto sobre bens e serviços arrecadada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios será distribuída entre as destinações de que tratam os arts.159- A, 159-B e 159-C, na proporção da participação de cada alíquota singular na alíquota total”.

“Art. 159-E. Na ausência de disposição específica na legislação federal, estadual, distrital ou municipal, as alíquotas singulares de que tratam os arts. 159-A, 159-B e 159-C corresponderão:

- I – no caso das alíquotas singulares de que tratam os incisos I a IX do art. 159-A, às alíquotas singulares de referência apuradas nos termos do § 1º do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II – no caso das alíquotas singulares de que tratam os incisos I a III do art. 159-B, às alíquotas singulares de referência apuradas nos termos do § 2º do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III – no caso das alíquotas singulares de que tratam os incisos I e II do art. 159-C, às alíquotas singulares de referência apuradas nos termos do § 3º do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Parágrafo único. As alíquotas singulares poderão ser alteradas por lei da respectiva unidade federada, observadas as seguintes restrições:

I – às alíquotas singulares relativas às destinações de que tratam os incisos IV a VII do art. 159-A e o inciso III do art. 159-B não poderão ser fixadas em percentual inferior ao das respectivas alíquotas singulares de referência, apuradas nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II – a soma das alíquotas singulares de que tratam os incisos VIII e IX do art. 159-A não poderá ser fixada em percentual inferior ao da soma das respectivas alíquotas singulares de referência, apuradas nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III – a soma das alíquotas singulares de que tratam os incisos I e II do art. 159-B não poderá ser fixada em percentual inferior ao da soma das respectivas alíquotas singulares de referência, apuradas nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

IV – a soma das alíquotas singulares de que tratam os incisos I e II do art. 159-C não poderá ser fixada em percentual inferior ao da soma das respectivas alíquotas singulares de referência, apuradas nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

“Art. 159-F. A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a

que se refere o inciso VII do art. 159-A, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

Parágrafo único. Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos deste artigo, observados os critérios estabelecidos no art. 159-G, I e II”.

“Art. 159-G. As parcelas destinadas aos Municípios nos termos do inciso III do art.159-B serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos na proporção da respectiva população;

II – um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal”.

De sorte que, na justificativa, a PEC, no que diz respeito aos artigos 159-A a 159-G[16], explica:

Os arts. 159-A a 159-G, incluídos na Constituição pela presente emenda, têm como objetivo criar o sistema de alíquotas singulares, que irá regular a destinação da receita do IBS a finalidades específicas, substituindo o atual regime de vinculações e partilhas do PIS, da Cofins, do IPI, do ICMS e do ISS. A descrição detalhada do funcionamento do novo sistema proposto encontra-se no item 2.e. desta Justificativa.

Os arts. 159-A a 159-C estabelecem as destinações das alíquotas singulares da parcela federal, estadual e distrital e municipal, respectivamente, do IBS. Já o art. 159-D estabelece que a receita do IBS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será distribuída entre as destinações previstas nos artigos anteriores proporcionalmente à participação de cada alíquota singular na alíquota total do imposto.

No art. 159-E estabelece-se que, na ausência de disposição específica na lei federal, estadual ou municipal, as alíquotas singulares do IBS corresponderão às respectivas alíquotas

singulares de referência (fixadas nos termos do art. 119 do (ADCT), que são aquelas que repõem as parcelas dos tributos substituídos pelo IBS vinculadas a cada uma das destinações previstas nos arts. 159-A a 159-C. Já o parágrafo único deste artigo estabelece que as alíquotas singulares relacionadas à transferência de recursos a outras unidades da federação não poderão ser fixadas em percentual inferior à respectiva alíquota de referência e que a soma das alíquotas singulares relacionadas à destinação de recursos à saúde e à educação (da União, dos Estados e dos Municípios) não poderá ser inferior à soma das respectivas alíquotas de referência.

O art. 159-F apenas reproduz, para a alíquota singular do IBS relacionada transferência de recursos da União aos Estados e ao Distrito Federal proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, os dispositivos constitucionais atuais relativos ao IPI, que constam dos §§ 2º e 3º do art. 159. Tais dispositivos estabelecem que nenhuma unidade federada poderá receber mais de 20% do total destes recursos e que os Estados entregarão aos respectivos Municípios 25% destes recursos, observados os critérios de distribuição da cota-parte do IBS.

No art. 159-G são estabelecidos os critérios de distribuição da cota-parte do IBS (parcela estadual do IBS transferida aos respectivos municípios). A proposta é que três quartos deste montante sejam distribuídos proporcionalmente à população de cada Município e um quarto de acordo com o disposto em lei estadual. A mudança no critério de distribuição relativamente à cota-parte do ICMS visa uma distribuição mais justa destes recursos relativamente ao critério atual, baseado predominantemente no valor adicionado por Município.

Enfim, além dos artigos da CF/1988, que foram alterados e incluídos na PEC nº 45/2019, os quais mencionamos no art. 1º, constam ainda os artigos 161, 167, 198 e 212. Também, o art. 2º, que trata do Ato das Disposições Transitórias, referente aos seguintes artigos: 60, 115 a 120. Ainda, o 3º esclarece que a CF/1988 passa a vigorar com os seguintes artigos: 146, 150, 153, 155, 156, 158, 159, 161, 195 e 239.

Finalmente, o art. 4º trata sobre o Ato das Disposições Transitórias, com os seguintes artigos alterados ou revogados: 60 e 91. Já o art. 5º trata da vigência e o art. 6º trata da revogação, a partir do décimo ano subsequente, os quais estão contidos nos incisos I e II. Assim, as normas que compõem a PEC estão nas páginas 2 a 16.

3 - ANÁLISE CRÍTICA DA PEC Nº 45/2019, CARACTERÍSTICAS DO IBS E SEUS PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS NO CONTEXTO DO ATUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

A criação do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), com objetivos das suas hipóteses de incidência tributária alcançar os bens e serviços, conforme consta na PEC, alberga 3 (três) impostos e 2 (duas) contribuições, a saber: Imposto sobre produtos industrializados (IPI); Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISQN); Contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS); e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

Diante disso, observa-se que o IPI, ICMS, PIS e a COFINS têm suas características de tributos não-cumulativos, todavia, apenas é cumulativo o ISQN. Aliás, entendemos ser positiva essa inclusão no IBS do ISQN, pois, em relação à regra-matriz das hipóteses de incidência tributária, aquela acabaria com uma velha discussão sobre as competências: municipal, estadual e federal, previstas nos regulamentos dos referidos impostos, a exemplo do ISQN, ICMS e IPI, que atualmente ocasionam uma derrama de demandas judiciais em função dos autos de infrações lavrados pelos órgãos públicos que reclamaram sua competência de tributar.

Não obstante, um ponto negativo será a elevação da alíquota sobre os prestadores de serviços, a exemplo dos dentistas, advogados e contadores, entre outros profissionais que atualmente são submetidos em Salvador (BA) a uma alíquota de 5% (cinco por cento), o que, com IBS, passará a ser taxado por alíquota de aproximadamente de 25% (vinte e cinco por cento), conforme argumento de *Kiyoshi Harada* e Ives Gandra Martins[17], et al.:

A primeira perplexidade é que a PEC 45/2019 implicará aumento de impostos. De fato, o IBS será “uniforme para todos os bens e serviços” e englobará o ICMS, IPI, ISS e PIS/COFINS. Assim, quase todos os setores sofrerão alguma

elevação tributária. Produtos agrícolas que atualmente não se sujeitam ao IPI passarão a absorvê-lo parcialmente. Serviços tradicionais, como advocacia, contabilidade etc., hoje submetidos ao ISS com alíquota média de 4,38%, terão sua tributação acrescida de percentuais equivalentes ao IPI e ao ICMS. Se o IBS tiver alíquota de 25%, como se noticia, estima-se que haja majoração de mais de 300% para serviços prestados por pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido. Para os autônomos, o impacto será ainda maior, podendo chegar a quase 700%, pois será adicionado não só o equivalente ao IPI e ICMS, mas também ao PIS/COFINS que hoje não alcança tais pessoas físicas. Mas não é só.

Nessa mesma linha de entendimento, Hugo de Brito Machado Segundo^[18] esclarece:

Refiro-me à natureza supostamente “indireta” do IBS, que seria pago “na verdade” pelo consumidor final, somada ao fato, a ela relacionada, de que o tributo seria “não cumulativo”, gerando créditos de forma ampla. Essas afirmações são feitas por defensores da PEC como solução vejam só para os problemas que se lhes apontam. É o que se ouve, por exemplo, quando se lhes objeta que o IBS elevará demasiadamente a carga tributária incidente sobre prestadores de serviços. Dentistas, advogados e contadores que hoje se submetem a 5% de ISS passarão a sofrer a incidência de um IBS de aproximadamente 25%, ao que os apoiadores da proposta replicam: “mas o crédito será amplo, e quem pagará esse ônus será o consumidor final!”. Prosseguem dizendo que, se o usuário do serviço for um consumidor final, ele pagará a conta; se for outro agente econômico, no caso, por exemplo, de um advogado que presta serviço a uma empresa, esta poderá creditar-se do valor do serviço, IBS incluso, e abater tudo do IBS que tiver a pagar nas operações seguintes. Assim, repete-se, o ônus será transferido ao consumidor final, não recaindo sobre nenhum agente produtivo.

A propósito no que diz respeito aos objetivos da PEC expostos na justificativa, foi mencionado que a referida reforma tributária foi desenvolvida pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCiF), constituída para pensar em melhorias do sistema tributário nacional, com base nos princípios da simplicidade, neutralidade, equidade e transparência; todavia, mostraremos em nosso trabalho que há pontos positivos e negativos, este de maior proporção.

No entanto, com a instituição do IBS, não podemos deixar de mencionar mais um ponto negativo, de uma omissão a qual está voltada para cadeia produtiva do setor minerário e siderúrgico do País, ou seja, a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), a qual não foi albergada ao referido imposto para fins da regra-matriz das hipóteses de incidência tributária.

De fato, a CFEM, foi instituída com base no art. 20[19], §1º, da Carta Política de 1988, senão vejamos:

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Vale lembrar que a Carta Política de 1988 albergou os seguintes impostos: Imposto sobre Serviço de Transporte e Comunicação (ISTC); Imposto sobre Vendas de Combustíveis Líquidos e Gasosos (IVVC); Imposto Único sobre Energia Elétrica (IVEE); Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes (IVCL); Imposto Único sobre Minerais (IUM) e Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).

Todavia, de um lado, a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais ficaram sujeitas a normas do ICMS, administrado pela Secretaria da Fazenda; por outro lado, por meio da CFEM, os denominados *royalties*, administrados pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, os quais também envolvem extração, circulação, distribuição e consumo das substâncias minerais do País, entretanto, possuem as mesmas hipóteses de incidência tributária.

Diante disso, o DNPM, para fins de recolhimento da CFEM, estabeleceu nas suas normas com base na regra-matriz de hipótese de incidência tributária do revogado IUM, porém, inovou criando a denominada descaracterização mineralógica.

Este fato causou uma discussão judicial na fase de transição entre o processo de beneficiamento e a transformação industrial, previsto na legislação do IPI, ocasionando insegurança jurídica e conflito de competência entre os órgãos públicos administradores das arrecadações.

Tal fato ocorria nos processos industriais de sinterização, calcinação e coqueificação como beneficiamento mineral, aliás, atualmente, por meio da Lei nº 13.540[20], de 18/12/2017, foram excluídos os processos industriais mencionados do conceito de beneficiamento mineral.

Por outro lado, o DNPM considerava a referida CFEM uma receita patrimonial, por isso, sua cobrança de créditos não tributários e o prazo decadencial para cobrança dos mencionados créditos seriam de 10 (dez) anos, conforme estabelece o Código Civil, previsto nas relações de direito privado.

Entretanto, não admitia a referida cobrança, no prazo prescricional de 5 (cinco) anos, como dívidas passivas da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, bem como no Código Tributário Nacional (CTN).

Enfim, atualmente o DNPM, por meio da Orientação 12/PF-DNPM[21], publicada em 14/10/2016, reconhece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, que ocorreram até 29/12/1998, previsto no Decreto-Lei nº 20.910/1932. Por sua vez, o prazo decadencial é de 10 (dez) anos, contrariando algumas decisões judiciais, gerando uma área cinzenta.

Convém lembrar que as substâncias minerais do País são responsáveis pelos escoamentos da cadeia produtiva como matérias-primas destinadas ao setor siderúrgico desoneradas do ICMS e IPI, além de outras atividades.

De fato, no Estado da Bahia algumas substâncias minerais têm a hipótese de incidência tributária nas suas diversas fases até o estabelecimento fabril, beneficiadas com diferimento do ICMS com a incidência postergada para o momento da saída do produto já industrializado, cujo pagamento do imposto é com base no valor agregado.

Além de tudo, entendemos que é uma boa prática jurídico-tributária e contábil com simplificações de procedimentos fiscais. Também, não tributada (NT) pelo IPI, conforme a Tabela de Incidência do IPI (TIPI), cumprindo o seu papel constitucional da seletividade.

Diante disso, entendemos que as referidas substâncias minerais deveriam ter sua função operativa com base na regra-matriz das hipóteses[22] de incidência tributária enquadradas no IBS, cuja distribuição dos percentuais da arrecadação destinada aos municípios produtores do minério deveria ser de forma relevante.

Além do mais, deveriam ser suficientes para cobrir possíveis tragédias relacionadas aos rompimentos de barragens, a exemplo do que ocorreu em Mariana e Brumadinho em Minas Gerais, entre outras aplicações relacionadas ao meio ambiente e à população.

Ainda, outro ponto negativo é que a PEC 45/2019 deixa à margem o Pacto Federativo, numa flagrante evidência de inconstitucionalidade com a possibilidade de regulamentação, arrecadação e sendo fiscalizado pelo denominado Comitê Gestor Nacional.

De fato, o referido Pacto Federativo atualmente possibilita autonomia dos entes descentralizados[23], o que nos remete a repartição de competências e receitas de tributos. Assim, *Kiyoshi Harada* e *Ives Gandra da Silva Martins et al.* esclarecem:

[...]

Além disso, o IBS será regulamentado, arrecadado e fiscalizado por Comitê Gestor vinculado à União.

Esse caráter centralizador é uma evidência inequívoca da inconstitucionalidade do projeto. De fato, segundo dados do Tesouro Nacional citados no voto do Relator da matéria na CCJ da Câmara, 43% (quarenta e três por cento) da atual arrecadação dos Municípios e 88% (oitenta e oito por cento) das receitas tributárias dos Estados passarão a ser controlados pelo Poder Central. Tal remanejamento de competências e receitas tributárias não se afina com o Pacto Federativo. Afinal, tende a **enfraquecer** a autonomia financeira dos entes descentralizados, com efeitos deletérios sobre a realização de suas atribuições constitucionais, na medida em que eles **não** estarão autorizados a instituir e arrecadar o IBS,

variar alíquotas em função do setor, produto ou das circunstâncias econômico-sociais de cada momento.

Insista-se que dentre as cláusulas integrantes do Pacto Federativo em vigor está a **autonomia dos entes descentralizados**, o que supõe repartição de competências e receitas de tributos. Tais divisões são “pilares da autonomia dos entes políticos” (STF, RE 591.033, Min. Ellen Gracie), porque “consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito” (STF, ADI 4228, Min. Alexandre de Moraes) e permitem que Estados e Municípios realizem suas incumbências constitucionais. Logo, “não pode emenda constitucional suspê-la[s] ou afastá-la[s], porque, se o fizer, ofenderá o pacto federativo, enfraquecendo-o, pelo que é tendente a aboli-lo” (STF, ADI-MC 926-5, voto do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 6/5/94).

Esse vício é grave e merece ser discutido com profundidade nas instâncias próprias, mas a proposta examinada levanta questões para além do âmbito jurídico.

Ainda, foi acrescentado o inciso IV, no art. 161, da CF/1988, determinando que a lei complementar estabelecerá a forma de cálculo da distribuição das parcelas das receitas do IBS, da União, dos Estados e dos Municípios, correspondente a cada alíquota singular do referido imposto.

Desse modo, a PEC, por meio do §6º, art. 152-A, estabelece que a lei complementar criará o Comitê Gestor Nacional do imposto sobre bens e serviços por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, cujas competências estão previstas nos incisos I ao V, do referido parágrafo.

Além do mais, com base no §4º, do art. 120, determina que caberá ao referido comitê operacionalizar a distribuição da receita do IBS.

Nesse sentido, o art. 2º da PEC, que trata do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentou o art. 115, que o Presidente da República enviará ao Congresso Nacional no prazo de 180 dias o projeto referente à lei complementar, referente ao art. 152-A, que estabelece normas sobre o IBS.

A referida lei complementar estabelecerá prazos para indicação dos representantes: da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais integrarão o Comitê Gestor Nacional, cabendo a este a publicação do regulamento do IBS, previsto no art. 152-A da Constituição Federal.

Ainda, os §§ 2º e 3º do art. 115 estabelecem que, na hipótese de os “Estados ou os Municípios” não indicarem no prazo a ser estabelecido pela lei complementar os seus respectivos representantes, caberá ao Presidente da República efetuar a indicação no prazo de 30 (trinta) dias.

Também, não sendo publicado o regulamento do IBS pelo Comitê Gestor Nacional, caberá ao Presidente da República publicá-lo no prazo de 90 (noventa) dias, por meio de “Decreto Presidencial”, segundo a justificativa da PEC. Tal medida nos remete ao instrumento coercitivo utilizado no Regime Militar, ou seja, o Ato Institucional.

Ao invés disso, por que não aproveitar uma estrutura atualmente existente, a exemplo do Conselho Nacional de Política Nacional (CONFAZ)[24]? Há décadas que somos sabedores de que este teve na sua trajetória pontos positivos e negativos.

Os pontos positivos foram aqueles que foram responsáveis pelas normatizações de procedimentos fiscais e tiveram início com o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais – SINIEF[25], o qual foi instituído nos dias 14 e 15 de dezembro de 1970.

O SINIEF foi instituído visando à racionalização e à integração de controles e de fiscalização com base na escrituração fiscal e em documentários fiscais dos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e do Imposto de Circulação de Mercadorias – ICM, atualmente o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

De sorte que o CONFAZ possui na sua estrutura a Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE/ICMS, representada por funcionários das Secretarias das Fazendas das Unidades da Federação do País, com notórios conhecimentos de gestão tributária. Aliás, um dos pontos negativos da referida comissão de que temos conhecimento foi sobre a aprovação de medidas no que diz respeito aos incentivos e benefícios fiscais, ocasionada pela guerra fiscal, aliás, o governo federal teve sua parcela de responsabilidade em relação à mencionada malfada guerra fiscal.

Em relação às características referentes ao Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), este prevê o princípio da não cumulatividade plena, a exemplo do Imposto do Valor Adicionado (IVA), cobrado em outros países, ou seja, poderá ser

recuperado o imposto com modelo de tributação sobre o consumo pago nas etapas anteriores à cadeia de produção e comercialização do bem ou serviço.

Não obstante, a não cumulatividade não é nenhuma novidade, pois o Sistema Tributário Nacional, por meio do CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25/10/1966, possui seus conceitos, seja por meio das legislações, seja pelas doutrinas e jurisprudências, em que se busca aperfeiçoamento e não o abandono do acervo jurídico tributário do Brasil.

De fato, na justificativa da PEC ao afirmar que os tributos atualmente existentes não possuem características adequadas mediante cobrança não-cumulativa[26], provocando um aumento do custo dos investimentos e a oneração desproporcional da produção nacional em relação a de outros países não são verdadeiras ao ponto de criar um outro tributo, conforme mostraremos neste trabalho, pois o atual Sistema Tributário Nacional necessita de aprimoramento e não de extinção parcial dos tributos os quais mencionamos.

Vale lembrar que, em relação à justificativa de aprovação da PEC, esta menciona que a não cumulatividade com o IBS será ampla, entretanto, entendemos que o contribuinte poderá cair numa armadilha e sofrer autuações fiscais por utilização de créditos indevidos.

Pois somos sabedores de que, além das ciências do direito, as organizações empresariais são obrigadas a registrarem os gastos, custos e despesas com base nas ciências contábeis e nos princípios contábeis geralmente aceitos; enfim, deve existir uma harmonia entre as ciências.

De fato, sobre os gastos, custos e despesas, João Passareli e Eunir de Amorim Bonfim[27] esclarecem:

Chamamos de gastos os valores monetários de todos os desembolsos e compromissos assumidos pela empresa no desempenho das suas operações de produção de bens e serviços, de apoio a essas operações (inclusive de engenharia do produto), de venda ou de pós-venda.

Os gastos empresariais compreendem:

custos – gastos diretamente relacionados com a produção dos bens e serviços destinados, pela empresa, à comercialização, e despesas – os demais gastos decorrentes do exercício das funções empresariais de apoio, de venda, de pós-venda e/ou de administração.

Nesse sentido, os gastos diretos de fabricação[28] são de forma objetiva e direta, enquanto os gastos indiretos de fabricação são incorridos dentro do processo de produção, pois, a fim de serem apropriados aos produtos, será necessário efetuar rateios para os respectivos lançamentos. Já as despesas diretas e indiretas aplicam-se aos conceitos dos custos diretos e indiretos em relação às despesas comerciais e administrativas.

Além de tudo, a não utilização de créditos fiscais, por parte dos contribuintes são dificultadas pelo próprio Órgão Público, a exemplo do direito da utilização do crédito financeiro do ICMS, nas compras de materiais de consumo, previsto na Lei Complementar nº 87, de 13/9/1996, denominada "Lei Kandir", que até hoje não é permitida sua utilização.

Por outro lado, a Lei Kandir estabeleceu sobre o direito da utilização do crédito financeiro nas compras para o ativo permanente, sendo que o montante do referido crédito é apropriado pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos).

Também, para fins de cumprimento das obrigações acessórias, o art. 20, §5º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/1996[29], estabeleceu que o crédito deverá ser apurado e calculado num livro próprio, que em seguida será lançado juntamente com demais créditos fiscais na apuração do ICMS.

Tal livro foi instituído na legislação denominado Controle do Crédito do Ativo Permanente (CIAP)[30]. Aliás, entendemos que a referida obrigação acessória é desnecessária pois prejudica operacionalmente os prazos pelo fechamento das escritas fiscal e contábil.

Nesse sentido, por ser um crédito financeiro, poderia ser apropriado pelo valor do ICMS constante na nota fiscal de compra observadas as normas do regulamento que disciplinam o método da apropriação do referido crédito com base na nota fiscal de compra, cabendo à fiscalização verificar se o referido lançamento foi devido ou não.

Por sua vez, as fiscalizações dos órgãos públicos, atualmente, não mais executam a fiscalização no estabelecimento do contribuinte, ocasião em que poderiam tomar conhecimento dos processos das empresas, entretanto, executam suas tarefas nas governanças da administração pública utilizando sistemas corporativos apropriados aos seus interesses, não tendo um olhar mais amplo sobre a utilização de um bem e serviço, por exemplo, no processo produtivo.

Com efeito, com aumento das tecnologias da informação e comunicação, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, foi iniciado no ano 2000 o “Governo Eletrônico Brasileiro”.

Com isso, muitas medidas foram tomadas de forma positiva, todavia, reforçando o que expusemos sobre as fiscalizações, estes utilizam redes de interligações do “Governo Eletrônico” disponível para sua atividade, por esse motivo, não executam as atividades de auditoria nos estabelecimentos dos contribuintes.

Desse modo, os empresários brasileiros enfrentam grandes desafios em relação às obrigações acessórias, diante das exigências dos órgãos públicos, gerando um alto custo sem direito ao crédito fiscal; aumento de funcionários para tarefas no sentido de atender os prazos exigidos em relação à entrega.

Além do mais, diminuição da qualificação técnica dos funcionários que se dedicam tempo integral com obrigações acessórias e não com análises fiscais.

Pois a organização empresarial poderia ter um maior número de funcionários com responsabilidade nas análises sobre matérias tributárias que venham ser desenvolvidas por eles no intuito de estimular sua capacidade cognitiva.

Todavia, grande parte da equipe executa tarefas desenvolvidas por sistemas corporativos para atendimento das obrigações acessórias, exigidas por meio de sistemas do “Governo Eletrônico”, que nos faz lembrar o bordão de Paulo Silvino: “crachá, cara, crachá”

Diante disso, os referidos funcionários acabam executando tarefas rotineiras que não estimulam sua capacidade cognitiva, as quais poderiam ser utilizadas nas análises fiscais. Com isso, prejudicando sobretudo a gestão fiscal das empresas; por essas razões, entendemos que deveria haver simplificações e extinções de algumas exigências por parte do denominado “Governo Eletrônico”.

Portanto, a fim de que o leitor possa ter uma ideia sobre o princípio da não cumulatividade no Sistema Tributário Nacional com surgimento em 1965, passamos a expor, de forma pormenorizada, os seus conceitos constantes nas legislações, doutrinas e jurisprudências dos tribunais do País, os quais entendemos que deveriam ser aperfeiçoados e não como se pretende na PEC, colocando uma pá de cal no referido princípio e em seguida ressuscitá-lo para depois começar tudo

de novo com efeito repetitivo, em que futuras gerações constatarão no lapso temporal de 50 anos.

No item específico sobre créditos fiscais de impostos, bem como dos descontos de créditos das contribuições, mostraremos aos leitores o princípio da não cumulatividade, que surgiu na França em 1954 com o objetivo de desonerar a produção em decorrência da incidência em cascata criando o Imposto sobre Valor Agregado – IVA, aliás, adotado em toda União Europeia.

No Brasil, foi introduzido, por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), previsto no art. 11, parágrafo único. E o Imposto sobre operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), no art. 12, §2º.

Assim, o “Sistema Tributário Nacional” foi disciplinado por meio das normas previstas no art. 1º da EC nº 18/1965. Ainda, mediante as revisões e adaptações ante o novo sistema de 1965, foram instituídas normas gerais de direito tributário com base na Lei nº 5.172, de 25/10/1966. Vale mencionar que ao ser promulgada a Constituição Federal, de 24/01/1967, a referida lei passou a ter força de lei complementar[31].

É oportuno mencionar que, por disposição do art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13/03/1967, a Lei nº 5.172/1966 recebeu a denominação de “Código Tributário Nacional”, recepcionada pela nossa Carta Política de 1988, sendo a principal lei do nosso Sistema Tributário Nacional.

No que diz respeito ao ICM, o art. 54, da Lei nº 5.172/1966, foi revogado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968[32], que veio a estabelecer normas gerais de direito financeiro, aplicáveis ao ICM.

Vale esclarecer que, por meio do §5º do art. 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT[33], o Decreto-Lei nº 406/1968 teve sua vigência assegurada até que fossem editadas leis necessárias à aplicação do Sistema Tributário Nacional, previsto na Carta Política de 1988.

Vale ressaltar que o ICMS e o IPI são exemplos de impostos não-cumulativos, instituídos pela Lei nº 5.172, de 25/10/1966, nas reformas econômicas no governo Castelo Branco pelo então economista daquela época, o Ministro Roberto de Oliveira Campos[34], senão vejamos:

No Governo Castelo Branco, Roberto Campos participou do grupo que criou: o Banco Nacional da Habitação (BNH), o

salário-educação, o cruzeiro novo, a indexação de preços na economia brasileira através da correção monetária pelas ORTNs, Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Elaborou e executou uma reforma fiscal através do novo Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Liberalizou a lei de remessas de lucros, Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964.

Criou, em conjunto com outros, o Banco Central do Brasil, o FGTS e o Estatuto da Terra. Foi o autor dos artigos econômicos da Constituição de 1967, a qual foi, nas palavras dele, "*a constituição menos inflacionista do mundo*", a qual, entre outros dispositivos anti-inflacionários, não permitia que o Congresso Nacional fizesse emendas ao orçamento que aumentassem os gastos públicos da união.

De maneira que os referidos impostos são de grande importância no Sistema Tributário Nacional, além do mais, o ICM ampliou a regra-matriz das hipóteses de incidência tributária, por intermédio da Carta Política de 1988, ocasião em que o Imposto de Circulação de Mercadorias – ICM passou a ser denominado Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

No que diz respeito ao princípio da não cumulatividade do ICMS, a CF/1988[35] estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (EC nº 3/93, EC nº 33/2001 e EC nº 42/2003)

I – [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal;

XII – cabe à lei complementar:

a) [...]

c) disciplinar o regime de compensação de impostos;

De maneira que, com base nos dispositivos legais acima citados da CF/1988, foi editada a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como “LEI KANDIR”, a qual trata de norma geral de direito tributário, destinada especificamente a disciplinar o ICMS, previsto no art. 155, da CF/1988, dando ao referido imposto uma estrutura normativa.

Em relação a lei complementar ter sido de aplicação do legislador ordinário, a qual disciplinou o regime de compensação do ICMS, entendemos que a lei complementar tem o respaldo do art. 146, III, combinado com o art. 155, §2º, XII, da CF/1988.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins, citado por Vittorio Cassone[36] (1997, p. 7), esclarece que:

A lei complementar é norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, a hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação no que têm razão, tal esfera própria de atuação não pode à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária.

Assim, para tornar efetivo o princípio da não cumulatividade, por meio da compensação, Paulo de Barros carvalho sobre o direito aos créditos do ICMS[37] explica:

O crédito advindo da operação de compra não compõe a base de cálculo da operação de venda, revelando nitidamente a independência entre as normas jurídicas que definem a exação e o crédito. A regra-matriz do ICMS, ao incidir sobre determinada operação, já traz em sua compostura lógica a definição dos critérios que compõem a relação tributária: sujeito passivo (alienante), sujeito ativo (Estado ou Distrito Federal), base de cálculo (valor da transmissão) e alíquota (definida em lei). Os elementos do critério quantitativo desta relação definem o montante do crédito gerado. Em distinto

momento, a regra-matriz do ICMS incide sobre outra operação e, mais uma vez, faz nascer novo laço jurídico tributário com a respectiva quantificação do débito. Caso o sujeito passivo desta nova relação seja detentor do direito a crédito, poderá fazer abatimentos do montante devido.

Assim analisados os dispositivos legais anteriormente mencionados sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, passamos a estudar os métodos de compensação que podem ser adotados de duas maneiras, uma por meio de **crédito físico** o outra mediante **crédito financeiro**.

O **crédito físico** é assegurado pela CF/1988, art. 155, §2º, I, sendo real e condicionado, pois permite compensar o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores por ele, pelo Estado ou pelo Distrito Federal, referente à circulação de mercadorias ou prestação de serviços.

Por essas razões, normas regulamentares não podem sobrepor por meio de dispositivos legais que não tenham simetria com o princípio da não cumulatividade previsto na CF/1988, em que o legislador constituinte buscou a desoneração da cadeia produtiva, desestimulando a criação de monopólios, com isso possibilitando o contribuinte economicamente o menor preço e a livre concorrência de mercado, tornando-o competitivo.

De sorte que os Estados da Federação ou Distrito Federal devem ter suas leis formatadas em simetria com o art. 155, §2º, I, da CF/1988, art. 20 da Lei Complementar nº 87/1996.

Por essa razão, observada a simetria a qual os diplomas legais dos Estados e Distrito Federal devem estar em harmonia com dispositivos constitucionais os quais mencionamos, entendemos que o contribuinte poderá efetuar a apropriação do crédito físico do ICMS incidentes nas operações anteriores relativas à circulação de mercadorias ou prestação de serviços adquiridos para emprego na comercialização, no transporte intermunicipal e interestadual, integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração.

Já o **crédito financeiro**, entendemos ter sua aplicabilidade em lei, sendo geralmente utilizado por meio de benefício fiscal o qual é um forte instrumento de extrafiscalidade[38] em que os Estados da Federação abstêm-se da sua arrecadação no presente visando aos aspectos políticos, econômicos e sociais[39].

De maneira que, com base no art. 155, §2º, XII, “c” da CF/1988, foi editada a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que, por meio do art. 20, concedeu ao sujeito passivo o direito de creditar-se das mercadorias destinadas para uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Aliás, quando da vigência do Convênio ICMS nº 66/1988, celebrado com base no art. 34, §8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da CF/1988[40], tais direitos aos créditos não foram conferidos pelo fato de o referido convênio regular apenas isenções, todavia, as normas gerais de direito tributário relativas ao ICMS continuaram sob à égide do Decreto-lei nº 406/1968[41].

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho[42] é categórico:

Previendo a possível demora do Congresso Nacional em exercer a função que lhe foi conferida, o constituinte autorizou que, enquanto não fosse editada a lei complementar necessária, poderiam os Estados e o Distrito Federal suprir essa lacuna legislativa mediante a celebração de convênio (art. 34, §8º, do ADCT). O caráter deste, como se nota, era de provisoriedade, cessando sua eficácia jurídica tão logo adviesse o instrumento introdutor apropriado: lei complementar. Desse modo, com a publicação da Lei Complementar nº 87/96, os convênios que tinham conteúdo a regulamentação do ICMS foram expurgados do ordenamento brasileiro.

Assim, notamos que o crédito financeiro previsto no art. 20, da Lei Complementar nº 87/1996, decorre de uma extrafiscalidade[43] por meio de um benefício fiscal, a fim de desonerar a cadeia produtiva adotando na época de sua edição a política de combate ao “Risco Brasil”, o qual determina o grau de instabilidade econômica de um país. Aliás, atualmente o Brasil apresenta um cenário de instabilidade econômica.

Por sua vez, a não cumulatividade do IPI foi consagrada em seu art. 49, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966[44], que aprovou o Código Tributário Nacional. Também, está prevista no art. 153, §3º, II, da CF/1988[45], por conseguinte, foi retratada nos regulamentos do IPI, editados pelo Poder Executivo.

De fato, antes de ser promulgada a Carta Política de 1988, com base no art.49, da Lei nº 5.172/1966, que aprovou o CTN, foram baixados vários regulamentos do IPI, que disciplinavam os mecanismos de utilização sobre a compensação do imposto.

De modo que o Decreto nº 70.162, de 18/2/1972, publicado no DOU de 21/2/1972, que aprovou o RIPI, no art. 32, estabeleceu o direito ao crédito que entre as matérias-primas e produtos intermediários, bem como para aqueles produtos que embora não sejam integrados ao novo produto, fossem consumidos **imediate e integralmente** no processo de industrialização.

Também, a fim de que fossem sanadas as dúvidas dos contribuintes sobre a aplicabilidade do art. 32 do RIPI, a Secretaria da Receita Federal editou o PN CST nº 181/1974.

Por sua vez, o Decreto nº 83.263, de 9/3/1979, revogou o Decreto nº 70.162/1972; com isso, a fim de compensação do IPI, o art. 66, inciso I[46], do Decreto vigente naquela época eliminou a terminologia **imediate e integralmente**, cuja redação consta o seguinte:

do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;

Ainda, a Secretaria da Receita Federal, por meio do Parecer Normativo CST nº 65, de 5/11/1979, disciplinou regras esclarecedoras sobre a sistemática prevista no artigo 66, inciso I, do Decreto citado.

No entanto, o Decreto nº 87.981, de 23/12/1982, que revogou o Decreto nº 83.263/1979, em seu artigo 82, inciso I, após o termo: “produtos tributados”, acrescentou: **exceto de alíquota 0 (zero) e os isentos**, incluindo-se [...].

De sorte que a referida redação constante no art. 82, I, do Decreto nº 87.981/1982, inclusive vigorou após a promulgação da CF/1988, até a revogação do referido decreto pelo Decreto nº 2.637, de 25/6/1998.

De maneira que, mais uma vez, o legislador alterou as regras sobre a sistemática de apropriação para fins de utilização do crédito do IPI, cujo art. 147, inciso I, do Decreto nº 2.637/1998, após a redação do termo “produtos tributados”, excluiu a terminologia: **exceto as de alíquota 0 (zero) e os isentos**.

Finalmente, o Decreto nº 2.637/1998 foi revogado pelo Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, este revogado pelo atual Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212, de 15/6/2010[47]. Assim, o art. 226, I, do Regulamento vigente, manteve as redações anteriores sobre apropriação de crédito do IPI.

Já com relação às apropriações de créditos para fins da não cumulatividade do IPI, referentes aos incentivos fiscais e financeiros, observamos que no regime militar[48], quando o Brasil despontou como a oitava economia do mundo, presenciamos o chamado “Milagre Econômico[49]”.

Aliás, é bom que se diga que foi naquela época que existiram mais concessões no sentido de integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda local e geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

De fato, por meio dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, art. 41, §§1º e 2º, da CF/1988, foi estabelecido que caso os incentivos fiscais não fossem confirmados por lei, estes seriam revogados, o que acabou acontecendo, os quais decaíram por falta de norma regulamentar prevista no citado artigo 41 da CF/1988.

Vale ressaltar que um dos benefícios fiscais concedidos após a CF/1988 foi a utilização do crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), instituído pela Lei nº 9.363, de 13/12/1996 e alterações constantes na Lei nº 10.276, de 10/9/2001, cujos benefícios foram extintos para empresas que adotaram a não cumulatividade na cobrança da contribuição do PIS e do Pasep, instituída pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002, e na cobrança da Cofins, instituída pela Lei nº 10.833, de 29/12/2003.

Atualmente vigoram os incentivos fiscais do IPI, voltados para o desenvolvimento tecnológico, por exemplo, na industrialização, referente aos bens de informática e automação e nas importações com isenções do IPI, II e AFRMM.

Também, outros incentivos fiscais concedidos pelo governo federal são aqueles que visam estimular as exportações das indústrias, tais como: o

Drawback Suspensão e o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras – Reintegra, aprovado pelo Decreto nº 8.415, de 27/2/2015, que teve suas alíquotas alteradas por meio do Decreto nº 8.543, de 21/10/2015[50], escalonadas em decorrência do cenário econômico, a saber:

- a) 1% (um por cento), entre 1º de março de 2015 e 30 de novembro de 2015;
- b) 0,1% (um décimo por cento), entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016;
- c) 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2017; e
- d) 3% (três por cento), entre 1º de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018.

Não obstante, o referido Decreto nº 8.415/2015 novamente foi alterado por meio do Decreto nº 9.393, de 30/5/2018, publicado no DOU de 30/5/2018, bem como em edição extra e retificado no DOU de 4/6/2018, com as seguintes alterações:

- a) 0,1% (um décimo por cento), entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016;
- b) 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de maio de 2018; e
- c) 0,1% (um décimo por cento), a partir de 1º de junho de 2018.

Vale lembrar que Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras – Reintegra, o qual foi instituído para repor ao exportador os resíduos fiscais da cadeia produtiva absorvidos no preço dos produtos e bens destinados ao exterior, é um benefício fiscal.

Ocorre que parte da doutrina pátria entende que a vigência do mencionado no Decreto nº 9.393/2018 teria os seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019, com base no princípio da anterioridade anual, previsto no art. 150, III, b, da CF/1988.

Contudo, data vênia, entendemos que o REINTEGRA, por tratar-se de um benefício fiscal, cujos objetivos estão relacionados às políticas monetárias e ao comércio exterior, os efeitos da vigência do decreto estariam enquadrados no rol das exceções, previstas no art. 150, §1º, da CF/1988, ou seja, o Decreto nº 9.393/2018 entraria em vigor no mesmo exercício financeiro de sua publicação em 30/5/2018.

De sorte que, reportando-nos sobre a utilização do **crédito físico** para fins de apropriação em cumprimento ao princípio da não cumulatividade do IPI, a que se refere o Decreto nº 7.212/2010, constam como **créditos básicos** aqueles previstos no art. 226, inciso I.

Assim, a fim de obtermos um melhor entendimento podemos dividir o crédito básico constante do dispositivo legal citado em dois momentos. O

primeiro refere-se ao imposto relativo do produto entrado no estabelecimento do contribuinte, referente à matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização *“stricto sensu”*[51].

O segundo momento, em sentido lato, incluindo-se entre as matérias-primas e os produtos intermediários aqueles que, embora não se integrem ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente.

De sorte que no segundo momento vislumbramos que, além dos insumos que integram os produtos finais, tais como: as matérias-primas, produtos intermediários *“stricto sensu”*, e material de embalagem, que, embora não se integrem ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, desde que não contabilizados entre os bens do ativo permanente.

Nesse sentido, o segundo momento, reportando-nos ao Parecer Normativo CST nº 65/1979, quaisquer outros bens, além de não estar compreendidos no ativo permanente, que sofram em função de ação exercida diretamente sobre o produto em fabricação alterações tais como: o desgaste, o dano, ou perda das propriedades físicas ou químicas.

Por sua vez, o **crédito financeiro** para fins de apropriação, objetivando o cumprimento do princípio da não cumulatividade do IPI, conforme nos reportamos anteriormente, entendemos que deveria haver por parte do Governo Federal concessões no sentido de integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda local e, também, geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

A sistemática da não cumulatividade, na cobrança das contribuições para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep) e da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, foi estabelecida pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, publicada no DOU de 31/12/2003, acrescentando ao art. 195, da CF/1988, os §§ 12 e 13[52].

Assim, com a devida vênia e respeito aos nobres doutrinadores, esclarecemos que, para fins do presente trabalho, vamos efetuar um corte metodológico, em que não discutiremos sobre algumas teses de inconstitucionalidade debatidas na doutrina que a “não cumulatividade” foi veiculada por legislação infraconstitucional, isto é, Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (MP nº 66/2002) e Lei nº 10.833, de 29/12/2003 (MP nº 135/2003), por motivo das

citadas leis estabelecerem o direito para fins de apropriação do desconto de crédito do PIS e da Cofins.

No que diz respeito a não cumulatividade e neutralidade tributária, em relação ao PIS e à Cofins, há uma discussão doutrinária por meio de teses debatidas se seria uma técnica ou um princípio, entretanto, nos filiamos ao entendimento sobre a não cumulatividade, segundo o Professor Emérito da Universidade Mackenzie, Ives Gandra da Silva Martins[53]: “trata-se de um princípio, enquanto definido na Constituição e, simultaneamente, uma técnica em sua aplicação.” Com relação ao princípio da neutralidade[54], entendemos que seja a mesma interpretação teleológica do princípio da não cumulatividade.

Também, filiamos ao entendimento de Adolfo Bergamini e Marcelo Magalhães Peixoto[55] que, ao explicarem sobre a não cumulatividade, enfatizaram que o método aplicável ao PIS e à Cofins divergem daqueles relacionados a produção e circulação, no caso o IPI, em que, após ser abatido o crédito da operação anterior, resultará na sua efetiva tributação, recaindo apenas sobre o valor agregado, cujo efeito é de anular a etapa anterior sobre o preço de aquisição do insumo eliminando o efeito cascata, com isso desonerando a industrialização e a circulação do produto.

Da mesma forma, o conceito acima se aplica à sistemática do PIS e da Cofins, mas alerta os doutrinadores que a não cumulatividade do IPI, do PIS e da Cofins são distintas. Pois o escopo de desonerar a produção e circulação restringe-se ao IPI, entretanto, o do PIS e da Cofins é desonerar o faturamento do contribuinte. Por essas razões, a materialidade tributária do PIS e da Cofins é decorrente da receita, enquanto a do IPI refere-se a produção e circulação.

De sorte que, com base nos mencionados princípios constitucionais, em relação ao ICMS, IPI, PIS e Cofins, as regras para fins de abater, compensar e descontar, em cumprimento ao princípio da não cumulatividade, conforme já mencionamos, poderão ser utilizadas de duas maneiras, uma por meio de crédito físico e a outra mediante crédito financeiro, sendo que na apropriação dos descontos de créditos do PIS e da Cofins há um descompasso na definição de insumos, ocasionando para os contribuintes uma contingência fiscal.

Por sua vez, entendemos que o alcance do direito ao crédito do IPI, ICMS, PIS e Cofins devem estar em harmonia com a materialidade da regra-matriz das hipóteses de incidência tributária[56] pelo fato de serem distintas, haja vista

que não há simetria com a regra-matriz de incidência tributária adotar normas do IPI, para fins de utilização de desconto de crédito do PIS e da Cofins.

Pois as materialidades são diferentes do imposto e das contribuições, respectivamente. Assim, é óbvio que a regra-matriz terá normas-padrão com suas hipóteses e conseqüentes peculiares a cada imposto e contribuição.

Ainda com relação à sistemática de apropriação dos créditos fiscais e descontos de créditos, referentes ao ICMS, IPI, PIS e Cofins, devidos sobre o valor total de cada operação, compensando os créditos fiscais, bem como descontando os créditos, respectivamente, das operações anteriores, mediante a sistemática de débitos pelas saídas e créditos pelas entradas.

Com isso, resultando um saldo devedor, o qual ensejará os impostos e as contribuições a pagar; entretanto, existindo saldo credor, não haverá pagamentos dos impostos e das contribuições; contudo, os saldos credores poderão ser transferidos para o período de apuração seguinte dos respectivos impostos e contribuições.

No direito comparado e na doutrina pátria, para fins de operacionalização da sistemática de cálculo da não cumulatividade[57], é dividida de 5 (cinco) maneiras de neutralidade tributária, a saber:

a) Método Direto Subtrativo: consiste na aplicação da alíquota do tributo (a) sobre a diferença entre as vendas (V) e as compras (C), isto é, $T = a \times (R - C)$;

b) Método Indireto Subtrativo: consiste na apuração do valor devido por meio da diferença entre a alíquota aplicada sobre as vendas (R) e a alíquota aplicada sobre as compras (C), isto é, $T = (a \times R) - (a \times C)$;

c) Método Direto Aditivo: consiste na aplicação da alíquota do tributo (a) sobre o valor efetivamente agregado pelo contribuinte, ou seja, mão de obra (MO), matérias-primas e insumos (MP), outras despesas (D) e a margem de lucro (L), isto é, $T = a \times (MO + MP + D + L)$;

d) Método Indireto Aditivo: consiste na apuração do tributo por meio da somatória da aplicação da alíquota a cada um dos elementos que compõem o valor agregado pelo contribuinte, isto é, $T = (a \times MO) + (a \times MP) + (a \times D) + (a \times L)$;

e) Método Crédito do Tributo: operacionalmente trata-se do valor do tributo devido na etapa anterior registrado como crédito para ser utilizado na apuração do débito a ser pago referente à transação corrente, isto é, $T = \text{Débito} - \text{Crédito}$.

Finalmente, no que diz respeito ao ICMS e IPI, na apropriação de crédito para fins de neutralidade tributária, é utilizado o Método de Créditos de Impostos[58], ou seja, a técnica é denominada imposto contra imposto. Já nas

contribuições do PIS e da Cofins é utilizado o Método Indireto Subtrativo, ou seja, a técnica é denominada base contra base.

Vale mencionar que atualmente existe no ordenamento jurídico tributário uma derrama de regras com redações deficientes e de baixas argumentações jurídicas, contrariando aspectos básicos para elaborações das normas, bem como aspectos conflitantes sobre a materialidade tributária no ordenamento jurídico-tributário, e sobre a Ciência Contábil, ocasionando para os contribuintes lavraturas de Autos de Infrações, os quais alguns deles lavrados tão somente pelo fato de as fiscalizações serem efetuadas pelas Administrações Públicas, utilizando-se das suas redes de interligações denominadas[59] “Governo Eletrônico”.

Nos casos das apropriações de créditos fiscais e descontos de créditos do ICMS, IPI, PIS e Cofins, os Auditores Fiscais precisam ter conhecimento dos processos que envolvem os negócios das empresas, entretanto, eles executam os trabalhos de fiscalização na Repartição Fiscal[60].

Também, os prepostos fiscais sobre o direito ao crédito fiscal deveriam reconhecer as consultas em razão do seu efeito vinculante sobre as decisões do Carf e da Cosit da SRFB, bem como no que diz respeito aos pareceres das consultas formuladas à Sefaz dos Estados da Federação.

Todavia, na prática estes tão somente consideram aqueles créditos fiscais, previstos nos regulamentos dos impostos e contribuições, aliás, sujeitos às interpretações quanto ao direito ou não da sua utilização.

Por esses motivos, se não estiverem presentes nas empresas, jamais ficarão sabedores dos mencionados processos, conforme já expomos no presente trabalho. Com isso, prejudicando substancialmente tanto os contribuintes, quanto as Administrações Públicas, com grandes volumes de contenciosos fiscais junto aos tribunais administrativos e judiciais.

Além de tudo, muitas das decisões acabam resultando num passivo tributário para os contribuintes ou uma jurisprudência desnecessária pelo fato de o mérito discutido ter previsão de direito no contexto jurídico-tributário, ocasionando um alto custo tanto para o contribuinte, quanto para a Administração Pública.

Portanto, a PEC nº 45/2019, conforme já mencionamos, não traz nenhuma novidade em relação a não cumulatividade do IBS, ao afirmar que o

referido imposto proporcionará o direito ao crédito fiscal dos impostos pagos nas etapas anteriores.

Pois o que podemos constatar é a falta de aprimoramento das normas[61] existentes no Sistema Tributário Nacional em que na contramão daquelas normas bem elaboradas estão aquelas introduzidas no ordenamento jurídico-tributário com redações deficientes e de baixas argumentações jurídicas, aliás, em que autoridades exorbitam de sua competência ao legislar sobre matéria tributária de princípio constitucional.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, por intermédio de Bruna *Raicoski*, explica:

O Brasil, que possui uma das legislações mais complexas, confusa e de difícil interpretação do mundo, já editou e publicou desde 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal mais de 5,4 milhões de normas legislativas, o que representa cerca de 769 normas por dia útil, entre leis, medidas provisórias, instruções normativas, emendas constitucionais, decretos, portarias, instruções normativas, atos declaratórios, entre outras, segundo o cálculo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT.

O estudo detectou que, no que diz respeito à matéria tributária, foram editadas 363.779 normas, o que representa mais de 1,88 normas tributárias por hora em um dia útil, a maioria com cobranças em excesso, e responsável por dificultar a vida dos contribuintes, confundindo-os e exigindo de pessoas físicas e jurídicas a ajuda de outros profissionais a fim de compreender e realizar o cumprimento de todas as regras sem maiores problemas com o Fisco.

Da mesma forma, em relação aos pontos negativos, é de notar que uma das características do IBS deverá ser sobre uma base ampla de bens e serviços, cuja incidência será em todas etapas de produção e comercialização, sob alegação que a não cumulatividade proporcionará o direito ao crédito fiscal dos impostos pagos nas etapas anteriores; por esse motivo, entendemos que a criação do IBS ao albergar 3 (três) impostos e 2 (duas) contribuições, num só imposto, ocasionará um aumento[62] da carga tributária, cujo consumidor final pagará ônus tributário.

Diante disso, o IBS incidirá com base numa alíquota uniforme, a qual, segundo a PEC, será calculada pelo Tribunal de Contas e aprovada pelo Senado Federal. Assim, os valores dos bens e serviços, constantes nas notas fiscais, emitidas por intermédio dos contribuintes constituirão a base de cálculo a qual será calculado o percentual da alíquota uniforme, resultando o valor do imposto destacado na nota fiscal, "por fora", a exemplo do que ocorre com IPI, perfazendo o valor total da nota fiscal, que será constituído pelo valor do bem ou serviço mais o valor do IBS.

Desse modo, a alíquota final do IBS será constituída pelas somas das alíquotas: federal, estadual e municipal; hipoteticamente vamos considerar as seguintes alíquotas: a) federal: 15%; b) estadual (BA): 18% e; c) municipal (Salvador): 5%.

Com isso, considerando uma venda dentro do Município de Salvador, o imposto será calculado sobre a base de cálculo do IBS, pelo montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais), à alíquota de 38% (trinta e oito por cento), resultará o IBS a pagar de R\$1.900,00, com total a pagar de R\$6.900,00.

De maneira que, levando em consideração que a tributação do IBS recai sobre o consumo, e que a referida nota fiscal seja emitida para um contribuinte, pessoa jurídica, com base no princípio da não cumulatividade será apropriado na escrita fiscal do adquirente o valor de R\$1.900,00.

Por sua vez, se a referida nota fiscal for em nome de uma pessoa física, consumidor final, o ônus será transferido para ela, que assumirá a carga tributária de 38% (trinta e oito por cento), desembolsando o valor de R\$6.900,00.

A propósito, a União, os Estados e os Municípios poderão fixar sua alíquota do IBS em valor distinto da alíquota de referência, por meio de lei ordinária. Contudo, mesmo com a prerrogativa dos entes federativos em fixarem suas alíquotas, estas não podem variar entre quaisquer bens, serviços ou direitos.

Enfim, a característica de alíquota uniforme, como se vê, é um ponto negativo por motivo do aumento da carga tributária, além da sua transição na distribuição federativa da receita e tratamento das vinculações e partilhas estarem de forma confusa e prolixa com características de uma reengenharia financeira e não de matéria tributária, além da sua complexidade em relação à denominada transição para os contribuintes.

Ainda que a PEC, no que diz respeito à vedação dos benefícios fiscais, menciona que nenhum país do mundo financia políticas públicas: setoriais ou regionais. Também, sobre o aumento da carga tributária decorrente da adoção de uma alíquota uniforme do IBS, reconhecendo que o modelo não deva contemplar medidas que mitiguem o efeito regressivo da tributação do consumo.

Diante disso, projeta a adoção de um modelo em que as famílias mais pobres sejam ressarcidas por meio de mecanismos de renda. Tal modelo, a PEC explica que é adotado por vários estados e municípios, pelo cruzamento em que os consumidores informam o CPF na aquisição de bens e serviços com cadastro único dos programas sociais.

Não obstante, o contribuinte não sendo beneficiado na qualidade de consumidor final na aquisição de bem ou serviço, por meio de uma isenção, redução da base de cálculo, redução de alíquota, não tributação, pelo fato de haver incidência do IBS em todas etapas da cadeia de produção e comercialização, poderá o aumento da carga tributária do referido imposto prejudicar a qualidade de vida do cidadão em ofensa ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

Reportando-nos ao modelo vislumbrado pela PEC, entendemos que não apenas serão prejudicados os “mais pobres” mas também todos os consumidores que por meio dos referidos programas submetem-se ao tratamento idêntico aos jogos de loterias, quer dizer, o contribuinte vai assumir uma carga tributária durante sua vida, conseqüentemente, vai morrer e não será sorteado nos referidos programas, para o que mostraremos sua funcionalidade aos leitores.

Desse modo, o Programa de Educação Fiscal (PEF-BA), instituído pelo Governo do Estado da Bahia, com função socioeconômica dos tributos, visa, por meio da “Nota Premiada Bahia”, à concessão de sorteios para premiação daqueles que são cadastrados por meio do CPF do interessado, cujo sorteio ocorrerá pela loteria federal de acordo com datas previamente definidas sendo sorteadas aquelas combinações especificadas no programa, tomando por base o CPF do cidadão participante do sorteio.

Diante das combinações a fim de que o cidadão seja sorteado é mais fácil encontrar uma agulha no palheiro do que o referido cidadão ser premiado. Além de tudo, o contribuinte vai assumir uma carga tributária durante sua vida, conseqüentemente, vai morrer e não será sorteado. Enfim, vivemos num país onde o cidadão se deixa iludir pelas lucrativas cirandas das loterias.

Por sua vez, a Prefeitura de Salvador também possui o “Programa Nota Salvador” com um cadastro constando o CPF do cidadão. Assim, quando o contribuinte é o tomador de um serviço no ato da emissão da nota fiscal de prestação de serviço, indica-se o CPF dele.

De maneira que o programa disponibiliza “créditos” a fim de que sejam utilizados pelos contribuintes, a exemplo de abatimento do IPTU; conversão dos créditos em bônus, depositados na conta-corrente ou na poupança de titularidade do usuário. Aliás, observa-se que o procedimento é diferente daquele utilizado pelo estado em relação ao ICMS.

Não obstante, entendemos que a PEC deveria instituir um “Bônus Fiscal”, a fim de que o consumidor final fosse restituído pelo valor do IBS destacado quando da emissão da nota fiscal na aquisição do bem ou serviço. Com isso, o consumidor não seria onerado pelo aumento da carga tributária em função da elevação da alíquota uniforme do IBS, bem como estaria agindo com justiça social.

Ainda, a questão a qual não incidirá o IBS sobre as exportações e que é assegurada a manutenção dos créditos, prevista no inciso V do art. 152-A, também não é nenhuma novidade. Além do mais, na justificativa da PEC esclarece que os créditos acumulados pelos exportadores serão devolvidos de forma rápida e integralmente.

A questão sobre os créditos acumulados decorrentes das desonerações dos impostos e contribuições nas exportações, estes já existem no Sistema Tributário Nacional, bem como na CF/1988. Assim, ao afirmar a PEC, que os referidos créditos serão devolvidos de forma rápida e integralmente é no mínimo uma afirmação prematura.

Pois convém lembrar que quem mais dificultou a cessão de créditos do ICMS e do IPI dos créditos acumulados dos exportadores foram as governanças das administrações públicas; por essa razão, quem poderá garantir uma devolução rápida e integral, conforme se menciona na PEC, diante do poder do Estado?

Reportando-nos às dificuldades encontradas pelos exportadores nas governanças das administrações públicas em relação ao ICMS na Bahia, os créditos acumulados no caso da cedente e da cessionária, as mesmas ficam sujeitas a política social do estado, como fator de condição para liberação dos referidos créditos, bem como restringe o abatimento do crédito acumulado na apuração do imposto, autorizando-a tão somente para fins de amortizações de contenciosos fiscais.

Já em relação ao IPI, aqueles exportadores que possuíam créditos acumulados estes ficaram retidos pela DRF da 5ª Região Fiscal por aproximadamente 8 (oito) anos, sem aprovação do pedido de ressarcimento do IPI, que, após serem transformados em PER/DECOMP, foram aprovados e ressarcidos. Hoje somos sabedores de que existe o Drawback Nacional, que desonera o referido imposto sob condições em decorrência do efeito suspensivo.

Na verdade, o fomento às exportações sobre as desonerações tributárias previstas na Carta Política de 1988 é prejudicado pelas governanças das administrações públicas, conforme mencionamos anteriormente, cujas retenções dos créditos acumulados acabam se constituindo num ativo circulante sem nenhuma liquidez, transformando-se numa contingência fiscal.

Por essas razões, as *"joint venture"*, *"trading companies"*, ou quaisquer outras empresas habilitadas em operar com comércio exterior, deixaram de efetuar investimentos no país, procurando outros mercados.

A propósito, outro ponto negativo é a substituição dos atuais impostos e contribuições que serão substituídos pelo IBS, num lapso temporal de 10 (dez) anos, sendo que os dois primeiros anos será à base de teste, cujo IBS será cobrado à alíquota de 1% (um por cento), para compensar o aumento da arrecadação no referido período a qual será efetuada uma compensação por intermédio da redução das alíquotas da Cofins.

Já no período de 8 (oito) anos, o qual é denominado período de transição propriamente dito às alíquotas do ICMS, ISS, IPI, PIS e Cofins, serão reduzidas em 1/8 por ano, cujos referidos tributos serão extintos no oitavo ano. Com isso, o País conviverá com dois modelos paralelos, ou seja, o novo e o atual.

Assim, *Kiyoshi Harada* e Ives Gandra da Silva Martins[63] et al. esclarecem:

[...] Nos primeiros dois anos, o sistema será adaptado à base de "tentativa e erro". Durante a primeira década, o País conviverá com dois modelos paralelos, o novo e o atual. Os contribuintes prestarão contas aos três níveis de fiscalização existentes e àquele a ser criado para tratar do IBS. Passada a transição inicial, nada garante que o sistema seguirá sem alterações. Por isso, o próprio prazo de 50 anos para que Estados e Municípios sejam reparados pelas perdas resultantes do novo tributo é duvidoso. Afinal, há mais de 15

anos os Estados lutam para que a União compense os prejuízos oriundos da eliminação do ICMS-Exportação promovida pela EC 42/03. De resto, admitida a suposta neutralidade arrecadatária do modelo, em termos agregados, as perdas haveriam de ser compensadas com mais carga tributária.

De sorte que, pela PEC, o detalhamento do procedimento de cálculo das alíquotas de referência do IBS terá previsão na lei complementar, entretanto, pela proposta, a calibragem[64] das alíquotas de referência do IBS será no sentido de repor, em cada ano da transição, a estimativa de perda dos impostos e contribuições que serão extintos.

Com isso, a previsão é no sentido de que no período da transição propriamente dita, isto é, de 8 (oito) anos, por conseguinte, o processo de redução das alíquotas a ser aplicada no cálculo dos impostos e contribuições atuais será efetuada diretamente quando das emissões dos documentos fiscais.

Por essa razão, no terceiro ano da transição a redução será de 7/8, da alíquota prevista na legislação; no quarto ano da transição a redução será de 6/8, e assim sucessivamente, até o nono ano da transição propriamente dita, cuja redução será de 1/8, sendo que no fim do nono ano subsequente ao ano de referência os impostos e contribuições atuais serão extintos.

Da mesma forma, em relação aos pontos negativos da PEC, refere-se ao art. 2º, que altera o art. 120 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CF/1988, que prevê 50 anos, no que diz respeito à transição na distribuição da receita do IBS entre os Estados e os Municípios, a contar a partir da redução das alíquotas do ICMS e do ISS, cabendo ao Comitê Gestor Nacional operacionalizar a distribuição das referidas receitas.

Por esses motivos, *Kiyoshi Harada* e Ives Gandra da Silva Martins[65], et al. explicam:

Por isso, o próprio prazo de 50 anos para que Estados e Municípios sejam reparados pelas perdas resultantes do novo tributo é duvidoso. Afinal, há mais de 15 anos os Estados lutam para que a União compense os prejuízos oriundos da eliminação do ICMS-Exportação promovida pela EC 42/03. De resto, admitida a suposta neutralidade arrecadatária do

modelo, em termos agregados, as perdas haveriam de ser compensadas com mais carga tributária.

A criação de um imposto com base na seletividade, cuja finalidade é extrafiscal com a inclusão do Inciso III, art. 154, da CF/1988, entendemos que é outro ponto negativo.

De fato, tal criação nos remete a uma simbiose tributária, levando em consideração que atualmente o Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2015, prevê a extrafiscalidade, por meio da seletividade em função da essencialidade[66] (art. 48, do CTN), constante da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, publicado no DOU de 30 de dezembro de 2016.

Também, nos regulamentos do ICMS dos Estados da Federação existem bens e serviços, cujas incidências tributárias são com base na seletividade, por conseguinte, se o IPI e o ICMS serão albergados pelo IBS, a seletividade deveria ser intrínseca e não extrínseca, com a criação de outro imposto.

Ainda, há um contrassenso de ordem técnica sobre conceitos, pois o inciso IV, do art. 152-A, do IBS, veda a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive redução de base de cálculo ou de crédito presumido.

Por outro lado, o inciso III, art. 154, da CF/1988, prevê um imposto federal seletivo de incidência monofásica o qual incidirá sobre bens e serviços geradores de externalidades negativas, cujo consumo se deseja desestimular, a exemplo de cigarros e bebidas alcoólicas.

Não obstante, o conceito de extrafiscalidade[67], a que se propõe no mencionado dispositivo legal, é conflitante, pois elas decorrem de isenções, benefícios fiscais, progressividade de alíquotas, isto é, representadas por normas que aumentam ou reduzem as alíquotas. Enfim, o produto arrecadado tem como finalidade prestigiar os agentes políticos, econômicos e sociais.

Nesse sentido, *Kiyoshi Harada* e Ives Gandra da Silva Martins[68], et al. esclarecem:

A PEC 45/2019 também tenta criar Imposto Seletivo para “desestimular o consumo” de bens e serviços que gerem externalidades negativas. Todavia, não há quaisquer limites a serem observados pela figura, nem critérios que definam os

produtos e setores atingidos. Essa carta branca poderá resultar na instituição de um imposto de amplo espectro, incidente em duplicidade sobre os mesmos itens objeto do IBS. Nesse sentido, por exemplo, veículos movidos a combustíveis fósseis poderiam ser alvo desse tributo, pois são poluidores e podem ser substituídos por carros a álcool ou elétricos. Em suma: a pretexto de suposta extrafiscalidade, o Imposto Seletivo poderá incidir sobre vasta gama de itens.

Diante da suposta pretensão prevista na PEC 45/2019, com a inclusão do Inciso III, art. 154, da CF/1988, vamos mostrar ao leitor as técnicas de incidência de alíquota por meio da seletividade em relação ao IPI, bem como do ICMS, exemplificando alguns produtos e mercadorias e suas respectivas alíquotas.

A seletividade ocorre em função da essencialidade dos produtos, mercadorias, bens ou serviços em que se busca onerar de forma gravosa os supérfluos e os mais nocivos à saúde.

No IPI, como as alíquotas necessitam de maior flexibilização, seus objetivos extrafiscais são alterados por meio de decretos editados pelo Poder Executivo, conforme mencionamos ao tratar sobre as exceções ao princípio da anterioridade.

Por outro lado, o ICMS em relação à seletividade se submete às limitações de alíquotas, conforme esclarece Luciano Amaro:

[...] Cabe ainda ao Senado Federal fixar as alíquotas do ICMS nas operações interestaduais e de exportação (art. 155, §2º, IV), estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas (art. 155, §2º,V,a), fixar alíquotas máximas nas operações internas, para resolver conflito específico que envolve interesse de Estados (art. 155, §2º V,b. Dispõem, ainda, sobre alíquotas do ICMS os itens VI a VIII do mesmo parágrafo e o item IV do §4º do citado art. 155 (parágrafo acrescido pela EC nº 33/2001)[69].

De maneira que a seletividade do IPI poderá ser verificada na Tabela de Incidência do IPI (TIPI), aprovada pelo Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, publicado no DOU de 30 de dezembro de 2016, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2017. Tal tabela é baseada na Nomenclatura Comum do

Mercosul (NCM), que, por sua vez, constitui a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) baseada no Sistema Harmonizado (SH).

De maneira que a TIPI contém nas regras para interpretação do Sistema Harmonizado os títulos das seções, por exemplo, os que são iniciados pela seção I, discorrendo sobre “Animais vivos e produtos do reino animal” até a seção XXI que discorre sobre “Objetos de arte, de coleção e antiguidade”.

Em seguida nas citadas regras são percorridos os capítulos e subcapítulos, por exemplo, inicia-se com **capítulo 1**, que descreve sobre “Animais vivos”. Nesse momento há efetiva descrição da tabela, contendo: NCM, descrição e alíquota (%).

O capítulo 1 contém a posição **01.01**, que se refere a cavalos, asininos e muares, vivos. Já a subposição 01.01,2 classifica os cavalos; por sua vez, os itens e subitens 01.01. **21.00** referem-se aos reprodutores de raça pura, constando uma alíquota (%) **NT**.

Portanto, a TIPI de acordo com as regras de interpretação do Sistema Harmonizado vai até o **capítulo 97**, o qual descreve sobre: “Objetos de arte, de coleção e antiguidades”. De maneira que mostraremos aos leitores alguns produtos, com sua NCM e alíquotas, constantes da TIPI, a saber:

- a) Caviar e seus sucedâneos, NCM: 1604. 31.00 e 32.00, alíquota: 5%;
- b) Caranguejos, NCM: 1605. 10.00, alíquota: 0%;
- c) Melaços de cana, NCM 1703. 10.00, alíquota: 5%;
- d) Chocolate que contenha cacau, NCM: 1806. 3110, alíquota: 5%;
- e) Suco (sumo) de laranja, congelado, NCM: 2009. 11.00, alíquota: 0%;
- f) Cerveja sem álcool, NCM: 2202. 91.00, alíquota: 6%;
- g) Vinho tipo champanha (*champagne*), NCM: 2204. 10.90, alíquota: 10%;
- h) Gin e Genebra, NCM: 2208. 50.00, alíquota: 30%;
- i) Licores, NCM: 2208. 70.00, alíquota: 30%;
- j) Minério de cromo e seus concentrados (cromita), NCM: 2610. 00.10, alíquota: NT;
- k) Querosenes de aviação, NCM: 2710. 19.11, alíquota: NT;
- l) Hidrogênio, NCM: 2804. 10.00, alíquota: 0%;
- m) Fogos de artifício, NCM: 3604. 10.00, alíquota: 30%;
- n) Pneumáticos novos, NCM: 4011. 10.00, alíquota: 15%;
- o) Pele de *visons*, NCM: 4302. 11.00, alíquota: 60%;
- p) Lenha de coníferas, NCM: 4401. 11.00, alíquota: NT;
- q) Dicionários e enciclopédias, mesmo em fascículos, NCM: 4901. 91.00, alíquota: NT;
- r) Tijolos, NCM: 6901. 00.00, alíquota: 8%;

- s) Garrações e garrafas, NCM: 7010. 90.21, alíquota: 15%;
- t) Pérolas naturais, NCM: 7101. 10.00, alíquota: 30%;
- u) Ferro-silício, que contenha em peso mais de 2% de carbono, NCM: 7202. 11.00, alíquota: 5%;
- v) Ferro-cromo, que contenha em peso mais de 4% de carbono, NCM: 7202. 41.00, alíquota: 5%;
- w) Martelos e marretas, NCM: 8205. 20.00, alíquota: 8%;
- x) Colheres de aço inoxidável, NCM: 8215. 99.10, alíquota: 10%;
- y) Máquina de lavar louça, do uso doméstico, NCM: 8422. 11.00, alíquota: 20%;
- z) Batedeiras de uso doméstico, NCM: 8509. 40.20, alíquota: 10%;
- aa) Automóveis de passageiros, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a seis, incluindo o motorista, NCM: 8703. 23.10, alíquota: 25%.

Convém lembrar que o gestor fiscal deverá sempre estar atento sobre as alterações das alíquotas do IPI, relativos aos produtos constantes da Tabela de Incidência do IPI (TIPI). Em primeiro lugar, deve-se ao fato de que o princípio da anterioridade anual, previsto no art. 150, III, "b", da CF/1988, consta o IPI.

Entretanto, com base nas exceções previstas no art. 150, §1º da Carta Política de 1988, o IPI não se submete ao princípio da anterioridade anual. De fato, as alíquotas do IPI são majoradas por ato do Poder Executivo entrando em vigor no mesmo exercício financeiro que o citado ato foi publicado no Diário Oficial da União (DOU).

Por essa razão, o gestor fiscal também deverá ater-se a que o ato do Poder Executivo é o Decreto, este que contém a majoração das alíquotas, o qual entrará em vigor no mesmo exercício que foi publicado.

Além do mais, a alteração da alíquota por meio de Decreto editado pelo Poder Executivo ocorre em decorrência da extrafiscalidade do IPI, que poderá atender aos objetivos extrafiscais[70], tais como: política monetária, política de comércio exterior.

Por esses motivos, o gestor fiscal necessitará acompanhar as alterações do Decreto nº 8.950/2016, o qual aprovou a TIPI, pois tais alterações poderão trazer mudanças nas alíquotas de determinados produtos que poderá diminuir ou aumentar a carga tributária do IPI.

Já o ICMS no Estado da Bahia, considerando as limitações das alíquotas expostas acima, são as seguintes:

- a) Alíquota de 18%, nas operações e prestações internas, em que os remetentes ou prestadores e os destinatários das mercadorias, bens ou serviços

estejam situados neste Estado; nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou tomadores dos serviços estejam localizados em outra Unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto; nas operações de importação de mercadorias ou bens do exterior, entre outras previstas em lei;

b) 12%, nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.

c) 4%, nas prestações interestaduais de transporte aéreo de passageiro, carga e mala postal, quando tomadas por contribuintes ou a estes destinadas, a partir de 1º de janeiro de 1997 (Resolução nº 95/96 do Senado Federal);

d) 7%, produtos da cesta básica, tais como: arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca.

e) 25%, nas operações e prestações relativas a fumo (tabaco), cigarros, cigarrilhas, charutos, bebidas alcoólicas, perfumes (extratos), fogos de artifícios. Vale ressaltar que a energia elétrica está com acréscimo de dois pontos percentuais para fins ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, perfazendo um percentual de 27%, e com redução da base de cálculo, para classe industrial, conforme prevista nas normas relativas ao ICMS do Estado da Bahia.

Finalmente, faltou à PEC técnicas de tributação para criar a imposição tributária, pois, ao impor no art. 152-A que o IBS sobre bens e serviços será cobrado em todas as etapas de produção e comercialização, independentemente da forma de organização da atividade, desonerando apenas as operações de exportações.

Com isso, entendemos que tais medidas colocam o Brasil num patamar de "Risco País", notadamente o "Risco Econômico", com perspectivas negativas as quais poderão ser aumentadas por "quebradeiras de empresas", por motivo de falências e processos de recuperação judicial. Além disso, o que pode prejudicar a qualidade de vida do consumidor final.

De fato, o IBS é tributado em todas as etapas sem levar em consideração que as cadeias produtivas e de comercialização das organizações do País convivem 53 anos com um sistema tributário nacional, que prestigia a extrafiscalidade, bem como os benefícios e incentivos fiscais.

Ao invés disso, a PEC cria outro imposto seletivo sob suposta utilização da extrafiscalidade, além do mais, não permite concessões de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, bem como de redução de base de cálculo ou de crédito presumido, aliás, nos remete sim a uma criação de uma “ave de rapina” no sistema tributário nacional.

A propósito, a fim de que o leitor possa ter uma ideia, atualmente a extrafiscalidade estimula tão somente a incidência tributária dos tributos. Já, os benefícios fiscais, adotam a desoneração dos tributos, conforme previsto no Sistema Tributário Nacional.

Por essas razões, foram beneficiados os contribuintes de maneira geral, situados em diversas atividades no contexto das suas respectivas cadeias produtivas e de comercialização, entre outros contribuintes.

Nesse sentido, podemos mencionar, por exemplo: SIMPLES – Sistema de arrecadação de tributos federais; aumento, redução ou manutenção da carga tributária; base de cálculo reduzida; diferimento e regimes especiais sobre simplificações de procedimentos fiscais de toda cadeia produtiva; suspensão; substituição tributária; medidas por meio de protocolos firmados entre os Estados da Federação, aprovados em reuniões realizadas no Confaz em relação à “extrafiscalidade política”, no que diz respeito ao ICMS e valor político-constitucional em relação ao princípio do federalismo.

Enfim, no Sistema Tributário Nacional há incentivos fiscais setoriais e regionais sobre fomento à produção e ao desenvolvimento econômico e social e de estímulos às atividades, o que não justifica a PEC eliminá-los, pois traria um “Risco Econômico” para o País.

Ademais, aniquilaria qualquer iniciativa de investimento no mercado nacional. O que poderia a PEC tratar deveria ser no sentido de que fosse diminuído o lapso temporal de algumas concessões que acabam prejudicando a arrecadação e colocando a organização empresarial numa zona de conforto em relação ao princípio da livre concorrência.

Assim, o que mobiliza a todos nós é a guerra fiscal: incentivos fiscais estaduais, que temos conhecimento de que os Estados da Federação adotam uma política de extrafiscalidade e de incentivos fiscais, abstendo-se de sua arrecadação, visando a aspectos políticos, econômicos e sociais, para o que Daniela Ribeiro de Gusmão[71] esclarece:

A atividade financeira do Estado passou a ter uma natureza nitidamente extrafiscal, sendo utilizada não apenas para fins de natureza fiscal, mas também política, econômica e social, desde o momento em que este Estado tornou-se um agente incentivador do desenvolvimento e do bem-estar social, deixando de ser, simplesmente, um mediador distanciado dos debates sociais.

A atividade financeira que o Estado exerce com o intuito de ordenar as relações sociais e econômicas interferindo, por exemplo, no mercado, é denominada como atividade extrafiscal. Com efeito, essa atuação extrafiscal do Estado não visa obter recursos para o erário público, carrear receitas para o fisco, mas apenas e tão-somente pretende atuar sobre o contexto econômico, alterando o cenário social, através, por exemplo, da tributação em gastos seletivos ou sua retenção.

Daniela Ribeiro Gusmão[72] conclui:

De fato, quando há interesse em fomentar ou desestimular atividades consideradas convenientes ou inconvenientes aos cidadãos, o governo pode utilizar a tributação extrafiscal, visando atingir os fins sociais através da maior ou menor tributação. Vê-se, portanto, que os tributos também são instrumentos regulatórios do Estado, quando utilizados para o incentivo ou repressão da conduta do particular.

Todavia, salientamos que essa conhecida “malfadada guerra fiscal” é um tema tão antigo e através do tempo tem-se desdobrado de tal maneira que a “guerra fiscal” vem prejudicando a relação política e econômica entre os entes federativos.

De fato, em 1980, ao escrever sua obra “Uma Análise Econômica do Imposto Sobre o Valor Adicionado no Brasil”, Carlos Nayro de Azevedo Coelho[73], sobre o ICM e o equilíbrio fiscal interestadual[74], nos esclarece:

[.....]

O conceito de equilíbrio fiscal interestadual se refere à inter-relação entre as políticas de arrecadação e despesa. Geralmente a discussão se faz com base em dois princípios:

equalização e eficiência. Embora em geral sejam discutidos conjuntamente, há uma distinção de equalização entre indivíduos na área federal como um todo e equalização entre áreas geográficas diferentes ou estados da nação. O primeiro caso envolve a distribuição de renda entre indivíduos nos locais específicos em que residem. O segundo envolve a estrutura da nação. Num sistema federativo isto inclui três planos de taxação e despesa. Assim, a menos que se verifique uma completa correspondência nas relações receita/despesa em todos os níveis, faz-se necessário um sistema de transferências intergovernamentais de recursos na forma de ajuda. Então, os problemas dominantes são a direção dos fluxos de doações, o grau de equalização desejado e as consequências políticas. Naturalmente, conforme o princípio da equalização, doações devem fluir, num sentido estrito, dos estados mais ricos para os mais pobres. O grau de equalização tem sido o centro de intensas controvérsias acerca da distribuição de auxílios e acordos fiscais. Aceita-se, em geral, que um certo grau de equalização é essencial à sobrevivência do sistema federativo. Portanto, entrelaçada aos problemas políticos, encontramos a questão: se é adequado que o governo federal tome medidas fiscais a fim de proporcionar um grau mais elevado de equalização, de vez que essas medidas certamente significarão menor autonomia para os estados.

Do ponto de vista do princípio da eficiência, a discussão do equilíbrio fiscal interestadual tem sido feita em termos de alocação de receitas e de crescimento econômico. Com relação ao primeiro ponto, a discussão sobre efeitos distorcivos na alocação se centraliza na questão das consequências da distribuição do auxílio federal e das medidas fiscais mais que nas diferenças das alíquotas. Portanto, o problema é saber se as transferências dos estados mais ricos para os mais pobres aumentarão ou diminuirão a eficiência. De acordo com Buchanan, a inexistência de tais doações induziriam o trabalho e o capital a sair mais rapidamente das regiões pobres em recursos, diminuindo

ainda mais sua capacidade produtiva. Contudo, é geralmente aceito que a renda nacional do país como um todo poderia ser beneficiada pelo uso de trabalho nas áreas sem recursos. Portanto, a eficiência alocativa não só se relaciona com os auxílios, como também com a mobilidade dos fatores e sua inter-relação.

No que diz respeito a “Uma Análise Econômica do Imposto Sobre o Valor Adicionado no Brasil”, na nossa obra[75] publicada em 2014 explicamos:

Assim, nota-se pela leitura da citação que o autor naquela época antecedente à promulgação da nossa Carta Magna em 1988 efetuou estudos comparativos sobre a análise econômica do Imposto sobre o Valor Adicionado no Brasil, introduzido em 1967, tomando-se por base a estrutura tributária brasileira, em que foram analisados e discutidos mecanismos que viessem a substituir o método cumulativo do imposto de circulação por um processo de arrecadação sobre o valor adicionado, sendo o ICM aquele com base mais ampla com sua incidência sobre a produção e distribuição de todos os bens tangíveis da economia.

Também, na contramão desse agigantamento do estado com a descentralização regional e o “governo eletrônico” está a “malfadada guerra fiscal”. Assim, Daniela Ribeiro de Gusmão[76], citada por Edson Sebastião de Almeida (2014, p. 38), explica:

Os entes que compõem a Federação brasileira têm concorrido entre si para ter em seus territórios novos empreendimentos privados e, para isso, se utilizam da prática da concessão de incentivos fiscais e financeiros-fiscais relacionados ao ICMS. Essa contenda entre os Estados-membros foi popularmente denominada de “guerra fiscal”, sendo certo que a principal estratégia atualmente utilizada nessa “guerra” é a concessão, pelos entes da Federação, de incentivos e benefícios referentes ao ICMS.

Ainda, Ruy Barbosa Nogueira, citado por Daniela Ribeiro de Gusmão[77], entende que:

O ICM não pode ser usado como instrumento regulador da economia, fomentando ou desencorajando atividades. Não é imposto hábil de atuação extrafiscal, quer pela sua natureza, quer pela razão de seu sujeito ativo. O princípio da uniformidade da alíquota para todas as mercadorias é a característica fundamental de que o ICM é imposto essencialmente fiscal.

Em relação aos fatos históricos relevantes sobre incentivo fiscal como instrumento no planejamento e na formulação de desenvolvimento industrial na Bahia[78], da obra publicada em 2014, o autor na sua obra, explica:

No início da década de 1990, por causa das medidas econômicas no cenário político do neoliberalismo, houve a necessidade de o Estado da Bahia traçar novos planejamentos visando ao desenvolvimento industrial, em virtude da abertura econômica e do enxugamento da máquina pública que inibiram a intervenção do Estado e gerou limitações da capacidade fiscal e financeira deste.

Nesse contexto, foi criado o Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, o qual foi instituído e regulamentado em 1991, no intuito de implantar e ampliar as indústrias, agroindústrias, empresas de mineração e outras consideradas relevantes, a fim de não onerar as empresas no recolhimento do ICMS. Assim, a referida década foi marcada pelo recuo do governo federal, privatizando as empresas federais e dando ênfase ao desenvolvimento regional, o que mais tarde daria margem à malfadada “guerra fiscal”.

Não obstante, foi no período do primeiro governo de Paulo Souto (1995-1998) que teve início a retomada do crescimento industrial aliado às várias medidas do serviço público e terceirização deste no intuito de conter despesas e gerar enxugamento da máquina pública. Assim, houve uma valorização da política de incentivos e benefícios fiscais e financeiros, sendo responsáveis pela execução, acompanhamento e controle as Secretarias da Indústria, Comércio e Mineração – SICM e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia- Sefaz-BA. Também, mediante convênio

firmado entre a Seplantec, a SICM e a Fieb, o Estado da Bahia criou programa estratégico de desenvolvimento industrial.

E no governo de César Borges (1999-2002) foi implantado o Complexo Automotivo Ford Nordeste em Camaçari, selando a política de investimentos iniciada pela promulgação do PROBAHIA. De sorte que o projeto da Ford obteve significativos incentivos fiscais, financeiros concedidos pelo governo estadual.

Por essa razão, o governo necessitou adotar uma política de incentivos fiscais adequando-os à nova realidade nacional no tocante ao desenvolvimento regional, gerando a criação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, pela Lei nº. 7.980, de 12/12/2001, publicada no DOE de 13/12/2001, cuja regulamentação foi mediante o Decreto Estadual nº. 8.205, de 3/4/2002, publicado no DOE de 4/4/2002.

Tal incentivo instituiu o mecanismo de dilação de prazo do pagamento do ICMS, o qual é baseado num índice atribuído a cada projeto analisado de acordo com os objetivos estratégicos estaduais. Por exemplo, o projeto é aprovado por classe de enquadramento mediante um determinado percentual do ICMS incentivado que traduzirá distintos percentuais de desconto para o pagamento antecipado do imposto devido. Após aprovação do projeto o Conselho Deliberativo do Desenvolve publica no DOE a Resolução que concede o incentivo fiscal à empresa pleiteante.

Em relação ao combate às importações ilegais e/ou desleais, entendemos que são aquelas denominadas “guerra dos portos”, em que um determinado Estado, para atrair empresas importadoras para seu território, ainda, ampliar a movimentação de seus portos, concede às empresas importadoras um subsídio chamado “crédito presumido”, o qual beneficia o produto importado em detrimento do produto nacional, o que acaba desfavorecendo a produção nacional, contribuindo para o enfraquecimento do setor industrial.

Diante disso, o autor sobre a “guerra dos portos” [79] na sua obra publicada em 2014, explica:

[...] Vale ressaltar que a conhecida guerra fiscal, ou seja, guerra dos portos, se dá pelo fato de alguns entes federativos concederem incentivos fiscais para atrair novos investimentos, o que reduz a carga tributária, oscilando em 12% ou 7%. Assim, na teoria, com a redução da alíquota em 4%, o objetivo é pôr fim à guerra dos portos. Enfim, a medida tem como objetivo diminuir as vantagens competitivas dos produtos importados sobre os nacionais.

[...]Por sua vez, aqueles incentivos fiscais estaduais de natureza setorial são criados por leis estaduais para atender à necessidade dos Estados da Federação viabilizando programas destinados a desenvolver, por exemplo, os setores: industrial, comercial, de infraestrutura, entre outros. Tais leis estaduais foram estabelecidas pelas dificuldades constantes na Lei Complementar nº 24, de 7/1/1975, publicada no DOU de 9/1/1975, a qual prevê que a concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados e a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes; por esse motivo, os Estados da Federação por meio de suas legislações acabaram adotando seus programas específicos, como foi o caso dos incentivos fiscais pelo legislador baiano.

A concessão de incentivos sem autorização unânime de todos os Estados convencionou-se chamar, como se sabe, de guerra fiscal. Todavia, ao serem analisadas as possibilidades de mudanças junto ao Governo, é importante verificar em cada região os fatos históricos sobre incentivo fiscal como instrumento no planejamento e na formulação de desenvolvimento da indústria no seu Estado como foi o caso da Bahia e obviamente também em relação aos demais Estados da Federação.

De fato, não foi somente a Bahia que adotou programas de incentivos fiscais como instrumento no planejamento e na formulação de desenvolvimento industrial, também outros Estados da Federação, em virtude da regionalização oriunda

da descentralização do Governo Federal, que, também com objetivo de apoiar o desenvolvimento industrial daquelas regiões, adotaram políticas fiscais de desenvolvimento às indústrias locais. Aliás, a malfadada guerra fiscal deve-se à descentralização federal aos investimentos regionais, inclusive com a perda de vários benefícios fiscais sobre investimentos da área federal em 1990, quando da promulgação da Carta Política de 1988, bem como ocorreu um aumento significativo da carga tributária.

Ante o exposto, Hamilton Dias de Souza, citado por Edson Sebastião de Almeida (2014, p. 42), esclarece que os incentivos configuram instrumentos adequados e eficazes para induzir investimentos em localidades menos desenvolvidas, senão vejamos:

De maneira que, em relação aos incentivos fiscais concedidos pelos Estados, no que diz respeito aos incentivos de ICMS e o equilíbrio federativo, Hamilton Dias de Souza[80], além de outras contribuições, menciona a falta de uma política federal consistente e eficaz de combate às desigualdades regionais, e assim esclarece:

[...] Os incentivos têm sido a única forma eficaz de reduzir as desigualdades regionais e sociais, um dos objetivos fundamentais da República e princípio da ordem econômica previstos na Constituição de 1988 (arts. 3º, III e 170, VII).

[...] Por falta de uma política federal consistente e eficaz de combate às desigualdades regionais, os Estados menos favorecidos recorrem aos incentivos de ICMS para atrair investimentos necessários à melhoria de seus indicadores socioeconômicos.

[...] Portanto, a competição fiscal é legítima, desde que observadas as regras existentes. Quando bem utilizadas, os incentivos configuram instrumentos adequados e eficazes para induzir investimentos em localidades menos desenvolvidas.

Assim, a exemplo de outros entes federativos, a Bahia não seguiu a Lei Complementar nº 24, de 7/1/1975, publicada no DOU de 9/1/1975, que prevê a concessão de isenções, incentivos ou benefícios fiscais, por meio de convênios os quais definirão as condições gerais das respectivas concessões, por meio de unanimidade a qual requer a deliberação de todos os entes regionais por meio de convênio celebrado pelo Conselho de Política Fazendária – Confaz.

Nesse sentido, os incentivos configuram instrumentos adequados e eficazes para induzir investimentos em localidades menos desenvolvidas, e o Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Ives Gandra da Silva Martins, citado por Edson Sebastião de Almeida (2014, p. 49-50), nos esclarece:

De sorte que tanto a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo – SFESP quanto a da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo – Fecomercio consultaram o Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Ives Gandra da Silva Martins[81], sobre a seguinte questão:

A unanimidade exigida pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ para concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS decorreria de legislação infraconstitucional ou estaria esculpida na própria lei suprema, assim como se sua eventual revogação implicaria violação de cláusula pétrea.

Para esclarecer as dúvidas suscitadas pelos consulentes, Ives Gandra da Silva Martins[82] responde:

[...] Por esta linha de raciocínio, entendo que a unanimidade exigida pelo CONFAZ não decorre da legislação infraconstitucional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto supremo, tese, aliás, fortalecida com a interpretação do artigo 146-A da Lei Suprema, que reza:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

[...] Em outras palavras, apenas e exclusivamente a União pode fazer políticas que afetam a competitividade, em prol de desenvolver regiões mais pobres do país. Essa é a única forma de descompetitividade que é considerada constitucional e que não fere nem o inciso II do art.150, nem o inciso IV do artigo 170, porque viabiliza alcançar o objetivo previsto no art. 3º, III da CF e se coaduna com as regras do artigo 155, §2º, incisos IV, V e VI da Lei Maior.

[...] Na atual guerra fiscal, são os investidores que negociam e impõem às Secretarias dos Estados sua política, obtida, por se instalarem naqueles que lhes outorgarem maiores vantagens. Tal fato representa, de rigor, que a verdadeira política financeira não é definida pelos governos, mas exclusivamente pelos investidores. E, muitas vezes, gera descompetitividade no próprio Estado para estabelecimentos, já há longo tempo lá estabelecidos, que não poderão dos estímulos se beneficiar.

[...] A unanimidade exigida para a concessão de incentivos, estímulos ou benefícios fiscais de todos os Estados e Distrito Federal é, a meu ver, cláusula pétrea constitucional, não podendo ser alterada nem por legislação inferior e nem por emenda constitucional, por força do §4º, inciso I, do artigo 60 da CF.

Finalmente, no que diz respeito aos Incentivos Fiscais Federais sobre a avaliação da ampliação da desoneração tributária sobre investimentos[83], o autor, na sua obra publicada em 2014, explica:

A evolução histórica do processo Reforma Tributária no Brasil esbarra nas agendas de políticos e na mídia brasileira, embora haja um consenso por parte do governo e do setor privado de que o sistema nacional tributário necessita de modificações para que possamos ter um “Brasil Maior”. Aliás, essa é a política que vem sendo implementada no Governo da Excelentíssima Presidenta da República Federativa do Brasil Dilma Rousseff.

De fato, o Código Tributário Nacional, por meio da Lei nº 5.172[84], de 25/10/1966, que instituiu o Sistema Tributário

Nacional e Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios, foi promulgado pelo Regime Militar no governo de Humberto de Alencar Castello Branco.

Em que pese o povo, instituições, ou seja, a sociedade brasileira, de forma geral, terem a garantia de estarem sob a égide do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988, percebemos que não houve esforços dos poderes constituintes no intuito de atualizar e democratizar o nosso sistema tributário nacional que ainda é cruel, oneroso e promove desigualdades no sistema federativo, o qual se encontra por longas décadas nas amarras do Regime Militar, inviabilizando as indústrias do nosso país, colocando-as menos competitivas no mercado globalizado, pelo alto custo Brasil.

Ademais, foi no período do Regime Militar como somos sabedores que foram concedidos incentivos fiscais e financeiros para o desenvolvimento industrial os quais tiveram suas vigências por meios de vários Decretos-Leis com objetivos de fomento à instalação de novos empreendimentos industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda local, bem como geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

De maneira que, em relação à natureza e à caracterização de Incentivos Fiscais, Gabriel Lacerda Troianelli, citado por Edson Sebastião de Almeida (2014, p. 68), explica:

De maneira que, em que pese a discussão dos conceitos sobre incentivos fiscais como benefícios fiscais e vice-versa ou um favor fiscal, estímulos fiscais e um incentivo financeiro, na verdade foi no Regime Militar, quando o Brasil despontou

como a oitava economia do mundo, que presenciamos o chamado “Milagre Econômico”, ocasião em que os entes federativos contemplaram os investimentos nacionais daquela época com a criação de vários incentivos Fiscais. Assim, em relação à natureza e à caracterização de Incentivos Fiscais, Gabriel Lacerda Troianelli esclarece:

Se assim é, a caracterização de uma figura como incentivo ou estímulo fiscal ou como benefício fiscal, depende menos da formulação legislativa, do que do regime jurídico do funcionamento da técnica empregada. E esta consideração pode mesmo, nos casos extremos, levar-nos a concluir que uma determinada figura declaradamente concebida como **incentivo fiscal** é, na verdade, apenas um **benefício**, e vice-versa, um **benefício fiscal** é, na realidade, um verdadeiro **incentivo**.

É que um incentivo à atividade dos sujeitos há de traduzir-se numa relação de **causa e efeito** entre as vantagens auferidas e as iniciativas **futuras** estimuladas, há de situar-se em momento **anterior** à verificação do comportamento que se pretende ver realizado no **futuro**. E, por sua vez, um benefício fiscal, *tout court*, há de ser independente de qualquer comportamento posterior dos sujeitos.

E esse aspecto do funcionamento das técnicas empregadas é tão importante que, para além do plano estritamente jurídico, a própria dimensão temporal com que for concedido o estímulo pode vir a transformar um verdadeiro incentivo tributário num **favor fiscal sem qualquer justificação**. [...] [85]

Diante disso, com a Carta Política em relação aos incentivos fiscais ficaram na vontade dos governantes. De fato, por meio dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988, o art. 41, §§1º e 2º [86] estabeleceu:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§1º Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

§2º A revogação não prejudicará os direitos que já tiveram sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

Finalmente, os nossos governantes ficaram omissos após a publicação da nossa Carta Política durante vários anos em relação aos Incentivos Fiscais a fim de fomento aos investimentos de nossas indústrias, resultando no acirramento da “malfadada guerra fiscal”.

Entretanto, presenciamos durante esse período recordes da arrecadação de tributos e um excesso de obrigações acessórias a serem cumpridas pelos contribuintes, bem como dos custos que elas representam.

Além do mais, os recordes da arrecadação de tributos e um excesso de obrigações acessórias foram fortalecidas ainda mais com o “Governo Eletrônico”, que, por meio da tecnologia, o Erário Público também trocou o “chão de fábrica” por uma fiscalização eletrônica sem a necessidade de ir ao estabelecimento da empresa, tão somente executá-la nas dependências das Administrações Públicas, o que veio ocasionar lavraturas de autos de infrações defensáveis pelos contribuintes em razão destes apresentarem de forma indevida, os dispositivos legais infringidos.

Em relação ao aprimoramento do atual sistema tributário nacional, podemos mencionar as leis que necessitam alterações em decorrência das mudanças sociais da época, resolvendo definitivamente as injustiças fiscais.

Assim, um exemplo é a lei relacionada com os portadores de doenças graves, pois o benefício da isenção do IRPF não é concedido de forma ampla em relação aos proventos, salários da ativa e rendimentos da previdência complementar, por ter sido instituída pelo executivo e o judiciário a figura bizarra do “meio-portador de moléstia grave[87]” em que num determinado momento ele é sadio e não tem direito a isenção, por sua vez, em outro momento ele é portador da moléstia grave e tem direito a isenção.

4 – CONCLUSÃO

O sistema tributário nacional atualmente possui seus conceitos pelos quais se busca um aperfeiçoamento e não o abandono do acervo jurídico tributário do Brasil.

Pois é uma afronta às instituições que durante 53 anos trabalharam no sentido de melhorarem a boa prática do referido sistema tributário nacional e de acordo com a PEC teremos que esperar por uma perspectiva de sucesso prevista por mais 50 anos, ou seja, 1 (um) século de tentativas para se obter um sistema tributário nacional.

De fato, pretende-se com a PEC revogar 19 dispositivos e introduzir 141 outros na Constituição ocasionando a criação em média de 40 novos conceitos, conforme demonstrado por Kiyoshi Harada; Ives Gandra da Silva Martins et al., no Artigo denominado Reforma Tributária: onerar mais não é o caminho, publicado na **Revista Jus Navigandi**, em 30/7/2019.

Não obstante, devemos melhorar o sistema tributário nacional e não colocar pá de cal em 3 (três) impostos e 2 (duas) contribuições, tão somente para atender aos anseios da classe política e do governo, no sentido de aprovar uma proposta com características de uma “reengenharia financeira” com objetivo de reequilibrar o quadro das receitas e despesas.

Vale ressaltar que os contribuintes de maneira geral almejam durante décadas por alterações, visando diminuir a carga tributária tanto dos impostos indiretos quanto dos impostos diretos, estes com modificações das tabelas progressivas e deduções do imposto de renda e do IPTU, com base nos princípios da progressividade e da capacidade contributiva, entre outros impostos.

Diante disso, entendemos que as propostas de reformas tributárias, seja de iniciativa do legislativo ou do executivo (governo), ou mesmo quaisquer reformas tributárias, devam ter como objetivo a diminuição da carga tributária e a simplificação de procedimentos fiscais no contexto do “Governo Eletrônico” dos tributos diretos e indiretos.

Assim, os referidos objetivos beneficiarão todos os contribuintes de maneira geral, por exemplo, o consumidor final, que é o contribuinte de fato em relação aos tributos indiretos.

Também, em relação ao imposto direto, contribuirão em relação ao imposto de renda, diminuindo a carga tributária, com aumento do rol das deduções, a exemplo dos remédios, entre outros, bem como da atualização da tabela

progressiva por meio de indexadores econômicos que traduzem a realidade econômica do País.

Ainda, poderão ser combatidas as injustiças fiscais, a exemplo do que ocorrem com os portadores de doenças graves, a quem não são concedidos os benefícios da isenção do IRPF de forma ampla em relação aos proventos, salários da ativa e rendimentos da previdência complementar.

Finalmente, conforme mencionamos neste trabalho, faltou à PEC técnicas de tributação para criar a imposição tributária, na medida em que o art. 152-A, que criou o IBS, na sua regra-matriz das hipóteses de incidência tributária, estabelece que será tributado sobre os bens e serviços, sendo cobrado em todas as etapas de produção e comercialização, independentemente da forma de organização da atividade, desonerando apenas as operações de exportações.

A CFEM, a qual está voltada para cadeia produtiva do setor minerário e siderúrgico do País, que é cobrada pela Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), não deve ficar de fora da regra-matriz das hipóteses de incidência tributária do IBS.

Diante disso, o IBS será tributado em todas as etapas, entretanto, sem levar em consideração que as cadeias produtivas e de comercialização das organizações do País que convivem 53 anos com um sistema tributário nacional, que prestigia a extrafiscalidade, bem como os benefícios e incentivos fiscais, pois os mesmos poderiam ser alterados por meio de uma adequação e não de uma revogação, conforme estabelece o IBS.

Na justificativa da PEC menciona-se que os tributos atuais não possuem características adequadas mediante cobrança não-cumulativa; no entanto, entendemos que não são verdadeiras ao ponto de se criar um outro tributo; por esse motivo, mostramos de forma sintética sobre a não cumulatividade, demonstrando sobre a utilização dos direitos aos créditos fiscais; todavia, a PEC, ao afirmar que a não cumulatividade com o IBS será ampla, o contribuinte poderá cair numa armadilha e sofrer autuações fiscais por utilização de créditos indevidos.

Por essa razão, demonstramos aos leitores que, além das ciências do direito, as organizações são obrigadas a registrar os gastos, custos e despesas com base nas ciências contábeis sem ofensa aos princípios contábeis geralmente aceitos; enfim, deve existir uma harmonia entre as ciências.

Também, mostramos que a PEC pretende adotar à adoção de um modelo em que as famílias mais pobres sejam ressarcidas por meio de mecanismos de renda, os quais são adotados por vários estados e municípios, conforme mostramos neste trabalho por um cruzamento em que os consumidores informam o CPF na aquisição de bens e serviços com cadastro único dos programas sociais.

Por esses motivos, sugerimos que, em vez de adotar um programa que é mais uma loteria a PEC deveria instituir um “Bônus Fiscal”, a fim de que o consumidor final fosse restituído pelo valor do IBS destacado quando da emissão da nota fiscal na aquisição do bem ou serviço.

Por sua vez, a questão sobre os créditos acumulados, decorrentes das desonerações dos impostos e contribuições nas exportações os quais são dificultados pelas governanças das administrações públicas nas cessões de créditos do ICMS e do IPI, resultando, inclusive as *“joint venture”*, *“trading companies”* entre outras empresas deixaram de efetuar investimentos no país, procurando outros mercados, por isso, poderia existir um procedimento fiscal para sua utilização no IBS.

Por conseguinte, uma medida que poderia resolver a questão sobre a utilização dos créditos acumulados seria por meio da emissão de nota fiscal de transferência de crédito entre o cedente e o cessionário, estes por meio de contratos de cessão de créditos fiscais acumulados, sem a participação dos Órgãos Públicos, que tão somente efetuariam o seu papel de auditoria, por meio de uma fiscalização programada para validação dos referidos créditos acumulados.

Enfim, as medidas pretendidas pela Reforma Tributária colocam o Brasil num patamar de “Risco País”, ou seja, o “Risco Econômico”, com perspectivas negativas que poderão ser aumentadas por “quebradeiras de empresas”, por motivo de falências e processos de recuperação judicial.

Pois não é uma previsão pessimista e sim realista, pelo que foi demonstrado pela PEC nº 45-2019, bem como por aquela divulgada pelo governo, a qual ainda não foi encaminhada para a Câmara dos Deputados.

Ademais, tais reformas apresentam características de uma “reengenharia financeira” que visa ao controle das contas públicas, isto é, os denominados Ajustes Fiscais, os quais têm por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação com aumentos das alíquotas dos tributos e jamais uma Reforma Tributária, a qual deverá ser mais ampla, visando a diminuição da carga tributária e

simplificação de procedimentos fiscais de todos tributos diretos e indiretos do sistema tributário nacional.

Portanto, "*mutatis mutandi*", a PEC nº 45-2019, bem como qualquer Proposta de Emenda Constitucional, efetivamente deverão atender aos anseios dos contribuintes de forma ampla em relação a todos os tributos do sistema tributário nacional, caso contrário não poderemos chamá-las de Reforma e sim de Ajuste Fiscal, o qual tem por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação por meio da elevação das alíquotas dos tributos.

Aliás, a Reforma da Previdência teve evidências de um formato de Ajuste Fiscal, norteado por uma reengenharia financeira na medida em cometeu-se uma injustiça social, quando omitiu o direito "*ex tunc*" daqueles aposentados numa reaposentadoria, uma vez que se converteria num desembolso imediato para os Cofres Públicos.

Em outras palavras, nos remete a uma reengenharia financeira do poder público, e, o pior, uma vez aprovados os ajustes, as receitas públicas oriundas das arrecadações dos tributos aumentarão os cofres públicos, com aumento da carga tributária, e se não existir controle dos gastos públicos, novamente haverá necessidade de reequilibrar o quadro de receitas e despesas, ocasionando um "efeito dominó" a cada mandato presidencial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 21.

_____. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 36-37.

_____. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

_____. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas

governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38-39.

_____. **Crimes contra a ordem tributária:** conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 67-68.

_____. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, nº 5243, 8/11/2017. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 10/11/2017.

_____. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 166, novembro 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 21/1/2018.

_____. **Previdência Complementar: PEC nº 6/2019, no contexto previdenciário atual e a tributação do Imposto de Renda.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5806, 25 de maio de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74187>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

_____. **Direito Tributário Brasileiro.** 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.
ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum:** acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 87.

_____. **Vade Mecum:** acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 593-609.

BERGAMINI, Adolpho; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **O conceito de insumos aplicável ao cálculo de créditos de PIS e COFINS segundo o entendimento do CARF.** In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MOREIRA JUNIOR, Gilberto de Castro (Coords.). **PIS e Cofins à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.** São Paulo: MP Editora, 2011, p. 24-25.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988, atualizada até a EC nº 99/2017.** Brasília: Secretaria de Documentação, 2019, p. 97. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/7/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019,** p. 2 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. **Competência.** Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br>. Acesso em: 5/8/2019.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. **Decreto nº 8.543, de 21 de outubro de 2015**. Altera o Decreto nº 8.415, de 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. Lei nº 13.540, de 18/12/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 3/8/2019.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019.

CABRAL MASCARENHAS, Raymundo Clovis do Valle. **Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados. Decreto nº 2.637, de 25/06/1998**. Anotado e Comentado. Salvador: PCJ, 1998, p. 112-113.

CASSONE, Vittorio. **ICMS – Lei Complementar nº 87/96 (Comentada artigo por artigo)**. São Paulo: IOB, 1996, p. 6.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; PIRES, Rodrigo H. DNPM altera entendimento sobre prescrição e decadência da CFEM e TAH. Disponível em: <https://williamfreire.com.br>. Acesso em: 3/8/2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 266.

CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 40.

_____. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Noeses, 2014, p. 43.

_____. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 56.

_____. **Guerra Fiscal: reflexões sobre concessão de benefícios no âmbito do ICMS**, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 70.

FABRETTI, Lúdio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8. ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, p. 84.

_____. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8ª ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88.

_____. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8. ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89.

FARO, Maurício Pereira; ROCHA, Sérgio André. **Neutralidade tributária para consolidar concorrência**. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 24 de junho de 2016.

COELHO, Carlos Nayro de Azevedo. **Uma análise econômica do imposto sobre valor adicionado no Brasil**. Brasília: CFP, 1980, p. 71.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. A extrafiscalidade no Direito tributário e suas classificações. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, nº 1226, 9 de novembro de 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9151>. Acesso em: 11/08/2019.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

_____. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36-37.

HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer, p. 29-30, de 28 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br>. Acesso em: 24 de junho de 2016.

_____. **Parecer em resposta à consulta**, formulada pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo e a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo – Fecomercio. 2012. São Paulo.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *apud* CASSONE, Vittorio. **ICMS – Lei Complementar nº 87/96 (comentada artigo por artigo)**. São Paulo: IOB, 1997, p. 7.

MEMÓRIAS DA DITADURA. Delfim Neto. Disponível em: www.memoriasdaditadura.org.br. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de. **Definição de insumos para apropriação de créditos do PIS e da COFINS**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2012, p. 50-51.

OLIVEIRA, Waldemar de. Novo Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, Decreto nº 7.212, de 15. 06. 2010 – Anotado e Comentado. Atualizado até 4/8/2010. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2010, p. 260-262.

PASSARELI, João; BOMFIM, Eunir de Amorim. Custos: análise e controle. 3. ed. São Paulo: IOB-Thomson, 2004, p. 31.

PICCOLI, Karin Rose Mussi Botelho. Manual do ativo-CIAP: aspectos teóricos e práticos, 1. ed. São Paulo: IOB Folhamatic, 2014, p.40.

RAICOSKI, Bruna. Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a constituição de 1988, publicada em 4/7/2018. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br>. Acesso em: 19/8/2019.

ABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1070.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. IBS pode corrigir ou amplificar problemas da tributação indireta no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

SIQUEIRA, Natercia Sampaio; Xerez, Rafael Marcílio. **Questões de extrafiscalidade tributária nas democracias contemporâneas**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 463.

SOUZA, Hamilton Dias. Incentivos de ICMS e o equilíbrio federativo. Disponível em: <www.apet.com.br>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2012.

TARANTO, Duílio; DOEHLE, Lauro. Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Lemi, 1971, p. 127.

TROIANELL, Gabriel Lacerda. Incentivos Setoriais e Crédito-Prêmio de IPI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 18-19.

WIKIPÉDIA. Roberto campos. Disponível em: www.pt.wikipedia.org. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

NOTAS:

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988**, atualizada até a EC nº 99/2017. Brasília: Secretaria de Documentação, 2019, p 97. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[2] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019, p. 2 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 29/7/2019.

[3] Idem, ibidem, p. 2.

[4] Idem, ibidem, p. 100.

[5] Idem, ibidem, p. 2.

[6] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 34 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 29/7/2019.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988**, atualizada até a EC nº 99/2017. Brasília: Secretaria de Documentação, 2019, p 121-122. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[8] Idem, ibidem, p. 2-3.

[9] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 34 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[10] Idem, ibidem, p. 3-4.

[11] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 35-38 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988**, atualizada até a EC nº 99/2017. Brasília: Secretaria de Documentação, 2019, p 127. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[13] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 4 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[14] Idem, ibidem, p. 4

[15] Idem, ibidem, p. 4-7

[16] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 38-39 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[17] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019.

[18] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. IBS pode corrigir ou amplificar problemas da tributação indireta no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988**, atualizada até a EC nº 99/2017. Brasília: Secretaria de Documentação, 2019, p 32. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/7/2019.

[20] BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. **Lei nº 13.540, de 18/12/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 3/8/2019.

[21] CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; PIRES, Rodrigo H. **DNPM altera entendimento sobre prescrição e decadência da CFEM e TAH**. Disponível em: <https://williamfreire.com.br>. Acesso em: 3/8/2019.

[22] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 266. O autor sobre a regra-matriz nas hipóteses das normas tributárias, explica:

“Temos de considerar assim a hipótese das normas tributárias. Ao conceituar o fato que dará ensejo ao nascimento da relação jurídica do tributo, o legislador também seleciona as propriedades que julgou importantes para caracterizá-lo. E, desse conceito, podemos extrair critérios de identificação que nos permitam reconhecê-lo toda vez que, efetivamente, aconteça. No enunciado hipotético vamos encontrar três critérios identificadores do fato: a) critério material; b) critério espacial; e c) critério temporal”.

[23] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019.

[24] BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. **Competência**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br>. Acesso em: 5/8/2019.

“Competência

Compete ao Conselho:

a - promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na **Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975**;

b - promover a celebração de atos visando o exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal;

c - sugerir medidas que visem à simplificação e à harmonização de exigências legais;

d - promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias;

e - promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de inter-relação da tributação federal e da estadual;

f - colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal, para cumprimento da

legislação pertinente, e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais, de maneira a propiciar mais eficiência quanto ao suporte básico oferecido aos Governos estaduais.”

[25] TARANTO, Duílio; DOEHLE, Lauro. **Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Lemi, 1971, 127 p.

[26] CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre concessão de benefícios no âmbito do ICMS, 2ª ed.** São Paulo: Noeses, 2014, p. 70. Em relação a sistemática da não-cumulatividade os autores, esclarecem:

“[...] Em distinto momento, a regra-matriz do ICMS incide sobre outra operação e, mais uma vez, faz nascer novo laço jurídico tributário com a respectiva quantificação do débito. Caso o sujeito passivo desta nova relação seja detentor de direito a crédito, poderá fazer abatimentos do montante devido.

Concluímos que a temática da não-cumulatividade integra o corpo de regras que dão sentido e operatividade à existência do imposto de que cuidamos. Nada tem de ver com a norma padrão de incidência, mas compõe, inafastavelmente, a disciplina do estágio arrecadatório. O legislador ordinário, em sinal de respeito à Constituição, deve incluí-la no campo próprio, desenvolvendo a técnica compensatória em cada operação”.

[27] PASSARELI, João; BOMFIM, Eunir de Amorim. **Custos: análise e controle. 3ª ed.** São Paulo: IOB-Thomson, 2004, p. 31.

[28] *Ibidem*, p. 33-34.

[29] PICCOLI, Karin Rose Mussi Botelho. *Manual do ativo-CIAP: aspectos teóricos e práticos*, 1. ed. São Paulo: IOB Folhamatic, 2014, p.40.

[30] *Op. Cit.*, p.235.

[31] CASSONE, Vittorio. **ICMS – Lei Complementar nº 87/96 (Comentada artigo por artigo)**. São Paulo: IOB, 1996, p. 6.

[32] FABRETTI, Lúdio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8ª ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88:

“Os artigos originais do CTN, sobre esse imposto (arts. 52 a 58), foram revogados pelo Decreto-lei nº 406, de 31-12-1968. Esse decreto-lei foi baixado pelo Presidente da República, usando as atribuições a ele conferida pelo §1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13-12-1968. O referido decreto-lei estabeleceu normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre a circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza e deu outras providências”.

[33] FABRETTI, Lúdio Camargo. *Op. Cit.*, 2008, p. 89.

[34] WIKIPÉDIA. Roberto campos. Disponível em: www.pt.wikipedia.org. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

[35] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas

Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 110-112.

[36] MARTINS, Ives Gandra da Silva *apud* CASSONE, Vittorio. **ICMS – Lei Complementar nº 87/96 (comentada artigo por artigo)**. São Paulo: IOB, 1997, p. 7.

[37] CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 70.

[38] CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 40:

O Professor Paulo de Barros Carvalho, explica o que é extrafiscalidade:

“São regras tributárias de caráter extrafiscal as que perseguem fins alheios aos meramente arrecadatários. Não há dúvidas, portanto, de que o mecanismo dos benefícios fiscais é forte instrumento de extrafiscalidade. Dosando equilibradamente a carga tributária, a autoridade legislativa enfrenta as situações mais agudas, onde vicissitudes da natureza ou problemas econômicos e sociais levaram à redução da capacidade contributiva de certo segmento geográfico ou social. A par disso, fomenta as grandes iniciativas de interesse público e incrementa a produção, o comércio e o consumo, sempre com o objetivo de promover o desenvolvimento socioeconômico.”

[39] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[40] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 165:

“§8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, “b”, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria”.

[41] FABRETTI, Láudio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8ª ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89

O autor, explica:

"O convênio é norma complementar (art. 100 CTN) e não pode inovar na ordem jurídica.

Portanto, até a edição da Lei Complementar nº 87/96, o convênio 66/88 regulou apenas isenções. As normas gerais de direito tributário relativas ao ICMS continuaram sendo reguladas pelo Decreto-lei nº 406/68.

Essa vigência foi assegurada pelo §5º do art. 34 do ADCT:

"§5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§3º e 4º."

[42] CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 56.

[43] SIQUEIRA, Natércia Sampaio; Xerez, Rafael Marcílio. **Questões de extrafiscalidade tributária nas democracias contemporâneas**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 463:

Os autores em relação a extrafiscalidade, explicam:

"A afirmação, desta feita, de que o normal ou a regra manifesta-se na tributação de função arrecadatória (fiscal), cujo critério de comparação e quantificação é a capacidade contributiva, chama a atenção para o fato de que a tributação extrafiscal é a exceção, que precisa ser justificada em interesses públicos resguardados pelo ordenamento jurídico. Mas não basta e é este o ponto que se quer frisar a justificção da tributação extrafiscal em algum interesse público albergado pelo ordenamento jurídico, já que muitos o são, indo da ordem econômica à saúde, segurança, lazer, esporte, tecnologia, arte, cultura... Veja-se que, a mera justificção fosse suficiente para a instituição da extrafiscalidade, sem consideração ao "normal", perder-se-ia por perspectiva a "normalidade" da tributação.

[44] FABRETTI, Lúdio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8ª ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, p. 85:

"Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período em favor do contribuinte, transfere-se para o período ou períodos seguintes".

[45] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 109.

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre (EC nº 20/98 e EC nº 42/2003)

[...]

IV – produtos industrializados;

[...]

§3º O imposto previsto no inciso IV:

[...]

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

[46] BRASIL. **Decreto nº 83.263, de 8/3/1979, publicado no DOU de 9/3/1979.** Aprova o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

[47] OLIVEIRA, Waldemar de. **Novo Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, Decreto nº 7.212, de 15. 06. 2010 – Anotado e Comentado. Atualizado até 4/8/2010.** São Paulo: FISCOsoft Editora, 2010, p. 260-262:

“Art. 226. Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

I - do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integram ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;”

[48] ALMEIDA Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas:** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 67-68.

[49] MEMÓRIAS DA DITADURA. **Delfim Neto.** Disponível em: www.memoriasdaditadura.org.br. Acesso em: 17 de agosto de 2019. Assim, explica sobre o “Milagre Econômico”:

“Sua gestão no Ministério da Fazenda foi marcada por um período de desenvolvimento econômico internacional, com muita facilidade de empréstimos, que no Brasil ficou conhecido como os anos do “milagre econômico”. Entre 1968 e 1973, o país vivenciou um crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) de em média 11%, queda da inflação e aumento do poder aquisitivo do empresariado e da classe média, fator que possibilitou o aumento do consumo e da produção de bens duráveis, especialmente eletrodomésticos e automóveis. No final desse período, no entanto, com a volta da inflação, a dívida externa brasileira triplicou entre 1967 e 1972 e a concentração de renda se agravou, prejudicando a camada mais pobre da população”.

[50] BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. **Decreto nº 8.543, de 21 de outubro de 2015. Altera o Decreto nº 8.415, de 27 de fevereiro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

[51] CABRAL MASCARENHAS, Raymundo Clovis do Valle. **Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados. Decreto nº 2.637, de 25/06/1998.** Anotado e Comentado. Salvador: PCJ, 1998, p. 112-113.

[52] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 129-131:

“A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (EC nº 20/98, EC nº 42/2003 e EC nº 47/2005)

I – [...]

§1º [...]

§12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, “b”; e IV do caput, serão não-cumulativa.

§13. Aplica-se o disposto no §12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, “a”, incidente sobre a receita ou o faturamento”.

[53] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Parecer, p. 29-30, de 28 de fevereiro de 2011.** Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br>. Acesso em: 24 de junho de 2016.

[54] FARO, Maurício Pereira; ROCHA, Sérgio André. **Neutralidade tributária para consolidar concorrência.** Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 24 de junho de 2016:

“Artigo 146-A da Constituição

Conforme já visto anteriormente, a neutralidade do Estado não significa que o mesmo deva se omitir ante o desequilíbrio concorrencial gerado pela tributação. Nesse sentido, por meio da Emenda Constitucional 42, publicada em 19 de dezembro de 2003, foi inserido no texto constitucional o artigo 146-A, que prevê que a “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

[.....]

O objetivo da precitada norma é o de esclarecer ao legislador acerca da possibilidade de fixação de critérios especiais de tributação para setores específicos, legitimado em razão da necessidade de garantir a manutenção do regime de livre concorrência.

Isso porque a neutralidade tributária estabelece que a atuação econômica do contribuinte não pode ser definida em razão da carga tributária a qual lhe incumbe, na medida em que a neutralidade funciona como medida de proteção à livre concorrência”.

[55] BERGAMINI, Adolpho; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **O conceito de insumos aplicável ao cálculo de créditos de PIS e COFINS segundo o entendimento do CARF**. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MOREIRA JUNIOR, Gilberto de Castro (Coords.). **PIS e Cofins à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2011, p. 24-25.

[56] CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. 2 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Noeses, 2014, p. 43:

“Preenchendo o arranjo sintático da regra-matriz de incidência tributária com a linguagem do direito positivo, saturando as variáveis lógicas com o conteúdo semântico constitucionalmente previsto, identificamos três diferentes materialidades: (i) realizar operações relativas à circulação de mercadorias; (ii) prestar serviços de transporte interestadual ou intermunicipal; e (iii) prestar serviços de comunicação. Isso implica admitir a existência de três normas-padrão, com igual número de hipóteses e de consequentes”.

[57] OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de. **Definição de insumos para apropriação de créditos do PIS e da COFINS**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2012, p. 50-51.

[58] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1070:

“[...] Não se trata, todavia, de “compensação tributária”, pois os créditos não são líquidos e certos; cuida-se de compensação financeira, em que apenas descritivamente se compensam créditos e débitos. É a compensação pelo sistema *Tax on Tax*, em que se abate do débito gerado na saída o crédito correspondente ao imposto cobrado na entrada. Difere, pois, do sistema *Taxe on Base*, em que se compensam as incidências anteriores pela comparação entre as respectivas bases de cálculo”.

[59] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 21:

“A Moderna Administração Pública, utilizando-se da rede de interligações, novas tecnologias gerenciais, excelência nos serviços por meio da gestão de resultados, fortalecendo seu processo de comunicação aliada à informatização dos Órgãos

Públicos, notadamente aqueles da Fazenda Pública, passou a atuar numa teia de informações que são, numa linguagem utilizada pela mídia, um verdadeiro “*big brother*”, em que se controlam todas as informações tributárias dos contribuintes”.

[60] ALMEIDA, Edson Sebastião de. Op. Cit, 2014, p. 74:

“Atualmente os contribuintes, de maneira geral, são fiscalizados pelos Órgãos Públicos, quer sejam eles federais, estaduais ou municipais, os quais utilizam vários mecanismos de fiscalizações, tais como normais das escritas fiscais e contábeis, mediante programação da Fazenda Pública, onde geralmente os fiscais atuam no recinto da empresa, aliás, hoje os Auditores Fiscais notificam as empresas, solicitando delas documentos e livros fiscais e contábeis, arquivos magnéticos, etc., executando os trabalhos de fiscalização na Repartição Fiscal.”

[61] RAICOSKI, Bruna. Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a constituição de 1988, publicada em 4/7/2018. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br>. Acesso em: 19/8/2019.

[62] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019. Nesse sentido, os autores explicam:

“A primeira perplexidade é que a PEC 45/2019 implicará aumento de impostos. De fato, o IBS será “uniforme para todos os bens e serviços” e englobará o ICMS, IPI, ISS e PIS/COFINS. Assim, quase todos os setores sofrerão alguma elevação tributária. Produtos agrícolas que atualmente não se sujeitam ao IPI passarão a absorvê-lo parcialmente. Serviços tradicionais, como advocacia, contabilidade etc., hoje submetidos ao ISS com alíquota média de 4,38%, terão sua tributação acrescida de percentuais equivalentes ao IPI e ao ICMS. Se o IBS tiver alíquota de 25%, como se noticia, estima-se que haja majoração de mais de 300% para serviços prestados por pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido. Para os autônomos, o impacto será ainda maior, podendo chegar a quase 700%, pois será adicionado não só o equivalente ao IPI e ICMS, mas também ao PIS/COFINS que hoje não alcança tais pessoas físicas. Mas não é só”.

[63] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019.

[64] MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Reforma Tributária. **Revista Jus Navigandi**, reprodução mediante permissão expressa do site e do autor. Disponível em: <https://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em: 9/8/2019. Nesse sentido, o autor explica:

“A desoneração da folha salarial é uma boa sinalização, se não ocorrer a transferência da imposição para outros tributos de forma mais elevada. É que, sempre que o governo adota uma técnica de tributação nova, eleva as alíquotas

acima do recomendável, para precaver-se contra possíveis e eventuais dificuldades, na implantação do novo sistema. É a denominada "calibragem de conforto", que elevou, por exemplo, a arrecadação do PIS e da COFINS em 50%, ao ser implantada a técnica não cumulativa. Infelizmente, a calibragem de conforto termina se perpetuando, ainda quando não se verificam as perdas previstas".

[65] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019

[66] FABRETTI, Lúdio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 8ª ed. revisada e atualizada com a LC nº 118/05. São Paulo: Atlas, p. 84: O autor esclarece: "Uma vez que a lei seja decretada, sancionada, publicada e entre em vigor, não há mais o que discutir aos critérios de essencialidade. Resta apenas cumpri-los.

A essencialidade do produto para fins de política econômica, como, por exemplo, estimular a indústria nacional a renovar sua tecnologia para enfrentar a concorrência internacional, pode inclusive determinar a isenção de alguns produtos, isenção essa que só pode ser dada pelo ente político competente para arrecadar tributo.

O uso do tributo para fins outros que não o de arrecadação denomina-se extrafiscalidade.

Por exemplo: isenção do IPI na aquisição de equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos, visando capacitar com tecnologia mais avançada determinado segmento da indústria nacional".

[67] GOUVÊA, Marcus de Freitas. A extrafiscalidade no Direito tributário e suas classificações. *Revista Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, nº 1226, 9 de novembro de 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9151>. Acesso em: 11/08/2019.

[68] HARADA, Kiyoshi; MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Reforma tributária: onerar mais não é o caminho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5872, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75628>. Acesso em: 31 jul. 2019

[69] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.

[70] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125: O autor no que diz respeito os objetivos extrafiscais, nas exceções ao princípio da anterioridade esclarece:

"Alguns tributos escapam à aplicação do princípio da anterioridade. O rol de exceções está no art. 150, §1º, da Constituição, que mesmo com a nova redação dada pela Emenda nº 42/2003, não esgota as situações que escapam ao princípio. Entre as exceções, temos tributos que, por atenderem a certos objetivos extrafiscais (política monetária, política de comércio exterior), necessitam de maior flexibilidade

e demandam rápidas alterações. Por isso, o imposto de importação, o imposto de exportação, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e operações com títulos e valores mobiliários (além de comportarem exceção ao princípio da estrita reserva legal, no sentido de poderem ter suas alíquotas alteradas por ato do Poder Executivo, dentro de limites e condições definidas na lei) não se submetem ao princípio da anterioridade, e, portanto, podem ser aplicados no próprio exercício financeiro em que seja editada a lei que os tenha criado ou aumentado (ou em que tenha sido publicado o ato do Poder Executivo que haja majorado a alíquota).”

[71] GUSMÃO, Daniela Ribeiro. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

[72] Idem, ibidem, p. 30.

[73] COELHO, Carlos Nayro de Azevedo. **Uma análise econômica do imposto sobre valor adicionado no Brasil**. Brasília: CFP, 1980, p. 71.

[74] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 36-37.

[75] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

[76] GUSMÃO, Daniela Ribeiro. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36-37.

[77] Idem, ibidem, p. 37.

[78] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38-39.

[79] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38-39.

[80] SOUZA, Hamilton Dias. Incentivos de ICMS e o equilíbrio federativo. Disponível em: <www.apet.com.br>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2012.

[81] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Parecer em resposta a consulta**, formulada pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo e a Federação do

Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo – Fecomercio. 2012. São Paulo.

[82] Idem, *ibidem*, p. 16-40.

[83] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a Ordem Tributária**: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 67-68.

[84] ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**: acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 593-609.

[85] TROIANELL, Gabriel Lacerda. Incentivos Setoriais e Crédito-Prêmio de IPI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 18-19.

[86] ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**: acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 87.

[87] ALMEIDA, Edson Sebastião de. Previdência Complementar: PEC nº 6/2019, no contexto previdenciário atual e a tributação do Imposto de Renda. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5806, 25 de maio de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74187>. Acesso em: 29 de maio de 2019. O Autor em relação ao “meio-portador de moléstia grave”, esclarece:

“De maneira que o portador de doenças graves do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) tem direito a isenção e aquele portador da moléstia grave, com Plano Vida Geradores de Benefício Livre (VGBL) não tem direito a isenção, aliás, instituindo a figura bizarra[45] do contribuinte “meio-portador de moléstia grave” os quais são existentes no meio jurídico em relação ao portador de doenças graves, onde num determinado momento ele é sadio e não tem direito a isenção, por sua vez, em outro momento ele é portador da moléstia grave e tem direito a isenção. Aliás, parafraseando o saudoso Alfredo Augusto Becker[46], estamos diante de um “Manicômio Previdenciário””.

DA RAZOABILIDADE DO PRAZO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM FACE AO SIGILO DAS COMUNICAÇÃO

BRENO VAREJÃO DE AZEVÊDO: Formado em Direito pela Faculdade Integradas Barros Melo em 2005. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera - Uniderp em 2011. Especialização em Planejamento Estratégico pelo Centro Universitário Maurício de Nassau no ano de 2014. Delegado de Polícia Civil de Pernambuco desde 2008, atualmente exercendo a função de Delegado Seccional da 1ª DESEC - Santo Amaro, responsável pelos distritos centrais da capital pernambucana, com experiência na condução e planejamento de diversas operações de repressão qualificada. Professor da Academia de Polícia - PCPE, com foco na disciplina de Planejamento Operacional e Operações de Repressão Qualificada.

RESUMO: Da duração razoável da interceptação telefônica em face da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é o tema da pesquisa que recai sobre um dos meios de prova existente no âmbito das investigações policiais, bem como na instrução processual penal, o qual foi instituído na Lei nº 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal da República. O trabalho pretende focalizar qual seria o limite de vezes em que a interceptação telefônica pode ser renovada, ante a obscuridade legislativa contida no art. 5º da Lei nº 9.296/96. Isto é, a proposta é investigar quais as correntes jurisprudenciais e doutrinárias predominantes e em que se fundamentam. Por meio da pesquisa exploratória, dados foram levantados, sobretudo através da pesquisa bibliográfica que incluiu livros, artigos, monografias e outros estudos escritos que puderam proporcionar um aprofundamento acerca do histórico sobre o tema, além da sua atualização e levantamento das contradições existentes.

Palavras-chave: Interceptação telefônica, prazo, prorrogação.

ABSTRACT: The reasonable time of the telephone interception in light of the sanctity of the secrecy of the telephone communication is the theme of the research that reflects above one of the existing ways of evidences in the police investigation scope, as well as in the criminal procedure instruction, instituted by the Law nº 9.296/96, that regulated the 5º article, item XII, of the Federal Constitution of the Republic. The work intends to focus witch would be the limit of times that the telephone interception can be renewed, faced with the legislative obscurity contained in the 5º article of the Law nº 9.296/96. Namely, the proposal is

investigate which is the predominant jurisprudential and doctrinal currents and in what they are based. Through the exploratory research, data were collected, especially through bibliographic research which includes books, articles, monographs and other written studies that could provide a deepening about the history on the subject, besides its update and survey of the existent contradictions..

Keywords: Telephone interception, time, extension.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo aprofundar o tema relacionado ao prazo da diligência de interceptação telefônica, previsto no art. 5º da lei nº 9.296/96, e a possibilidade de suas múltiplas prorrogações, sob a ótica da doutrina e jurisprudência.

Antes, porém, de adentrar no assunto nuclear da obra, estuda-se o instituto da interceptação telefônica, abordando o seu conceito e requisitos essenciais para concessão, além de aspectos contextuais.

Na sequência, estuda-se a questão propriamente do prazo da interceptação telefônica, analisando-se basicamente as duas correntes doutrinárias mais expressivas sobre o assunto, as quais, em apertada síntese, se dividem entre uma interpretação literal e restritiva do art. 5º da lei nº 9.296/96, e uma interpretação mais ampla de confere um prazo indeterminado a diligência em comento, desde que presentes alguns aspectos fundamentais de caráter principiológicos.

A fim de compreender a corrente majoritária (que defende a prorrogação por período indeterminado), além de cotejá-la com a corrente restritiva, realiza-se digressão de alguns dos princípios fundamentais que servem de arrimo a fundamentação das referidas correntes, além de auxiliar na compreensão de seu conteúdo.

Por fim, aborda-se o entendimento jurisprudencial no tocante ao assunto, demonstrando alguns dos julgados mais recentes, além analisar os fundamentos indicados pelos ministros dos tribunais superiores.

2. A LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (LEI Nº 9.296/96)

Interceptar (intecepto + ar), etimologicamente, pode significar reter, cortar, interromper ou ainda captar. E é neste último sentido que a Lei nº 9.296/96 quis se referir, já que seu objetivo foi exatamente regulamentar a possibilidade de se ter acesso às conversas telefônicas cujo sigilo é protegido constitucionalmente.

Como bem se explicita, a interceptação telefônica consiste na gravação de conversa telefônica mantida entre dois ou mais interlocutores sem o

conhecimento destes, e, portanto, realizada por terceiro, o qual captou a comunicação telefônica arremada numa decisão judicial, evitando, com isso, a ilicitude da medida violadora, com tipologia delitiva prevista no art. 10, da lei de interceptações.

Convém observar que a doutrina ainda faz distinção entre interceptação e escuta telefônica, além de gravação clandestina, escuta ambiental e gravação unilateral com justa causa.

A escuta telefônica, segundo Luiz Flávio Gomes^[1], seria a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores. O ilustre doutrinador ainda segue comentando que a escuta telefônica também estaria contemplada pela lei das interceptações, uma vez que poderão ocorrer casos em que um dos comunicadores, seja ele um policial ou até mesmo um familiar de uma vítima seqüestrada, tenha conhecimento da gravação da conversa, o que não afastaria por si só a incidência da lei.

Por outro lado, nem as gravações clandestinas tampouco as gravações ambientais foram previstas na lei 9.296/96, ainda que para criminalizar a sua prática, de forma que tais modalidades são apenas instituídas pela doutrina e jurisprudência como meio de prova não admitidos, em regra^[2], no ordenamento jurídico.

A gravação clandestina - captação realizada por um dos próprios interlocutores - é ilegal por violar flagrantemente a inviolabilidade do sigilo das comunicações protegido pela constituição. Todavia, é de se ressaltar que a doutrina^[3] e jurisprudência admitem amplamente a gravação clandestina ou telefônica realizada por um dos próprios interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que haja a configuração da chamada "justa causa", quando, verba gratia, o interlocutor responsável pela gravação está sendo ameaçado, extorquido ou tolhido em qualquer bem juridicamente tutelado.

A propósito, é permitido que qualquer pessoa grave a sua própria conversa, com ou sem o conhecimento do interlocutor, não podendo, porém, o seu conteúdo sigiloso ser divulgado sem justa causa, sob pena de violação ao direito à intimidade.

E por justa causa se entende, de acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio^[4], a linha tênue entre a ilicitude ou não da prova, nos ensinamentos do citado autor, os motivos que ensejam a colheita da prova por meios que, em condições normais seriam consideradas ilegais, devem ser suficientemente relevantes a ponto de sacrificar a privacidade.

Assim, o direito a vida, a liberdade e a integridade física, por exemplo, se sobrepõem ao direito a intimidade de um agressor, configurando uma justa causa capaz de tornar lícita a gravação telefônica diante do conflito de valores.

Por fim, escuta ambiental se entende como a gravação realizada em espaço físico aberto ou não, envolvendo dois ou mais interlocutores que conversam pessoalmente através da colaboração de um terceiro mediante a autorização de um dos interlocutores, valendo salientar que este tipo de colheita de prova se aplica as mesmas regras da gravação clandestina, ou seja, não podendo ser divulgado o conteúdo das gravações por ferir o direito a privacidade, salvo por justa causal ou ainda mediante autorização judicial, no caso da interceptação ambiental prevista no art.2, IV da Lei 9.034/95, que trata da investigação de crimes praticados por organizações criminosas.

Com relação às condições indispensáveis para a autorização da interceptação telefônica estão basicamente contidas no art. 2º, e seus incisos, da Lei nº 9.296/96. Todavia, é importante analisar tais pressupostos sob um prisma mais abrangente, a começar pela competência levantada no art. 1º da lei citada.

Uma vez levantada a pecha da problemática quanto à competência, cumpre-nos observar que o mencionado artigo dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas dependerá de ordem do *juiz competente da ação principal*, impondo o legislador impôs um quesito a mais a ser observado no tocante à competência para a apreciação do pedido.

De forma inquestionável, o juiz competente é, tão somente, aquele de jurisdição penal, ainda que no âmbito da justiça penal militar, eleitoral, estadual ou federal, sendo defeso, porém, ao juízo cível a decisão sobre tal matéria.

Para fins de simultaneidade para julgamento da *ação principal*, o texto legal apregoa a competência do magistrado que deferir a investigação mediante interceptações telefônicas será o mesmo juízo que processará a ação criminal do delito apurado. Note-se, então, que não basta o juiz possuir jurisdição penal, mas ser competente para o julgamento da ação penal oriunda da prática do delito investigado. Inclusive, no caso de jurisdição com mais de um juiz competente, por distribuição, tornando preventivo aquele que tomar conhecimento do pedido de interceptação telefônica.

Valido salientar que tal determinação legislativa, em verdade, apenas visou fortalecer o sigilo das comunicações, conforme preconizado no art. 5º da CF, evitando assim, que outros órgãos da justiça (desnecessários) venham a tomar conhecimento acerca do conteúdo das conversas telefônicas, que carregam conteúdo íntimo muito forte.

Superada a nuance concernente à competência, de ver-se aqui a análise dos requisitos indispensáveis para concessão da interceptação telefônica, tal como preconizado estritamente no art. 2º e incisos da lei ora em comento, in litteris:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Evidentemente, o legislador optou pela redação negativa do artigo transcrito, o que provocou inúmeras críticas por parte da boa doutrina^[5], sob a alegação de que poderia trazer maior dificuldade de interpretação, além de correr o risco de conferir a falsa idéia de ser regra o que de fato é exceção.

Nesse sentido, o primeiro inciso do art. 2º, trouxe à baila a questão do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) da medida cautelar preparatória (quando a interceptação é solicitada em fase de inquérito) ou procedimento incidental (quando já na fase do processo penal).

Os indícios razoáveis de autoria representariam uma firme suspeita sobre um ou mais indivíduos, suficientemente demonstrada no pedido da interceptação penal, capaz de conferir relativa convicção/segurança ao juiz responsável pela quebra do sigilo telefônico daquele investigado.

É importante frisar, neste ponto, que não^[6] se faz necessária a existência obrigatória de um inquérito policial instaurado em data anterior à solicitação da interceptação telefônica, podendo esta ser um dos primeiros atos da investigação criminal, desde que já produzidos e evidenciados indícios prévios, de dados objetivos conhecidos, que vão além de uma mera suspeita que recaia sobre a participação em uma infração penal.

É necessário um mínimo de indícios razoáveis de autoria sobre infração penal já consumada, estando fora de cogitação a chamada "interceptação de prospecção"^[7], que constitui aquela inaceitável interceptação telefônica "pré-delitual", realizada com o objetivo de captar qualquer conduta suspeita de determinado indivíduo ou grupo, sem que haja um fato criminoso específico a ser investigado.

O segundo requisito contido no art. 2º da lei em comento seria a *indispensabilidade da prova*, que manifesta a expressão do *periculum in mora* do

pedido, exprimindo o risco para a salva guarda de um direito, caso não seja atendido com brevidade.

Exceção que é a interceptação telefônica não deve ser autorizada por um juiz, a fim de se produzir provas que possam ser obtidas por outros meios. É necessária a demonstração da indispensabilidade daquele meio de prova, que é medida de *ultima ratio*.

Considerando a tutela da garantia de sigilo das comunicações e o direito à intimidade e vida privada, a interceptação telefônica está regida pelo princípio da intervenção mínima, devendo o juiz avaliar as alegações do requisitante (Autoridade Policial ou Ministério Público), a fim de valorar a existência de outras provas menos drásticas capazes de demonstrar aqueles fatos, tais como perícias, provas testemunhais ou documentais.

Por fim, com relação ao inciso III, do art. 2º da lei em tela, prevê que apenas os crimes punidos com reclusão seriam suscetíveis de investigação por meio de interceptação telefônica, contudo, vale frisar desde logo que ainda assim, nem todos os crimes apenados com reclusão deverão estar enquadrados neste conceito.

Acredita-se que neste caso, o inciso deverá ser interpretado a luz da teleologia presente no inciso XII do art. 5º da CF. Isto quer dizer que apenas os delitos especialmente mais graves deverão ensejar a interceptação telefônica, posto que bastante ofensiva a regra da intimidade da pessoa humana.

Vicente Greco Filho^[8], sobre o assunto, afirma que “há necessidade de ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor”.

Assim, as interceptações telefônicas com relação a todos os crimes de reclusão precisam ser restringidas, por existirem muitos crimes apenados com reclusão que não justificariam a quebra do sigilo das comunicações e tamanha invasão a intimidade.

3. DA QUESTÃO DO PRAZO DE DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.296/96, a diligência da interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual período comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Pretende-se identificar por quanto tempo, ao final, poderá a investigação ou persecução penal utilizar-se deste meio de prova.

É bem verdade que não são muitos os autores que abordam o referido tema com profundidade, e boa parte da doutrina manifesta seu posicionamento,

sem, contudo, promoverem maiores digressões acerca das correntes e fundamentos sobre a questão do prazo de duração da interceptação telefônica.

Nesse sentido, defendendo a prorrogação tantas vezes quantas forem necessárias encontra-se: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Paulo Rangel, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, além de Luiz Francisco Torquato Avolio e Carlos Frederico Coelho Nogueira, conforme menciona Vicente Greco^[9].

De outro lado, aceitando a renovação do prazo da interceptação telefônica por uma única vez estão: Sérgio M. Moraes Pitombo e Eduardo Luiz Santos Cabette^[10].

A questão é explorada pela hermenêutica jurídica, pela qual os adeptos da última corrente interpretam a lei de forma restritiva, enquanto que os defensores da prorrogação por tempo indeterminado entendem que a lei não contém nenhuma vedação expressa no sentido de impossibilitar as sucessivas renovações.

Um grande panorama sobre o assunto é exposto por Luiz Flávio Gomes^[11], em breve artigo que faz digressão sobre três caminhos possíveis sobre o tema ora explorado. Numa primeira alternativa, a interceptação telefônica teria o prazo máximo de 30 (trinta) dias, já que apenas uma prorrogação seria admissível. Na segunda hipótese, a quebra de sigilo telefônico seria tolerada por um período de 60 (sessenta dias) referente ao estado de defesa (art. 136, §2º da CF), consoante doutrina de Geraldo Prado. Enquanto que a última opção argúi que em situações extremas seria possível extrapolar os sessenta dias desde que imprescindível para as investigações e através de decisão judicial exaustivamente fundamentada.

3.1 Da interpretação literal restritiva x Interpretação extensiva

Poucos são os autores que se filiam a esta corrente, a exemplo de Eduardo Luiz Santos Cabette, Sérgio M. Moraes Pitombo, existindo notícias ainda de um artigo inédito escrito por Paulo Napoleão Quezado e Clarisier Cavalcante^[12], além de uma passagem escrita por Altamiro Lima Filho, em sua obra "Alterações ao Código Penal e Processual Penal", LED, SP, 2ª Ed., 1996.

Para os adeptos desta linha de entendimento a interceptação telefônica poderia transcorrer por um período máximo de 30 (trinta) dias, considerando que a renovação do prazo poderia ser concedida apenas uma vez, a rigor da literalidade do texto contido na lei nº 9.296/96, até mesmo porque se a interceptação telefônica é uma exceção a uma garantia assegurada na constituição (inviolabilidade do sigilo de comunicações), não poderia ser interpretada de outra forma se não restritiva.

Dos autores que admitem esta corrente, Eduardo Luiz Santos Cabette^[13] é, sem dúvidas, um dos que mais argumentou a respeito da possibilidade de renovação do prazo de interceptação telefônica por uma única vez.

Segundo referido autor, a exegese do art. 5º da lei retro mencionada, deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fazendo-se

observar um limite temporal bem definido que proporcione uma maior segurança jurídica e que respeite a violação da esfera privada, sem comprometer a atividade estatal investigativa.

Considerando que a possibilidade de renovações por tempo indeterminado implicaria em uma “carta branca” para o magistrado conceder contínua intromissão na intimidade das pessoas investigadas, Cabette argúi que “tratando-se de norma que restringe a esfera de irradiação dos direitos individuais, não cabe ao intérprete sua ampliação no sentido de estender a aplicação da restrição àquilo que o texto legal não determina expressa e indubitavelmente”.

E não é só: o doutrinador Cabette compara a renovação do prazo da interceptação telefônica com a renovação do prazo da restrição de liberdade em sede de prisão temporária, conforme o disposto no art. 2º da Lei nº 7,960/89, sob o argumento de que a redação dos dispositivos seria bastante semelhante, em que pese reconhecer, ao final, que a prisão temporária, por afetar diretamente a liberdade, tornaria a situação mais sensível ao espírito crítico e garantista.

Ainda neste norte, dispõe que, por ser uma medida por natureza tomada “inaudita altera parte”, correndo sob segredo de justiça, priva o sujeito passivo da interceptação telefônica, ou seja o investigado, da possibilidade de defender-se das acusações e privação da liberdade ao qual é submetido, diferentemente do que ocorre com a prisão, quando o acusado pode fazer uso dos recursos e remédios jurídicos disponíveis.

Por fim, o autor lembra que o prazo de quinze dias mencionado pela lei não é um padrão e sim um parâmetro, pelo qual o juiz deveria, de acordo com o caso em concreto, conceder a quantidade de dias necessários para a diligência, observado o prazo máximo de quinze dias, o qual apenas poderia ser concedido nos casos de absoluta necessidade.

Enquanto isso, Sérgio PITOMBO^[14], defendendo também a renovação da interceptação telefônica por uma única vez, em visão mais conservadora, destaca que nada impede a possibilidade do mesmo investigado ser sujeito passivo de interceptação telefônica por sucessivas vezes, desde que em medidas autônomas e fundadas sempre em fatos novos.

Conforme mencionado anteriormente, em que pese a primeira interpretação conceber da simples leitura do art. 5º da Lei nº 9.296/96 a tendência da análise mais restrita, é notório o posicionamento da doutrina majoritária, a qual se manifesta em sentido contrário ao admitirem a renovação da interceptação telefônica de modo sucessivo por um prazo indeterminado. Sendo este, como adiante restará demonstrado (vide capítulo IV), o atual posicionamento adotado pela maioria dos tribunais, com ênfase nos tribunais superiores.

Cumpra trazer a lume o elenco de renomados autores que seguem esta corrente de entendimento: Ada Pellegrini Grinover^[15], Antonio Scarance Fernandes^[16], Paulo Rangel^[17], Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini^[18], Luiz Francisco Torquato Avolio^[19], Frederico Coelho Nogueira^[20] e Vicente Greco Filho^[21].

Analisando-se detidamente o texto da lei de interceptações, percebe-se que em seu art. 5º dispõe que "A decisão (acerca do pedido de quebra de sigilo) será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, *que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*".

Perceba-se que em nenhum momento a lei determina de forma expressa que a renovação poderá ocorrer por única vez, jungindo-se a mencionar que será *renovável por igual tempo*, reforçando, por outro lado, a indispensabilidade do meio de prova.

E é justamente nesse argumento que se sustenta a doutrina majoritária. Segundo Vicente Greco Filho^[22] "A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo".

Antes de se posicionar a favor das sucessivas renovações da interceptação telefônica, Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos^[23] alerta que o seu prazo teria sido objeto de exaustiva discussão no Congresso Nacional, até se chegar no atual texto.

Comenta que, à época, o Senado chegou a propor uma emenda estabelecendo prazo indeterminado para a interceptação, ocasião em que o Deputado José Genoíno, relator do projeto, observou: "A Emenda nº 4 (que altera o art. 5º) visa proporcionar um tempo mais amplo à escuta, o que nos parece não dever ser adotado. Lembrando que o tema já foi amplamente discutido na Comissão quando da votação do projeto original, tem-se que é necessário pôr termo final à escuta. Possibilitar que ela pudesse ser indefinidamente renovada seria permitir ao Poder Judiciário imiscuir-se na intimidade das pessoas, o que só se pode admitir por exceção. Se for regra, certamente haverá o óbice inarredável da inconstitucionalidade, o que recomenda a rejeição da emenda".

Apesar da vontade do legislador, trazida por Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, é palpável que a lei, então, não teria sido feliz em seu propósito, dando azo a uma interpretação mais abrangente conforme se infere da doutrina majoritária e jurisprudência.

Sobre o texto legal, Paulo Rangel^[24] asseverou que "a expressão usada pelo legislador (renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão *uma vez* se refere a comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, desde que presentes o

periculum in mora e o *fumus boni iuris*. Portanto, tratando-se de medida cautelar, poderá ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias”.

Por outro lado, Luiz Francisco Torquato Avolio^[25] faz interessante leitura do artigo em espeque. Entende que pela literalidade da lei o prazo de duração da diligência seria de até quinze dias e renovável por igual período, apenas uma vez, totalizando um limite de trinta dias.

Todavia, critica tal limitação posicionando-se pela renovação, em períodos iguais e sucessivos, de forma indeterminada, afirmando que não seria o prazo o mais importante, mas sim a correta delimitação da finalidade da interceptação, apoiando outros autores que fundamentam a renovação da interceptação por tantas quantas se fizerem necessárias, no princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido e por fim, vale destacar o posicionamento de Luiz Flávio Gomes que enfatiza o princípio da proporcionalidade como medida certa para a quantidade de vezes que a interceptação telefônica poderia ser renovada, já que a lei, ao seu entender, não teria limitado o número de vezes da prorrogação, exigindo apenas a indispensabilidade daquele meio de prova, o que deverá ficar a cargo do magistrado com a sensibilidade de apreciar a proporcionalidade e razoabilidade daquela renovação, diante das circunstâncias presentes.

3.2. Dos princípios aplicáveis: Proporcionalidade, Razoabilidade e Intimidade.

Acreditamos firmemente que somente a partir da estruturação dos princípios que giram o tema, poderemos resolver a problemática que o envolve, ou, ao menos, entendermos como os tribunais superiores chegaram ao consenso impresso tacitamente (reiteração de decisões) sobre a interpretação extensiva, como ora se tem.

Demonstrar toda essa gama principiológica deve ser um compromisso de todo aquele que se dispõe a escrever sobre o tema da renovação do prazo de interceptação telefônica.

Os princípios são considerados diretivas cardais que regulam a aplicação do direito, por conseguinte, do direito processual penal – provas processuais -, como pressupostos técnicos-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução dos institutos jurídicos processuais penais, entre os quais a interceptação telefônica.

Embora seja possível vislumbrar os princípios como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, é importante observar a extensão de suas vinculações normativas, o que torna imprescindível a afirmação de critérios minimamente objetivos que demovem possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em sede de direito processual penal,

e, mormente, o da produção de provas, a realização do direito nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio.

Neste campo, em determinadas ocasiões, a questiúncula a ser equacionada não poderá limitar-se à tradicional oposição entre segurança pública *versus* liberdade individual, poderemos nos deparar com outra fórmula: direitos fundamentais (dimensão coletiva) *versus* direitos fundamentais (dimensão individual), o que nos leva a utilização dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, para análise de limites e possibilidades hermenêuticas.

Não nos ocuparemos, por ora, de uma abordagem mais ampla - até por não permitir este espaço - de tais princípios, cuidaremos apenas de delinear os traços e contornos mais relevantes de cada um dos princípios, a saber, o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da intimidade.

Para Paulo Bonavides^[26], o princípio da proporcionalidade ressalta principalmente a necessidade de limitação do poder legítimo, de modo que busca fornecer critérios para essa limitação.

O autor esclarece que, apesar de a proporcionalidade não existir como norma geral de direito escrito no Brasil, ela permanece como norma esparsa no texto constitucional.

Explicita que o princípio em questão constitui-se de elementos parciais ou subprincípios. O primeiro deles é a *vedação do arbítrio*, que exige a pertinência ou aptidão da medida para se alcançar o interesse público, ou seja, a medida deve ser suscetível de atingir o objetivo pretendido.

O segundo subprincípio é o da *necessidade*, que consagra a máxima "de dois males, faz-se mister escolher o menor", ou seja de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre escolher a menos nociva aos interesses do cidadão.

O terceiro elemento configura-se na própria proporcionalidade *stricto sensu*, a qual prescreve que "a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo."

Assim, para que uma medida seja considerada proporcional, é preciso que seja adequada para o alcance do fim pretendido, seja necessária como restrição e o seu emprego deve fazer prevalecer as vantagens ao interesse público em relação ao ônus suportado por quem sofre a restrição.

Para o autor, a regra da proporcionalidade induz uma ascendência do juiz sobre o legislador, sem ocorrer, todavia, ofensa ao princípio da separação de poderes, porque a autonomia e liberdade do legislador se manteriam resguardada.

Este sem dúvidas é o princípio mais importante no estudo do tema central deste trabalho, já que apenas a interpretação pautada na proporcionalidade

por guiar a melhor decisão, em cada caso de renovação do período de interceptação telefônica.

O magistrado deverá observar as nuances do caso concreto e sopesar se aquela intervenção à intimidade alheia é proporcional diante das alegações trazidas pela autoridade policial ou membro do ministério público, comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Mais debatido no âmbito do direito administrativo, porém norteador de caráter geral no ordenamento jurídico, o princípio da razoabilidade está implícito na Constituição Federal de 1988, e vem sendo cada vez mais debatido e utilizado nos julgados e pela doutrina.

De acordo com este princípio terá a Administração Pública que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional. Tendo o administrador, aqui encarado em *lato sensu*, a liberdade de adotar a providência mais adequada dentre aquelas cabíveis, não podendo, assim, ultrapassar os limites legais.

Cabe, então, ao administrador ponderar sobre o que melhor possa atender ao interesse público naquela situação. O homem-médio, que deve ser regido pelos anseios da coletividade, não deve agir utilizando-se de sua libido, de interesse próprio, deve ele sempre buscar o bem comum, sob pena de infringir o princípio da finalidade e da legalidade.

Neste ponto vale ressaltar que no âmbito deste trabalho, à luz da interpretação do art. 5º da lei de interceptações telefônicas, no tocante a possibilidade de renovação do prazo de quinze dias da diligência, o princípio da razoabilidade deverá ser aplicado complementarmente ao princípio da proporcionalidade, observando-se o juízo de valor do magistrado pautado pela racionalidade e bom senso, sopesando os bens jurídicos tutelados em jogo, de acordo com o caso concreto.

Ainda em tema de princípios, vale dizer, na temática envolvida na interceptação telefônica, temos o princípio da inviolabilidade da intimidade, que, diga-se de passagem, tem fulcro na Constituição Federal, nos incisos X e XII do art. 5º, cujas redações, respectivamente asseguram indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, além de garantir, de maneira ampla, a inviolabilidade do sigilo das comunicações, seja via correspondência, telefônica ou por comunicação telegráfica.

Para o professor Paulo José da Costa Jr., a intimidade está ligada "*a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade,*

resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só"

Observe-se que a definição de per si encerra que a intimidade guarda relação com a vontade individual, com a necessidade de se expor e, igualmente, de se retrair frente aos demais homens, guardando para si, assim necessitando, seus pensamentos, seus desejos, suas informações pessoais. Assim, há que se impor que a intimidade integra a personalidade do indivíduo.

Posto de outro modo, ainda sob a concepção de Paulo José da Costa Júnior, "*na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada.*"

Nesse sentido, a inviolabilidade à intimidade se dá em duas ocasiões, num momento anterior, quando a proteção se faz como uma reação à ingerência ilegal da intimidade, ao que se tenta evitar a violação, e no momento *a posteriore*, na divulgação indevida da intimidade conhecida legitimamente.

Neste ponto, este trabalho quer mostrar que mesmo com a incontestável intromissão à intimidade do homem, a interceptação telefônica deverá ser encarada sob a ótica da proteção de outros bens jurídicos de igual ou maior relevância, tal como a probidade administrativa ou segurança pública nos casos de tráfico de drogas e armas, que deverão prevalecer sob o direito fundamental à intimidade dos réus, posto que dotados de alta significação social.

Isto porque a relevância da intimidade no cenário jurídico brasileiro, não poderá se dar a qualquer preço, em detrimento de outros direitos fundamentais, *prima facie* mais relevantes.

É preciso focar que existe a necessidade da tutela de outros interesses sociais, de igual ou superior importância, que por vezes farão necessário o sacrifício da intimidade alheia.

3.3. Da resolução do conflito entre princípios

Parece já irrecusavelmente penetrada na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação dos institutos processuais penais, entre eles a interceptação telefônica, à tutela e à realização dos direitos fundamentais, postos como essenciais na ordem jurídica estabelecida. Nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais.

Nos passos, então, de uma formulação – menos sofisticada é certo – mais ajustada aos propósitos do presente trabalho, de como entender a

manutenção dos princípios fundamentais, previstos e garantidos na Constituição Federal, em outros termos, como deferir e manter a invasão da intimidade diante das garantias previstas no texto maior sem olvidá-las.

Como cediço, a persecução penal é dever do Estado para a manutenção da ordem pública ou da segurança pública, sem avançarmos, mais que o necessário, para a compreensão dos motivos que conferem legitimidade à renovação indeterminada do prazo de interceptação telefônica, podemos sustentar que o bem 'segurança pública' legitima certas restrições ao direito à liberdade e à segurança pessoal.

Quanto à possibilidade, José Gomes Canotilho aduz o argumento da unidade na interpretação. Para ele:

"A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso". (canotilho, aquele livro)

A colisão entre bens protegidos constitucionalmente intimidade pessoal *versus* segurança pública se resolve no campo do valor, no caso concreto, como o que se tem tratado durante todo o trabalho, deve haver uma "relação de precedência condicionada", em que um bem merece relevância sobre outro diante do caso concreto, isso não quer dizer que um bem seja maior que outro, mas reconhecidamente tem maior peso na situação concreta.

4. DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

De uma análise detalhada acerca das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, incluindo a evolução ao longo dos anos, desde a publicação da lei nº 9.296/96, pode se afirmar sem sombras de dúvidas que predomina o entendimento de que a interceptação pode ser renovada por mais de uma vez, quantas vezes se fizerem necessárias, desde que demonstrada a sua indispensabilidade, devendo a decisão ser devidamente fundamentada, observando-se a proporcionalidade da medida.

Abaixo percebemos uma sequência de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo de um lapso de sete anos tendo esta colenda corte mostrado-se inabalável quanto ao seu entendimento no sentido da

renovação por sucessivas vezes do prazo de prorrogação da interceptação telefônica, em que pese a previsão do texto legal do art. 5º da lei retro mencionada.

Em julgado bastante recente a Ministra Carmen Lúcia, pela primeira turma, enfatizou a possibilidade de renovação sucessiva das interceptações telefônicas, já que o tempo das escutas subordinar-se-iam apenas à necessidade da atividade investigativa e ao princípio da razoabilidade, considerando a gravidade dos fatos apurados. Vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO: DERIVAÇÃO INEXISTENTE. LEGALIDADE DE PRORROGAÇÕES DO PRAZO INICIAL DA ESCUTA. ELEVADO NÚMERO DE TERMINAIS ALCANÇADOS PELA MEDIDA: POSSIBILIDADE. QUALIDADE DA DEGRAVAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS: TEMA ESTRANHO AOS LIMITES DO HABEAS CORPUS. 1. As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes. 2. A ilicitude de uma prova não contamina os demais elementos cognitivos obtidos e que dela não derivaram. Precedentes. 3. O tempo das escutas telefônicas autorizadas e o número de terminais alcançados subordinam-se à necessidade da atividade investigatória e ao princípio da razoabilidade, não havendo limitações legais predeterminadas. Precedentes. 4. Eventuais deficiências qualitativas na tradução do material degravado não invalidam a prova regularmente colhida, devendo o tema ser tratado no curso da instrução da ação penal, considerados os limites do habeas corpus. 5. Ordem denegada.

(HC 106244 / RJ - RIO DE JANEIRO
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA
Julgamento: 17/05/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma do STF)

Nos demais julgados colacionados por amostragem do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Joaquim Barbosa suscitou que para as repetidas renovações do prazo seria necessário, em síntese, que persistissem os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não havendo obstáculos para sucessivas prorrogações, conforme se observa das decisões proferidas nos anos de 2004 e 2006:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento.

**(RHC 85575 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EM HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 28/03/2006 Órgão Julgador: Segunda
Turma do STF)**

EMENTA: HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO ANACONDA". INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE QUANTO ÀS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPORTANTE INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO E APURAÇÃO DE ILÍCITOS. ART. 5º DA LEI 9.296/1996: PRAZO DE 15 DIAS PRORROGÁVEL UMA ÚNICA VEZ POR IGUAL PERÍODO. SUBSISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE CONDUZIRAM À DECRETAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÕES FUNDAMENTADAS E RAZOÁVEIS. A prova pericial deverá servir de base à sentença, o que não se aplica ao recebimento da denúncia. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO PARA JULGAR OS FATOS IMPUTADOS AO PACIENTE, DADA A SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SUBPROCURADOR DA REPÚBLICA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 105, I, A, DA CONSTITUIÇÃO). Ainda não houve o oferecimento de denúncia contra o subprocurador da República, de modo que não há como deslocar a competência para o Superior Tribunal de Justiça. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS. A regra do art. 79 do Código de Processo Penal - competência por conexão ou continência - é abrandada pelo teor do art. 80 do Código de Processo Penal, que faculta a separação dos autos quando se tratar de fatos distintos, como ocorre nos caso concreto. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. IMPEDIMENTO DO PACIENTE DE PRESENCIAR A SESSÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

DA 3ª REGIÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. Não há, nos autos, prova de incidente dessa natureza. De qualquer forma, ao magistrado é facultado o uso do poder de polícia, nos termos do art. 251 do Código de Processo Penal. A norma aplicável à espécie determina a intimação pessoal, devidamente efetuada, no caso, tendo o procurador presenciado a sessão e, inclusive, feito sustentação oral. ALEGAÇÕES DE PARCIALIDADE DA DESEMBARGADORA RELATORA DA AÇÃO PENAL E DE NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. DESCABIMENTO. ATO PROCESSUAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. A fundamentação do acórdão em fatos concretos afasta a alegação de ausência de requisitos legais para a prisão preventiva. DIREITO DE TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA LOCAL ADEQUADO, EM VIRTUDE DE SUA PRERROGATIVA DE SER RECOLHIDO APENAS EM PRISÃO ESPECIAL. A causa de pedir não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, de sorte que seu exame pelo Supremo Tribunal Federal acarretaria supressão de instância. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.

**(HC 84301 / SP - SÃO PAULO
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 09/11/2004 Órgão Julgador: Segunda
Turma do STF)**

E como se vê dos julgados abaixo, o Superior Tribunal de Justiça não destoa da Corte Suprema ao ser favorável a possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica por período superior a trinta dias.

Todas as decisões se pautam em sempre a reboque da proporcionalidade da medida, desde que concedidas em decisões devidamente motivadas e quando necessárias à investigação. Senão vejamos algumas das decisões mais recentes do STJ:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA NA ORIGEM. ESVAZIAMENTO DO WRIT NESSE PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS **INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**. DESCABIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE TRINTA DIAS. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

1. Com a notícia da revogação da custódia cautelar pelo juízo de origem, fica prejudicado o writ no ponto em que pedia a colocação do paciente em liberdade.

2. Em relação às **interceptações telefônicas**, o **prazo** de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado a partir da efetivação da medida constritiva, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta **telefônica** e não da data da decisão judicial.

3. No caso, não há falar em nulidade da primeira escuta realizada (28.12.2007), pois, embora o Magistrado tenha autorizado a quebra no dia 10.12.2007, a **interceptação** teve início no dia 20.12.2007. Em consequência, também se afasta a alegação de nulidade das **interceptações** subsequentes.

4. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte e do STF, é possível a extrapolação do **prazo** constante no art. 5º, da Lei nº 9.296/96 (15 mais 15 dias), desde que haja a comprovação da necessidade da medida.

5. Na hipótese, as **interceptações** perduraram por aproximadamente 8 (oito) meses, período razoável se comparada a existência de grande quadrilha, especializada na disseminação de considerável quantidade de variados entorpecentes (ecstasy, LSD, maconha e haxixe).

6. Não há falar em nulidade das decisões que permitiram a quebra do sigilo das comunicações **telefônicas** quando elas vem amparada em suficiente fundamentação, tal qual ocorre na ação penal de que aqui se cuida.

7. Ordem parcialmente prejudicada e, quanto mais, denegada.

(HC 135771 / PE HABEAS CORPUS 2009/0087436-3, Ministro OG FERNANDES, T6 - SEXTA TURMA STJ, Data do julgamento 04/08/2011)

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. DILIGÊNCIAS QUE ULTRAPASSAM O LIMITE DE 30 (TRINTA) DIAS PREVISTO NO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. POSSIBILIDADE DE VÁRIAS RENOVAÇÕES. EXISTÊNCIA DE DECISÕES FUNDAMENTADAS. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Apesar de no artigo 5º da Lei 9.296/1996 se prever o **prazo** máximo de 15 (quinze) dias para a **interceptação telefônica**, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se

apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes.

2. Ordem denegada.

(HC 119615 / SC HABEAS CORPUS 2008/0241951-5, Ministro JORGE MUSSI, T5 - QUINTA TURMA, Data do julgamento 01/03/2011)

Em profundidade, vale a pena trazer a tona, por fim, memorável decisão proferida pelo STJ, no âmbito das investigações que envolveu o Grupo Sundown, por ocasião do julgamento do HC 76686 PR, quando o citado tribunal anulou o longo período de diligência em sede de interceptação telefônica.

O referido julgamento se deu em 09/09/2008, quando a sexta turma, por meio do Ministro relator Nilson Naves, entendeu que no caso concreto as interceptações foram renovadas de forma ininterrupta por mais de dois anos, o que, quiçá, por si só, já denotaria uma ausência de razoabilidade das medidas, dentro de um conflito aparente de normas de diversas inspirações ideológicas.

Nesse sentido, analisando-se de forma percuciente o voto do ministro relator, nota-se que diante da visível oposição de normas, ponderou que haveria de se privilegiar a liberdade já que, ao seu sentir, estaria acima de outros bens da vida, como ilustra a ementa da decisão em tela:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada,

etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o

prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 76686 / PR

HABEAS CORPUS

2007/0026405-6, Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, data do julgamento 09/09/2008)

5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço dos trabalhos de inteligência realizados, sobretudo, pelas polícias federal e civil em todo o país, percebe-se um grande aumento da utilização de escutas telefônicas como meio essencial de investigação e produção de provas no âmbito criminal. A partir dessa premissa, surgindo a preocupação de conferir uma referência temporal admissível e razoável, é que se chegou ao tema abordado.

Nesse sentido, o trabalho se propôs a estudar o instituto da interceptação telefônica, com ênfase no seu prazo de duração, aprofundando as correntes doutrinárias sobre o assunto e a fundamentação de seus argumentos, além de repisar o entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais superiores.

Superadas as abordagens quanto ao breviário conceitual da interceptação telefônica e ao transmudar-se para os posicionamentos doutrinários quanto à duração do prazo da diligência em lide, logo se viu tratar de evidente caso de conflito de direitos fundamentais.

Explico. Se por um lado, a lei nº 9.296/96 regulamentou exceção do art. 5º, XII da Constituição Federal, o qual trata da garantia da inviolabilidade do sigilo das comunicações de forma ampla, mas em especial das comunicações telefônicas, relativizando o direito à intimidade e privacidade, além do próprio princípio de

presunção de inocência, já que tal medida é concedida inaudita altera pars, em proveito das investigações de suspeitos por outro lado é necessário delinear até que ponto é possível realizar uma interceptação telefônica, durante prazo superior a trinta dias, harmonizando os princípios constitucionais ocultos e direitos fundamentais envolvidos.

É bem verdade que a interceptação telefônica constitui uma forte invasão à intimidade e vida privada do agente passivo que sofre a medida, além é claro daqueles com os quais se comunicam. Irrefutável que as informações angariadas por tal meio, se reveladas inoportunamente, podem causar efeitos devastadores sobre determinados indivíduos.

Todavia, o que pensar de uma vítima cuja liberdade foi restringida por perigosos seqüestradores que utilizam telefones celulares para extorquir os familiares do flagelado por longos dois meses. Considerando que por meio da interceptação telefônica, a polícia consegue identificar a posição geográfica aproximada, bem como outros detalhes do bando criminoso envolvido, o que dizer ao final dos trinta dias supostamente previstos restritivamente na lei objeto de estudo deste trabalho, sem que o resgate fosse concluído? Seria justo e admissível a prevalência da garantia constitucional de inviolabilidade do sigilo das comunicações, em face do direito à vida, liberdade e patrimônio da vítima, sem mencionar os imensuráveis danos psíquicos causados aos seus familiares?

A resposta é óbvia e traz a baila o interessante tema do conflito de princípios no âmbito da colisão de direitos fundamentais. E neste ponto, essencial o emprego do princípio da proporcionalidade no afã de sopesar os interesses tutelados em jogo, bem como o regime jurídico e aspectos legais destes interesses.

In casu, para a doutrina majoritária no tocante ao tema central deste estudo, a qual se filia este operador do direito, o art. 5º da lei nº 9.296/96, que trata sobre o prazo da interceptação telefônica, prevendo um prazo de quinze dias, renovável por igual período, não limita a prorrogação a uma única vez, já que o seu texto legal não utilizou qualquer expressão terminante e restritiva.

Fica, então, a cargo do magistrado, fazendo uso também do princípio da razoabilidade, inferir se continuam presentes os motivos que o fizeram conceder a medida no primeiro momento, observando-se impreterivelmente a indispensabilidade daquele meio de prova no âmbito da investigação policial ou instrução processual.

O que deve ser levado em consideração, em outras palavras, é a real necessidade da renovação do prazo, baseado nos argumentos desenvolvidos pela Autoridade Policial ou Membro Ministerial, sendo imprescindível a detalhada motivação da decisão judicial, vedada as motivações vazias e repetitivas.

A própria gravidade dos fatos investigados ou a periculosidade dos agentes envolvidos, pode ser suficiente para conferir a indispensabilidade da medida. Logo, a título exemplificativo, a investigação de quadrilhas afetas à atividade de tráfico de entorpecentes, que em regra desencadeia graves crimes contra a vida e o patrimônio, afetando diretamente a paz social de determinada coletividade, certamente demanda tempo e justificaria a prorrogação por prazo indefinido da interceptação telefônica, que neste caso figura como uma essencial ferramenta investigativa, eficaz na repressão qualificada ao crime.

A propósito, urge salientar a distinção entre a prorrogação por prazo indefinido (esta admitida) e por prazo indeterminado. A prorrogação que se advoga, é a de prazo indefinido, uma vez que foge da interpretação restritiva, conferindo margem sensível de manipulação do prazo da diligência, a cargo do magistrado, quando provocado, de quem se espera um posicionamento equitativo e razoável. De outro lado, etimologicamente a expressão “prazo indeterminado”, por si só pode denotar excesso e sensação de algo vago, o que não condiz com a excepcionalidade da medida da interceptação telefônica.

Não fossem estas razões, os tribunais superiores não teriam pacificado o entendimento favorável a prorrogação das interceptações telefônicas por quantas vezes se fizerem necessárias, desde que obedecidos os trâmites legais, caracterizada a devida necessidade e configurada a indispensabilidade do meio de prova.

Assim, lembrando que o artigo 5º da Constituição Cidadã, em seu caput, erigiu à categoria de direito fundamental à garantia à segurança do brasileiro e ainda do estrangeiro residente no país, garantia esta elencada juntamente aos direitos fundamentais mais festejados tais como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, é que se confere ênfase constitucional à temática ora debatida, já que em regra o objeto das investigações criminais ou para fins de instrução processual penal que justificam a concessão da interceptação telefônica, está intimamente ligada à idéia de segurança de determinada vítima ou coletividade, em defesa de sua incolumidade física ou patrimonial, devendo prevalecer o entendimento favorável a prorrogação da interceptação telefônica por prazo indeterminado, quando configurada a razoabilidade da medida que deverá estar pautada na defesa de interesses legítimos associados a outros direitos fundamentais previstos na constituição.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação Telefônica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 4ª Ed., 1989.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razon. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. A lei de interceptação telefônica. Justiça Penal: provas ilícitas e reforma pontual. Jaques de Camargo Penteadado (coord.), n.4, Revista dos Tribunais, São Paulo.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. Prazo de duração, renovação e excesso. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2193, 3 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13079>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades do Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio E de. Interceptação de Comunicação Telefônicas – notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. Revista dos Tribunais, v.735, p.458-473, Jan. 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.21, p. 411-412, jan./mar. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4 ed. São Paulo: RT, 2009.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal. Bol. IBCCrim, n. 49, p.7-8, dez. 1996.

RANGEL, Paulo. Breves Considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 26.

STRECK, Lenio Luiz. As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência – A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NOTAS:

- ^[11] Interceptação Telefônica Lei 9.296/96. p. 96.
- ^[12] Vale frisar que a gravação unilateral poderá ser admitida se houver justa causa, conforme doutrina majoritária.
- ^[13] Autores como Luiz Francisco Torquato Avolio, Luiz Flávio Gomes, Vicente Greco Filho e outros.
- ^[14] Provas ilícitas. Inetrceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. RT, 2003. p.143.
- ^[15] Sobre o assunto se manifestaram os autores Luiz Flávio Gomes, Vicente Greco Filho, Paulo Rangel, entre outros.
- ^[16] Vide página 180 da obra da lavra de Luiz Flávio GOMES e Raúl Cervini. Interceptação Telefônica. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1997.
- ^[17] Abordada por Eduardo Luiz Santos Cabette, em Interceptação Telefônica. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. p. 88.
- ^[18] Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.9.296/96. Editora Saraiva. São Paulo. 2005. p.22.
- ^[19] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.
- ^[10]NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 765.
- ^[11] GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica. Prazo de duração, renovação e excesso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2193, 3 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13079>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- ^[12] Artigo inédito "Das interceptações telefônicas para fins de instrução criminal", sem maiores referências, mencionado por Luiz Flávio Gomes na já citada obra "Interceptação Telefônica", p. 219.
- ^[13] Interceptação Telefônica. Editora Saraiva. São Paulo. 2011.
- ^[14] Sérgio PITOMBO, Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal, Boletim IBCCrim, 49-8.
- ^[15] A marcha do processo , p.110.
- ^[16] A lei de interceptação telefônica. Justiça Penal: provas ilícitas e reforma pontual, p. 59.
- ^[17] Breves Considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 26, p.150.
- ^[18] Interceptação, cit., p.219.
- ^[19] Provas Ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, p. 189.
- ^[20] Comentários ao Código de Processo Penal, p. 281.
- ^[21] Interceptação Telefônica, p.51.
- ^[22] Interceptação Telefônica, p.51.
- ^[23] Interceptação Telefônica. Ed. Atlas, 2011, p. 62.

[24] Breves Considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 26, p.150.

[25] Provas Ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, p. 188 e 189.

[26] Curso de Direito Constitucional, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

INICIATIVA DA AÇÃO PENAL NOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL DENATUREZA LEVE E VIAS DE FATO NO ÂMBITO DA LEI 11.340/06

SARA ELIBIA RODRIGUES DA ROCHA FERREIRA MACHADO: Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador, pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Delegada de Polícia Civil do Estado de Pernambuco.

Resumo: Este trabalho discorre sobre os fundamentos e finalidades da lei 11340/06 (Lei Maria da Penha), a qual busca diminuir as desigualdades entre homens e mulheres, criando mecanismos de proteção e acolhimento que libertem a mulher de ações que a violentam e inferiorizam, agredindo sua dignidade. Segue a análise dos requisitos para incidência da lei, quando da ocorrência de violência de gênero nos âmbitos doméstico, familiar e afetivo, e seus aspectos práticos de aplicação, fazendo um estudo mais detalhado no tocante a delitos de lesão corporal e vias de fato. Trataremos da iniciativa da ação penal nos delitos mencionados e afastamento da aplicação da Lei 9099/95, trazendo esclarecimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Lesão Corporal de Natureza Leve. Contravenção Vias de Fato. Iniciativa Ação Penal.

Introdução

Este trabalho discorre sobre os fundamentos e finalidades da lei 11340/06 (Lei Maria da Penha) e a sua aplicação nas hipóteses de crime de lesão corporal de natureza leve e de contravenção penal de vias de fato.

Iniciará com a análise da finalidade da legislação em diminuir o desequilíbrio existente entre homens e mulheres, ocasionado por uma sociedade machista que trata a mulher de maneira desigual, inferior e submissa.

Dentro desta perspectiva legislativa de empoderamento feminino, tratará da aplicação da Lei Maria da Penha e da autonomia da vontade da vítima quanto à punição do seu agressor, através da apresentação de representação criminal, que desencadeia a atividade policial e o processo penal contra o infrator, nos delitos de ação penal de iniciativa privada e iniciativa pública condicionada à Representação.

O trabalho dá ênfase à análise da iniciativa da ação penal nos delitos de lesão corporal e vias de fato praticados contra a mulher, em razão de gênero, e no âmbito da convivência doméstica, familiar e afetiva.

Analisará, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, a iniciativa da ação penal no crime de lesão corporal leve e na contravenção de vias de fato, trazendo esclarecimentos e conclusões que melhor se identificam com o espírito maior da lei, qual seja, diminuir as desigualdades históricas entre homens e mulheres de forma a promover uma efetiva igualdade de gêneros.

O artigo tem como objetivo reafirmar a necessidade de proteção estatal oferecida para a mulher vítima de violência, de forma que se deixe de analisar o tema dentro de uma perspectiva machista, em que se estimule o silêncio e omissão da vítima, como forma de manter a estrutura familiar, como se fosse apenas a mulher a responsável por zelar pelo bem estar e continuidade da família.

Iniciará tratando dos fundamentos da Lei Maria da Penha, seguindo para a análise das hipóteses de aplicação da norma, com esclarecimentos dos aspectos práticos da lei, com especial enfoque na coleta de representação da ofendida, dando ênfase ao estudo da iniciativa da ação penal nas hipóteses de ocorrência de lesão corporal de natureza leve e da contravenção de vias de fato.

A matéria requer que o intérprete se dispá do preconceito de que cabe à mulher abrir mão da punição do agressor, em que pese toda a pressão social e familiar que a vítima de violência sofre neste sentido, sob a alegação que o agressor não é um criminoso. Foi com este objetivo que a Lei 11340/06 afastou a aplicação do Lei 9099/95 para tornar pública incondicionada a ação penal nas hipóteses de lesão corporal e vias de fato praticadas no âmbito da violência doméstica, familiar e afetiva.

Dos fundamentos da Lei

A Lei 11340/06, também conhecida como lei Maria da Penha, foi criada com o intuito de punir e prevenir a violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar. Encontra fundamento no Art. 226 da Constituição Federal, o qual discorre ser a família base da sociedade, razão pela qual tem proteção especial do Estado. A proteção à Mulher é regulamentada, ainda, no âmbito de tratados e convenções internacionais, entre elas a Convenção sobre eliminação de todas as formas de violência contra a mulher e a Convenção Americana para Punir, Prevenir e Erradicar a violência contra a mulher, conforme dispões o Art. 1º da Lei 11.340/2006.

A DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES, Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20 de Dezembro de 1993, reconhece que “a violência contra as mulheres constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres, e que a violência contra as mulheres constitui um dos mecanismos sociais

fundamentais através dos quais as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”.

O Decreto 1973/96 promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Tal documento, conhecido como Convenção de Belém do Pará, deixa claro os fundamentos que levaram à criação da Legislação Protetiva :

“ Afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita todas ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;

Preocupados porque a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;

Recordando a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;

Convencidos de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação com todas as esferas devida; e

Convencidos de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela...”

A mulher goza de todos os direitos e garantias individuais, nos termos do Art. 5º da CF/88, sendo a ela assegurados todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, entendidos como tais todo e qualquer direito que lhe assegure vida digna e sem violência. A tais direitos estão submetidos a família, a sociedade e o Estado, os quais devem assegurar condições necessárias para o efetivo exercício de tais direitos, nos termos do Art. 4º da Lei 11340/06.

Da Aplicação

A Lei Maria da Penha, em seu Art. 5º, anuncia o seu âmbito de aplicação, devendo ser observado que o referido diploma legal apenas deve ser aplicado

quando a violência contra a mulher é baseada em gênero e no seio doméstico, familiar ou afetivo:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

A Lei restringe, portanto, a sua aplicação às hipóteses de ação ou omissão violenta, ocorrida no âmbito doméstico ou familiar, baseada no gênero, o que implica dizer que a violação deve estar atrelada à condição de vulnerabilidade da vítima mulher, sendo a motivação de gênero presumida nas hipóteses de violência descritas no Art. 5º da Lei Maria da Penha. A proteção da mulher em suas relações domésticas, familiares e íntimas de afeto é o fim social ao qual a Lei se destina e, portanto, de tal maneira deve ser interpretada de forma a considerar a condição peculiar da mulher vítima de violência, conforme dispõe o Art. 4º da lei 11.340/06.

Para aplicação da Lei é necessária a motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize a situação de relação íntima, para tanto não sendo necessária a coabitação entre autor e vítima, nos termos da Súmula 600 do STJ: *“Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”*. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 22/11/2017.

Da Coleta da Representação

Diante da situação apresentada, delimitado o campo de atuação do referido diploma legal, seguimos para a análise dos aspectos práticos da Lei, quando a prática da violência chega ao conhecimento da Polícia Judiciária. Dispõe o Art. 12 da Lei 11340/06:

" Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.”.

Chegando ao conhecimento da Polícia Judiciária situação que envolva violência contra a mulher, provocada por ação ou omissão, no âmbito familiar, doméstico e afetivo, deve a autoridade policial, no primeiro momento, verificar a natureza do delito que lhe é apresentado do ponto de vista da vontade da vítima. Aqui se analisa se o crime é de ação penal de Iniciativa Pública, Iniciativa Pública Condicionada à Representação, ou de Ação de Iniciativa Privada, nestas duas últimas podendo a Autoridade Judicial agir apenas mediante prévia manifestação de interesse e representação da vítima.

Representação é o ato de a vítima manifestar a vontade de processar criminalmente o seu agressor, para que este responda a procedimento criminal pela prática da conduta delitiva. A manifestação de vontade da vítima deve ser reduzida a termo e, só então, a autoridade policial está “autorizada” a instaurar o inquérito policial, seja por meio de Portaria ou Auto de Prisão em Flagrante delito.

Quanto à Iniciativa da ação penal, deve-se reportar à tipificação e regramento geral previsto no Código Penal, sendo a regra ação penal de iniciativa pública incondicionada, salvo quando expressamente disposto em sentido diverso. Há de se observar, ainda, que a Lei 11340/06 afasta a aplicação da LEI 9099/90, razão pela qual não há falar-se em lavratura de termo circunstanciado de ocorrência na hipótese de crimes cometidos em razão de gênero e no âmbito das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto.

Da Iniciativa da Ação Penal no crime de Lesão Corporal Leve e na Contravenção de Vias de Fato.

No tocante à iniciativa da ação penal nos crimes praticados com violência doméstica e familiar, nos termos do disposto na Lei 11.340/06, surge questionamento a respeito da iniciativa da ação penal nas lesões corporais de natureza leve e na contravenção de vias de fato.

Quanto aos delitos não regulados pela Lei Maria da Penha, existe posicionamento consolidado no sentido de, por força do disposto no Art. 88 da lei 9099/95, a lesão corporal de natureza leve passar a ser de ação penal de iniciativa pública condicionada à Representação, razão pela qual o desencadeamento da ação não requer representação da ofendida.

Em decorrência do disposto no Art. 88 da Lei 9099/95, a doutrina passou a defender que para a contravenção penal de vias de fato, espécie de agressão física que não deixa vestígio ou marca aparente, teria a sua ação penal condicionada à Representação da Vítima, em que pese serem todas as contravenções penais infrações de natureza pública incondicionada. O argumento para tanto é que o cabimento representação para o delito mais grave, ou seja, para a lesão corporal, implicaria imediata aplicação ao delito menos grave, a contravenção de vias de fato.

O raciocínio acima exposto não vem sendo aplicado aos crimes praticados no âmbito doméstico familiar e afetivo, em razão de a Lei Especial ter afastado a aplicação dos dispositivos descriminalizadores da Lei 9099/90. Neste sentido STF em ADI 4424: *"AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações."*

Sobre o afastamento da aplicação da lei 9099/95 aos crimes praticados no âmbito da Lei Maria da Penha, afirma Porto, Pedro Rui da Fontoura (2007, pg.42): *"É possível que o legislador tenha reavaliado esta questão, concluindo que não foi boa a política criminal deixar-se ao alvedrio de fragilizadas vítimas, a possibilidade de representar ou não em delito que causa tantos prejuízos à coletividade, pois, na base da violência doméstica estão todas as formas de violência."*

Pedro Rui da Fontoura Porto se posiciona sobre o tema, entendendo pela admissão da representação, nos casos de lesão leve praticados com violência

doméstica contra a mulher, em razão do caráter personalíssimo do fato, que recomenda, por respeito à intimidade da própria vítima e ao seu livre arbítrio, prevaleça sua vontade. Neste sentido, transcreve considerações de Maria Lúcia Karan:

“Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar — e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” — ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.” Cit Porto, Pedro Rui da Fontoura (2007, pg.53).

A Jurisprudência já entendeu neste sentido e, embora tese já tenha sido superada, é relevante se ter conhecimento do julgamento a seguir colacionado:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE **LESÃO CORPORAL LEVE**. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. **IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA**.
1. A ação penal nos crimes de **lesão corporal leve** cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido.” (REsp 1097042 / DF RECURSO ESPECIAL 2008/0227970-6)

Sobre o tema, acatando a possibilidade de renúncia da representação perante o Juiz e com a assistência de defensor, mesmo com o advento da Nova Lei Maria da Penha, dispõe a professora Maria Berenice Dias:

“Com todos os cuidados, nada justifica afastar a possibilidade de a vítima renunciar à representação levada a efeito quando do registro da ocorrência. Na hora do acertamento das questões de ordem familiar a possibilidade de retratar a representação adquire um efeito simbólico. Confere à vítima certo “poder de barganha” frente ao agressor, pois está em suas mãos a possibilidade de ele ser processado, condenado, preso ou absolvido sem qualquer registro de antecedentes. Esse “empoderamento” da vítima restabelece o equilíbrio da relação. Assim, a mulher dispõe da possibilidade de dar prosseguimento ou não à ação penal, além de poder levar o agressor a concordar com a separação nos termos por ela propostos, rompendo-se o ciclo da violência.”. Dias, Maria Berenice (2010, pg.160).

A professora entende, ainda, que o principal objeto da mulher que procura a polícia para denunciar a pessoa que ama é fazer cessar a violência e não em ver o seu companheiro processado e condenado criminalmente. A intenção maior da vítima, segundo a autora, é restabelecer a paz familiar, razão pela qual a irreversibilidade da medida desestimularia a procura pela polícia, provocando o silêncio da vítima em razão de ver o seu companheiro ou esposo, único provedor da família, processado e preso.

Na mesma obra citada, a professora Maria Berenice Dias cita posicionamento do professor Damásio de Jesus:

“é contraditório afirmar, em face do Art. 41 da Lei Maria da Penha, que a ação penal é incondicionada, e, ao mesmo tempo, defender, perante o Art. 16, que não se pode interpretar a expressão renúncia no sentido de desistência da representação. Adotada a tese da ação penal pública incondicionada, como falar em renúncia ou retratação da representação retratação da representação? Continua o mesmo autor: Não pretendeu a lei transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contraria tendência brasileira de admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. Conclui afirmando que: considerar a

ação penal por vias de fato e lesão corporal comum pública incondicionada, consistiria em *retrocesso legislativo inaceitável*'. Citação Dias, Maria Berenice (2010, pg.162).

Sobre o Tema se posiciona o STJ em HABEAS CORPUS Nº 280.788 - RS (2013/0359552-9):

“EMENTA HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Uma interpretação literal do disposto no artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. À luz da finalidade última da norma e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, tem-se que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 afasta a incidência da Lei n. 9.099/1995, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar. Vale dizer, a mens legis do disposto no referido preceito não poderia ser outra, senão a de alcançar também as contravenções penais. 4. Uma vez que o paciente está sendo acusado da prática, em tese, de vias de fato e de perturbação da tranquilidade de sua ex-companheira, com quem manteve vínculo afetivo por cerca de oito anos, não há nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que se entendeu que não seria aplicável o benefício da transação penal em seu favor. 5. Habeas corpus não conhecido.”.

A maioria da Doutrina e Jurisprudência entende que condicionar a ação penal no crime de lesão corporal à representação da vítima fere o espírito da Lei Protetiva, a qual não pode ter processo criminal dependente de uma vítima

fragilizada física e emocionalmente pela exposição a todos os tipos de violência e, muitas das vezes, dependente financeiramente do seu agressor. Neste diapasão, seguem os julgados:

“PETIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSOS REPETITIVOS. TEMA N. 177. CRIME DE **LESÕES CORPORAIS** COMETIDOS CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DAS TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ADEQUAÇÃO AO JULGAMENTO DA ADI N. 4.424/DF PELO STF E À SÚMULA N. 542 DO STJ. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.097.042/DF, cuja quaestio iuris, acerca da natureza da ação penal nos crimes de **lesão corporal** cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, já incorporado à jurisprudência mais recente deste STJ. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: a ação penal nos crimes de **lesão corporal leve** cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada. 3. Questão de ordem acolhida a fim de proceder à revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.097.042/DF - Tema 177.”.(Pet 11805 / DF PETIÇÃO 2016/0296937-8)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LESÕES CORPORAIS LEVES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso

regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, acórdão pendente de publicação; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, acórdão pendente de publicação. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 4.424/DF, reconheceu a natureza incondicionada da ação penal na hipótese de crime de lesão corporal praticada mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, superando, assim, entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Assim, conclui-se pela inaplicabilidade, na espécie, do art. 16, da Lei n.º 11.340/06. 4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 242458 / DF HABEAS CORPUS 2012/0098835-5)

PETIÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. MANUTENÇÃO DA PERSECUÇÃO ESTATAL. ADI Nº 4.424/DF. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 4.424/DF, deu interpretação conforme aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006, estabelecendo que a ação penal nos crimes de lesão corporal em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente do grau da lesão, é sempre pública incondicionada - A retratação da representação pela vítima não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal, conforme entendimento desta Corte, em harmonia com o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n.

4.424/DF. Agravo regimental desprovido.” (RHC44798 / RJ PETIÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 2014/001848).

Sobre a matéria o STJ editou súmula 542, não deixando qualquer dúvida sobre o tema: *“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.”* (Súmula 542, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).

No tocante à contravenção de vias de fato, em sede de violência doméstica, familiar e afetiva, permanece a incondicionalidade de iniciativa da ação penal, pelos mesmos fundamentos legais já mencionados, uma vez que a aplicação extensiva do Art. 88 da Lei 9099/95 não mais se aplicava em razão do afastamento da Lei de Juizados Especiais para os delitos praticados nos âmbitos doméstico, familiar e íntimo de afeto.

Sobre contravenções penais, **STJ - HABEAS CORPUS Nº 280.788 - RS (2013/0359552-9):**

” HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Uma interpretação literal do disposto no artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. À luz da finalidade última da norma e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, tem-se que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 afasta a incidência da Lei n. 9.099/1995, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar. Vale dizer, a mens legis do disposto no referido preceito não poderia ser outra, senão a de alcançar também as contravenções penais. 4. Uma vez que o paciente está sendo acusado da prática, em tese, de vias de fato e de perturbação

da tranquilidade de sua ex-companheira, com quem manteve vínculo afetivo por cerca de oito anos, não há nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que se entendeu que não seria aplicável o benefício da transação penal em seu favor. 5. Habeas corpus não conhecido.”.

Passada a celeuma quanto à iniciativa da ação penal, sendo de iniciativa privado ou condicionada a representação, deverá a autoridade policial ouvir a vítima de maneira preliminar e questionar sobre sua intenção de Representar Criminalmente contra o Autor, o que ficará a critério da Vítima, a qual não poderá sofrer qualquer tipo de assédio, seja para estimular ou desencorajar a sua manifestação de vontade.

Não havendo a Representação da Ofendida, deverá ser colhido o termo de negativa da Representação, cientificada a vítima que terá o prazo decadencial de seis meses para voltar à Delegacia e dar continuidade ao procedimento criminal.

Mesmo não tendo a intenção de Representar Criminalmente contra o Acusado, a vítima poderá requerer medidas protetivas de urgência, as quais serão protocoladas junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar da Cidade no prazo de 48 horas. Nas Comarcas onde não existam Juizados Especializados, o pedido é encaminhado à Vara Criminal.

Vencida a fase de Representação da Ofendida, devem ser coletadas as suas declarações, ser dada ciência das medidas protetivas de urgência, seguindo a elaboração do pedido de medida protetiva de urgência, se for neste sentido a manifestação de vontade da vítima, seguindo o quanto disposto no tocante ao atendimento pela autoridade policial, nos termos do Art.12 e seguintes da lei 11.340/06.

CONCLUSÃO

Diante da situação apresentada, restou esclarecido que a Lei pretende afastar institutos jurídicos que deixem a vítima a mercê das pressões causadas pelo afeto, extinto de preservação da família e dependência financeira, que a impedem de denunciar ou continuar o processo contra o seu agressor.

Entender que a mulher deve ser titular da iniciativa da ação penal e utilizar de tal ferramenta para conseguir negociar termos da separação com o seu agressor violentaria sobremaneira a vítima, a qual deve ser protegida e acolhida pelo Estado, resguardando-a de pressões externas que a impedem de buscar a realização da justiça. Nesta hipótese, o Agressor continua o comportamento agressivo por confiar na falta de “coragem” da vítima em denunciar e, o fazendo, não suportar a pressão familiar para fazer cessar o processo criminal. **No mesmo sentido** Informativo Criminal nº 287 - Maria da Penha - Vias de Fato – do MP/SP:

"A Lei nº 11.340/06 é resultado de uma política criminal voltada ao tratamento mais severo e efetivo aos casos de violência doméstica contra a mulher. Por isso, a hermenêutica adequada de tal legislação deve ser a que propicia maior proteção às ofendidas.

Nessa ótica, anexamos abaixo julgados afirmando o caráter incondicionado da ação penal pública referente à contravenção penal de vias de fato, quando cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Os entendimentos jurisprudenciais referidos amparam-se na decisão do STF na ADI 4.424, por meio da qual se firmou que independentemente da extensão da lesão causada, o processamento de tal infração prescinde da representação, ou seja, não há condição de procedibilidade para o início do processo.

Ainda, salienta-se que não são aplicáveis os institutos despenalizantes previstos na Lei 9.909/95, vez que expressamente afastada a sua incidência pelo art. 41 da Lei Maria da Penha."

Toda a discussão sobre o tema foi superada em julgamentos de ADIN 4424/DF e ADC 19/DF, as quais deixaram evidente o entendimento Jurisprudencial no sentido de a ação penal ser de iniciativa pública incondicionada, nas hipóteses de crime de lesão corporal de natureza leve praticados no âmbito da violência doméstica, familiar e afetivo, com motivação de gênero. Neste sentido, também, súmula 542 do STJ, que a todos vincula.

BIBLIOGRAFIA

Cunha, Rogério Sanches, Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 6ª Edição- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Jesus, Damásio de; Violência contra a mulher: aspectos Criminais da Lei 11340/06/ Damásio de Jesus- São Paulo, Saraiva, 2010.

Porto, Pedro Rui da Fontoura, Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11340/06:análise crítica e sistêmica/Pedro Rui da Fontoura Porto- Porto Alegre: Livraria Agosto Editora, 2007.

Dias, Maria Berenice, a Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher/ Maria Berenice Dias-2. ed. rev. atual. e ampli.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2010.

Cunha, Rogério Sanches, Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 8ª ed. rev. atual. e ampli - Salvador, Editora Juspodivm, 2019.

ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEDIDA DE COERÇÃO

FERNANDA SILVA CARVALHO:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas

TÂMARA M. GONÇALVES SOUSA

(Orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa, que apresentou como tema o a influência da guarda compartilhada no desenvolvimento da alienação parental, foi desenvolvida com o intuito de estabelecer a guarda compartilhada como método para coibir a prática da alienação parental. Para tanto, foi realizada uma a breve análise acerca das mudanças relevantes que ocorreram na família como instituição social ao longo dos anos, a dissolução da sociedade conjugal e suas consequências em relação aos filhos enquanto objeto de litígio entre os ex-cônjuges. Como conclusão, a pesquisa demonstrou que a guarda compartilhada é a modalidade mais eficaz para prevenir a ocorrência da alienação parental pelo genitor alienador, oferecendo dessa forma o atendimento ao princípio do melhor interesse do menor, oportunizando o convívio harmonioso da criança ou adolescente com ambos os pais. A metodologia empregada para o desenvolvimento da pesquisa baseou-se predominantemente em bibliografias de especialistas no assunto, além da apresentação de decisões judiciais objetivando a demonstração de ocorrências em casos concretos.

Palavras-Chave: Dissolução da sociedade conjugal. Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Prevenção.

ABSTRACT: This research, with the theme of Brazilian civil law and the custody institute as its theme, was developed in order to relate shared custody as a method to curb the development of parental alienation. Also part of its structure are the brief analysis of the relevant changes that have taken place in the family as a social institution over the years, comments on the dissolution of marital society and its consequence in relation to child custody as an object of dispute between the former spouses. The methodology used for the development of the research was based predominantly on bibliographies of renowned specialists in the subject besides the presentation of judicial decisions aiming at demonstrating occurrences in specific cases. The research seeks to demonstrate that shared custody is the most effective way to prevent the occurrence of parental alienation by the alienating parent, thus offering compliance with the principle of best interest of the minor, providing the harmonious coexistence of the child or adolescent with both parents.

Keywords: Dissolution of the marital society. Parental Alienation. Shared Guard. Prevention

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. FAMÍLIA. 1.1. Evolução Histórica e jurídica de família. 1.2. Espécies de família. 2. ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.1. Conceito de Alienação Parental. 2.2. Formas de Alienação Parental e consequências jurídicas. 3. GUARDA COMPARTILHADA. 3.1. Pontos positivos na adoção da guarda compartilhada. 3.2. Pontos negativos na adoção da guarda compartilhada. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

A família, que inicialmente referia-se ao grupo de indivíduos, ligados por laços sanguíneos ou não, que se encontravam sob a autoridade de um mesmo indivíduo, sofreu grande evolução ao longo dos anos.

Não se pode olvidar que a família executa um papel de suma relevância na sociedade, em razão de ser a instituição fundamental da evolução moral, ética, psicológica e aprimoramento do indivíduo como ser humano. Tanto é que, nossa Carta Magna em seu artigo 226, define que a família é a base da sociedade e, portanto, merece proteção integral do Estado.

É a família que promove e participa da educação e formação dos filhos, o que a torna responsável por sua conduta no meio social. No ambiente familiar que são passados os princípios éticos, morais de cada indivíduo, formando assim seu caráter e maneira de agir na sociedade. No seio familiar, as pessoas devem ser cercadas por amor, afeto, amizade, ter uma convivência pacífica e harmoniosa. Para que assim possam ter um bom desenvolvimento psicológico e social.

No entanto, o que mais se tem presenciado ultimamente são inúmeros divórcios que acabam por ocasionar efeitos diretos sobre a relação familiar, dentre eles, os conflitos acerca da guarda dos menores e o rancor pela ruptura do laço amoroso. Por conseguinte, o parceiro que detêm a guarda da criança e que se sentiu traído, abandonado ou rejeitado, inicia os ataques ao antigo parceiro por intermédio do filho, praticando uma verdadeira lavagem cerebral na criança difamando sistematicamente o outro genitor, que geralmente não é o guardião legal, induzindo o filho a recusar, detestar e desprezar o seu genitor, muitas vezes se utilizando de simulações de atos praticados por este, tais como abuso sexual, por exemplo, fazendo assim com que o filho por meio de seu imaginário passe a acreditar nisso.

Restando caracterizada a prática de tais atos difamatórios que configuram a Alienação Parental, esta encontra definição em lei própria, qual seja, a Lei n.12.318/2010, como "a interferência na formação psicológica da criança para que ela repudie o genitor ou cause prejuízo ao vínculo". A ação pode ser praticada não

somente pelos pais biológicos, mas também por avós, parentes próximos ou aqueles que possuam a guarda da criança ou adolescente. O genitor ou guardião faz uma campanha negativa em relação ao outro, trazendo informações falsas e degradantes, desqualificando-o, e a criança como ainda não tem maturidade, discernimento e capacidade de entender que está sendo manipulada acaba por rejeitar o pai ou a mãe, não querendo mais vê-lo ou estar em sua presença.

A principal característica da Síndrome da Alienação Parental é a sua multidisciplinaridade com que deve ser tratada, pois precisa além da intervenção jurídica, da psicológica, psiquiátrica e social. Em uma primeira análise, este trabalho tratará do conceito de família, sua evolução histórica, passando pela família moderna e as demais espécies de família existentes.

No segundo capítulo será apresentada a Síndrome de Alienação Parental propriamente dita, alvo principal deste artigo, momento em que será feita sua conceituação, serão expostas as formas mais comuns de tal prática, suas causas, efeitos e por fim as consequências jurídicas. Já no terceiro capítulo, este trabalho exporá o assunto relativo a guarda, em especial a denominada como guarda compartilhada, Lei n.11.698/2008 alterada pela Lei nº13.058/2014 que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, cujo objetivo é dividir aos pais a responsabilidade legal/educativa sobre a prole.

Nesse sentido, o presente artigo científico tem como objetivo, dissertar sobre o instituto da Guarda Compartilhada e sua influência no desenvolvimento da alienação parental, onde avaliará se a guarda compartilhada é o método mais adequado para o desenvolvimento harmonioso do menor após a ruptura conjugal, ou seria apenas um instrumento para atender as necessidades dos pais, que visualizam nessa modalidade uma maneira de afrontar o ex-companheiro (a), travando, assim, uma disputa pessoal.

1. FAMÍLIA

Preliminarmente, é preciso que se faça a conceituação do termo família já que esta é a base central, o núcleo, onde ocorre a problemática deste artigo científico. Logo, este será o ponto de partida necessário para o entendimento acerca do tema.

Família é o primeiro e mais importante lugar em que os seres humanos desenvolvem seu caráter e personalidade, recebem valores tais como: educação, cultura, cidadania, altruísmo, solidariedade, respeito e amor ao próximo. É célula básica e fundamental de toda a sociedade, de onde nasce, cresce e evolui todo indivíduo dotado de direitos e deveres, assim sendo tamanha sua relevância, este instituto indubitavelmente merece guarida do Estado e das leis.

A família exerce a função essencial no desenvolvimento social, moral, cultural e emocional dos seus membros, motivo pelo qual a família constitui a estrutura basilar do Estado, o centro de onde emana e se fundamenta toda a organização social. É a responsável pela educação, proteção e cuidados das crianças provenientes do seio familiar, logo, executa papel primordial na sociedade como um todo.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de uma instituição jurídica e social resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem comunhão de vidas, e via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e o seu patrimônio. Identificam-se na sociedade conjugal estabelecida pelo casamento três ordens de vínculos: o conjugal, existente entre os cônjuges; o de parentesco, que reúne os seus integrantes em torno de um tronco comum, descendendo uns dos outros ou não; e o de afinidade, estabelecido entre o cônjuge de um e os parentes do outro. (GONÇALVES, 2008, pg. 2.).

Já Maria Helena Diniz discorre sobre família como:

"Todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole." (DINIZ, 2007; p. 9).

O Código Civil de 2002, traz divide a família em 3 aspectos diferentes:

De acordo com a primeira acepção de família denominada de amplíssima, a família é um conjunto de pessoas ou um conjunto de grupos domésticos que possuem entre si uma ligação comum, seja por ancestralidade, casamento, afinidade ou adoção. Conglobando assim os cônjuges e companheiros, os parentes e afins. (CC, art. 1.412, §2º; Lei n. 1.711/52, art. 241).

Lato sensu, a família restringe-se aos cônjuges e seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, afins ou naturais. (CC, arts. 1.591 e s.; Dec.-lei n.3.200/41 e Lei n.883/49). Mais restritivamente as leis configuram a família apenas como sendo os pais e sua respectiva prole (CC, arts. 1.567 e 1.716) ou qualquer dos pais e prole. Sendo esta, a formação do núcleo essencial da denominada "pequena família", ou

stricto sensu. Essa análise, mais técnica, limita a família aos pais e seus respectivos filhos, apenas.

1.1 Evolução Histórica e Jurídica de Família

Ao longo da história, a família passou por uma profunda e notável transformação ao qual gerou inúmeros reflexos na seara jurídica. Assim, torna-se imprescindível percorrer este desenvolvimento histórico do conceito de família e filiação.

Na antiguidade, sob a égide do direito romano a família possuía uma concepção patriarcal, onde o ascendente comum mais velho era o líder absoluto da família, exercia o chamado pátrio poder, podia dispor como bem entendesse dos próprios filhos, impondo-lhe castigos, inclusive corporais, e dispunha até sobre os direitos de vida e morte dos descendentes e de suas respectivas esposas. O pater, assim denominado, era ao mesmo tempo o sacerdote, chefe político e juiz no seio familiar que comandava.

Com o passar do tempo essas regras tão radicais passaram a ser suavizadas, restringindo a autoridade do patriarca e aumentando a autonomia da mulher e dos filhos.

Quanto ao casamento, os romanos acreditavam ser indispensável a afeição não só durante a celebração, mas também em todo o período em que se prolongasse a união e que a ausência de afeto e convivência pacífica, era sim, motivo suficiente para a dissolução do laço matrimonial. Entendimento este que divergia do que apregoavam os canonistas, estes não aceitavam de forma alguma o divórcio e entendiam que o homem não detinha a prerrogativa de dissolver o que Deus havia unido: *quod Deus conjuxit homo non separet*.

A transformação da concepção do conceito de família no Brasil acompanhou a mudança da sociedade rural, onde predominava este modelo de família patriarcal e centrada em si mesma, para uma sociedade mais industrial, este fenômeno urbanístico assim como as suas modificações de ordem social, geográfica e cultural acarretaram em uma evolução significativa na estrutura desse padrão da família tradicional.

Apesar de toda essa evolução ocorrida por volta do século XX, alguns traços ainda podem ser observados nos dias de hoje, por exemplo, da família romana percebe-se ainda a autoridade do pai sobre os filhos e a submissão da esposa. Da cultura portuguesa, a ligação afetiva, desprendimento, cooperação e abnegação. Do modelo de família da idade média e do direito canônico, temos o caráter sacramental do casamento.

Com o passar do tempo, no mundo todo, os conceitos de família nuclear e casamento como a entidade estreitamente relacionada à formação da família,

sofreram significativas mudanças. Notadamente, na década de 60 quando aumentaram o número de separações e divórcios, apesar dos esforços inúteis da Igreja em tentar manter relações insatisfatórias para os cônjuges.

O Código Civil de 1916 trazia um conceito extremamente restrito quando dispunha que: "Família é um agrupamento originado através do instituto do matrimônio" (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Ressalte-se que a o antigo Código Civil Brasileiro foi marcado pelo patriarcalismo institucionalizado, ou seja, o Estado era laico, no entanto, as leis ainda eram muito influenciadas por questões religiosas. Neste Código, havia a proibição do divórcio e se porventura ocorresse a separação do casal, o cônjuge responsável era punido severamente.

Para a Constituição de 1988 família é: "Todo e qualquer agrupamento onde seus membros formadores se enxergam como família", com isso há uma ampliação da concepção de família, porque houve a quebra do monopólio do casamento como instrumento legitimador de definição do conceito de família no Brasil. Assim, passou a ser reconhecida a união estável com efeito civil além das famílias de pais separados e o divórcio tornou-se legalizado.

Consoante a letra da Carta Magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Grifo nosso) (BRASIL, 1988b).

O artigo 25 da Lei n. 8.069 de 1990 traz o conceito de família natural no sentido de ser "a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes". Dessa forma, inclui as famílias monoparentais.

Com o advento da Lei Maria da Penha, o conceito de família foi ampliado mais uma vez, desta feita começou a abranger as uniões homoafetivas, quando em seu Art. 5º, parágrafo único, dispõe: "As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual". (Lei n. 11.340, de 07.08.2006).

2.2 Espécies De Família

Com toda essa evolução histórica e jurídica da concepção de família, o seu conceito legal sofreu e ainda sofre muitas alterações, a família passou por muitas mudanças em sua estrutura, organização e função dos seus membros, isso se deve principalmente, ao fato de que a lei acompanha o progresso natural da sociedade com a introdução de novos costumes e valores que provocam transformações sociais no sentido de começar a aceitar e conviver harmoniosamente com o que dantes era refutado.

Nas Palavras de Roberta Carvalho Vianna:

Hoje a família não decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável entre o homem e a mulher, nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226. (VIANNA, 2002, pg. 45)

Destarte, hoje em dia família não se restringe apenas a proveniente do matrimônio, tampouco é apenas aquela composta por pai, mãe e filhos. Atualmente muitos modelos de famílias são reconhecidos juridicamente, dentre eles: Família Nuclear (tradicional), Família Monoparental, Família Comunitária, Família Arco-Íris (homoafetiva), e a Família Contemporânea. Conforme será debatido adiante.

A Família Tradicional ou Nuclear, também denominada de família matrimonial ou elementar a única existente até a entrada em vigor da nossa Carta Política em 1988, se originava a partir do casamento que era tido como um ato solene entre duas pessoas de sexo diferente, unidas por livre e espontânea vontade com o propósito de procriar e manter entre si laços de amor e fidelidade reciprocamente.

Este modelo de família matrimonialista era tutelado pelo antigo Código Civil de 1916 que somente reconhecia as famílias oriundas do casamento, fazia diferenciação entre os seus membros, além disso apenas os filhos provenientes desta união possuíam proteção legal positivada.

Dessa forma, esse padrão conhecido como tradicional era composto apenas pelos pais e sua prole. Sendo que o pai detinha o pátrio poder, ou seja, era a autoridade máxima da família e tanto sua esposa quanto seus filhos eram submetidos à sua superioridade constituída.

A Família Monoparental, composta por um dos progenitores: pai ou mãe e seus descendentes, os motivos que levam à essa estrutura são diversos. Podem ser de ordem circunstanciais tais como: morte, abandono, divórcio ou por uma decisão de uma pessoa solteira que adota uma criança.

Nesta esteira a Constituição da República Federativa do Brasil define em seu artigo 226 § 4º a família monoparental como entidade familiar: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

Quanto a este tipo de família Roberta Carvalho Vianna leciona que:

"A Constituição Federal limita-se a dizer que reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Não faz qualquer distinção, o que inibe o intérprete. Nesse conceito está inserida qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores. Isso permite concluir que ela pode ser estabelecida desde sua origem, ou decorre do fim de uma família constituída pelo casamento. Neste diapasão é possível que ela estabeleça porque a mãe teve um filho, mas a paternidade não foi apurada, ou porque houve adoção, ou pode resultar da separação judicial ou do divórcio." (VIANNA, 2002, pg. 64).

Já Família Comunitária, nesta estrutura familiar, todos os adultos maiores e capazes que constituem a família são responsáveis pela educação, criação e proteção da criança. É a família nuclear mais os parentes diretos ou colaterais, existindo uma ampliação das relações. A primeira definição que surge dessa nova realidade é a de que o vínculo familiar é estendido para além do binômio parentalidade/filiação, isto é, se estende a família responsável pelo menor, não sendo mais restrita entre pais/filhos, abrange: avós, tios, primos, irmãos, meio-irmãos, estando ou não dentro do mesmo domicílio. É um grupo de pessoas ligadas por laços de aliança, parentesco ou afinidade.

E Família Arco-Íris, com o surgimento da Lei 11340/06 (Lei Maria da Penha) e amparada pelos princípios constitucionais que deram um basta no antigo modelo patriarcalista e hierarquizado de família e deram lugar a um novo padrão fundado no afeto, houve o reconhecimento da intitulada família arco-íris ou homoafetiva, que se constitui em duas pessoas do mesmo sexo ou uma pessoa solteira homossexual que adotam uma criança.

Nesse sentido, a jurisprudência tem decidido sobre isso:

Rio Grande do Sul – APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO.

A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (TJRS, 8.^a C.Cív. AC 70035804772, rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010).

SÃO PAULO-CONFLITO NEGATIVO. CÍVEL E FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DECLARATÓRIO. Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários. Ausência de discussão patrimonial. Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito. Aplicação do art. 4o da lei de introdução ao Código Civil. Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Art. 227, § 3o, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva. Proteção à família, em suas diversas formas de constituição. Matéria afeta ao Juízo da Família. Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado. (TJSP, CC 170.046.0/6, Ac. 3571525; São Paulo; Câmara Especial; Rel^a Des^a Maria Olívia Alves; Julg. 16/03/2009; DJESP 30/06/2009. Ainda, "MARANHÃO – CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. RELAÇÃO

HOMOAFETIVA. DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. EQUIVALÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA. PARTILHA IGUALITÁRIA DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A CONVIVÊNCIA. ARTS. 1º, 5º DA LEI Nº 9278/96. NÃO PROVIMENTO. I – O STJ, recentemente, através da 4ª Turma, decidiu que a ação que busca a declaração de união estável na relação homoafetiva deve ser analisada à luz do Direito de Família, sendo competentes, portanto, as Varas de Família para processo e julgamento do feito; II – equiparando-se tal relação homoafetiva à união estável, nos termos do art. 1º da Lei nº 9278/96, deve ser mantida incólume a sentença que, à luz do art. 5º da referida lei, dissolveu a união e determinou a partilha igualitária dos bens; III – Apelação não provida. (TJMA – AC 020371/2008, 3ª C. Cív. Rel. Des. Cleones, j. 18/12/2008).

Portanto, a família deixou de ser aquele modelo composto somente por um pai e uma mãe e filhos, novos modelos familiares foram surgindo, trazendo em pauta a afetividade e não o tipo sanguíneo.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

A expressão "Alienação Parental" chegou ao Brasil em meados do final dos anos 80, mais precisamente no ano de 1985, este conceito foi introduzido, não no Direito propriamente dito, primeiro houve a descoberta que essa "Síndrome de Alienação Parental" foi assim intitulada, pela primeira vez, por um médico psiquiatra norte-americano chamado Richard Gardner por haver identificado essa ocorrência em vários filhos frutos de casais de relacionamentos desfeitos de forma litigiosa.

A partir dessa lide formada na separação dos pais, os filhos eram levados a desenvolver sintomas de doenças ou patologias que até então não eram identificadas pelos médicos. Assim, Richard Gardner (1985) dentro da sua sensibilidade de psiquiatra e também estudioso do Direito, começou a indagar entre os seus pares, seus colegas médicos sobre a possibilidade de se catalogar essa denominada Síndrome de Alienação Parental (SAP), como uma patologia passível de tratamento, envolvendo, entretanto, uma multidisciplinaridade da Medicina com o Direito, Psicologia, Serviço Social, de forma a tentar a extirpação desse mal.

Até chegar no ponto em que a Alienação Parental se tornou positivada em lei no nosso país, foi necessária uma pesquisa interdisciplinar desenvolvida por esses profissionais de diversas áreas. Estudou-se primeiramente dentro da psicologia a Síndrome de Medeia, que se trata de uma das peças mais trágicas e dramáticas da história, na qual a personagem principal Medeia era uma feiticeira

que foi abandonada por Jason seu marido e pai de seus dois filhos, que se apaixonou perdidamente por Gláucia, a filha do rei de Corinto.

Com esse abandono, Medeia é tomada por uma dor intensa e por um profundo sentimento de vingança. Acuada na sua perversidade, Medeia comete um dos crimes mais horrendos que alguém pode perpetrar, na tentativa de punir e se vingar do ex-marido ela mata seus próprios filhos.

Apoderada por sentimentos de ira, inveja, ciúme e a dor do abandono, ela projetou nos filhos o desejo de afastá-los do pai como forma de punição e revanche. Essa crueldade é basicamente a translação da Alienação Parental humana nos dias atuais.

2.1 Conceito de Alienação Parental

Denominada de Síndrome de Alienação Parental (SAP) pelo psiquiatra Richard A. Gardner M.D (1985) pelo fato de se apresentar como um conjunto de sintomas percebido nas crianças provenientes de relações recém desconstituídas.

"Associado ao incremento dos litígios de custódia de crianças, temos testemunhado um aumento acentuado na frequência de um transtorno raramente visto anteriormente, ao qual me refiro como Síndrome de Alienação Parental (SAP). Nesse distúrbio vemos não somente a programação ("lavagem cerebral") da criança por um genitor para denegrir o outro, mas também contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha denegritória do genitor alienador contra o genitor alienado. Por causa da contribuição da criança, não considerarei que os termos lavagem cerebral, programação ou outra palavra equivalente pudessem ser suficientes. Além disso, observei um conjunto de sintomas que aparecem tipicamente

juntos, um conjunto que garantiria a designação de síndrome. De acordo com isso, introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para abranger a combinação desses dois fatores, os quais contribuem para o desenvolvimento da síndrome." (Gardner, Richard A., Pg. 30,1985).

Para os juristas e operadores do direito, o termo mais utilizado e melhor recepcionado é Alienação Parental (AP), que na verdade refere-se ao transtorno gerado aos filhos menores de um casal depois de uma ruptura nos laços matrimoniais. Geralmente a Alienação Parental acontece logo após um divórcio litigioso e dolorido, quando o filho passa a desprezar o pai ou a mãe por influência de um dos dois, ou melhor, daquele que se sente rejeitado, traído, frustrado e não

aceita a separação de forma alguma, por isso, busca um culpado e inicia os ataques por intermédio dos filhos ao antigo parceiro.

É sabido que o rompimento da sociedade conjugal com a quebra da coabitação e posterior definição de nova moradia é um momento permeado por muito sofrimento tanto para o casal que se separa, mas também e principalmente para os filhos. Se isso não for muito bem resolvido entre as partes, com maturidade, compreensão e muitas vezes acompanhamento de profissionais da área da saúde mental e psicológica acaba dando vazão à magoas e ressentimentos entre os antigos parceiros.

O alienador não precisa ser obrigatoriamente o pai ou a mãe, muitas vezes, a prática dos atos alienatórios é executada pelo avô, avó, tios, parentes próximos ou qualquer pessoa que tenha a guarda legal do menor.

Dessa maneira, o progenitor inicia uma campanha denegritória contra o outro, construindo na mente do filho que o outro genitor é uma má pessoa, que não tem boas qualidades ou que possui muitos defeitos. Assim, os menores que não tem muito contato com o genitor alienado somado com o fato de terem pouca percepção, maturidade e juízo para entender que estão sendo ludibriados, acabam por acreditar no alienador e criam a imagem de que o outro pai não é uma boa pessoa e passam a evitar qualquer tipo de contato com este.

A respeito disso, Maria Berenice Dias afirma que:

"Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma "lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado." (Maria Berenice Dias, pgs. 455,456).

Acrescentam ainda Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis que:

"Note-se que a alienação parental se consubstancia na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores. Trata-se, portanto, de atuação do alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente." (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS, 2014 pg. 12).

No entanto, durante muito tempo está problemática ficou sem aparato jurídico, não havia até um dado momento, lei específica para tratar do assunto, havendo apenas leis gerais que eram utilizadas por analogia. Consoante descreve Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2014, pg. 22):

Tal situação constitui o chamado fenômeno da alienação parental, que sempre existiu em nossa sociedade, sem uma proteção legal específica, contudo, apesar dessa lacuna aparente, o ordenamento civilista já possibilitava a sua proteção por intermédio da perda do poder familiar do pai ou da mãe que pratica atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III do art. 1.638 do CC), ou, ainda, praticar de forma reiterada falta com os deveres inerentes ao poder familiar, notadamente a direção da criação e da educação dos filhos menores (inciso IV do art. 1.638, combinado com o art. 1.637, ambos do CC).

"A par dessa solução jurídica, importante a regulação específica quanto à alienação parental, principalmente pela sua difícil caracterização no caso concreto, cuja lacuna foi suprida à luz da promulgação da Lei n. 12.318/2010, cujo presente trabalho busca analisar" (Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, pg. 15).

No entendimento de Jocélia Lima Puchpon Gomes: "Alienação Parental é conceituada como bullying familiar, pois possui as condutas típicas de bullying, com a peculiaridade de ser praticada no âmbito familiar" (GOMES, 2013: 42). Preceitua o art. 2º da Lei n. 12.318/2010 que a alienação parental consiste em: "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".

2.2 Formas de Alienação e consequências jurídicas

O parágrafo único da Lei n. 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) traz um rol exemplificativo de algumas formas de alienar o impúbere, são elas:

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;

Trata-se de uma propaganda negativa que o genitor faz em relação ao outro para a criança, desqualificando-o como pai, ou mãe, dando para o filho a falsa impressão de que o seu progenitor não tem capacidade ou a aptidão necessária para exercer sua função paternal ou maternal.

Art.2 omissis

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

Consiste na constante desautorização do alienador em relação ao alienado perante o menor, que faz com que a criança passe a não obedecer mais às ordens do genitor vitimado, como se estas fossem erradas e somente a autoridade do alienador deve ser acatada pela prole. Tirando desta forma, o poder parental do pai/mãe em sobre os filhos.

Art.2 omissis

III– dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

Além das visitas pré-determinadas, o contato do progenitor com seus filhos deve ser frequente e contínuo, com a participação em atividades das crianças e na sua vida cotidiana, mesmo que não seja presencialmente, mas através de internet, mensagens, ligações, e-mails, qualquer coisa que o alienador faça para dificultar ou impedir esta comunicação.

Art.2 omissis

IV– Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

Quando há um acordo de visitas convencionado pelos pais ou pelo Poder Judiciário e o alienador tenta impedir isso por qualquer meio, seja persuadindo a criança para que não queira ir com o vitimado, realizando uma espécie de chantagem emocional fazendo com que o filho escolha entre um ou outro, acredite que quando está com o alienado faz com quem o alienador sofra, ou tentando atrapalhar o desenvolvimento das visitas levando o filho para viajar, passear, ou qualquer outro afazer nos dias que estavam estipulados para o outro ficar com a criança e assim por diante, entretanto, para que isso se caracterize precisa ser praticado por reiterada vezes.

Art.2 omissis

V- Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

A omissão de informações importantes da vida do filho ao outro genitor como datas, eventos, rendimentos escolares, consultas, cirurgias ou procedimentos médicos, mudança de endereços, configuram uma forma de Alienação Parental, pois dão ao menor a falsa impressão de realidade de que seu pai/mãe não se importa ou não faz questão de estar presente nesses momentos significativos da sua vivência.

Art.2 omissis

VI- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

É uma das mais graves maneiras de alienar, porque surte efeitos não somente para o Direito de Família com o repentino afastamento da criança do genitor acusado de abusos sexuais ou maus-tratos para apurar os fatos, como também porque poderá trazer consequências no campo penal, pois caso comprovado a falsidade das denúncias a conduta do alienador se tipificará no crime previsto no art.339 da Lei substantiva Penal.

Art.2 omissis

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.

Cuida-se de uma medida drástica tomada pelo alienador que leva a criança abruptamente para outra cidade, estado ou país, tal manobra geralmente realizada

de forma brusca, faz com que o menor perca o contato não só com o seu progenitor, como com seus parentes, amigos de escola e da vida ao qual estava habituado.

A alienação Parental viola o artigo 227 da Constituição da República de 1988 que consagra ser dever da família zelar pela ampla convivência familiar e comunitária da criança. Por esse motivo, uma vez estando comprovados os atos de Alienação surgem algumas sanções que o magistrado pode impor ao alienador como método de repressão, tais medidas estão dispostas no art. 6º da Lei n. 12.318/90:

Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

Vislumbrada a prática de Alienação, o juiz poderá advertir o alienador por meio de uma admoestação verbal, declarando ser a conduta do acusado maléfica e explicando as consequências desses atos e também as demais medidas que podem ser tomadas caso continuem.

art. 6 omissis

II- Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

Por se tratar de uma resistência ou impedimento no direito de convivência do parente vitimado com as crianças, o magistrado pode ampliar as visitas além daquelas antes ajustadas, aumentando assim a proximidade entre o alienado e seus filhos.

art. 6 omissis

III- estipular multa ao alienador;

Podem ser estipuladas multas ao alienador para que este sinta diretamente em sua renda, "onde mais dói", como forma de coibir e frear suas atitudes mesquinhas de Alienação. O dinheiro poderá ser revertido para o vitimado como uma espécie de indenização ou ir diretamente para a própria criança, já que a lei foi omissa quanto à destinação do valor arrecadado.

art. 6 omissis

IV–Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

Diante do anteriormente analisado, percebe-se que a Alienação Parental nada mais é que um desvio comportamental do alienador motivado por emoções negativas de ira, vingança, mágoa, entre outras que o fazem prejudicar o outro genitor e o próprio filho. Assim, torna-se imprescindível que o Alienador seja submetido a tratamento psicológico e/ou biopsicossocial para que sua saúde mental seja restaurada e os efeitos danosos cessados.

art. 6 omissis

V–Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

Quando o guardião legal da criança e alienador muda-se levando a criança para outro endereço ou dificultando as visitas e o acesso do outro progenitor, o magistrado pode decidir de forma cautelar quanto ao domicílio do menor ou inverter a obrigação de levá-lo ou trazê-lo de sua residência.

art. 6 omissis

VII– declarar a suspensão da autoridade parental.

Significa que mesmo o alienador não sendo o detentor da guarda do infante ele ainda possui o poder familiar sobre este, ditando regras, padrões e ordens, o juiz pode retirar sua autoridade parental como medida de puni-lo pelos atos de alienação e fazer cessá-los.

3. GUARDA COMPARTILHADA

Anteriormente, de acordo com a Lei n. 6.151/1977 (antiga Lei do Divórcio e da Separação Judicial) a guarda era atribuída a quem não houvesse dado causa ao fim da sociedade conjugal ou à mãe, caso ambos fossem responsáveis pelo fim do casamento, salvo se disso adviesse algum prejuízo moral para os filhos.

Com o decorrer dos anos houve algumas alterações na legislação e diversos modelos de guarda foram incluídos no Código Civil, como a guarda única, unilateral e a compartilhada. Sendo esta última, objeto da Lei n.13.058 de dezembro de 2014 (Nova Lei da Guarda Compartilhada) que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, estabelecendo a guarda compartilhada como regra.

A guarda dos filhos de casais divorciados passou a ser imposta na modalidade compartilhada, na qual ambos os genitores são vistos pela Lei como possuidores igualmente de poder familiar sobre a prole, tendo assim as prerrogativas de tomarem decisões na vida dos filhos de maneira igual, sem que

nenhum se sobressaia sobre o outro e que essas decisões repercutam de modo a beneficiar os infantes.

3.1 Pontos positivos na adoção da guarda compartilhada

Este modelo de guarda é caracterizado por trazer em seu bojo um novo conceito aos filhos de pais separados, ao passo que busca diminuir os impactos negativos que um divórcio causa na vida dos envolvidos, objetivando que a separação seja encarada como conjugal ao invés de parental, haja vista que quem está se separando é o casal e não os filhos de seus progenitores.

A Lei busca, portanto, fazer com que os pais, mesmo distanciados tenham responsabilidade na formação, educação, criação e sustento dos seus filhos, para que continuem exercendo o poder parental que tinham antes da separação, repartindo entre si todas as funções inerentes à qualidade de pais.

A Lei n. 13.058/2014 traz a conceituação do poder parental em seu artigo 1.634 in verbis:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela

Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

Segundo Dimas Messias de Carvalho o estabelecimento da Guarda Compartilhada: "a) mantém e estreita os vínculos com ambos os pais; b) estreita a síndrome da alienação parental; c) auxilia na educação e criação do filho; d) mantém os vínculos com a família; e) mantém as referências paterna e materna."(2012, p. 108.)

A proposta da Nova Lei da Guarda Compartilhada é aumentar a participação efetiva dos pais no cotidiano das crianças, nos eventos da escola, reuniões, tarefas, atividades extracurriculares, ampliando a presença e o convívio entre estes. Assim, os genitores dividem não só os momentos de lazer com os filhos, mas também os encargos e deveres que não somem com a dissolução da sociedade conjugal. Em consonância está o pensamento de CARVALHO, que evoca:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando, em grande medida, a síndrome da alienação parental, auxiliando a criação e educação e mantendo os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, já que ambos os genitores assumem, em igualdade, a responsabilidade de cuidado, criação e educação. (CARVALHO, Dimas Messias de. 2012, p. 109.)

A guarda compartilhada é direito de ambos os pais, e deve ser respeitada, pois o filho menor não pode sofrer as consequências de um renascimento que não deu certo. Os genitores devem criar um ambiente harmonioso e cheio de afeto, carinho e respeito.

3.2 Pontos negativos na adoção da guarda compartilhada

Em contrapartida, quando a modalidade de guarda compartilhada é imposta de maneira judicial, pois os pais não terminaram a dissolução conjugal de maneira amigável, é possível constatar que nem mesmo a instituição da guarda compartilhada é capaz de inibir o desenvolvimento da alienação parental. A forma como ocorre o divórcio é tão litigiosa que nem mesmo o fato de a guarda ser compartilhada é suficiente para que os cônjuges se conformem com a situação, e a partir daí, iniciam-se disputas e tentativas de usar a criança contra o outro. Portanto, mesmo que em índices menores, ainda é possível constatar que a guarda compartilhada não possui total eficácia para coibir a alienação parental.

Nesse mesmo sentido Guisard Filho dispõe que pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um

ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (2014, p.218.)

CONCLUSÃO

A família representa o pilar mais importante da sociedade, razão pela qual, precisa ser sedimentada em uma estrutura sólida, consistente e maciça, para que os indivíduos provenientes desse elemento básico social, cresçam e se desenvolvam de maneira saudável tanto física como emocionalmente.

É notável a evolução histórica e jurídica sofrida nessa organização familiar, que desde os primórdios sofreu diversas modificações em sua base competência nos membros que a formam e na aceitação de novos modelos pela sociedade e pelo mundo jurídico, principalmente devido a promulgação da Constituição Federal da República de 1988 que inovou trazendo mudanças significativas nos conceitos de família e casamento. Ademais, apesar de todo esse progresso legal e social verificou-se em um dado momento um problema latente e atual, qual seja, a Alienação Parental que passou a afetar diversas famílias que eram assoladas pela dissolução da união matrimonial, os filhos desses casais separados passaram a vítimas de uma espécie de lavagem cerebral de um genitor contra o outro.

Geralmente promovida pelo progenitor que não aceita o fim da relação e começa a manipular a crianças para atingir o ex-cônjuge. A alienação afeta o senso cognitivo dos menores e sua capacidade de percepção, além de dificultar sua relação com o genitor vitimado que acaba por perder gradativamente o contato, carinho e amor dos seus rebentos. A conduta descrita viola princípios constitucionais e legais expressos, tais como: a dignidade da pessoa humana, a convivência ampla familiar, o princípio do melhor interesse da criança entre outros. E pode ser cometida além dos pais, pelos avós, tios, irmãos, ou qualquer outra pessoa que tenha a guarda legal do infante

Como solução a essa problemática é imprescindível que se realize um trabalho multidisciplinar entre juízes, advogados, promotores e profissionais de saúde mental para que não só medidas judiciais sejam executadas, mas também haja um trabalho biopsicossocial nas famílias afetadas por esse mal. Outrossim, a providência que se apresenta como melhor forma de coibir ou amenizar a prática da Alienação Parental é a Guarda Compartilhada justamente por causa da divisão de responsabilidades entre os pais nas decisões a serem tomadas na vida dos filhos, como a escolha da escola, permissão para viagens, entre outros.

Diante do exposto, depreende-se que a Guarda Compartilhada diminui significativamente as chances de ocorrência da Alienação Parental, porque com o

tempo, as responsabilidades e a convivência sendo divididas equitativamente entre os pais propicia um maior contato, diálogo e compreensão recíproca entre estes para solucionar as questões relativas aos filhos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15/07/2019.
- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para família.** 2ªed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum compacto. 6ª.Ed. São Paulo: Saraiva,2011.
- BRASIL. **Lei nº6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lei do divórcio.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm >. Acesso em: 07/08/2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 5: direito de família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.
- FREITAS, D. P. (2014). **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010.** Rio de Janeiro: Forense.
- MADALENO, A. C. C., & Madaleno, R. (2013). **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais.** Rio de Janeiro.
- SOUZA, Juliane Rodrigues, **Alienação Parental- sob a perspectiva do direito à convivência familiar** 2ª edição, SP, Mundo Jurídico, 2017.
- Silva, Andréa Cristina Lacerda, **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal,** 2008. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4421/O-dano-moral-na-ruptura-da-sociedade-conjugal>. Acesso em: 07/09/2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/o-abandono-afetivo-na-filiacao-sob-a-otica-da-psicologia-juridica/117144/>. Acesso em 07/09/2019.
- RODRIGUES, S. Direito Civil: **Direito de família,** São Paulo: Saraiva, 1995.
- PEREZ, E. L. (2013). **Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010).** In: Dias, RODRIGUES, Leonardo Bittencourt. **A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro Enquanto da Tramitação do Projeto de Lei Nº 4.053/2008.** Revista Projeção, Direito e Sociedade. V.2. n. 1.2011. Apel. Civ. nº 70003116126. 8ª Câ. Civ. Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. Julg. 07 fev. 2002.

SILVA, D. M. P. **Guarda compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada.** 3. ed. Leme: J.H. Mizzuno, 2012. SOUZA, Jadir Cirqueira de. A efetividade dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Pilares, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito.** 4ª ed. verificada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VELLY, Ana Maria Frota. **A Síndrome da Alienação Parental: uma Visão Jurídica e of Parental Alienation Syndrome, Part II. American Journal of Forensic Psychology**, 15(4), 1-3. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de família. 5. ed. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2007. p.01

SIMIONATO, Marlene A. W. e OLIVEIRA, Raquel G. **Funções e transformações da família ao longo da história.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARDNER, Richard A. **The Parental Alienation Syndrome. A Guide for Mental Health and Legal Professionals.** 2nd edition. USA. 1998.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental.** O bullying familiar. São Paulo: Imperium, 2011.

ROSA, Paulino Conrado da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio e separação jurídica: judicial e administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental.** 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIVÓRCIO IMPOSITIVO

DENISE KOBASHI SILVA:

Mestranda, Tabela de Notas e Protesto de Santa Isabel/SP.

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de abordar o “divórcio impositivo” ou “divórcio unilateral”, criado por meio de Provimentos das Corregedorias Gerais dos Estados de Pernambuco e Maranhão, regulamentando o instituto e permitindo o divórcio requerido de forma unilateral por qualquer dos cônjuges, diretamente perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, com averbação no registro de casamento e envio das comunicações correspondentes, bem como o posicionamento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça nesse cenário.

Palavras chave: “divórcio impositivo”, “divórcio unilateral”, Conselho Nacional de Justiça, “Desjudicialização”.

Sumário: 1 Introdução 2 Desenvolvimento 2.1 Edição dos Provimentos das Corregedorias Gerais de Pernambuco e Maranhão 2.2 Atuação do Conselho Nacional de Justiça 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O “divórcio impositivo” ou “divórcio unilateral” foi criado pelo Provimento n. 06/2019[1] da Corregedoria Geral de Pernambuco em 15 de maio de 2019, seguido pelo Provimento da Corregedoria Geral do Maranhão n. 25/2019 de 20 de maio de 2019, alterado pelo Provimento n. 27/2019 de 27 de maio de 2019.[2]

O fundamento de referidos Provimentos seria a autonomia da vontade de qualquer dos cônjuges, exercendo direito potestativo em que o princípio da autonomia privada constituiria o direito de decidir unilateralmente os próprios interesses e projetos, sem qualquer forma de redução ou limitação.

Considerou-se ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que em seu artigo 16 item I afirma que homens e mulheres tem o direito de contrair matrimônio e gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua

duração e dissolução, bem como os princípios do Estado Democrático de Direito constantes do preâmbulo de nossa Constituição Federal.[3]

A realização dessa modalidade de divórcio, de forma unilateral e diretamente nas serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais, considerou também a necessidade de medidas desburocratizantes, na busca pela celeridade e na tentativa de não sobrecarregar o Poder Judiciário, seguindo a tendência da “desjudicialização” em nossa sociedade e sistema jurídico, em que se buscam soluções e mecanismos de pacificação social de forma consensual de demandas.

Nesse artigo, analisaremos a regulamentação do “divórcio impositivo” ou “divórcio unilateral”, com suas implicações e consequências.

Em seguida, será analisada a atuação e vedação a tal instituto, realizada por meio do Conselho Nacional de Justiça, com as razões e cautelas adotadas, visando a proteção aos direitos individuais e respeito aos princípios da legalidade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Por fim, traremos nossa conclusão acerca da regulamentação do “divórcio impositivo” e posterior revogação, por vedação do Conselho Nacional de Justiça.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Edição dos Provimentos das Corregedorias Gerais de Pernambuco e Maranhão

A edição do “divórcio impositivo” ocorreu por meio do Provimento n. 06/2019 da Corregedoria Geral de Pernambuco em 15 de maio de 2019, seguido do Provimento da Corregedoria Geral do Maranhão n. 25/2019 de 20 de maio de 2019, alterado pelo Provimento n. 27/2019 de 27 de maio de 2019.[4]

Referidos Provimentos instituíram o denominado “divórcio impositivo”, inaugurando nova modalidade em nosso ordenamento jurídico. Por meio desses, seria possível a qualquer dos cônjuges requerer o divórcio de forma unilateral, diretamente perante o Registro Civil das Pessoas Naturais.

A solicitação de “divórcio unilateral” no Estado de Pernambuco seria feito por meio do preenchimento de um requerimento, e algumas outras condições também deveriam ser observadas, como inexistência de filhos menores, incapazes ou nascitura, e necessidade de assinatura de um advogado ou defensor público.

Interessante ressaltar que nesse cenário, é dispensada a presença ou mesmo a ciência por parte do outro cônjuge, o qual pode ser citado de forma pessoal ou mesmo por edital.

Surgem então questões de difícil solução e que acabam sem definição, como eventuais alimentos e também partilha de bens, que permanecem em aberto até que futuramente os ex-cônjuges as definissem.

Depara-se ainda com outros questionamentos, como um requerimento ser suficiente para, de acordo com o Provimento editado, se averbar a alteração de um estado civil. A princípio, seria necessário a existência de um título a ensejar tal averbação, e não mero requerimento unilateral.

Ainda é relevante ressaltar que a lei 13105 de 2015, a qual inaugurou nosso Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 733, afirma ser a escritura pública de divórcio consensual título hábil para averbação no Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de homologação judicial.[5]

Dessa forma, a previsão nos Provimentos de averbação de divórcio por meio de simples requerimento, sem a existência de um título hábil, contraria a previsão do artigo 733 do CPC. Esse requerimento não se configura como título hábil, violando a previsão legal em que a formalidade exige a existência de escritura pública de divórcio consensual ou a sentença judicial.

Outro descumprimento legal que se pode notar diz respeito à violação do artigo 22 inciso XXV da Constituição Federal segundo o qual a matéria registral só é regulada por lei federal, ou seja, é competência privativa da União. Resta claro que apenas lei federal poderia ter tratado da matéria, e não um provimento editado por corregedorias estaduais.

Outro ponto que merece ser observado é o fato de, em nosso ordenamento, para que um divórcio ocorra de forma consensual, é necessária a clara manifestação e atuação das partes envolvidas, expressando sua vontade. Já a forma não consensual ou litigiosa poderá ter a manifestação de apenas uma das partes envolvidas, mas contará sempre com a participação e decisão jurisdicional. A modalidade de “divórcio impositivo”, por sua vez, cria nova espécie em que, por meio da vontade unilateral, resolve-se o vínculo jurídico do matrimônio sem a atuação jurisdicional.

Considerando-se os requisitos existentes e as solenidades com que o casamento é tratado em nosso ordenamento, não nos parece que mero requerimento unilateral possa ser suficiente para encerrar tal vínculo jurídico. Não se pode, a título de se “desburocratizar” a justiça, banalizar um instituto tão relevante de nosso ordenamento e sociedade. O divórcio consensual, realizado pelo tabelião de notas, segue uma série de regras e solenidades, justamente a fim de atender ao interesse das partes e social que está envolvido.

Por fim, a edição dos Provimentos foi omissa em relação a item relevante, que é um direito de notários e registradores e garante o equilíbrio econômico e a manutenção das servetias extrajudiciais, que são os amolumentos. Tornou-se pelos mesmos desnecessária a escritura de divórcio, realizada pelo tabelião de notas, e o requerimento e posterior averbação perante o Registro Civil das Pessoas Naturais não tem previsão de custas, nem mesmo para a tentativa de localização do outro cônjuge, de forma pessoal ou por edital.

2.2 Atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

No cenário apresentado, com a edição do “divórcio impositivo” nos Estados de Pernambuco e Maranhão, o Conselho Nacional de Justiça instaurou de ofício pedido de providências para apurar a questão, de clara relevância nacional.[6]

O primeiro ponto analisado em referido pedido de providências foi a questão da legalidade, e entendeu-se haver óbice de natureza formal na edição dos Provimentos. Isso porque, como já mencionado, o “divórcio impositivo” é forma de

divórcio litigioso, pois não há consenso entre os cônjuges, e em nosso ordenamento jurídico, não pode ser realizado de forma extrajudicial- a qual exige o consenso, manifestação clara da vontade. Nosso Código Civil prevê “uma sentença de divórcio”, a ser averbada em registro público (artigo 10 inciso I do Código Civil), ou registro de sentença de divórcio como documento hábil para se requerer o casamento (artigo 1525 do Código Civil).[7]

Ademais, como já visto, o CNJ ponderou que se usurpou a competência privativa da União para legislar sobre a matéria de registros públicos, prevista no artigo 22 inciso XXV da Constituição Federal.[8]

Segundo o CNJ, outro princípio desrespeitado ao editar tais provimentos foi o da isonomia, ao criar disparidade com os demais Estados do país, que não tinham provimentos semelhantes. Não se poderia tornar menos burocrático e criar nova espécie de divórcio apenas em alguns Estados do país, em detrimento dos demais.

Por fim, o CNJ ainda considerou que é necessária a existência de um título hábil para a averbação, que são a escritura de divórcio consensual ou a sentença judicial, de modo que mero requerimento unilateral não poderia exercer esse papel, observando a previsão legal do artigo 733 do Código de Processo Civil.

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.[9]

Com todos esses fundamentos, o CNJ determinou a imediata revogação dos Provimentos, e ainda deu ciência a todos os Tribunais de Justiça e Corregedorias Estaduais para que se abstivessem de editar atos normativos regulamentando a averbação de divórcio por declaração unilateral de um dos cônjuges, e caso já tivessem editado, que procedessem à sua imediata revogação.

3 CONCLUSÃO

O “divórcio impositivo”, criado pelos provimentos das Corregedorias Estaduais de Pernambuco e Maranhão, tiveram como objetivo garantir a autonomia da vontade de qualquer dos cônjuges, permitindo o exercício de um direito potestativo em que o princípio da autonomia privada constituiria o direito de decidir de forma unilateral o fim do vínculo matrimonial.

Outro fundamento para a edição dos Provimentos mencionados foi a necessidade de medidas mais desburocratizantes, com o intuito de maior celeridade e ainda, a tentativa de não sobrecarregar o Poder Judiciário, seguindo a denominada tendência da “desjudicialização”, buscando-se resolver de forma consensual as demandas.

No entanto, a despeito das boas intenções que nortearam a edição de tais provimentos, houve a violação de uma série de dispositivos legais, como o artigo 733 do Código de Processo Civil, que em seu artigo 733, afirma ser a escritura pública de divórcio consensual título hábil para averbação no Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de homologação judicial. Dessa forma, um provimento não poderia criar outro “título hábil”, que seria o mero requerimento feito diretamente perante o Registro Civil.[10]

Ainda, devemos mencionar que a forma litigiosa de extinção do vínculo matrimonial por meio do “divórcio unilateral” necessitaria de sentença judicial, já que a forma consensual requer a manifestação clara das partes envolvidas, não bastando o direito potestativo de apenas uma delas.

Por fim, as solenidades que envolvem o casamento, bem como a questão da falta de previsão dos emolumentos nos “divórcios unilaterais”, não permitem sua

adoção em nosso sistema jurídico, sem a necessária adequação para sua existência de forma válida e eficaz.

A atuação do Conselho Nacional de Justiça, de forma ágil e pronta, instaurando pedido de providências de ofício para apurar a questão do “divórcio impositivo”, foi fundamental para a revogação do instituto que violava diversos dispositivos legais e feria a isonomia dos brasileiros nos diferentes Estados do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **D.O.U.** 191-A de 05/10/1988, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **D.O.U.** de 17/03/2015, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências.** A questão a ser dirimida diz respeito à legalidade do Provimento n. 6/2019 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, que regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro de casamento, do denominado “divórcio impositivo” no Estado do Pernambuco. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

TJMA. Tribunal Judiciário do Maranhão. **Provimento – 272019.** Desembargador Marcelo Carvalho Silva, Corregedor-Geral da Justiça. São Luís (MA), 27 mai. 2019. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425495/anexo_29_82491_online_html_1_27052019_1708.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

TJPE. Tribunal Judiciário do Estado de Pernambuco. **Provimento n. 06 72019**. Desembargador Jones Figueiredo Alves, Corregedor-Geral da Justiça em exercício. Recife, 29 abr. 2019. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em: 13 ago. 2019.

NOTAS:

[1] TJPE. Tribunal Judiciário do Estado de Pernambuco. **Provimento n. 06 72019**. Desembargador Jones Figueiredo Alves, Corregedor-Geral da Justiça em exercício. Recife, 29 abr. 2019. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em: 13 ago. 2019.

[2] TJMA. Tribunal Judiciário do Maranhão. **Provimento – 272019**. Desembargador Marcelo Carvalho Silva, Corregedor-Geral da Justiça. São Luís (MA), 27 mai. 2019. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425495/anexo_2982491_online_html_1_27052019_1708.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

[3] Artigo 16 I) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

[4] TJPE, 2019; TJMA, 2019.

[5] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **D.O.U.** de 17/03/2015, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 ago. 2019.

[6] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências**. A questão a ser dirimida diz respeito à legalidade do Provimento n. 6/2019 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, que regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro de casamento, do denominado “divórcio impositivo” no Estado do Pernambuco. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

[7] BRASIL, 2015.

[8] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXV - registros públicos. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **D.O.U.** 191-A de 05/10/1988, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

[9] BRASIL, 2015.

[10] BRASIL, 2015.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DESCOBERTA PARA O DESINCHAÇO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

RAFAELA FERNANDES DE OLIVEIRA:

Bacharelanda no Curso de Direito do Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas –
CIESA

RESUMO: O presente artigo utilizou predominantemente a metodologia configurada pelo estudo descritivo-analítico, além do hipotético-dedutivo. Foi elaborado mediante consulta bibliográfica, pesquisa da legislação vigente, de artigos e sítios eletrônicos. Tal embasamento teórico contribuiu de forma singular para a construção de uma concepção concernente a introdução efetiva de novos mecanismos de resolução de conflitos no meio judicial, como método eficiente e estratégico para solucionar a crise jurisdicional que se instaurou pela quantidade de demandas que tem sido levada ao judiciário todos os dias. Haja vista a oportunidade de levantar hipóteses da viabilidade dos acordos extrajudiciais desafogando o judiciário e aumentando a satisfação para ambas às partes controvertidas.

Palavras-chave: novos mecanismos, resolução de conflitos, crise jurisdicional, acordos extrajudiciais.

ABSTRACT: The present article predominantly used the methodology configured by the descriptive-analytical study, besides the hypothetical-deductive one. It was prepared through bibliographic consultation, research of current legislation, articles and websites. This theoretical basis has uniquely contributed to the construction of a conception concerning the effective introduction of new conflict resolution mechanisms in the judicial environment, as an efficient and strategic method to solve the jurisdictional crisis that has been created by the amount of demands that have been brought to the court. judiciary every day. Consider the possibility of raising the possibility of extrajudicial settlements releasing the judiciary.

Keywords: new mechanisms, conflict resolution, jurisdictional crisis, out-of-court settlements.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Crise Jurisdicional 1.1 Acesso à Justiça. 2. Resolução de Controvérsias 2.1 Autocomposição/Conciliação. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O número de demandas que chegam ao poder judiciário tem crescido de modo preocupante, limitando cada vez mais o acesso à justiça, pelo tempo de espera, pela insatisfação da decisão/sentença, por se tratar de resolução oferecida por terceiro, causando muitas vezes inviabilidade para uma das partes ou ambas.

Estamos diante de uma crise jurisdicional, onde a busca pela judicialização tem levado o Estado de direito à injustiça, em virtude da má apreciação pelos magistrados em decorrência da alta procura para a resolução dos conflitos de interesse.

O direito atual está inserido na cultura do litígio, da judicialização, da chamada teoria Ganha-Perde, onde o indivíduo segue firme com suas convicções mesmo que não haja resistência do outro lado, mantendo para si um ponto de vista para não deixar que o outro “vença” ou se manter firme até que ele desista, trazendo à tona o que chamamos de litígio.

Entretanto no dia 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Política nacional de solução de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a resolução 125 trata da promoção de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, elencando sua importância para efetivação da pacificação social.

Considerando sua imprescindibilidade e estímulo para a difusão e sistematização das práticas já adotadas pelos tribunais cuja questão principal refere-se à aplicabilidade da Conciliação e Mediação, colocando em prática novas soluções que viabilizem a celeridade, a transparência e, principalmente, o efetivo acesso à justiça.

Ademais, observa-se a Conciliação e Mediação como ferramentas de transformação social, colocando em questão as funções do Conciliador e Mediador diante desse quadro.

Pretende-se discutir, além da aplicabilidade destes institutos, instrumentos que auxiliem efetivamente no desinchaço do Judiciário e na pacificação social, a importância de ampliar estes métodos alternativos, visando facilitar o acesso à justiça às pessoas menos favorecidas e as que necessitam de intervenção célere e menos desgastante, sem procedimentalidade complexidade.

Em suma, vale salientar que a morosidade do procedimento e resolução de mérito vem tornando a justiça inacessível e ineficaz, transformando o judiciário numa máquina antiga e defeituosa pela lentidão do atendimento e inaplicabilidade do direito ao caso concreto dentro do lapso temporal. O Judiciário tem recebido

inúmeras demandas diárias, sendo incapaz de processar todas com celeridade e eficiência, tornando o acesso à justiça escasso e moroso. Entretanto a implementação desse novo segmento não é simples, pois estamos diante do início e do fim de um ciclo, extinguindo de uma vez a cultura do litígio.

O CPC/2015 estabelece como uma de suas premissas o incentivo ao uso de formas não adjudicatórias de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Caracteriza-se a Mediação pela eleição de um terceiro, o mediador, para ajudar na solução de um conflito, cuja função será apenas a de um facilitador, para que as partes cheguem a uma solução em face do impasse surgido.

A Carta legislativa traz também a conciliação como meio de resolução extrajudicial, tal qual o mediador, o conciliador, também funciona como um facilitador, para ajudar na solução do conflito estabelecido, possuindo, no entanto, um poder maior que o do mediador, podendo sugerir soluções para o referido conflito.

Entretanto, na conciliação, o terceiro escolhido pelo Judiciário, nem sempre possui especialidade, preparo técnico-jurídico requerido, sendo evidente sua falta de experiência, tudo em decorrência da falta de incentivo e promoção desses mecanismos de resolução de conflitos por parte dos próprios agentes do direito

Doutrinariamente, esse novo emplemento é a mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha. Não obstante, a mediação tenta quebrar alguns paradigmas arraigados na civilização, como a cultura da litigiosidade, já mencionada anteriormente, e a necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais propício e com mecanismos mais específicos e eficaz.

Tradicionalmente a resolução de conflitos tem se dado por meio de uma resposta jurisdicional decorrente da atuação do Poder Judiciário. No entanto, o arcabouço jurídico tradicional não mais corresponde aos anseios e necessidades da vida contemporânea, nem mais consegue fornecer soluções aos novos problemas emergentes. Este desarranjo jurídico produziu um repensar dos padrões, que resultaram em medidas alternativas as resoluções de conflitos (CARLOS ANTONIO WOLKMER, 2001).

1. CRISE JURISDICIONAL

Com os avanços tecnológicos a faculdade de acionar o direito tem sido mais efetivada pela sociedade, levando o judiciário ao descrédito e inacessibilidade, mas por quê? Então o judiciário não está preparado para o atendimento eficaz? Ou a

sociedade deve selecionar o direito que deve exigir? A resposta é: o judiciário não está preparado. E a sociedade deve exigir todos os seus direitos e garantias assegurados por lei.

Ocorre que o atendimento tem sido cada vez mais tardio por parte do estado de direito, não por uma opção, mas por uma condição que envolve vários aspectos, o primeiro, o déficit de pessoal na parte inicial e final do procedimento, resultado da morosidade.

Outro ponto importante que deve ser destacado é a difusão da cultura do litígio pelos próprios operadores do direito, deixando clara a importância da litigiosidade para obtenção do direito, descreditando na autocomposição, nos acordos elaborados na fase pré-processual e nos processos já judicializados, apesar da nova estrutura do CPC/2015 que tem valorizado as formas alternativas de solução de conflitos. Esse fato se dá pela própria cultura erradicada no Brasil, a litigância como exclusivo meio para a obtenção de resultado (Justiça) porque os indivíduos não conseguem produzir um acordo consensual, pois não parece efetivo e vinculante, pois se escolhe perder tudo ou ganhar tudo, não se consegue chegar ao meio termo levantando a premissa que a razoabilidade é faculdade de todos e não apenas dos magistrados.

É nesse segmento que a Resolução CNJ nº 125 do dia 29 de novembro de 2010, impulsiona a disseminação dos novos meios de resolução de interesses, discriminando seus atos e competências concernentes ao tema.

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

É em face desses artigos que foram introduzidos na grande maioria dos tribunais do país os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC), com intuito de viabilizar a realização de acordos para o acesso e efetivação da justiça.

Segundo a opinião do professor Kazuo Watanabe, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, crítico da forma como a modalidade de solução de conflito vem sendo implementada no Brasil.

“O Judiciário ainda está utilizando a mediação e a conciliação como meio alternativo para reduzir estoque de processos. É preciso adotar uma nova cultura, que encontre meios adequados de solução de conflitos, e não alternativos.”

Baseado nesse questionamento de Watanabe que podemos levantar como agravante para a crise jurisdicional ou do judiciário a permanência da cultura antiga, cultura esta que apesar do severo incentivo, propagação por meio de campanhas ainda prevalece na sociedade. A cultura da lide, da litigância, do peticionamento, do ganha-ganha a apesar de seus longos anos de perduração nunca foi tão insatisfatório como tem sido com esse novo momento que a sociedade vem vivenciando.

Nesse sentido Jose Luis Bolzan de Moraes destaca que:

“As crises por que passa o modo estatal de dizer o direito - jurisdição- refletem não apenas questões de natureza estrutural fruto de escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico- aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos- que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas, por outro.”

1.1 - ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV *in verbis*:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

É um direito constitucional a acessibilidade à justiça evidenciando a igualdade de direitos, independente de situação econômica, elucidando os mecanismos que a lei expressa para tornar possível a legitimidade da garantia. Analisemos abaixo o artigo 98 do CPC/2015 que trata da gratuidade da justiça para as pessoas hipossuficientes de modo efetivo.

Art. 98 *A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*

§ 1º *A gratuidade da justiça compreende:*

I - *as taxas ou as custas judiciais;*

II - *os selos postais;*

III - *as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;*

IV - *a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;*

V - *as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;*

VI - *os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;*

VII - *o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;*

VIII - *os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;*

IX - *os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.*

É muito comum ver as pessoas com menos recursos financeiros, não obtendo da justiça, pela falta de informação, pelo número excessivo de demandas nas

Defensorias públicas, pela burocratização da judicialização. Embora esteja expresso o legítimo ACESSO À JUSTIÇA.

2 - RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Somou-se à Lei de Mediação (13.140/2015) e à Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a extensão de dispositivos previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, sobre a autocomposição e os mecanismos alternativos ou adequados para a solução de controvérsias.

Os métodos de autocomposição trazidos pela legislação processual civil prestigiam o modelo cooperativo de processo, visando à atuação conjunta dos sujeitos processuais para a viabilidade das soluções dos litígios de forma célere. O CPC/2015 preconiza:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A Resolução 125/2010 emitida pelo (CNJ) Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Em virtude da inexistência de legislação específica a mediação passou a ser disciplinada por essa norma administrativa, que serviu de inspiração à Seção V do NCPC.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1 A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2 O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de

qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3 O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. (Seção V Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais)

Art. 319. A petição inicial indicará:

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1 O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2 Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3 A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4 A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5 O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6 Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7 A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8 O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9 As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

No transcorrer dos artigos retirados do novo código do processo civil, podemos perceber a oficialidade e autenticidade dos métodos alternativos de

resolução de conflitos, sendo definida toda sua base organizacional de forma descomplicada e acessível.

Jose Luis Bolzan de Moraes, explica os meios alternativos da seguinte forma:

Tal sistema, filiado à tradição da Civil Law, é regido preponderantemente pelo normativismo e tem suas origens no antigo direito romano. Assim, o estabelecimento do juiz estatal se deu no momento em que o magistrado romano, até então sem poder jurisdicional, chamou para si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do estado, missão que até então era exercida por um terceiro, particular, arbitro, portanto, escolhido pelos próprios contendores ou por indicação do magistrado. (1999)

A Resolução 125/2010 já vem sendo aplicada pelos Tribunais, como forma de tornar realidade seus termos, todo ano o CNJ promove campanha de mobilização para conciliação, que acontece na semana antecedente ao dia da Justiça (08/12). Considerando vários aspectos pertinentes à consolidação dessa política judiciária, dentre eles, que:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

2.1 - AUTOCOMPOSIÇÃO/CONCILIAÇÃO

A autocomposição é um instituto que vem crescendo com ajuda de diversos incentivos por parte do estado que também está se modernizando com esse atual mecanismo colaborativo para o judiciário.

Sob o olhar de Daniel Amorim Assumpção Neves, a autocomposição é:

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do

interesse das partes envolvidas no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

Ellen Gracie Northfleet, jurista e magistrada brasileira, publicou um artigo sobre o dia nacional da conciliação:

"Poder Judiciário está propondo hoje, em todos os rincões do país, uma experiência inédita, tanto por sua amplitude quanto por seus objetivos, aos cidadãos brasileiros que buscaram ou pensam em buscar a Justiça para solucionar algum conflito. Estamos iniciando, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma campanha que visa resolver, por um simples e rápido acordo entre as partes, disputas judiciais que vêm sendo travadas há anos. E, em alguns casos, até conflitos que ainda nem chegaram a se transformar em ações judiciais."

É o Dia Nacional da Conciliação, um gigantesco mutirão que envolve Tribunais e Juizados Especiais de todos os 26 estados da Federação e do Distrito Federal, em todos os segmentos da Justiça (Federal, Estadual e Trabalhista), e que deve realizar mais de 60 mil audiências de conciliação em todo país. Elas começaram desde a última segunda-feira e terão seu ápice hoje não por acaso, a data em que comemoramos o Dia da Justiça.

O mutirão foi viabilizado com a parceria de associações de magistrados, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Psicologia e Associação Brasileira de Agências de Propaganda, entre muitos outros que compreenderam a importância de se envolverem na causa.

Essas milhares de audiências irão abranger desde reclamações trabalhistas, causas de família e sucessões, infância e juventude, execuções fiscais e até acidentes de trânsito. Não é só. Discussões envolvendo defesa do consumidor, contribuições previdenciárias e benefícios do INSS também estão na pauta de todos esses possíveis acordos.

Além de inovadora, a experiência promete ser, desde já, extremamente enriquecedora para ambos, usuários da Justiça e juízes. Os primeiros tomarão contato com a conciliação e poderão começar a desenvolver uma cultura favorável a acordos, que no Brasil ainda são incipientes: o índice atual de acordo nos processos judiciais oscila entre 30% e 35%, enquanto que em países que já adotaram a conciliação como forma alternativa de solução de conflitos passa dos 70%.

E os juízes, ao desafogar o Judiciário daquelas causas mais simples resolvidas por consenso, terão uma rara e concreta oportunidade de dedicar mais tempo aos questionamentos complexos e de interesse nacional ou regional, por exemplo.

Mas, para muito além do descongestionamento do Judiciário - viabilizado pela diminuição radical do tempo de tramitação e julgamento desses processos e, ainda, do próprio volume de processos, ao se evitar que eles sejam ajuizados -, o grande fruto da conciliação são os efeitos construtivos e transformadores que ela passa a gerar nas partes. A conciliação gera mudanças de atitude que habilitam os cidadãos a solucionar suas diferenças pela via amigável, deixando para o Judiciário apenas aqueles casos em que não possam fazê-lo, após qualificadas tentativas.

Não queremos com isso apenas diminuir a quantidade do nosso trabalho, mas ajudar a construir uma sociedade melhor, que enfrente as controvérsias de uma maneira menos litigiosa, e que, para isso, possa contar com pessoas qualificadas para exercer a conciliação. Daí, também, a necessidade de investir no aprimoramento desse instituto, com o treinamento de pessoas aptas a desempenhar o papel de conciliadores.

Acreditamos que o entendimento entre as partes é sempre o melhor caminho para que a Justiça prevaleça. Nós, magistrados, recebemos de segunda e terceira mãos a realidade dos fatos; quem conhece as motivações explícitas e ocultas que estão por trás de cada processo judicial são as partes envolvidas. O que fazemos, com grande esforço, dedicação e seriedade, é uma tentativa de enxergar através desse nevoeiro e buscar a solução mais próxima da Justiça.

Agora, entretanto, com essa aposta na conciliação, o Judiciário assume sua feição educativa, ajudando os indivíduos a se tornarem cada vez mais capazes e hábeis, a começar pelo que concerne ao equacionamento de seus próprios conflitos.

A conciliação, assim, somada aos dois novos instrumentos jurídicos que o Congresso Nacional acaba de aprovar - a Súmula Vinculante, que evitará a chegada

de milhares de processos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal, e a Repercussão Geral, que permitirá aos ministros desta Corte selecionar as causas que ela deve julgar, sob o critério da relevância dos temas tratados - delimita um novo tempo para o Judiciário brasileiro. Um tempo de maior agilidade e efetividade, de diálogo e contato com o cidadão comum, de conscientização mútua do papel das partes na busca de uma cultura da paz."

ELLEN GRACIE NORTHFLEET é ministra e atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise pontuada da crise do poder judiciário, levando em consideração às premissas constitucionais do acesso à justiça, atrelada a igualdade de direitos e deveres do estado para com a sociedade e vice-versa.

Depreende-se, portanto, a apreciação da autocomposição e mediação como meios alternativos que a justiça vem implantando de modo que encontre lugar na esfera judiciária, como campo de atuação para resolução consensual, onde as partes elaboram seu acordo de maneira razoável. Abordando com clareza a imprescindibilidade da autocomposição como meio de resolução de conflitos extremamente eficaz e objetivos, que não envolvam relacionamentos com laços afetivos, embora se constata sua crescente utilização em conflitos das mais diversas naturezas.

Na sequência, aprofundou-se a importância da difusão de uma nova cultura, a cultura da pacificação social, onde os conflitos podem ser resolvidos de maneira dialogal sem perder a efetividade e a fé pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O Estado de S. Paulo e Correio Braziliense publicam hoje (08/12) artigo da presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, sobre o Dia Nacional da Conciliação. Leia a íntegra do artigo;

Aristóteles. *Ética a nicômaco*/ Aristoteles- tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini/ Bauru, SP: EDIPRO, 2002;

Moraes, Jose Luis Bolsan de Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!/ Jose Luis Bolzan de Moraes, com a colaboração de Anarita Araujo da Silveira, Adriano Luis de Araujo. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil- volume único/ Daniel Amorim Assumpção Neves- 9 ed. Salvador. Ed JusPodivm, 2017;

Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

Lei 13.140 de 26 de Junho de 2015; Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública;

BITTAR, Eduardo C. Bianca. Curso de Ética Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002;

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial. - Família e Sucessões. Revista do Advogado nº 112. – São Paulo: Associação dos Advogados de SP, 2011;

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – 8ª ed. Rev. Atual- São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011;

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. Disponível em: [<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>]. Acesso em: 23/09/2017;

WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. - Mediação e Conciliação - Revista do Advogado nº 123. São Paulo: Revista do advogado, 2014;

MEDIANDO: GRUPO DE PESQUISA E EXTENSÃO EM MEDIAÇÃO DE CONFLITOS DA FBMG. **O princípio da autonomia da vontade e a flexibilidade do procedimento da mediação.** 2013;

ASSOCIAÇÃO DE MEDIADORES (Brasil). **Mediação: Princípios Fundamentais.**

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM ISENÇÃO FISCAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: CRÍTICA AO VALOR LIMITE PARA REQUERER ISENÇÃO ICMS

LUCAS CARDOSO SILVA: Bacharel em direito, tecnólogo em análise e desenvolvimento de sistemas e técnico judiciário do tribunal de justiça do estado da bahia;

ABILIO DAS MERCES BARROSO NETO
(Orientador)
GUSTAVO LEITE CARIBÉ CHECCUCCI
(Co-orientador)

Resumo: Com a finalidade de salvaguardar os princípios, direitos e garantias fundamentais das pessoas, e em particular as pessoas com deficiência, foram estabelecidas normas visando a garantia da dignidade dessas pessoas, possibilitando a efetivação de seus direitos. O presente artigo tem o objetivo de fazer uma crítica quanto ao estabelecimento do teto para concessão da isenção do imposto ICMS para os veículos automotores destinados à pessoa com deficiência, uma vez que, quando foram estabelecidos os requisitos e parâmetros ensejadores para efetivar tal isenção, primeiramente não havia o estabelecimento de limite de valor para os veículos que seriam adquiridos. Posteriormente este valor foi estabelecido, e o mesmo não é atualizado de igual forma como os valores dos automóveis o são, estando este defasado por volta de 09 anos. Interessante ressaltar que não há limite quanto à concessão de isenção ao IPI, imposto federal que incide sobre os produtos industrializados no Brasil.

Palavras-chave: Isenção. PCD (Pessoa com Deficiência). Imposto. ICMS.

Abstract: In order to safeguard the fundamental principles, rights and guarantees of the people, and in particular the people with disabilities, norms have been established in order to guarantee the dignity of these people, enabling the realization of their rights. The purpose of this article is to criticize the establishment of the ceiling for granting exemption from the ICMS tax for motor vehicles intended for people with disabilities, once, when the requisites and parameters for establishing such exemption were established, there was no establishment of value limit for the vehicles that would be purchased. Subsequently this value was established, and the same is not updated in the same way as the values of the cars are, being this delayed around 09 years. It is interesting to note that there is no limit on the granting of exemption to IPI, a federal tax that levied on industrialized products in Brazil.

Keywords: Exemption. DP (Disabled Person). Tax. ICMS.

1 INTRODUÇÃO

Promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade quaisquer outras formas de discriminação, elencar a dignidade da pessoa humana e da cidadania, assim como estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, todos esses, são preceitos normativos constitucionais, que explicitam os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais que asseguram os cidadãos.

Entretanto, na nossa vida em sociedade, ao decorrer dos tempos e do crescimento de nossas cidades, podemos perceber que muitas dessas garantias e direitos fundamentais, preceitos normativos são desrespeitados pelo Estado, pelo meio social e pela própria sociedade, tendo em vista a percepção de comportamento dos cidadãos, e esse desrespeito é maior percebido junto aos cidadãos que têm algum tipo de deficiência.

No Brasil, tendo como base o Censo demográfico de 2010, cerca de 45,6 milhões de pessoas declararam ter pelo menos um tipo de deficiência, seja do tipo visual, auditiva, motora ou mental/intelectual, e estas pessoas não vivem em uma sociedade adaptada.

Com a finalidade de que esses direitos sociais e fundamentais das pessoas com deficiência fossem cumpridos, foram criadas leis federais a exemplo da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde; a Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000 que torna prioritário o atendimento das pessoas com deficiência, idosos e outras; e mais recentemente a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), entre outras; bem como foram criadas leis estaduais, essas mais esparsas e regulamentadoras, a exemplo da lei do Estado de São Paulo, nº 12.907, de 15 de abril de 2008, que consolida a legislação relativa à pessoa com deficiência no Estado de São Paulo e a lei do Estado da Bahia, nº 8.268, de 04 de julho de 2002, que cria o conselho estadual dos direitos da pessoa portadora de deficiência e dá outras providências.

Uns dos preceitos normativos constitucionais mais desrespeitados para com as pessoas com deficiência é direito ao lazer, e ao transporte, ferindo fortemente o superficialmente mencionado princípio da isonomia. Falar que todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza é tratar o desigual na medida da sua desigualdade.

Apesar de atualmente o sistema público de transporte contar com um percentual de sua frota composto de veículos adaptados e com lugares reservados

às pessoas com deficiência e dificuldade de locomoção, sabemos que o transporte público no Brasil é caótico, seja por número pequeno de veículos disponíveis, seja pelo sucateamento da frota, ou ainda pelo mal planejamento do sistema urbano de trânsito. Se o transporte público é ruim para os usuários sem deficiência, pensemos para os usuários com algum tipo de deficiência?

Com isso, algumas leis específicas foram criadas na tentativa de solucionar/minimizar o problema de transporte/locomoção das pessoas com deficiência. Essas leis específicas foram criadas tanto no âmbito federal, como no âmbito estadual. No federal, temos como exemplo da Lei que dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, a Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que foi modificada pela Lei Federal n. 10.690 de 16 de junho de 2003, e a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre outras.

No âmbito estadual – Bahia, o decreto nº 13.780, de março de 2012, legislação que aprova o Regulamento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – RICMS, e mais especificamente o seu art. 264, inciso XXXIX, que trata da isenção do ICMS nas operações de saídas de veículos destinados as pessoas com deficiência, estabelecidos também pelos convênios nº 38, de 30 de março de 2012 e nº 78, de 15 de agosto de 2014, celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

2 DO DIREITO

Com a Constituição Federal de 1988 foram reafirmados os vários direitos e garantias fundamentais dentre eles o da dignidade da pessoa humana, liberdade, direito ao transporte, a vida, ao lazer, ao direito de ir e vir.

A constituição estabelece esses direitos e garantias a todos, independentemente de sua situação social, raça, cor, religião, e para isso cabe invocar o princípio da isonomia, que diz que todos somos iguais perante a lei. Mas como estabelecer igualdade onde cada ser humano é único, é diferente em algum aspecto?

De acordo com Rocha (2016) e Sabbag (2017), existe dois tipos de igualdade, a igualdade formal, que é tratado no art. 5º, da CF/88, que diz que todos somos iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza; e a igualdade material, que preceitua o conceito do princípio da isonomia, quando temos uma situação onde as partes/pessoas forem iguais, devemos tratá-los de igual, e quando houverem

partes/pessoas desiguais, trataremos estes de forma desiguais, ou seja, tratar os desiguais na medida das desigualdades.

De acordo com a agência de notícias do IBGE, no último censo demográfico, 45,6 milhões de pessoas declararam ter pelo menos um tipo de deficiência, seja do tipo visual, auditiva, motora ou mental/intelectual. Apesar de representarem 23,9% da população brasileira em 2010, estas pessoas não vivem em uma sociedade adaptada.

Ainda segundo a agência, de acordo com a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic) de 2014, a maioria das prefeituras não promovem políticas de acessibilidade, tais como lazer para pessoas com deficiência (78%), turismo acessível (96,4%) e geração de trabalho e renda ou inclusão no mercado de trabalho (72,6%), o que afeta de forma direta no desrespeito dos preceitos normativos constitucionais mencionados.

Com todos esses cenários, a inserção da pessoa com deficiência na sociedade torna-se uma tarefa árdua, difícil, muito porque uma parcela desse numerário, são de pessoas que dependem de outras para se locomover, para se vestir, para praticar o lazer, ir à escola, trabalhar e etc., e muitas vezes essas pessoas que ajudariam não estão despostas a transpor as barreiras da sociedade ou não conseguem.

Cabe ressaltar que a legislação brasileira estabelece através da Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e em seu artigo 2º diz que:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é a consolidação de uma inquietude do legislador, tendo em vista que diversas leis trazem os meios pelos quais as pessoas com deficiência têm seus direitos básicos preservados. Por isso, muitas leis que serão mencionadas, neste artigo são anteriores ao mencionado estatuto a exemplo das leis nº 10.048/2000 que estabelece a prioridade no atendimento às pessoas com deficiência, idosos entre outras; e a nº 10.098/2000 que estabelece a acessibilidade no âmbito social, em prédios, ruas, e principalmente nos veículos automotores destinados ao serviço público de transporte.

As transformações arquitetônicas, urbanísticas e dos meios de transporte para com as pessoas com deficiência, regulamentadas pelas leis acima

mencionadas, na tentativa de amenizar e diminuir as barreiras de acessibilidade, vai de encontro à real situação dos instrumentos de cada área, a exemplo do sucateamento da frota dos veículos de transporte público, falta de preparo dos operadores desses veículos, no sentido de ajuda para os transeuntes, além da má utilização das adaptações instaladas nos móveis e imóveis pertinentes ao transporte. Trazendo para as pessoas com deficiência, um desconforto físico e emocional na utilização do transporte público. Uma lei federal muito importante foi editada no ano 1995, que juntamente com os transportes autônomo de passageiros – os taxistas, deu oportunidade às pessoas com deficiência para adquirir veículos automotores com isenção fiscal sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Acompanhando a Lei federal acima mencionada, os Estados, a partir de convênios estabelecidos entre si, através do Regulamento de Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviços – RICMS, propõem à isenção fiscal sobre este último imposto.

O objetivo deste artigo é fazer uma crítica quanto ao ato de conceder a isenção do ICMS, para veículos automotores destinados às pessoas com deficiência, estar condicionada a um valor limite destes automóveis no mercado, não se preocupando quanto ao tipo de veículo poder atender às reais necessidades das pessoas com deficiência, deixando de cumprir com uma comodidade, ou melhor, com uma melhor acessibilidade para com este público.

Acessibilidade, de acordo com a Lei nº 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com deficiência, em seu artigo 3º, inciso I, é definida como:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Ademais o próprio estatuto, em seu artigo 53, estabelece o conceito de acessibilidade como “direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

Além dos citados conceitos, para um melhor entendimento do presente trabalho se faz necessário trazer algumas definições de termos e siglas que serão usadas ao longo do desenvolvimento deste documento.

Conforme art. 16, do Código Tributário Nacional – CTN, imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Machado (2018), define imposto como sendo um tributo devido em virtude da prática, pelo contribuinte, de um fato que revela capacidade para contribuir, revela riqueza, mas que não tem nenhuma relação com atividades estatais específicas. E, Sabbag (2017) diz que o imposto se define como tributo não vinculado à atividade estatal, o que o torna atrelável à atividade do particular, ou seja, ao âmbito privado do contribuinte.

Fato gerador da obrigação principal, de acordo com o artigo 114 do CTN é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Imunidade está prevista de forma clara na constituição, em ser art. 150, inciso IV, alíneas “a” / “e”, e de acordo com Sabbag (2017) e Machado (2018) trata-se de um impedimento de tributar, não há o eu se falar de tributo para com as imunidades, e por ser taxativo e expresso direto na Constituição Federal.

Isenção, conforme Rocha (2016), é uma dispensa legal de um tributo devido, é uma exceção à hipótese legal de incidência de tributo, podemos dizer que seu conceito confunde um pouco com imunidade, no tocante a forma expressa ao tributo. Para Sabbag (2017), isenção indica uma dispensa legal, no campo da tributação. É uma possibilidade normativa de dispensa legalmente qualificada. Por fim, Machado (2018) esclarece que isenção é estabelecida por lei, e não pela Constituição, e, portanto, cabe ao ente tributante (União, Estado, Município...), competente para criar o tributo, que edita norma mais específica que a norma de tributação, estabelecendo exceções (as hipóteses de isenção) nas quais o tributo não será devido.

As isenções abarcadas neste artigo serão o IPI, imposto de competência da União e mais contundentemente o ICMS, imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal.

A lei que estabelece a isenção para o IPI é a Lei nº 8.989/95, que dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e em seu artigo 1º, e inciso IV, traz que:

Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

É importante observar que há limitações quanto à algumas características do veículo que se pretende adquirir, conforme o caput acima, e que não há nenhuma menção quanto ao limite de valores destes veículos.

Essa lei ainda estabelece um conceito e classificação do que seriam essas deficiências elencadas no inciso IV, em seus parágrafos seguintes:

§1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de **deficiência física** aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada pessoa portadora de **deficiência visual** aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

§4º A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da legislação em vigor e o Ministério da Saúde definirão em ato conjunto os conceitos de pessoas portadoras de **deficiência mental severa ou profunda, ou autistas**, e estabelecerão as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação delas.

A aplicabilidade da lei acima mencionada é estabelecida a partir de Instruções Normativas da Receita Federal, e nelas, também não se percebe limite de valor com a finalidade de aquisição dos veículos automotores destinados à pessoa com deficiência.

Em se tratando do imposto estadual, qual seja, ICMS, primeiramente cabe informar que conforme a CF/88 em seu art. 155, inciso IV dispõe que os entes federativos estabelecerão questões de isenção através de norma complementar. Ainda na constituição e também pelo código tributário nacional, estabelece-se que

norma complementar pode advir tanto de lei complementar, como também resolução ou ainda convênios, cujo objetivo é regular a aplicação de seus preceitos entre os entes federativos, contribuindo para que não haja uma guerra fiscal e ainda facilitar as transições comerciais entres estes Estados.

Os convênios estabelecidos entres os estados, junto ao CONFAZ – Conselho Nacional de política Fazendária, de acordo com Rocha (2016), é um ato normativo executivo infralegal, que expressa, em matéria tributária, ajuste de vontade entre os entes federativos. Conforme Sabbag (2017), trata-se de ajustes ou convênios de cooperação (ou de colaboração) entre duas ou mais pessoas de Direito público para a prática ou omissão de determinados atos, visando ao aprimoramento da arrecadação e fiscalização tributária.

Atualmente, conforme o convênio nº 38/2012, estipulou-se um limite ao valor do veículo que será adquirido por pessoa com deficiência, não podendo ultrapassar a importância de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), valor este, de mercado incluindo-se os tributos, como traz a redação do § 2º do referido convênio:

Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo quando adquirido por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

§ 2º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

3 A REANÁLISE

Se voltarmos um pouco, e analisarmos o RICMS que primeiro figurou no arcabouço jurídico tributário, vemos que assim como no IPI, não havia limite para tal concessão da isenção de ICMS, uma vez que no RICMS/96, do Estado da Bahia em seu art. 24, inciso III traz que:

Art. 24. São isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos:

III - de 19/7/95 até 30/4/97, nas saídas de veículos automotores que se destinem a uso exclusivo do adquirente, sendo este paraplégico ou portador de deficiência física impossibilitado de utilizar os modelos comuns, observadas as seguintes disposições (Conv. ICMS 40/91, 80/91, 44/92, 148/92, 43/94, 83/94, 16/95, 46/95 e 121/95):

Podemos observar que quando estabelecido pela primeira vez, no regulamento não foi estipulado o de valor para aquisição do veículo destinado à pessoa com deficiência, e ainda, as deficiências abarcadas eram, ser paraplégico ou portador de deficiência física que impossibilitava a utilização de veículos comuns.

Havia, entretanto, uma maior preocupação em a pessoa com deficiência adquirente do veículo, comprovar capacidade contributiva/financeira para tal, tendo em vista que para requerer isenção dos dois impostos, até hoje, se faz necessária a comprovação de renda ou a declaração de capacidade financeira.

A capacidade contributiva é trazida no art. 145, §1º da CF, que diz que:

Art. 145. §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 esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo Rocha (2016), apesar da constituição dizer capacidade econômica significa que cada contribuinte deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira.

Apenas em 2007, através do convênio nº 03/2007, o CONFAZ, estipulou o valor limite para aquisição de veículos destinados à pessoa com deficiência, que inicialmente era R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), e posteriormente em 2009, através do convênio nº 52/2009, o valor foi reajustado para R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), conforme transcrito abaixo:

Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo com características específicas para ser dirigido por motorista portador de deficiência física, desde que as respectivas operações de saída sejam amparadas por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, nos termos da legislação federal vigente.

Nova redação dada ao § 2º da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 52/09, efeitos a partir de 28.07.09.

§ 2º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Redação original, efeitos até 27.07.09.

§ 2º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Cabe aqui um momento de reflexão na real intenção de estabelecer um limite de valor para adquirir esses veículos. Seria uma atitude intencional do governo, uma vez que deixaria de arrecadar valores significativos nos veículos automotores que custassem além do limite? E, quanto a oportunizar as pessoas com deficiência uma maior acessibilidade, uma maior portabilidade e transitividade?

Todavia, cabe elucidar que desde 2009 o valor limite para aquisição de veículo automotor para pessoas com deficiência não sofre um reajuste. Fato este que vai de encontro com a atualização e reajustes do preço de mercado dos veículos, tendo em mente à tabela de automóveis, onde claramente, através da inflação e da regulação de mercado, esses produtos sofrem correções.

De acordo com a revista especializada Auto Esporte (2018), de acordo com a Associação Brasileira da Indústria, Comércio e Serviços de Tecnologia Assistida – ABRIDEF, no ano de 2014 foram comercializadas 84 mil unidades de carros adaptados ou adquiridos com isenção de impostos. Em 2017, esse número saltou para 187,5 mil unidades.

Por ser uma quantidade significativa de possíveis clientes, as montadoras e fábricas de automóveis, na tentativa de ofertar uma quantidade maior de opções de veículos para o público com deficiência, acabam retirando itens de série, acessórios, com a finalidade de enquadrar esses veículos ao valor limite, sem que elas assumam custos “adicionais”, diminuindo seus “prejuízos” e consequentemente aumentando seus lucros.

Entretanto, ao retirar esses itens, o que se tem, é uma diferenciação do produto para com os consumidores, desrespeitando os preceitos da igualdade e da isonomia, além de não oportunizar uma melhor acessibilidade ao público alvo, ocasionando um desconforto deste.

Não fosse o bastante, o mercado automotivo cada vez mais requer por um design mais atraente, e no momento de alteração dos modelos, não é levada em consideração as dimensões necessárias para atender às necessidades da pessoa com deficiência. Como exemplo podemos citar, uma pessoa que faça uso de cadeira de rodas, necessita de um bom espaço do bagageiro/porta-malas para transportar a sua cadeira de forma eficaz, entretanto com as modificações de design, as alterações feitas podem atingir e influenciar as medidas do compartimento mencionado, impossibilitando o uso de forma satisfatória.

Ao fazermos uma breve pesquisa dos automóveis disponíveis para atender às reais necessidades das pessoas com deficiência e de forma satisfatória, estes veículos superam em muito o teto estipulado, impossibilitando a isenção do ICMS e sendo possível apenas requerer a isenção do IPI, uma vez que não há limite para adquirir a isenção deste último imposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se claramente que quando proposta no RICMS/96, a isenção de ICMS para os veículos automotores destinados a pessoa com deficiência, não se estipulou o limite do valor do automóvel, portanto, apenas considerava a capacidade de compra, a capacidade financeira do adquirente.

A provável diminuição na arrecadação dos Estados, na aquisição de veículos para pessoas com deficiência, de forma abstrata, pode ter sido o fundamento para justificar a estipulação do limite no valor desses veículos, o que ocorreu apenas em 2007, 11 anos após a regulamentação da isenção.

Atualmente, por ser uma parcela de mercado favorável às montadoras e fabricas automobilísticas, estas tentam enquadrar veículos que atendam às necessidades desse público, as pessoas com deficiência. Porém, não observam as condições da rotina destes, quanto ao tamanho do bagageiro/porta malas, abertura de portas para um acesso mais facilitado, altura em relação ao solo, regulagem de banco de motorista e/ou passageiros, direção leve para aqueles que têm dificuldade, adaptações a serem instaladas.

Enfim, as montadoras pouco observam as reais necessidades de acessibilidade aos veículos, e ao enquadrar seus melhores carros que poderiam atender esse público de uma forma mais cômoda, mais confortável e independente, as montadoras tem de retirar determinados itens para que o veículo automotor se encaixe no valor limite.

Ao diferenciar esses produtos, na justificativa de enquadrar dentro do valor limite, a montadora não prezaria pela "isonomia" do produto, uma vez que o torna diferente de um veículo adquirido por um consumidor comum, apesar de este obter o produto com valor reduzido, tendo em vista a isenção do IPI e do ICMS.

Se não existisse o valor limite dos veículos automotores destinados as pessoas com deficiência, para fins de requerer isenção do ICMS, não seria necessário, as fábricas, alterarem as características dos veículos, oportunizando ao público alvo, um veículo exatamente igual ao que um consumidor comum poderia adquirir.

Ainda assim, podendo oportunizar uma melhor pesquisa de mercado para um melhor conforto e real acessibilidade dessas pessoas, tendo em vista que por

um melhor design, as montadoras esquecem da necessidade de melhores espaçamentos e capacidade dos compartimentos, para atender às pessoas com deficiência.

Todo e qualquer veículo de fabricação brasileira, atendendo aos requisitos trazidos na legislação vigente, desde que não fosse exigido o valor limite para aquisição do carro com isenção fiscal de ICMS, seria uma conquista para às pessoas com deficiência, de forma a se sentirem realmente inseridas, e oportunizar que as montadoras e fábricas ofereçam veículos que atendam às reais necessidades de acessibilidade, conforto de cada adquirente/contribuinte, tendo em vista que cada pessoa com deficiência é única.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ANGHER, Anne Joyce (Organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 25^a. ed. São Paulo: Rideel, 2017.
- BAHIA. **Decreto nº 5.444 de 30 de maio de 1996**. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Salvador, 1996. Disponível em: <<https://sefaz.ba.gov.br/geral/arquivos/download/ricms96.pdf>>. Acesso: 20 de agosto de 2018.
- BAHIA. **Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997**. Aprova o regulamento do ICMS. Salvador, 1997. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/geral/arquivos/download/ricms97_sem_notas.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- BAHIA. **Decreto nº 13.780 de 16 de março de 2012**. Regulamenta o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS. Salvador, 2012. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/Ricms12.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- BAHIA. **Lei nº 12.575 de 26 de abril de 2012**. Dispõe sobre a gratuidade para pessoas com deficiência nos transportes coletivos intermunicipais do Estado da Bahia. Salvador, 2012. Disponível em: <<http://www.agerba.ba.gov.br/upload/legislacao/Lei%2012.575.2012.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8989.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10048.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L13146.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

FACULDADE NOBRE DE FEIRA DE SANTANA (FAN). **Manual para elaboração de trabalhos técnico-científicos.** Feira de Santana: FAN/UNEF, 2017.

FERREIRA, PAVANI, Luiz Antônio Miguel, Letícia Lourenço. **Isenção do ICMS na Aquisição de Veículos Automotores Destinados às Pessoas com Deficiência – Uma Análise Crítica quanto aos Destinatários da Norma.** Ampid - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Luiz_Ferreira_Isencao_ICMS.php>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário.** 10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário – Sinopses para concurso – vol. 28.** 3^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Vany Oliveira dos. **O Acesso das Pessoas com Deficiência aos Direitos Fundamentais: Uma Reflexão à Luz da Constituição Federal.** Ampid - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Monografia_Vany_Santos.php>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

SASSATELLI, Caroline. **Venda de Carros para Pessoas com Deficiência (PCD) Aumenta 35% em 2017.** Revista Auto Esporte. Disponível em: <<https://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2018/02/venda-de-carros-para-pessoa-com-deficiencia-pcd-aumenta-35-em-2017.html>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONTRASTE ENTRE TEORIA E PRÁTICA DAS ODRS NO BRASIL

DÉBORA FERNANDES PESSOA MADEIRA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC-Ubá e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Professora Assistente de Direito Civil da Universidade Federal de Viçosa - MG.

GABRIELA C. GOUVÊA ^[1]
(coautora)

RESUMO: No presente artigo, buscou-se esclarecer aspectos gerais acerca da resolução online de controvérsias contrastando, principalmente, a teoria estadunidense - berço da ODR - e brasileira com a prática e recente desenvolvimento das ODRs no Brasil. A partir de então, analisa-se os possíveis efeitos da falta de regulamentação desta prática no Brasil, bem como os avanços e problemáticas advindos do florescimento e crescimento da ODR.

PALAVRAS CHAVE: ODR. Online dispute resolution. Resolução online de conflitos. Resolução online de controvérsias.

ABSTRACT: The present research sought to clarify general aspects about online dispute resolution, contrasting mainly the US theory - the cradle of the ODR - and the Brazilian theory with the practice and recent development of ODRs in Brazil. From then on, it is analyzed the possible effects of the lack of regulation of this practice in Brazil, as well as the advances and problems arising from the flourishing and growth of ODR.

KEY WORDS: ODR. Online dispute resolution. Métodos alternativos de solução de conflitos.

SUMÁRIO: 1. CONCEITO. 2. PRÁTICA DAS ODRS NO BRASIL. 3. A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA. 4. AVANÇOS E PROBLEMÁTICAS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. CONCEITO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2018, p. 145), a justiça estadual recebeu 20.207.585 (vinte milhões, duzentos e sete mil, quinhentos e oitenta e cinco) novos casos no ano de 2017. Na mesma pesquisa (CNJ, 2018, p. 145), também ficou verificado que o tempo de pendência dos processos judiciais é de, em média, 5 (cinco) anos e 1 (um) mês até que seja incluído no acervo. Paralelamente, os métodos autocompositivos têm se apresentado como alternativa ao Poder Judiciário ao concederem às partes o exercício da autonomia na resolução de seus conflitos. A opção das partes pelas alternative dispute resolutions^[2] – ADRs

têm como uma de suas consequências a redução do número de processos em tramitação perante o Poder Judiciário.

Verifica-se que os métodos autocompositivos ainda permanecem vinculados a este poder, seja por serem realizados no âmbito estatal – a exemplo dos CEJUSCs ou da plataforma Consumidor.gov –, seja por dependerem, por vezes, do poder coercitivo judicial para a garantia de efetividade. A própria nomenclatura – enquanto “métodos alternativos de resolução de conflitos” – os posiciona de maneira subsidiária em relação à solução judicial. Nesta linha, o mercado jurídico tem se diversificado a partir da iniciativa privada ao apresentar outros métodos de resolução de conflitos relacionados à tecnologia e apartados da prática forense.

Tem surgido, no bojo da iniciativa privada, startups jurídicas que se visam ofertar às partes soluções jurídicas alternativas ao poder judiciário. As ODRs^[43] são plataformas interativas que permitem que as partes optem pela autocomposição online. Ao empregarem as técnicas de mediação, conciliação, arbitragem e negociação tradicionais do meio analógico^[44], as ODRs oferecem às partes ferramentas disponíveis somente através do meio online, as quais se propõem a atuarem como facilitadoras na resolução do conflito (ARBIX, 2017, p. 64).

A Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs divulgou (AB2L, 2019, online), em maio de 2019, um radar de empresas associadas, no qual se verifica a existência de 18 (dezoito) empresas que se propõem a prestar o serviço de resolução online de conflitos. Este número representa um crescimento de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) em relação ao primeiro radar (AB2L, 2017, online), divulgado com uma diferença de apenas 19 (dezenove) meses (out/2017). Além disso, foram catalogadas pela associação (AB2L, 2019, online) outras 7 (sete) empresas consideradas early stage, totalizando 25 (vinte e sete) empresas associadas que prestam este tipo de serviço.

Hoje, a teoria das ADRs^[45] tem se mostrado insuficiente para embasar as ODRs, deixando de contemplar muitos de seus aspectos. Isso se deu pelo fato de que a integração da tecnologia transformou a resolução de disputas tradicionais em disputas tecnologicamente assistidas ou, ainda, completamente automatizadas (KOULU, 2014, p. 47 e 48). O uso de tecnologias interativas na ODR faz com que a internet seja considerada uma quarta parte na relação jurídica, sendo este o principal elemento que as diferencia das ADR tradicionais e analogicamente oferecidas, bem como de outras plataformas online de resolução de controvérsias que não alteram o ambiente ofertado às partes. Assim sendo, compreender a tecnologia se torna aspecto essencial para a compreensão deste fenômeno ainda pouco explorado e conhecido no Brasil.

O modelo de resolução de controvérsias é tradicionalmente pensado através de uma relação triangular, que envolve duas partes de interesses contrapostos^[46] e um terceiro imparcial. Todavia, a ODR é formatada para envolver não três partes,

mas quatro, sendo a quarta parte a tecnologia que atua para auxiliar ou até mesmo substituir o terceiro imparcial (KATSH; RIFKIN, 2001, p. 93).

As funcionalidades da ODR variam conforme a plataforma ou empresa contratada. Dentre as possíveis tarefas por ela desempenhadas, pode-se elencar o diagnóstico das disputas; a modulação de negociações através de técnicas como o blind-bidding, que consiste em lances às cegas feitos pelas partes quando se submetem à negociação assistida pela plataforma; a possibilidade de anexar documentos; o uso de algoritmos com vistas ao esclarecimento de pontos controversos da disputa - como questões quantitativas ou qualitativas -, aumentando as chances de acordo, dentre outras possibilidades. Há plataformas em que sequer ocorre a introdução do terceiro imparcial, sendo todo o procedimento modulado pela quarta (RAYMOND, 2015, p. 14A-18A).

Desta forma, o que diferencia a ODR dos métodos autocompositivos analógicos – ou mesmo das demais formas de autocomposição online – é justamente a alteração do ambiente ao ponto do aparecimento de uma quarta parte.

2. PRÁTICA DAS ODRS NO BRASIL

A fim de contrastar a prática da ODR no Brasil e a teoria desenvolvida no exterior, especialmente nos EUA, foi feita uma pesquisa, em vinte e seis de setembro de dois mil e dezenove, nos endereços eletrônicos de nove das empresas prestadoras do serviço de ODR associadas à AB2L. Por questões éticas, os nomes das empresas foram ocultados, tendo sido cada uma delas identificada, no presente artigo, de maneira fictícia. Os dados coletados também servirão de subsídio para a análise crítica que se seguirá nos próximos tópicos a respeito da ausência de regulamentação da ODR no Brasil e possíveis problemáticas que deste fato podem advir.

Na primeira ODR analisada, a ODR A, foi observado que, em se tratando de pessoa física, esta deveria fazer sua reclamação junto à empresa, sendo esta a responsável por cadastrar a controvérsia perante a plataforma de resolução de controvérsias. Uma vez que a empresa cadastra o conflito, a ODR A entrará em contato com a pessoa física e demais partes envolvidas para a resolução online do conflito. A ODR A se dispõe a prestar serviços para pessoas físicas da forma relatada, para empresas e para escritórios de advocacia. Não há relatos de que a pessoa física possa tomar a iniciativa de contratar a plataforma e dar início ao procedimento (JUSTTO, [2019], online).

Lado outro, a ODR B atua dentro de Procons e Juizados Especiais Cíveis, em parceria com estes órgãos, através da disponibilização de totens nestes locais. A ODR B também possui atendimento online, através do qual a própria pessoa física pode solicitar que seja acionada a empresa pretendida (D'Acordo, [2019], online).

Já a ODR C presta serviços para pessoas físicas, empresas, câmaras de mediação e advogados. Nela, as pessoas físicas podem cadastrar a controvérsia, sendo enviado um convite para a outra parte integrar o procedimento. Aceito o convite, as partes irão agendar a sessão de conciliação ou mediação. A sessão ocorrerá através da facilitação de um conciliador ou mediador, não sendo este substituído por qualquer tipo de inteligência artificial. O acordo é assinado via celular, podendo o termo ser homologado judicialmente. Não sendo atingido o acordo, será elaborado um termo de que as partes buscaram, sem sucesso, uma solução não litigiosa. A plataforma garante até 30 (trinta) dias para a resolução do conflito, todavia informa que 90% dos casos são resolvidos durante uma sessão de duração média de 1 (uma) hora. As mediações para pessoas físicas custam R\$ 186,00 (cento e oitenta e seis reais), podendo ser cobrada taxa adicional caso as partes optem por homologar o acordo judicialmente. Em relação às empresas, o rito de convite, agendamento, realização da sessão e homologação é semelhante ao das pessoas físicas. Quanto às câmaras de mediação, a plataforma oferece acesso a chat, videoconferência, conferência telefônica, upload de arquivos, gravação do processo e acordos online. A plataforma não se restringe a demandas consumeristas, propondo-se a realizar divórcios e disputas acerca de condomínios. Para os advogados, a proposta é voltada para a agilização do tempo médio de resolução dos casos, redução dos custos e modernização da prática advocatícia (LEEGOL, [2018], online).

A ODR D oferece serviços de resolução de controvérsia presencial (ADR) e online (ODR). No ambiente online, o procedimento é iniciado pela empresa, o que dá origem ao convite enviado ao consumidor para que este integre o procedimento. O consumidor poderá, então, desenvolver um diálogo com um *chatbot* - uma ferramenta de inteligência artificial que simula um atendente humano e dialoga com o usuário - que se vale de *machine learning*^[7] e linguagem positiva e informal, voltada a criar empatia com o usuário da plataforma de ODR. Não atingido o acordo, poderá ser agendada uma mediação online com a facilitação de um mediador. Caso desejem, as partes podem também, nesta fase, optar pela realização de uma mediação presencial (MEDIAR360, [2019], online).

A ODR E oferecendo conciliação eletrônica para pessoas físicas, jurídicas (privadas e públicas) e funções públicas (PROCON's e Tribunais de Justiça, Prefeitura etc.). O procedimento é iniciado a partir do cadastramento da controvérsia, sendo enviado o convite para a outra parte e agendada a conciliação, que será realizada online, com o auxílio de um conciliador. Finalizado o procedimento, será elaborado termo de conciliação eletrônica, o qual pode ser com ou sem acordo, ou, ainda, de acordo parcial (CONCILIARBR, [2019], online).

Na ODR F, o procedimento é iniciado pelo relato da controvérsia em um formulário, sendo feito contato com a empresa posteriormente. A audiência conta

com a presença de um mediador, sendo o acordo, caso atingido, encaminhado para homologação judicial. A ODR F informa também sobre a participação dos advogados no procedimento, a qual é opcional. Quanto ao custeio do procedimento, este fica a critério das partes, podendo o valor ser atribuído a uma delas ou dividido entre ambas. O tempo médio de resolução de controvérsias na ODR F é de 15 (quinze) dias, sendo seu sítio eletrônico voltado para demandas consumeristas (JUSPRO, [2017], online).

O procedimento da ODR G também se dá a partir do cadastro da controvérsia, seguido pelo convite para que a outra parte integre o procedimento, pela audiência de conciliação com auxílio do conciliador e, por fim, pela elaboração do termo de acordo. Todavia, o sítio eletrônico da ODR G traz estatísticas sobre o uso da ferramenta, apontando que 84% (oitenta e quatro por cento) do público aceita integrar o procedimento, contra 16% (dezesesseis por cento) de rejeição; 72% (setenta e dois por cento) dos casos atinge um acordo, enquanto 28% (vinte e oito por cento) dos casos queda sem acordo; aponta, ainda, que o agendamento da conciliação dura uma média de 180 (cento e oitenta) dias no Poder Judiciário, frente a 7 (sete) dias na ODR G (CONCILIE ONLINE, [2014], online).

Por sua vez, a ODR H é especializada em acordos entre pessoas físicas e instituições financeiras, sendo restrito seu nicho de atuação a esta classe de controvérsias, seja quando a pessoa física tem valores a receber ou a pagar. Sua abordagem é focada para captar clientes que são pessoas físicas. A proposta indicada para a realização do acordo é calculada com base no valor médio de condenação em cada tipo de processo judicial, podendo a pessoa física apresentar uma contraproposta. Caso isso ocorra, a ODR H verifica, através do sistema, a possibilidade de majoração. A própria plataforma da ODR H possibilita que a pessoa física consulte seu processo e o valor que tem a receber ou pagar junto à instituição financeira. O sítio eletrônico da ODR H não menciona a possibilidade de custeio pela pessoa física, informando que as instituições financeiras parceiras são as responsáveis pela continuidade da prestação de serviços pela ODR H (ACORDO LEGAL, [2019], online).

Por fim, a ODR I traz em seu sítio eletrônico dados sobre a efetividade de sua resolução de conflitos. Ela aponta que foram tratados 116.354 (cento e dezesseis mil, trezentos e trinta e quatro) casos na plataforma; que 57.258 (cinquenta e sete mil, duzentos e cinquenta e oito) advogados já a utilizaram e que já foram transacionados R\$ 407.000.000,00 (quatrocentos e sete milhões de reais) através dela. A ODR I presta serviços somente para empresas e advogados (ACORDO FECHADO, [2019], online).

A partir dos dados coletados, é possível perceber que não existe uma unidade entre as ODRs ofertadas. Os procedimentos das ODRs analisadas têm, em

sua maioria, caráter semelhante - cadastro da controvérsia, convite, conciliação e acordo -, todavia os públicos alvos são diversificados. As empresas se prestam a atender uma gama de públicos, a exemplo de pessoas físicas, empresas, escritórios de advocacia, órgãos públicos, instituições financeiras e etc. Apesar de as plataformas analisadas não trazerem dados acerca da natureza das demandas, é possível perceber que são voltadas majoritariamente para demandas consumeristas.

Em relação ao procedimento, ponto central da análise comparativa entre a prática brasileira e o fundamento teórico, percebe-se que a maior parte das ODRs ainda atua diretamente junto a conciliadores ou mediadores, em um indicativo de que a tecnologia ainda tem sido aplicada, no Brasil, como mero encurtador de distâncias e não necessariamente como o ator principal que diferencia a ODR das ADRs analógicas - salvo exceções relatadas acima. Este quesito pode ser atribuído ao fato de que a inserção da ferramenta no Brasil ainda é recente, demonstrando que ainda há um espaço abrangente para seu desenvolvimento e amadurecimento em contraponto à teoria estadunidense.

Outro fator que pode estar reduzindo o protagonismo da tecnologia como ator central e relevante nas ODRs brasileiras é a escassez de produção científica acerca da temática da ODR no Brasil. A partir de pesquisas das palavras-chave "online dispute resolution", "resolução online de conflitos" e "ODR", foi observada uma evidente escassez temática. Em pesquisa realizada na plataforma Scielo no dia 17 de maio de 2019, somente 5 resultados pertinentes^[8] foram encontrados. Não obstante a timidez do resultado apresentado, nenhum destes era brasileiro. A escassez de produção científica sobre a temática gera uma carência de reflexão que, caso contrário, poderia resultar em avanços na matéria.

3. A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA

Sendo a temática das ODRs nova e crescente no Brasil, conforme já demonstrado no presente artigo, este é o momento propício à reflexão antes que possíveis problemáticas possam vir a surgir a partir da proliferação de plataformas sem qualquer tipo de regulamentação.

Antes de discorrer acerca da ODR propriamente dita, é imperioso um olhar sobre a legislação pátria atinente à matéria. No Brasil, é a Lei 13.140/2015, conhecida como "marco legal da mediação no Brasil" que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (BRASIL, 2015, online). O caput do art. 46 da referida Lei é que confere o embasamento legal para a propagação das ODRs ao dispor que a mediação pode ser feita através da internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (BRASIL, 2015, online). Este é o único dispositivo legal

contido no marco legal da mediação brasileira que dispõe acerca da resolução online de controvérsias.

Note-se também que o legislador opta por fazer mera menção, sem caráter regulatório. A norma geral e permissiva da prática da ODR aliada à ausência de regulamentação pode dar ensejo ao aparecimento de problemáticas não antes vistas.

As ODRs se portam como uma jurisdição privada (RAYMOND, 2015, p. 13A), sendo ofertadas por empresas privadas que têm, por conseguinte, fins lucrativos. Nesta linha, diversas ODRs podem ser alvo de conflitos éticos relevantes, a exemplo da ODR H. O fato de a referida plataforma ser mantida por instituições financeiras pode gerar, no mínimo, um desconforto para as partes em relação à imparcialidade da ferramenta (ACORDO LEGAL, [2019], online).

É importante ressaltar também que o simples fato de nascerem e se desenvolverem no bojo da iniciativa privada não as macula, de pronto, eticamente; tampouco pretende-se insinuar que a ODR não promova o acesso à justiça (RAYMOND, 2015, p. 25A). Todavia, é necessário apresentar um ponto de reflexão que pode revelar uma de suas limitações.

Sem a devida regulamentação, algoritmos podem vir a identificarem grupos, promover a discriminação ou possibilitarem o vazamento inadequado de dados privados de seus usuários. Ademais, conforme analisado anteriormente, o custeio dos procedimentos varia conforme cada uma das empresas, podendo ele se dar através das partes - inclusive a partir de livre acordo entre elas - ou mesmo através de instituições financeiras parcerias. Este fato impõe um importante ponto de reflexão para avaliar se as ODRs atuam, de fato, mais em prol da justiça do que de interesses econômicos (RAYMOND, 2015, p. 26A-27A).

4. AVANÇOS E PROBLEMÁTICAS

Por um lado, a popularização da ODR tem intensificado o acesso à justiça (ARBIX, 2017, p. 99, apud Devanesan e Aresty, 2012, p. 281-282) ao prover plataformas de uso intuitivo e de baixo custo, a exemplo da ODR C. Na referida ODR, as mediações para pessoas físicas custam R\$ 186,00 (cento e oitenta e seis reais), podendo ser cobrada taxa adicional caso as partes optem por homologar o acordo judicialmente (LEEGOL, [2018], online). Em comparação à tabela de custas do TJ-MG, é possível observar que, para demandar no Poder Judiciário, a parte deverá despender, no mínimo R\$ 334,16 (trezentos e trinta e quatro reais e dezesseis centavos) para ações de competência da vara cível, a qual seria a competente para julgar a maior parte das demandas cadastradas nas ODRs, posto que consumeristas (TJ-MG, 2019, online). Ademais, a oferta da plataforma por modelos de soluções pré-programadas promove uma equiparação entre as partes, especialmente quando uma delas tem acesso limitado a conhecimentos jurídicos.

A ODR se torna um dos poucos mecanismos de resolução de conflitos (ARBIX, 2017, p. 111) aptos a modular conflitos transnacionais. Este fato revela a importância da ODR para além do contexto mercadológico frente a Agenda 2030^[9], que consagrou como objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) a “paz, justiça e instituições eficazes”. Ao possibilitar às partes uma tomada de decisão responsiva, inclusiva e participativa, a ODR se apresenta como um mecanismo internacionalmente relevante para que sejam atingidos os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.

No que tange aos conflitos internacionais, é fundamental, no contexto analógico, que o terceiro imparcial reconheça os diferentes contextos sociais, posto que não há homogeneidade nos padrões culturais de diferentes nações e etnias. Assim, a autocomposição que envolva partes ou interesses transnacionais demanda por parte do terceiro uma adaptação que vai além da habilidade de se comunicar e ler em línguas estrangeiras, mas uma verdadeira familiaridade com os aspectos culturais, formas de cortesia, reciprocidade, senso de humor, ironia, demonstrações de afeto, respeito e desaprovação, dentre outros (SMITH, A.L; SMOCK, D.R, 2008, p. 23-24). A mesma capacidade é essencial também para a quarta parte atuar na resolução de conflitos deste gênero, todavia, como apontado pelo Facebook A.I. Research^[10] (FAIR), pode ser que ela, como as demais formas de inteligência artificial, ainda tenha que romper com algumas limitações para ser efetiva nesta empreitada.

Embora não se possa concluir pela neutralidade da ODR - ou seja, a absoluta abstração de ideologias -, é fato que ela apresenta uma redução considerável do viés quando comparada aos meios analógicos de resolução de disputas (FLJS, 2018 p. 2 e 3). Assim sendo, ao passo que a ODR se distancia de determinados vieses presentes no meio analógico, ela dá ensejo a outros próprios das tecnologias de informação.

Um estudo^[11] promovido pelo FAIR (2019, p. 1) demonstra que os sistemas de reconhecimento de objetos através da inteligência artificial são menos efetivos ao reconhecerem objetos domiciliares relacionados a países não-ocidentais, especialmente aqueles de baixa renda. A efetividade da ferramenta cai aproximadamente 10% (dez por cento) quando analisa objetos provenientes de lares com renda abaixo de US\$50 por mês em comparação àqueles com renda superior a US\$3.500 por mês. Itens estadunidenses têm uma chance entre 15-20% (quinze a vinte por cento) maior de serem reconhecidos em relação aqueles advindos da Somália ou Burkina Faso^[12]. O artigo mostra ainda uma comparação entre uma imagem de um sabonete em barra no Nepal interpretada pelos algoritmos como comida; queijo; sanduíche; doce e outros; enquanto uma imagem de um sabonete líquido do Reino Unido foi identificada perfeitamente.

Os avanços no reconhecimento de objetos por sistemas artificialmente inteligentes carregam a responsabilidade de assegurar que estes funcionem de

forma igualitária mundialmente, independente do contexto étnico ou social. Os dados do referido estudo (FAIR, 2019, p. 5) apontam que a falta de diversidade entre os profissionais que desenvolvem estes sistemas – em sua maioria, controlados por empresas e programadores de países ocidentais de primeiro mundo –, se mostra como um óbice à inovação tecnológica.

Conforme exposto anteriormente, o viés presente na tecnologia pode se mostrar como um obstáculo para a ODR solucionar conflitos internacionais. A quarta parte pode também ser afetada pelos mesmos fatores que influenciam nos algoritmos analisados pelo FAIR, tendo prejudicada sua capacidade de compreender as diversas nuances culturais e étnicas intrínsecas a conflitos transnacionais.

As ODRs podem representar o florescimento da privatização de uma jurisdição não necessariamente orientada pela justiça, mas, sim, por interesses econômicos; lado outro, é uma alternativa em um sistema multiportas, no qual o Poder Judiciário tem demonstrado dificuldade de atender plenamente o grande número de controvérsias (FLJS, 2018, p. 3).

Os custos e o tempo médio para a resolução do conflito pela via judicial tornam a ODR uma opção atrativa para partes. Todavia, a mencionada falta de regulamentação e o fato de esta se tratar de uma jurisdição privada geram incerteza acerca da sua imparcialidade na resolução de controvérsias. Isso demonstra que todo um universo de disputas estranho à teoria e prática clássicas têm surgido, o que demanda uma revitalização da abordagem acerca desta temática - seja no que tange à justiça privada, autonomia da vontade e ao monitoramento das entidades privadas que controlam estas disputas (FLJS, 2018, p. 3).

A ausência de poder coercitivo da ODR - e, neste caso, das ADRs em geral - para efetivar, de per si, os acordos firmados, é comumente apontada como uma de suas limitações. Todavia, a simples obtenção de uma decisão prolatada pela terceira ou quarta partes a partir de um procedimento participativo dotado de escuta ativa desencoraja a litigância, fato comprovado através de milhares de disputas acerca de nomes de domínio do ICANN (KATSH; RIFKIN, 2001, p. 109).

Alguns dos meios para se garantir a efetividade da ODR sem que seja necessário recorrer à via judicial envolvem o temor relativo aos custos atrelados à judicialização da controvérsia ou de outras sanções econômicas impostas ao descumprimento; a preocupação acerca da reputação frente ao mercado, especialmente no que tange o comércio eletrônico no e a avaliação dos vendedores em plataformas como o eBay, Amazon, Mercado Livre e outros; a possibilidade de a ODR, caso autorizada, exercer controle sobre ativos ou ações desejadas pelas partes; e, por fim, o design personalizado da resolução de conflitos atrelado à

especialização em determinadas matérias por parte de algumas das startups que prestam ODRs (ARBIX, 2017, p. 82-84).

Por ser uma ferramenta ainda nova no Brasil, alguns questionamentos surgem e revelam possíveis limitações da ODR, como a dispensa legal de assessoria jurídica – o que pode dar ensejo a acordos ilícitos e desproporcionais, especialmente frente a usuários habituais (ARBIX, 2017, p. 51, apud CONSTANTINO; MARCHANT, 1996, p. 41-44); a ausência das externalidades positivas advindas da prolação de sentenças judiciais, como a disseminação de debates públicos relevantes (ARBIX, 2017, p. 51, apud POLINSKY; SHAVELL, 2007, 436-437) e a criação de precedentes que conferem segurança jurídica e repelem ilícitos sistemáticos por parte de empresas, dentre outros (ARBIX, 2017, p. 52).

Por fim, a ODR representa uma ampliação de mercado para os profissionais atuantes na resolução extrajudicial de conflitos. O mercado em que atuam estes profissionais se comporta pelo modelo chamado *winner-take-all*^[13], em que os poucos profissionais mais renomados cativam a fatia mais rentável do mercado (VELIKONJA, 2009, p. 258). A demanda pelos serviços de mediação depende da renda dos consumidores, da economia, dos custos dos demais métodos de resolução de conflito, da expectativa das partes demandantes e demais fatores (VELIKONJA, 2009, p. 13). Por ser virtual, a ODR permite que o empreendedor não fique limitado a barreiras físicas e possa alargar o número de conflitos captados, bem como sua variedade e complexidade.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível perceber que as ODRs brasileiras ainda têm um longo caminho a percorrer no que tange ao protagonismo da tecnologia como quarta parte na relação jurídica, processo que pode ser intensificado a partir da disseminação do uso da ferramenta e da proliferação de novos artigos científicos sobre a temática.

Percebe-se também que o acesso à justiça é o avanço mais latente da ODR, todavia não é o único. A ODR representa o verdadeiro surgimento de uma metodologia de resolução de controvérsia nunca antes vista, talvez um dos métodos mais adequados a modular os conflitos originados na pós-modernidade, seja por serem eles também advindos do ambiente online ou seja pela acessibilidade da ferramenta, especialmente em virtude dos baixos custos.

Todavia, mesmo diante dos avanços mencionados, ainda existem pontos de reflexão extremamente relevantes, sendo um dos mais preocupantes a falta de regulamentação no Brasil. Questões acerca dos limites das ODRs e de sua imparcialidade remanescem sem respostas definitivas. A falta de regulamentação também põe em risco a proteção dos dados das partes, que tem sido tratado de maneira heterogênea - a critério de cada ODR - e, principalmente, sem garantia de

efetividade pela falta de previsão legal. Ademais, não existe garantia de higidez jurídica acerca das informações acerca dos direitos e deveres das partes, o que pode prejudicar especialmente partes hipossuficientes - seja do ponto de vista econômico ou de acesso à informação - o que pode dar ensejo a acordos abusivos. Todos estes fatores, juntos, põe em xeque a segurança jurídica das partes que se submetem às plataformas para a resolução de conflitos online.

Assim, a regulamentação quando a ODR ainda se encontra em fase incipiente pode ser justamente o fator apto a prevenir possíveis desigualdades que a ferramenta possa vir a propagar no futuro. Nesta toada, é importante ressaltar que a hiper-regulação pode, sim, dificultar a popularização da ferramenta e a inovação tecnológica, razão pela qual, ambos, igualmente relevantes do ponto de vista econômico e social, devem ser sopesados de maneira responsável, a fim de que seja possível o avanço atrelado à justiça.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO FECHADO. [Acordo Fechado]. [2019]. Disponível em: <https://www.acordofechado.com.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

ACORDO LEGAL. Home. [2014]. Disponível em: <https://www.acordolegal.com/>. Acesso em: 29 set. 2019.

ACORDO LEGAL. Perguntas frequentes. [2014]. Disponível em: <https://www.acordolegal.com/perguntas-frequentes>. Acesso em: 29 set. 2019.

ACORDO LEGAL. Sobre. [2014]. Disponível em: <https://www.acordolegal.com/sobre>. Acesso em: 29 set. 2019.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A RESOLUÇÃO ONLINE DE LITÍGIOS (ODR) DE BAIXA INTENSIDADE: PERSPECTIVAS PARA A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA. **Pensar:** Revista de Ciências Jurídicas, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017. ISSN 2317-2150. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/5397/pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5397>

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Controvérsias.** São Paulo: Intelecto, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. **Radar de Early Stage, versão 2.1.** [São Paulo], 21 maio. 2019. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/radar-early-stage/>. Acesso em: 24 maio. 2019

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. **Radar de Lawtechs e Legaltechs, versão 4.6.** [São Paulo], 21 maio. 2019. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/radar-lawtechs/>. Acesso em: 24 maio. 2019

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. **Radar de Lawtechs e Legaltechs, versão 1.0.** [São Paulo], 2017. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Radar-AB2L-v1-Outubro-2017.png>. Acesso em: 24 maio. 2019

BRAGA, Vicente Martins Prata. **O “eConciliar” como meio de efetivação do acesso à justiça em um incipiente sistema de múltiplas portas brasileiro**: uma opção que vale o jogo. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) – Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420170411140427808941/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

CONCILIAR BR. [Conciliar BR]. [2019]. Disponível em: <https://www.conciliarbr.com.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONCILIAR BR. Como funciona. [2019]. Disponível em: <https://www.conciliarbr.com.br/institucional/como-funciona>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONCILIAR BR. Quem somos. [2019]. Disponível em: <https://www.conciliarbr.com.br/empresa/quem-somos>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONCILIAR BR. Termos de conciliação ou mediação eletrônica. [2019]. Disponível em: <https://www.conciliarbr.com.br/institucional/termos-de-conciliacao-ou-mediacao-eletronica>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONCILIE ONLINE. Estatística. [2014]. Disponível em: <https://www.concilie.com.br/concilie/estatistica/>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONCILIE ONLINE. Página Inicial. [2014]. Disponível em: <https://www.concilie.com.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília, 2018. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 24 maio. 2019.

D’ACORDO. [D’Acordo]. [2019]. Disponível em: <http://www.dacordo.com.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

FACEBOOK AI RESEARCH. Does Object Recognition Work for Everyone? [New York]: Facebook AI Research, 2019. Disponível em: <https://research.fb.com/publications/does-object-recognition-work-for-everyone/>. Acesso em: 09 jul. 2019.

FARIAS, C.C; ROSENVALD, N.; NETTO, F.P.B.; **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 936 p. (responsabilidade civil, v. 3).

FLJS. Facebook, Big Data, and the Privatization of Justice in the Digital Age. 2018. Disponível em: <https://www.fljs.org/content/facebook-big-data-and-privatization-justice-digital-age>. Acesso em: 29 set. 2019.

FRANKS, Mary Anne. Justice Beyond Dispute [Ethan Katsh and Orna Rabinovich-Einy. Digital Justice: technology and the internet of disputes]. **Harvard Law Review**, [Cambridge, EUA], vol. 131, n. 5, p. 1374-1397, mar. 2018. ISSN 0017-811X. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/03/1374-1397_Franks_Online.pdf. Acesso em: 23 jun. 2019.

FREITAS NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei. A EVOLUÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL: ON LINE DISPUTE RESOLUTION. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 265-282, jun. 2017. ISSN 1983-4225. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439>. Acesso em: 19 maio 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.439>.

HEUVEL, Esther van den. **Online dispute resolution as a solution to cross-border e-disputes:** an introduction to ODR. OECD. Disponível em: <http://www.oecd.org/internet/consumer/1878940.pdf>. Acesso em: 24 maio. 2019.

IBGE. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

JUSPRO. [Juspro]. [2017]. Disponível em: <https://www.juspro.com.br/index.html>. Acesso em: 29 set. 2019.

JUSPRO. Como funciona. [2017]. Disponível em: <https://www.juspro.com.br/como-funciona/>. Acesso em: 29 set. 2019.

JUSPRO. Quem somos. [2017]. Disponível em: <https://www.juspro.com.br/quem-somos/>. Acesso em: 29 set. 2019.

JUSTTO. Acordo. [2019]. Disponível em: <https://justto.com.br/acordo/>. Acesso em: 29 set. 2019.

JUSTTO. Produto. [2019]. Disponível em: <https://justto.com.br/produto/>. Acesso em: 29 set. 2019.

KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace. **Lex Electronica**, [Montreal], v. 10, n. 3, p. 1-12, inverno 2006. ISSN 1480-1787. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf. Acesso em: 24 maio 2019.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet; GAITENBY, Alan. **E-commerce, e-disputes and e-dispute resolution:** In the shadow of "eBay law". Ohio State Journal On Dispute Resolution, Ohio, v. 15, n. 3, p.705-734, set. 2000. Disponível em: <http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Jenet. **Online Dispute Resolution:** Resolving Conflicts in Cyberspace. 1. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2001.

KOULU, Riikka. Three Quests for the Justification in the ODR Era: Sovereignty, Contract and Quality Standards. **Lex Electronica**, [Montreal], v. 19, n. 1, p. 44-71, inverno 2014. ISSN 1480-1787. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf. Acesso em: 26 de set. de 2019.

LEEGOL. [Leegol]. [2018]. Disponível em: <https://www.leegol.com/>. Acesso em: 29 set. 2019.

LEEGOL. Serviços para advogados. [2018]. Disponível em: <https://www.leegol.com/servicos-para/advogados>. Acesso em: 29 set. 2019.

LEEGOL. Serviços para câmaras. [2018]. Disponível em: <https://www.leegol.com/servicos-para/camaras>. Acesso em: 29 set. 2019.

LEEGOL. Serviços para empresas. [2018]. Disponível em: <https://www.leegol.com/servicos-para/empresas>. Acesso em: 29 set. 2019.

LEEGOL. Serviços para pessoas físicas. [2018]. Disponível em: <https://www.leegol.com/servicos-para/pessoas-fisicas>. Acesso em: 29 set. 2019.

LIMA, Gabriela Vasconcelos. **Adoção de soluções em online dispute Resolution como política pública para o poder Judiciário**: um panorama da situação brasileira. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420170131144207645426/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2019.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, jan. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>. Acesso em: 24 maio 2019. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>.

MAGALHÃES, M. E.S.; ECKSCHMIDT, T.; MUHR, D. **Do Conflito ao Acordo na Era Digital** (meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016.

MEDIAR 360. [Home]. [2019]. Disponível em: <http://www.mediar360.com.br/htm/home.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

MEDIAR 360. [Mediar 360]. [2019]. Disponível em: <http://www.mediar360.com.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

OLIVEIRA, Maria Rita Neto Sales. Do mito da tecnologia ao paradigma tecnológico: a mediação tecnológica nas práticas didático-pedagógicas. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 101-107, Dec. 2001. ISSN 1809-449X. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782001000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782001000300009>.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY GROUP. **United Kingdom Civil Justice Council. Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims**. London: United Kingdom Civil Justice Council, 2015. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp->

content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf.
Acesso em: 20 maio. 2019.

PLATAFORMA AGENDA 2030. Conheça a Agenda 2030. [2015]. Disponível em:
<http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

RAYMOND, Anjanette H. The Dilemma of Private Justice Systems: Big Data Sources, the Cloud and Predictive Analytics. **Northwestern Journal of International Law & Business**, [EUA], v. 35, n. 4, p. 1A-45A, primavera 2015. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol35/iss4/1>. Acesso em 26 de set. de 2019.

RESOLUÇÃO ONLINE DE CONFLITOS: O CASO EUROPEU E UMA ANÁLISE DO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO. ITKOS. Disponível em: <http://www.itkos.com.br/wp-content/uploads/2017/11/ODR-Artigo-UNB.pdf>. Acesso em: 24 maio. 2019.

SEBRAE. **Inovação: o que é uma empresa startup?** Belo Horizonte, 2017. Disponível em:

<https://www.sebraemg.com.br/atendimento/bibliotecadigital/documento/Texto/O-que-e-uma-empresa-startup>. Acesso em: 04 jun. 2019

SUMMERS, Clyde. Alternative dispute resolution in United States. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, n. 13, p. 25-35, jul-dez. 2011. ISSN 1870-4670. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640268004>. Acesso em: 24 maio 2019.

SUSSIKING, Richard. **The end of lawyers?** Rethinking the nature of legal Services. Nova York. Oxford University Press, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Tabela de Custas - 1ª Instância / 2019. 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/custas-emolumentos/tabela-de-custas-1-instancia-2019.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

TURKLE, Sherry. How Computers Change the Way We Think. **The Chronicle Review**, [Washington, DC], v. 50, n. 21, p. B26, jan 2004. ISSN 0009-5982. Disponível em: http://web.mit.edu/sturkle/www/pdfsforstwebpage/Turkle_how_computers_change_way_we_think.pdf. Acesso em: 11 jul 2019.

UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. Managing a Mediation Process. Washington, D.C.: United States Institute of Peace, 2008. Disponível em: https://www.usip.org/sites/default/files/managing_mediation_process.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

VELIKONJA, Urška. Making Peace and Making Money: economic analysis of the market for mediators in private practice. **Albany Law Review**, [Albany, EUA], v. 72, n. 1, p. 257-291, inverno, 2009. ISSN 0002-4678. Disponível em: https://www.mediate.com/pdf/Velikonja_Mediation%20Article.pdf. Acesso em: 23 jun 2019.

NOTAS:

^[11] Gabriela Cabral Gouvêa: Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG. Rua Maestro Abgail Moura, 92, Centro, CEP: 36.855-000, Eugénópolis – MG. Telefone: (32) 98404-6736. E-mail: gcabralgouvea@gmail.com.

^[12] Métodos alternativos de resolução de conflitos.

^[13] Sigla derivada do inglês “Online Dispute Resolution”.

^[14] Em contraponto ao procedimento digital, o procedimento analógico é aquele realizado “face-to-face”, ou seja, pessoalmente, em que as partes não se valem da tecnologia chegarem à resolução do conflito, a exemplo das conciliações e mediações realizadas nos CEJUSCs ou câmaras privadas de arbitragem.

^[15] Sigla derivada da língua inglesa, que significa “alternative dispute resolution” ou “resolução alternativa de controvérsias”.

^[16] Trata-se da relação jurídica processual, formada pelas partes litigantes e o Estado, representado pela figura do magistrado no processo ou da relação formada entre partes que litigam e um terceiro, conciliador, mediador, árbitro, que de modo imparcial compõe essa relação triangular.

^[17] Expressão da língua inglesa que pode ser compreendida como aprendizado automático.

^[18] Os critérios objetivos definidos para a análise de pertinência foram a partir da pesquisa bibliográfica exploratória-descritiva mediante a utilização de descritores de pesquisa, a saber “ODR”, “online dispute resolution” e “resolução online de conflitos”. Ato contínuo, os trabalhos encontrados foram triados a partir da ausência ou presença de pertinência temática. Para isso, o critério utilizado foi a presença destes descritores no título ou resumo dos artigos. A busca pelos referidos artigos foi realizada em sítios de pesquisa como SCIELO (Scientific Eletronic Library Online) e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD).

^[19] A Agenda 2030 é a materialização de um plano de ação que abarca medidas ousadas e socialmente transformadoras assumidas, enquanto compromisso internacional, pelos governos no âmbito da ONU. Ela abarca 17

objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) que devem ser atingidos até o ano de 2030, sendo o 16º objetivo relacionado diretamente ao Direito e suas instituições (Agenda 2030, [2015], online).

^[10] Em português, compreendido como Instituto de Pesquisa de Inteligência Artificial do Facebook (tradução livre).

^[11] Para o desenvolvimento do referido estudo, foram analisados os cinco algoritmos mais comumente utilizados pelas empresas, quais sejam, Microsoft Azure, Clarifai, Google Cloud Vision, Amazon Rekognition e IBM Watson.

^[12] País africano próximo ao Mali, Níger e Gana.

^[13] Expressão da língua inglesa que significa “o vencedor leva tudo”.

O CRIME DE FURTO E ROUBO E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI

13.654/2018

MAYCKY FERNANDO ZENI: Advogado. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC. Curso de Aperfeiçoamento para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – ESMPPSC; Curso de Atualização Jurídica – LFG. Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Joaçaba, SC; Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS; Membro Estadual da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Santa Catarina.

RESUMO: O trabalho que iremos abordar irá tratar das alterações trazidas pela Lei 13.654/2018 nos crimes de furto e roubo, bem como do emprego de explosivos nessas condutas criminosas.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal – Crime de Furto e Roubo- Lei 13.654/2018.

ABSTRACT: The work we will cover will address the changes brought by Law 13.654 / 2018 in theft and robbery crimes, as well as the use of explosives in these criminal conduct.

KEYWORDS: Criminal Law - Crime of Theft and Theft - Law 13.654 / 2018.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.13.654/2018.3. DO AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 2-A, NA LEI 7.102/1983.4. CONCLUSÃO.5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1.INTRODUÇÃO

No presente trabalho iremos tratar das alterações trazidas pela Lei 13.654/2018 nos crimes de furto e roubo tipificados no CPB nos artigos 155 e 157 pelo uso de explosivos tendo em vista o aumento das referidas condutas criminosas, notadamente dos crimes praticados contra as agências bancárias.

2. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.13.654/2018

Os artigos 155 e 157 do CP sofreram algumas alterações.

Senão vejamos:

Art. 155.

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.”(NR)

“Art. 157.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – (revogado); ...

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.”(NR)

Houve alteração também na Lei 7.102/1983 onde foi acrescentado o artigo 2-A, in verbis:

“Art. 2º-A As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que colocarem à disposição do público caixas eletrônicos, são

obrigadas a instalar equipamentos que inutilizem as cédulas de moeda corrente depositadas no interior das máquinas em caso de arrombamento, movimento brusco ou alta temperatura.

§ 1º Para cumprimento do disposto no caput deste artigo, as instituições financeiras poderão utilizar-se de qualquer tipo de tecnologia existente para inutilizar as cédulas de moeda corrente depositadas no interior dos seus caixas eletrônicos, tais como:

I - tinta especial colorida;

II – pó químico;

III – ácidos insolventes;

IV – pirotecnia, desde que não coloque em perigo os usuários e funcionários que utilizam os caixas eletrônicos;

V – qualquer outra substância, desde que não coloque em perigo os usuários dos caixas eletrônicos.

§ 2º Será obrigatória a instalação de placa de alerta, que deverá ser afixada de visível no caixa eletrônico, bem como na entrada da instituição bancária que possua caixa eletrônico em seu interior, informando a existência do referido dispositivo e seu funcionamento.

§ 3º O descumprimento do disposto acima sujeitará as instituições financeiras infratoras às penalidades previstas no art. 7º desta Lei.

§ 4º As exigências previstas neste artigo poderão ser implantadas pelas instituições financeiras de maneira gradativa, atingindo-se, no mínimo, os seguintes percentuais, a partir da entrada em vigor desta Lei:

I – nos municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes, 50% (cinquenta por cento) em nove meses e os outros 50% (cinquenta por cento) em dezoito meses;

II – nos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) até 500.000 (quinhentos mil) habitantes, 100% (cem por cento) em até vinte e quatro meses;

III – nos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, 100% (cem por cento) em até trinta e seis meses.

3. DO AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 2-A, NA LEI 7.102/1983

Existe uma certa discussão por parte da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade da apreensão da arma de fogo bem como de sua potencialidade lesiva.

O STJ através da Terceira Seção quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, tornou pacífica que a incidência da majoração de pena quando do emprego de arma de fogo independe da apreensão da arma de fogo e realização de perícia.

Senão vejamos:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF. II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante. III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal

posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo. IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão. V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

Talvez por essa razão o Supremo Tribunal Federal, ainda em maioria, decidiu que a arma tem potencial lesivo por si só, ou *in re ipsa*, o que de resto parece mais consentâneo com o texto legal, com a realidade e com a interpretação mais próxima dos costumes e valores praticados pela sociedade atual. No Plenário da Suprema Corte restou decidido o seguinte:

"ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI -

Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida." (STF - HC 96099/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Tribunal Pleno - j. 19/2/2009 - DJe 5/6/2009).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, antes recalcitrante, passou a seguir, por unanimidade, o entendimento firmado pelo Tribunal Pleno, no julgamento do HC nº 104.984/RS, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Em atenção ao princípio da segurança jurídica e do colegiado e com o intuito de evitar decisões divergentes entre as Turmas do Tribunal, admitiu-se a desnecessidade de apreensão e perícia da arma empregada no crime de roubo para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se por outro meio de prova restar evidenciada a sua utilização.

Trago à colação a ementa do julgado:

"Habeas Corpus. 2. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo. Prescindibilidade da apreensão e perícia da arma para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios de prova restar comprovado o seu emprego na prática criminosa. 3. Precedentes do Plenário. 4. Ordem denegada." (STF, HC 104.984/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJe 30/11/2010).

Por outro lado quando do julgamento do (HC 108289/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008), houve o entendimento da necessidade da apreensão da arma de fogo bem como da realização de perícia.

Vejamos:

HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO CO-RÉU. PRESCINDIBILIDADE. 1. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código

Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada. 2. Caracteriza-se o concurso de agentes quando há a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, sendo prescindível a identificação do co-réu. 3. Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 108289/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008)

Sobre o corpo de delito, segue a lição de Rogério Lauria Tucci:

(...) Daí, à evidência, sua manifesta importância, a ser objetivada, de logo (e ainda que num relance, dado orientar-se nosso estudo, como é óbvio, a outro campo de trabalho, com o qual se relaciona intimamente), no Direito Penal material. E isto, por certo, em virtude de originar-se o conceito de tipo delitivo do tradicional corpus delicti, sua proclamada raiz histórica, no sentido primeiro da correspondência a toda ação punível, ou seja, ao fato objetivo. (Do corpo de delito no Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5-6)

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Quanto ao crime de roubo, a mais importante modificação foi a revogação do inciso I do parágrafo segundo do art. 157 do Código Penal (se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma). Sempre se entendeu que o termo "arma" abrangia tanto as armas próprias (instrumentos feitos para funcionar como tal; ex.: revólver; punhal etc.) como as impróprias (instrumentos utilizados eventualmente como armas; ex.: martelo; faca de cozinha; facão de roça etc.). A constatação de existência de qualquer tipo de arma, permitia o aumento de um terço até a metade. Hoje, não mais. Está abolida a causa de aumento quanto às armas diversas das que sejam de fogo. Houve uma "novatio legis in mellius" (lei nova favorável ao réu) e deve ser aplicada, de imediato,

retroativamente a todos os réus (processos em andamento) e aos condenados (o juiz da execução precisa recalcular a pena daqueles que foram condenados com o referido aumento por exercer a ameaça ou a violência com arma que não seja de fogo).(NUCCI, Guilherme de Souza. Breves anotações acerca da Lei 13.654/2018 - Furto e Roubo, 2018. (<http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/brevesanotacoes-acerca-da-lei-13-654-2018-furto-e-roubo>)

4.CONCLUSÃO

Chegamos a conclusão de que a Lei nº 13.654/2018 teve como objetivo precípuo combater as organizações criminosas na explosão de caixas eletrônicos, crime este que vem aterrorizando toda a sociedade brasileira, notadamente nas cidades do interior.

A doutrina e a jurisprudência irão dirimir a questão da necessidade da apreensão da arma de fogo e da realização da perícia para que possa incidir a majorante no referido crime.

5.REFERENCIAS BIBILIOGRAFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Breves anotações acerca da Lei 13.654/2018 - Furto e Roubo, 2018.(<http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/brevesanotacoes-acerca-da-lei-13-654-2018-furto-e-roubo>)

STF - HC 96099/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Tribunal Pleno - j. 19/2/2009 - DJe 5/6/2009.

STF, HC 104.984/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJe 30/11/2010.

STJ, HC 108289/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008.

STJ, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 961.863 - RS 2009/0033273-4 - R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO GILSON DIPP.

ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO QUATI, UM GRITO PELA DIGNIDADE DOS SERTÕES

TAUAN RODRIGUES QUEIROZ: Aluno do 4 período do Curso de Direito do Centro Universitário São Francisco de Barreiras

DIEGO PEREIRA

(Coautor)

RESUMO: Os sertões de Euclides da Cunha, ao descrever as amarguras do sertanejo, servia de denúncia contra as desigualdades do sertão que se distanciava no mar. O mar, como referência à abundância de água, é a mesma que invadiu a região sertaneja da Bahia, descrita por Euclides há mais de 100 ano. Este artigo, correlacionando literatura e violações de direitos, faz um panorama de uma pequena comunidade vítima de um rompimento de barragem no ano de 2019.

SUMÁRIO: 1. Dignidade da Pessoa Humana do Sertanejo. 2. Os Sertões de Euclides da Cunha e Rompimento de Barragem. 3. Conclusão.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO SERTANEJO

Dignidade, palavra que possui origem etimológica do termo em latim *dignitas*, tendo significado ligado a ideia de autoridade, pessoa digna de respeito, e que está em uma classe elevada da sociedade. Tal significação dá uma ideia seletiva, onde essa qualidade somente está presente em algumas pessoas, enquanto outras, por não estarem incluídas em determinados grupos sociais, não são contempladas com a mesma.

Tratando-se do contexto jurídico-político-social pós II Guerra Mundial e as atrocidades decorrentes de tal evento, começou-se a dar um leque ainda maior para o significado do termo dignidade, dando origem ao princípio basilar do ordenamento jurídico, o Princípio da Dignidade Humana, tornando-se fundamento previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 1º, inciso III.

Remetendo ao pensamento de Sarlet, a dignidade humana pode ser conceituada como “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz

merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.". Esse pensamento doutrinário visa a mudança da noção de dignidade, agora abraçando todas pessoas, independente de características físicas ou sociais, desligando-a da ideia de autoridade. (SARLET, 2002, p.62).

Mesmo com tanto cuidado com o tratamento da dignidade da pessoa humana em nossa legislação, ainda é real as desigualdades sociais que assolam determinadas regiões do nosso país, e a seletividade de núcleos de investimento do Estado. Isso acaba tornando uma utopia tal tratamento com a pessoa humana, que na práxis, luta com o descaso estatal.

2. OS SERTÕES DE EUCLIDES DA CUNHA E ROMPIMENTO DE BARRAGEM.

Essa é a realidade dos sertanejos do Nordeste brasileiro, mais especificamente dos habitantes das Cidades de Coronel João Sá e Pedro Alexandre (cidades vizinhas), que no Dia 11 de Julho de 2019, foram assoladas por um mar de água advindo do rompimento da Barragem do Quati, a qual, abastecia ambas as cidades.

O rompimento foi causado em recorrência de fortes chuvas que caíram durante a semana na região, o que causou o sangramento de barragens particulares que se encontram nas propriedades rurais próximas a barragem, possuindo elas a função de reservatório hídrico para o abastecimento da propriedade nos períodos de seca.

Como consequência dessa evasão de água, todo o excedente foi deslocado para a Barragem do Quati, que, por não suportar tamanha quantidade, veio a ceder, levando a água para as cidades, causando destruição por todo trajeto, afetando diretamente a vida da população dessa região, esta, já tão sofrida historicamente pela seca, vive, em uma condição de contraste, a transmutação do sertão em mar.

O rompimento, de acordo com a Superintendência da Defesa Civil da Bahia (Sudec), deixou 470 desabrigados e 2.770 desalojados, em ambas as cidades, afetando diretamente a vida de 14,4 mil pessoas. Só em Coronel João Sá, cidade mais afetada pelo rompimento, foram 390 desabrigados e 2.010 desalojados, cerca

de 14% da população local, que, de acordo com o IBGE, não passa de 17.000 habitantes.

Tal acontecimento não pode ser visto de maneira superficial, e nem tratado como um acaso. É necessário se adentrar nas raízes do semiárido brasileiro, como fez o jornalista Euclides da Cunha no início do século XX, no seu famoso ensaio jornalístico-literário “Os sertões”, e observar que o descaso com o sertão e a falta de tratamento digno com o sertanejo é cultura do poder nacional desde aquela época.

No ensaio, Euclides expõe todo o contexto que desencadeou a Guerra de Canudos, verificando a sonegação de Direitos básicos, como alimentação e saúde, entre outros que o sertanejo sofria naquele período. Para fugir dessa bruta realidade, os habitantes de Canudos encontraram a fulga no divino, este, representado por um homem magro, velho e andarilho chamado Antônio Conselheiro, o profeta do sertão, na qual a devoção era tamanha, que fez os sertanejos levantarem as inchadas contra o Estado.

Durante sua jornada, Euclides observou também as dificuldades geográficas do bioma caatinga, presente nessa região, sendo caracterizado pelo:

[...] aspecto doloso: árvores sem folhas, de galhos extorcidos e secos, revoltos, entrecruzados, apontando rigidamente no espaço ou esterando-se flexuoso pelo solo, lembrando um bracejar imenso, de tortura, da flora agonizante. (CUNHA, 1967, p. 38)

Mesmo se passando mais de 100 anos, o mesmo sertanejo de Canudos ainda luta contra os mesmos vilões, a falta de assistência estatal e a seca. Sendo a descrição de Euclides, mesmo se passando tanto tempo, perfeita para os moradores das cidades afetadas pelo rompimento da Barragem do Quati, pois as cidades Coronel João Sá e Pedro Alexandre se distanciam de Canudos por menos de 200 km.

Dona de uma riqueza histórica, a cidade de Coronel João Sá foi emancipada em 28 de julho de 1962, mas sua história começa bem antes, quando ainda se chamava Arraial Bebedouro. De início o Arraial fez parte da capitania hereditária de Pernambuco, depois foi inserida na sesmaria de Garcia D'Ávila, homem muito conhecido por desbravar o interior nordestino. Outro acontecimento relevante eram as aparições do Rei do Cangaço, Virgulino Ferreira da Silva, mais conhecido como Lampião, em vários capítulos de sua vida. (Coronel João Sá, 2017)

Em contraste com a riqueza cultural do antigo Arraial Bebedouro, encontramos a pobreza do desenvolvimento humano nas cidades de Coronel João Sá e Pedro Alexandre em pleno 2019, onde a maioria das pessoas vivem uma vida semelhante a que a população de Canudos viveu nas palavras de Euclides da Cunha no início do século XX, uma vida de Direitos suprimidos, mesmo na vigência da atual Constituição cidadã.

De acordo com o IBGE, a cidade possui um IDH muito abaixo da média nacional, sendo ela de 0,562, enquanto a nacional 0,699 (o IDH de Pedro Alexandre, cidade afetada com menor intensidade, é ainda menor, 0,513). Outro dado alarmante é o assustador percentual de esgotamento sanitário de apenas 29,5% no município, mostrando o desnivelamento comparada com outras regiões do Brasil.

Esses dados comprovam a não efetivação do artigo 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que, apesar de ter mais de 30 anos de vigência, ainda não procurou "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" de uma região, que nas palavras de Euclides da Cunha sofre pelo "cautério das secas".

Apesar de ser uma região marcada por longos períodos de estiagem e com o baixo índice pluviométrico anual, de acordo com o Departamento de Ecologia IB-USP, é característico do bioma caatinga (bioma das cidades citadas) as chuvas pesadas após grandes períodos de seca, isso devido as irregularidades de chuvas decorrentes no ano. Foi em uma dessas chuvas pesadas que a barragem do Quati rompeu, chovendo, de acordo com o G1, 100 mm em menos de 24 horas, sendo que a estimativa era de 54 mm para todo mês.

Esse fenômeno natural é descrito muito bem na música “Súplica Cearense”, música do baiano Gordurinha, eternizada na voz de Luís Gonzaga na década de 60, que aborda o relato de um sertanejo apegado com a religião, clamando para o fim da seca, mas é pego de surpresa pela tempestade destruidora:

Oh! Deus, perdoe este pobre coitado
Que de joelhos rezou um bocado
Pedindo pra chuva cair sem parar.
Oh! Deus, será que o Senhor se zangou
E só por isso o sol se arretiou
Fazendo cair toda chuva que há.
(Gordurinha, 1967)

De acordo com o site Clemate-data, a média anual de chuva nessas cidades é de apenas 531 mm, mas, na semana do rompimento da barragem, choveu 180 mm, o que corresponde, aproximadamente, 34% das chuvas do ano. Relatos de moradores mostram lugares onde a água chegou a subir 1,5 metros de altura nas casas que ficam na parte baixa da cidade, (G1, 2019).

De acordo com a Superintendência de proteção e Defesa Civil da Bahia, o rompimento da barragem do Quati, barragem construída nos anos 2000 pela Companhia de Desenvolvimento e Ação Regional (CAR), aconteceu em decorrência das fortes chuvas inesperadas que vinheram a romper alguns açudes menores na região, levando excesso de água para barragem, que não aguentou o acúmulo excessivo e cedeu, causando todo o estrago. (G1, 2019)

Já a ANA, Agência Nacional de Águas, responsável pelas barragens brasileiras, em nota, informou que não é sua atribuição a fiscalização pela referida barragem, e sim atribuição do Governo estadual. Neste mesmo pronunciamento feito ao G1, ela também revelou a existência de mais de 24 mil barragens para os mais diversos usos no país, sendo que o percentual das cadastradas na referida agência é de apenas 5.085.

Em contrapartida, o Governo do Estado, responsável pela barragem do Quati, segundo a ANA, afirmou que tal barragem, por ser de pequeno porte, não se enquadra na lei de segurança de barragens, e, portanto, não seria de sua competência fiscalizá-la. (G1, 2019)

Enquanto surgem debates entre as autoridades competentes sobre quem seria o real responsável pelo rompimento da barragem, fica nítido a supressão de direitos básicos com uma população, que apesar de já ser sofrida pela seca, agora ainda tem que lidar com as consequências advindas da inundação.

3. CONCLUSÃO

Nesse debate não se encontram culpados, mesmo a ANA admitindo a falta de regularização em quase de 20.000 barragens em todo Brasil, e ainda, sendo previsível esse tipo de chuva devido à instabilidade do bioma caatinga. Esses dados escacaram a falta de políticas públicas de segurança de barragens, a quais poderiam evitar a tragédia, ou melhor, mostra a não aplicação das leis de regulamentação e a falta de organização da administração pública.

O impacto causado pela água advinda do rompimento trouxe diversas consequências nas vidas das pessoas atingidas, sofrendo elas: danos ambientais, violações de direitos culturais, rompimentos de laços de afetividades, direito básico à alimentação e água potável, por mero descaso, recurso que em determinadas épocas do ano se tornam demasiadamente escasso.

Em uma terra regida pelo Estado Democrático de Direito, onde o Princípio Jurídico mais importante é a Dignidade da Pessoa Humana, as autoridades se fazem surdas ao grito do sertão, antes feito por Euclides em 1901, agora com som mais alto feito pela explosão da barragem, um grito de dignidade e atenção do povo nordestino cansado, rico em cultura mas desprezado de assistência, que é antes e apesar de tudo, remetendo a voz de Euclides da Cunha, um forte!

REFERÊNCIAS

DICIO. **Significado de Dignidade.** Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dignidade/>>. Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2º ed.rev.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões: A campanha de Canudos**. Edições de Ouro (Coleção Clássicos Brasileiros). Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967.

G1 BA. **O que se sabe sobre a inundação provocada pelo rompimento da barragem do quati na Bahia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/07/18/o-que-se-sabe-sobre-a-inundacao-provocada-pelo-rompimento-da-barragem-do-quati-na-bahia.ghtml/>>. Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

DEPARTAMENTO ECOLOGIA IB-USP. **Caatinga**. Disponível em: <<http://ecologia.ib.usp.br/index.php/8-noticias/10-caatingas/>>. Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

Coronel João Sá. **História do Município**. Disponível em: <<http://www.coroneljoaosa.ba.gov.br/historia-do-municipio//>>. Acesso em: 10 de Agosto de 2019.

CLIMATE-DATA. **Clima Coronel João Sá**. Disponível em: <<https://pt.climate-data.org/america-do-sul/brasil/bahia/coronel-joao-sa-42943//>>. Acesso em: 11 de Agosto de 2019.

IBGE. **Coronel João Sá**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ba/coronel-joao-sa.html/>>. Acesso em 12 de Agosto de 2019.

IBGE. **Pedro Alexandre**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ba/pedro-alexandre.html/>>. Acesso em 12 de Agosto de 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf/>> Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

LIBERDADE ASSISTIDA: A EFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA AO MENOR INFRATOR

ANTONIO WERLEM DA CRUZ RODRIGUES:

Bacharelado no curso de Direito do Centro
Universitário de Ensino Superior Amazonas – CIESA

**MARIA LENIR RODRIGUES
PINHEIRO**

(Orientadora)

RESUMO: A violência entre crianças e adolescentes tem crescido drasticamente, deixando de apenas mais uma questão exclusivamente de segurança, mas jurídico, especialmente no que se refere à punição dos infratores. A sociedade pouco entende a preocupação dos legisladores em relação à elaboração de medidas socioeducativas e recuperativas, tais medidas é explicada pelo fato de o menor infrator ainda ser um pessoa em processo de construção do caráter e da personalidade, que por algum motivo comete delito, porem que ainda pode ser resgatado para um convívio social, apartando-o da possibilidade de continuar a delinquir. A pesquisa foi realizada através de consultando de vários autores e artigo encontrado na internet, visando a discutir, a partir do ponto de vista dos autores, os seguintes aspectos: as vivências e o significado da medida; como eles a compreendem nas questões relacionadas ao ato infracional; a percepção que têm em relação ao contexto que vivem.

Palavras-chave: menor; infrator; medidas socioeducativas; eficácia; imputabilidade

Abstract: Violence between children and adolescents has grown dramatically, leaving just one more issue exclusively of security, but legal, especially regarding the punishment of offenders. Society understands little of the concern of legislators regarding the elaboration of socio-educational and recuperative measures, such measures is explained by the fact that the minor offender is still a person in the process of character and personality construction, who for some reason commits an offense, however. that can still be rescued for a social life, separating it from the possibility to continue delinquiring. The research was conducted by consulting several authors and an article found on the Internet, aiming to discuss, from the authors' point of view, the following aspects: the experiences and the meaning of the measure; how they understand it in matters related to the offense; their perception of the context in which they live.

Key-words: juvenile; offender, social and educational measures, effectiveness; imputability

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contextualização histórica do tratamento ao adolescente infrator. 2. Constituição de 1988 e a proteção ao adolescente. 3. O ato infracional. 4. A liberdade assistida. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma abordagem positiva de uma das medidas socioeducativas que tem como escopo a ressocialização e o desenvolvimento psicossocial do adolescente infrator previstos na Lei 8.069/90, também conhecida como estatuto da criança e do adolescente trata-se da liberdade assistida que vem como uma metodologia que busca através de orientações a inserção do adolescente na sociedade, a abordagem desse tema tem como objetivo demonstrar que a liberdade assistida pode funcionar como limitador de atos infracionais o que redundaria na diminuição da criminalidade.

A partir da pesquisa buscou-se obter um quadro detalhado do contexto histórico e atual do sistema socioeducativo no Brasil, analisar o perfil dos adolescentes atendidos, identificar a situação que se encontra o adolescente, avaliar as medidas de privação de liberdade e compreender as instituições que compõem a política de atendimento ao adolescente infratores.

Foram levantados dados quantitativos e qualitativos que nos permitiu conjecturar a possibilidade de traçar o perfil do adolescente privado de liberdade Brasil. Para tentar explicar a delinquência entre os adolescentes não podemos fazer falsas relações de causa e efeito, com a pobreza, baixa escolaridade, família em conflito ou associações ideológicas. Estamos diante de um assunto polêmico e complexo que se desdobra em relação ao adolescente com a sociedade. É preciso, dessa forma, problematizar o ato infracional entre os adolescentes e compreendendo-os como socialmente construídos e como expressão de uma sociedade que se pauta pelo individualismo.

Devemos destacar que nem sempre deve se aplicar penas privativas de liberdades cabendo a autoridade judiciária competente observar características do ato infracional e eleger a medida cabível, é o objetivo precípua da pena que é a ressocializador, ou seja, a reinserção do adolescente infrator na sociedade tem-se nesta forma de pena o objetivo não só de pagar por um ato infracional como

também a reeducação do adolescente infrator concedendo todas as condições para seu desenvolvimento com monitoramento e orientação estatal.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO AO ADOLESCENTE INFRATOR

Desde os tempos mais remotos o tratamento do adolescente infrator foi alvo de constantes discussões, em todos os sistemas jurídicos. Admitia-se que o adolescente não poderia ser responsabilizado pela prática delitiva, sem que antes ele tenha alcançado uma etapa evolutiva de seu desenvolvimento mental e social. Contudo em muitos casos os adolescentes passaram por sacrifícios, inclusive pagando com a própria vida até garantir uma codificação de seus direitos mais fundamentais.

No direito Romano estabeleceu uma legislação penal adotada aos adolescentes, distinguindo os seres humanos entre púberes e impúberes. Para os impúberes era reservado o discernimento do juiz, tendo este a obrigação de aplicar as penas bem mais moderadas. Já os menores de até 7 anos eram considerados infantes absolutamente inimputáveis. Dentre as sanções atribuídas, destacam-se a obrigação de reparar o dano causado e o açoite, era proibida a pena de morte, como se extrai da Lei das XLI Tábuas, assim explicada por (MEIRA 1972, p. 168-171):

No Brasil legislação voltada para a proteção do adolescente infrator, podemos observar que este teve uma na carta regia de 1693. Podemos citar por exemplo a obra de Correa Junior que registra a tendência tutelar da legislação brasileira voltada para os adolescentes tem raízes no referido diploma legal. Este configura-se como o primeiro dispositivo a favor da infância desvalida no Brasil e o marco do surgimento de uma variada gama de normas direcionadas essencialmente para a defesa e proteção do adolescente abandonado, em situação de perigo, na condição de vítima de agressão ou autor de um delito.

A obra de Paula Gomide nos revela que a preocupação com o adolescente já era encontrada nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no período colonial de 1603 a 1830 e que determinavam, no art. 134, Livro V:

“Quanto aos menores, estes deverão ser punidos pelos delitos que cometerem. Em caso de maior de 17 anos e menor de 20, fica o juiz encarregado de aplicar-lhe a pena e, se achar que merece pena total, dar-lhe-á, ainda que seja a pena de morte. Se for menor de 17 anos, mesmo que o delito mereça a morte, em nenhum caso lhe será dada” (GOMIDE 2000, p. 110)

Pereira em sua obra, afirma que, em 1830 o Código Criminal do Império cuidou da responsabilidade penal do adolescente, fixando-a em 14 anos, e adotou o critério do discernimento, sem limite inferior, a exemplo do que estabelece o Código Penal da França de 1810, onde este deixa claro que, “se obrarem com discernimento, deverão ser recolhidos à Casa de Correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos” (PEREIRA, 2000, p. 57).

O discernimento, entendido como a capacidade de compreensão da natureza ilícita do fato, foi aceito como critério por diplomas legais de diversos países do mundo e teve como objetivo maior substituir o critério cronológico, argumentando-se para tal que o desenvolvimento da personalidade não é uniforme e não é justo ou científico, realizar uma avaliação com base na idade do indivíduo. Este critério, de acordo com Paula (1989), foi mantido no 1º Código Penal da República, de 1890, que fixou a idade de nove anos para a responsabilidade penal, somente eximindo-se desta responsabilidade os adolescentes entre 9 e 14 anos cuja ação evidenciasse ter sido realizada sem discernimento.

O Governo Federal criou um instrumento incomum de proteção ao adolescente, a Lei Orçamentária nº 4242, de 05.01.1921, que estabelece a organização do serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, elevando para 14 anos a idade da responsabilidade penal e, além disso, eliminou o critério do discernimento, regulando, em vista disso, o processo especial aplicável a adolescentes, determinando o uso restrito de medidas de natureza reeducativa e protetora de acordo com Pereira.

Foi apresentado ao senado por José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, o 1º juiz de adolescentes da América do Sul um projeto de sua autoria (Decreto nº 17.943-A, de 12.10.1927), que foi aprovado, promulgado e consolidou as leis existentes na época, além de instituir um sistema de proteção e assistência aos menores, que passaram a ser divididos em dois grupos: os abandonados e os delinquentes.

Tendo como objetivo a assistência em detrimento da punição, o Código Mello Mattos, como passou a ser chamada a referida Lei Orçamentária, atribuiu ao juiz o poder de perdão, quando fosse evidenciada prática de infração leve e que não revelasse má índole; também ficou a cargo do magistrado a sentença indeterminada e a liberdade assistida.

O Direito do adolescente Brasileiro sempre teve como orientação principal a chamada infância irregular ou adolescente em situação irregular. Trata-se de um

conceito que surgiu com o aumento do número de crianças em situação fora da família ou da escola, caracterizando-se, por isso, um contingente de adolescentes à margem dos benefícios da sociedade, mesmo naquelas mais pobres.

Eram crianças enjeitadas ou desamparadas, inseridas em contextos perigosos e marginais, o que foi um grande motivo para a criação do Código de Menores de 1927, através do Decreto nº 17.943 a partir do qual foram efetivamente consolidadas as Leis de Assistência e Proteção aos adolescentes.

O conteúdo do referido Código de Menores era de ordem federal e estadual, conforme disposto em seu artigo 1º: O adolescente, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código. A autoridade competente mencionada era a União e o Distrito Federal, daí sua natureza federal e estadual. O código foi dividido em duas partes: uma geral, no âmbito do território nacional e a segunda, especial, referindo-se ao Distrito Federal.

Mais de 50 anos após a promulgação do Código Mello Mattos, surgia, através da Lei 6.697, um novo Código de Menores, contendo 123 artigos distribuídos em dois livros (parte substantiva e parte adjetiva) que passou a vigorar em 08.12.1980. Este novo código, que foi uma imposição oriunda das transformações ocorridas na sociedade brasileira nas cinco décadas anteriores, e da própria evolução do Direito do adolescente, apontava para uma grande mudança de filosofia no tratamento do adolescente autor de infração penal.

2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO AO ADOLESCENTE

Foi promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal do Brasil, sendo a lei fundamental de todos os brasileiros, e em 1990 foi regulamentando assim a lei especial que trata de crianças e adolescentes, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O esforço para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes vem de longa data, muito embora este direito não tenha sido reconhecido por algumas constituições anteriores

A Constituição Federal do Brasil que a partir de sua promulgação do ano de 1988 trata dessa proteção no artigo 227:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta

prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à **liberdade** e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Constituição Federal de 1988).

O Texto Constitucional, aprovado em primeira instância, assegurava categoricamente o contraditório nos casos referentes a adolescentes que fossem de encontro à ordem legal. O texto aprovado inicialmente, em seu artigo 230, § 3º, inciso IV, alínea f, dava garantia de “instrução contraditória e de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, à criança e ao adolescente a quem se atribua ato contrário à ordem legal”.

Entretanto, de acordo com Gomide, com a inclusão do princípio do contraditório para os adolescentes no texto constitucional causou manifestação de alguns profissionais do direito e de cidadãos das mais distintas categorias sociais. Em vista disso, alterou-se a Constituição assegurando alguns direitos aos adolescente, de acordo com a legislação tutelar específica, passando o texto a determinar, no art. 227, § 3º, inciso IV: “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado segundo dispuser a legislação tutelar específica”.

Para Pereira, (2000, p 101), essa alteração no dispositivo pelos constituintes foi bastante positiva, já que é fundamental levar-se em conta que a aplicação de uma medida ao adolescente tem invariavelmente por objetivo a reeducação, a preparação para viver em sociedade, profissionalizando-o ou submetendo-o a tratamento psicológico. Este autor ressalta que:

“A parte do dispositivo que refere “segundo dispuser a legislação tutelar específica”, cuja ênfase é importante, pois o caráter tutelar da legislação é reconhecido pela primeira vez e de forma categórica em um texto constitucional. Ou seja, a constituição tem a preocupação com a vida humana, em seus mais diversos aspectos, e neles se inclui a vida do menor como cidadão pleno de direitos” (Pereira 2000, p. 101).

Nas mais variadas interpretações jurídicas brasileiras, a vida exerce posição de honra. O próprio texto constitucional, em vários momentos, promove o seu indiscutível valor, porém a população não tem conhecimento da proteção a ela

garantida, pois o Estado não cumpre com sua obrigação de oferecer a proteção necessária a todos, sem quaisquer distinções.

Muitos pais desconhecem o apoio jurídico a eles oferecido, e assim vão criando seus filhos à mercê da própria sorte, sem conseguir oferecer o respaldo necessário ao adolescente em formação. A violação dos direitos sociais, instrumento essencial e eficiente para a garantia do bem estar material, moral e espiritual de toda população é uma constante, especialmente para a faixa da população com adolescente poder aquisitivo. A Constituição garante, em seu texto, vários direitos, que são quase sempre ignorados, destacando-se:

Saúde – direito ligado diretamente à vida, tendo todo cidadão, teoricamente, direito a tratamento de acordo com a sua enfermidade, independente de situação econômica. No período de crescimento, a criança precisa de inúmeros cuidados para a normalidade de seu desenvolvimento físico e intelectual. O Estado deveria estar atento para oferecer tratamento à mãe desde a gravidez, mas a realidade brasileira é diferente, tendo o cidadão, muitas vezes, que dormir em filas intermináveis para conseguir uma consulta para vários dias depois.

Educação – é um direito fundamental, do Estado e da família (Art. 205 – CF/88), direcionado a todo cidadão. O conhecimento faz com que o jovem cidadão assuma responsabilidades que lhe assegurarão desenvolvimento, a salvo dos perigos que assolam a sociedade. É dever de o Estado oferecer ensino de qualidade para acompanhamento e desenvolvimento intelectual do adolescente.

Moradia – é fato que um lar estruturado contribui em muito para o decréscimo da violência. A Constituição Federal, em seus arts. 23, IX 88 e 6º (após a emenda constitucional 26, de 14/02/2000) dá garantias aos cidadãos brasileiros de moradia adequada a suas necessidades. O texto constitucional parte do princípio de que um lar estruturado oferece grande contribuição para a diminuição da violência.

Lazer – A qualidade de vida está intimamente relacionada ao lazer. Qualquer tipo de recreação contribui para o crescimento saudável de todos os integrantes de uma sociedade. O lazer está garantido no art. 225 da Constituição Federal.

Trabalho – O direito ao trabalho é garantido, na Constituição Federal, em seu art. 6º. O trabalho traz dignidade ao cidadão, pois só trabalhando ele consegue as condições necessárias à sua manutenção. No direito brasileiro o trabalho está restrito aos maiores de 18 anos, sendo proibido, portanto, o trabalho de menores

de 16 anos, exceto na condição de aprendiz. Não há garantia de emprego aos pais, apenas garantias inerentes à prática de seu ofício, segundo o art. 7º, da CF/88. Como o Estado não oferece apoio integral, existem algumas reservas nesta proibição, pois a realidade mostra que é melhor haver um adolescente trabalhador do que um adolescente delinquente.

Estes são os principais direitos inerentes à Carta Magna Brasileira que são oferecidos a todos os cidadãos. Para uma análise da legislação específica à questão do adolescente infrator, serão apresentadas a seguir algumas considerações sobre a Lei nº 8.069, de 13/07/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Passados alguns anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu então a necessidade da criação de uma norma que pudesse regular e possibilitar um melhor entendimento sobre os direitos e deveres do adolescente diante da nova realidade vivida pelo país. A lei 8.069, aprovada em 13 de julho de 1990 foi chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, e especificou algumas soluções para o referido conflito social, tratando de proteger os diretamente interessados, ou seja, os adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA é uma das leis mais avançadas no tratamento relacionados à criança e ao adolescente, sendo reconhecida internacionalmente, pois é visto como um autêntico instrumento de proteção aos direitos do adolescente.

O ECA é inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional no trato da criança e do adolescente, trazendo limitações à ação do Estado, do Juiz, da Polícia, das Empresas, dos adultos e até mesmo dos pais. Apesar disso, o Estatuto ainda não conseguiu alterar, de maneira significativa, a realidade da criança e do adolescente em nosso país.

O fato é que uma grande parcela da sociedade acha que o ECA é uma arma para a impunidade, considerando-o protecionista em relação ao seu conteúdo, quando seu objetivo é a proteção ao adolescente. Vale ressaltar, porém, que o ECA é apenas uma lei que procura caminhar paralelamente aos novos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos implantados no cenário internacional. Sendo assim, não teria como o Brasil ficar indiferente às constantes injustiças cometidas contra os adolescentes, especialmente sendo fundador de uma Constituição Cidadã.

O ECA leva em consideração o fato de que a criança e o adolescente são pessoas em fase de desenvolvimento. Assim, a lei surgiu tendo como objetivo tratar

dos adolescentes dividindo-os em três categorias: os que se encontram em situação irregular, os adolescentes vítimas e aqueles que praticam atos infracionais. O Estatuto entrou em vigor em uma saudável tentativa de buscar a causa das infrações cometidas por adolescentes, firmando conceitos que se aproximam mais da dura realidade vivida pela criança e pelo adolescente de acordo com pereira.

O adolescente que se desenvolve em um ambiente pouco propício à honestidade e ao discernimento, torna-se alvo fácil para o mundo do crime, tornando-se, portanto, um maior infrator. O adolescente não nasce infrator, para chegar à delinquir ele enfrenta o abandono e vai dos pequenos furtos até as infrações mais graves. Ou seja: o Estatuto da Criança e do Adolescente procura oferecer um novo enfoque à questão do adolescente, propondo-se a estabelecer medidas de proteção de cunho essencialmente pedagógico, considerando sempre a peculiaridade dos sujeitos-objetos destas medidas. Ao juiz é oferecida a assessoria de uma equipe multiprofissional, composta de assistentes sociais e psicólogos, sempre que surgirem casos nos quais um adolescente é paciente ou infrator.

Através do ECA, o Estado incumbiu-se da responsabilidade de promover uma política que proporcionasse, da melhor maneira possível, o bem-estar do adolescente; porém, cabe à sociedade assumir seu papel, procurando resgatar a infância abandonada. De fato, a lei existente possui excelente qualidade, já está em vigor há quase 19 anos e ainda não se conseguiu colocá-la totalmente em prática. Algumas de suas, limitações dizem respeito ao fato de não ter como garantir atendimento com políticas básicas às crianças, aos adolescentes e suas famílias; além disso, a Lei não conseguiu melhorar de forma significativa a realidade que assola a sociedade assim entende.

3 O ATO INFRACIONAL E A EFICÁCIA DA LIBERDADE ASSISTIDA COMO MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Acerca das medidas socioeducativas para que tenhamos um melhor entendimento é bom que estejamos cientes do significado da expressão ato infracional que dá origem aos procedimentos previstos no estatuto da criança e adolescente com vistas a aplicação de tais medidas que na ótica do legislador quando da criação do referido estatuto buscava diferenciá-los no tocante ao tratamento dispensado a juventude.

Primeiro, foi substituída do Código de Menores por Estatuto da Criança e Adolescente, os autores do projeto acreditavam ser mais simpática é abrangente a palavra estatuto, ou seja, devido ao tratamento diferenciado ao qual nos referimos

é de acordo com referido estatuto não se deve dizer que o adolescente seja autor de crime ou contravenção, pois tais expressões conforme Moacir Rodrigues se aplica aos imputáveis enquadrados pelo direito penal.

Assim sendo, com relação aos adolescentes devemos dizer que os mesmos são autores de ato infracional, vale ressaltar que o legislador ao contrário de fazer no referido estatuto um código de infrações inseriu no estatuto disposto no artigo 103 do referido Estatuto que relatamos a seguir:

Art 103: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção pena (Brasil Lei 8069, 1900)

Desta forma, o legislador com aguçada inteligência criou um dispositivo que nas leis dos imputáveis enquadra os inimputáveis, ou seja, a conduta delituosa do autor de ato infracional terá o seu correspondente nos códigos e leis do país o diferencial é que para os adolescentes os parâmetros de ressocialização estão previstos no estatuto da criança e do adolescente.

Ao contrário do que muitos pensam os adolescentes podem ser responsabilizados e sofrerem medidas educativas e retributivas, passíveis de cominar até com a privação de liberdade por três anos dependendo do ato delituoso por ele praticado.

Conforme o Procurador de Justiça Paulo Afonso Garrido de Paula,

“Em relação ao menor infrator detém o estado um verdadeiro direito supletivo de educar, exercitável quando da prática de um crime ou contravenção penal por um menor de 18 anos de idade. Considera-se ante a infração cometida que o estado deve intervir suprimindo ou completado o dever de educar originalmente atribuído aos pais ou responsáveis” (Paula, 1989, p.102).

Vale ressaltar, a existência de um procedimento chamado de auto de investigação de ato infracional que tenha sigla AIAI, tal procedimento em se tratando do indiciamento com origem em um flagrante de um adolescente infrator, sua divulgação é totalmente vedada pelo estatuto da criança e do adolescente qualquer tipo de divulgação de conformidade com o artigo 143 do referido estatuto *in verbis*.

Artigo 143: é vedada a divulgação de ato judiciais, policiais é administrativo que digam respeito a criança e adolescente a que se atribua autoria de ato infracional.

Assim como também, considera-se infração administrativa a divulgação ainda que parcial por quaisquer meios de comunicação de atos ou documentos relativos ao adolescente envolvido na prática de atos infracionais, de acordo com o artigo 247 do referido estatuto *in verbis*

Artigo 247: divulgar total ou parcialmente, sem a autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional; Pena – multa de 3 a 20 salário de referência aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

O legislador buscou resguardar a imagem desses jovens prevendo uma sanção pecuniária por demais irrisória até hoje não tem sido suficiente para intimidar os transgressores da lei quase todos reincidentes prevalecendo o sensacionalismo sobre os direitos assegurados. Neste sentido crítica Paulo Lucio Nogueira:

*“O estatuto considera infração administrativa a divulgação de nome, ato ou documento relativo a criança e adolescente a que se atribua ato infracional quando deveria ter previsto esse fato como crime, para maior proteção ao menor”.
(Nogueira, 1998, p. 322 e 323).*

A remissão instituto que teve a sua origem quando da criação do estatuto da criança e do adolescente sua aplicação se dá quanto atendidos os requisitos abaixo elencados:

Não haver gravidade nas circunstâncias e consequências advindas da prática do ato infracional.

Quando na prática do ato infracional o adolescente tiver participação mínima.

Quando a índole do adolescente e sua personalidade não redundem em pessoa voltada para conduta delituosa.

Não implica ela necessariamente no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeitos de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação, pode ser aplicada em 02 (dois) momentos. Como forma de exclusão do processo, ou seja, antes de iniciado

o procedimento judicial para apuração do ato infracional, neste caso aplicado pelo representante do Ministério Público, se atendidos os requisitos acima elencados, sendo submetida a autoridade judiciária para a homologação. Depois de iniciado o procedimento judicial, só poderá ser concedida pela autoridade judiciária importado em suspensão ou extinção do processo.

Também nada impede que o representante do Ministério Público conceda a remissão, requerendo ao juiz a homologação e, ainda, a imposição de eventual medida socioeducativa, excluídas a colocação em regime de semiliberdade e a internação, que exigem aprofundamento e maior rigor na apuração, seguidos os princípios de ampla defesa e do devido processo legal.

4 A LIBERDADE ASSISTIDA

No artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada com o objetivo de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

A liberdade assistida possibilita ao adolescente cumprir medida sócio educativa em meio aberto por meio da assistência do acompanhamento e da orientação e se explica pelo fato do adolescente ser uma pessoa em desenvolvimento, ou seja, um ser humano em construção de sua personalidade que cometeu um ato ilícito mais que ainda pode ser resgatado e trazido para o convívio da sociedade distanciando-se da possibilidade de voltar a delinquir.

Levando-se em conta que a medida de liberdade assistida faz com que o adolescente permaneça com seus pais e responsáveis, é sobre os cuidados de pessoa incumbida do acompanhamento, auxílio e orientação ao mesmo pelo prazo mínimo de 06 meses, a promoção social do adolescente e sua família efetivação de matrícula e supervisão de sua frequência e rendimento escolar além de providenciar, inseri-lo em programas de profissionalização visando sua inserção no mercado de trabalho de conformidade com o artigo 119 do estatuto da criança e do adolescente *in verbis*:

Art. 119: incumbe ao orientador, com apoio e supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação é inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio é assistência social;

II – supervisionar a frequência é o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo inclusive sua matrícula;

III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente é de sua inserção no mercado de trabalho;

IV – apresentar relatório do caso;

Conforme a lei, a liberdade assistida deve ser cumprida em um espaço de tempo mínimo de 06 meses sendo passivo a qualquer tempo de prorrogação revogação ou substituição por outra medida.

Ao final do primeiro semestre, devesse o orientador apresentar relatório de caso, constando, entre outros aspectos, assiduidade do adolescente e o seu aproveitamento em relação a medida aplicada, de modo a subsidiar a decisão judicial para a extinção ou prorrogação da medida.

Para aplicação das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, será constituído processo de execução para cada adolescente, respeitado o disposto nos arts. 143 e 144 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

“o Juiz fará a aplicação das medidas segundo a sua adaptação ao caso concreto, atendendo aos motivos e circunstâncias do fato, condições do menor e antecedentes. A liberdade, assim, do magistrado é a mais ampla possível, de sorte que se faça uma perfeita individualização do tratamento. O menor que revelar periculosidade será internado até que mediante parecer técnico do órgão administrativo competente e pronunciamento do Ministério Público, seja decretado pelo juiz a cessação da periculosidade, assim, é um traço marcante no tratamento de menores. Toda vez que o juiz verifique a existência da periculosidade, ela lhe impõe a defesa social e ele, está na obrigação de determinar a internação” (GUSMÃO 1989, p.469).

Vale ressaltar que ao administrar as medidas socioeducativas, o Juiz da Infância e da Juventude não se aterá apenas às circunstâncias e à gravidade do delito, mas sobretudo, às condições individuais de cada adolescente, sua personalidade, suas referências familiares, sociais, e principalmente a sua capacidade de cumpri-la.

Ao fixar a liberdade assistida, o juiz também determinará o cumprimento de algumas regras compatíveis com o bom andamento social do jovem, além disso, algumas regras foram implantadas na aplicação da medida. De 3 em 3 meses é feito um relatório comportamental do infrator e o relacionamento familiar e social. A principal finalidade da mediada é a de vigiar, orientar e tratar o mesmo, de forma a coibir a sua reincidência ajudar da recuperação do adolescente.

Partindo desse pressuposto, existem outros princípios que são correlatos e se entrelaçam ao longo dos artigos do estatuto da criança e do adolescente vejamos:

- a) princípio da excepcionalidade de aplicação de medida socioeducativa;
- b) princípio da brevidade das medidas socioeducativas;
- c) princípio da exata adequação inicial da medida ao jovem;
- d) princípio da última via da privação de liberdade;
- e) princípio da prospecção de um futuro sadio

Tais princípios são justificados dentro da própria estrutura do estatuto, que a priori preza pela proteção integral em todos os seus artigos.

Podemos dizer que se trata de uma construção lógico jurídica que traz a tona a necessidade imperiosa de proteção do adolescente quando do seu envolvimento na prática de ato infracional, protegendo das mazelas oriundas de uma indevida intervenção do poder judiciário que pode macular a formação daquele que um dia se tornara um adulto, dando a ele proteção específica para pessoas em desenvolvimento.

Com a nova doutrina de proteção integral o juiz passa de interventor para protetor na vida do adolescente. Seguindo essa construção lógica observa-se que nas medidas socioeducativas descritas no eca não há nenhuma referência de que o juiz ira redigir um termo de conduta, também não se observa que o adolescente tenha o dever de seguir as regras impostas pelo juiz isso se deve ao fato de que a doutrina irregular foi superada tornando sem efeito regra de conduta ao adolescente, retirando assim a interferência do judiciário a imposição de qualquer regra de conduta ao adolescente como requisito de cumprimento de medida é inconstitucional. O que se verifica é a manutenção da doutrina irregular, em especial

o que está disposto no Código Mello Mattos que quando da aplicação da medida de liberdade assistida o magistrado deve impor regras de conduta ao jovem:

Art. 92 (...)

2 – o Juiz pode impor aos menores as regras de procedimento e aos seus responsáveis as condições que achar convenientes

Art 93 – o liberado, juntamente com seu responsável, assinara um termo, do qual constarão as condições.

Art. 43 – os pais ou responsáveis firmaram termo de compromisso, no qual a autoridade judiciária fixara o tratamento a ser ministrado ao menor.

Parágrafo Único: a autoridade verificara periodicamente, o cumprimento das obrigações previstas no termo. (Lei 6.667, 1979)

Como forma de imposição de regra de conduta ao jovem, busca-se abrigo no código penal e na lei de execuções penais, usando as exigências previstas para o livramento condicional o que se mostra repugnante uma vez que referidas exigências são específicas para os imputáveis. No aspecto jurídico, a liberdade assistida nada mais é do que uma versão adaptada ao direito do adolescente, do instituto da suspensão condicional da pena do direito penal,

A liberdade assistida deve ser cumprida no espaço mínimo de 06 meses e é passível de prorrogação, revogação ou substituição por outra medida a qualquer tempo.

A efetiva aplicação da medida sócio educativa de liberdade assistida depende do apoio dos municípios entidades ou programas a que devem ser desenvolvidos no meio em que vive o adolescente infrator, ou seja, em sua comunidade cabendo ao juiz a fiscalização quanto a aplicação da medida.

Para o desenvolvimento da liberdade assistida tem-se como prioridade o atendimento a família considerando-a como importante rede de socialização e de reintegração do adolescente aproximando o mesmo de sua realidade daí porque a permanência dos autores de atos inflacionais tem seu próprio meio o que fatalmente fortalecera os vínculos familiares e comunitários.

Verifica-se, portanto, que a aplicação da medida de liberdade assistida pode trazer ao adolescente mais benefícios do que aquelas a serem cumpridas em meio fechado, pois, sendo aplicada de forma eficaz acarretara como consequência uma redução da reincidência entre os infratores, impondo ao adolescente infrator o cumprimento de regras que tanto visam evitar o aumento de criminalidade como em sua ressocialização sendo a liberdade assistida a medida mais adequada para os casos em que o infrator não seja perigoso.

A liberdade assistida levará o adolescente a compreender o limite de sua liberdade em direção a conquista de sua cidadania, a aplicação da medida de liberdade assistida visa uma mudança de entendimento deixando de lado posturas e práticas destrutivas buscando incluir o adolescente na vida em sociedade.

Devemos fazer referência também ao trabalho dos assistentes sociais no cumprimento da liberdade assistida.

As atividades socio pedagógicas esportivas é cultural operacionalizadas na liberdade assistida buscam a promoção é emancipação do adolescente, pois, devem ser considerados como pessoas são tratados com absolutas prioridades.

O adolescente tem direito a proteção integral nas preferências da formulação e execução das políticas sociais, no atendimento dos serviços públicos ou de relevância pública, desta forma o poder público, Ministério Público, juiz da vara da infância e juventude, defensores públicos, advogados, devem dar ênfase a aplicação da liberdade assistida em detrimento da medida em regime fechado para o sucesso da medida, vale ressaltar, que a implantação de serviços psicopedagógicos se fazem premente, assim sendo, com uma estrutura e sua fiscalização é supervisão sua eficácia estará garantida e a norma bem aplicada.

O sistema nacional valoriza a importância de fortalecer as medidas em meio aberto, como a Prestação de Serviços à Comunidade e a Liberdade Assistida, em detrimento às medidas privativas de liberdade (semiliberdade, internação provisória e internação), que devem ser usadas em caráter de brevidade e excepcionalidade. Ainda, dá ênfase aos aspectos pedagógicos, como no caso dos parâmetros arquitetônicos que devem ser seguidos para a construção de unidades de privação de liberdade com características de estabelecimentos educacionais (previstas no ECA) e não de unidades prisionais. O fato de estar próximo da família e de ter compromissos assumidos no plano individual de atendimento no meio aberto favorece sua inserção no contexto de convivência comunitária”.

CONCLUSÃO

Buscou-se no presente trabalho se demonstrar a liberdade assistida dentro das medidas sócio-educativas, como a melhor forma de oportunizar ao adolescente infrator sua reinserção na sociedade.

No tempo do Brasil Imperial, a partir do Sec - XIX, havia o código criminal, que trazia em seu bojo a criminalização de condutas ilícitas cometidas por adolescentes. Seu texto tinha como base a legislação francesa, que utilizava o critério do discernimento, a partir de então tal critério difundiu-se pelo mundo, passando a ser adotado por legislações voltadas aos adolescentes pelo mundo a fora.

No início do século XX, surge no Brasil o 1º Juiz de Menores da América do Sul, José Candido de Albuquerque Melo Matos, que criou projeto de lei no qual, consolidou todas as leis existentes, que tinha como objetivo a assistência em detrimento da punição, o chamado “código Mello Mattos”.

Após cinco décadas de vigência do referido código, houve significativas mudanças na Filosofia de tratamento aplicado ao adolescente infrator, que culminaram com um novo código em 1979.

Com o advento da nova constituição de 1988, o tratamento dos casos envolvendo adolescentes sofreu alterações, pois, o código de 1979 estava em desacordo com o art. 227 da Constituição que preconizava que ao adolescente deveriam ser protegidos de forma integral, tal dispositivo ensejou profundas mudanças e o surgimento estatuto da criança e do adolescente, como marco de uma nova visão sobre crianças e adolescentes, possibilitando a aplicação de medidas, de cunho mais educativa que punitivas, que consideramos o mais adequado na busca da ressocialização do autor de ato infracional, contribuindo assim, para a redução da criminalidade brasileira em seu nascedouro e conseqüentemente, fazendo com que haja a redução da população carcerária em nosso país.

Os resultados da pesquisa, realizada, embora não permitam generalizações quantificáveis, apresentaram um conteúdo revelador acerca da forma como concebem a liberdade assistida. Com base nessa análise, nos dados da instituição, nas impressões pessoais deste processo de investigação, destaco que esse processo socioeducativo correspondeu às expectativas esperadas, mas ressalto a importância de que, na vivência da medida, o adolescente possa receber subsídios para enfrentar suas dificuldades e seus conflitos, originários tanto de sua história de vida quanto do contexto social da experiência subjetivada. Tais dificuldades apontam

para o papel do educador como agente principal na tarefa de superação de obstáculos com que o jovem se depara, pois ele poderá proporcionar, na sua relação com o jovem, a capacidade de se colocar no ponto de vista do outro, de estabelecer relações positivas, de ajudar o jovem em seu processo de desenvolvimento.

Hoje o SINASE fortalece o ECA ao determinar diretrizes claras e específicas para a execução das medidas socioeducativas por parte das instituições e profissionais que atuam nesta área. Evita, assim, interpretações equivocadas de artigos do Estatuto que trazem informações, às vezes, pouco aprofundadas sobre a operacionalização dessas medidas.

Muita coisa ainda tem que ser melhorada para termos uma eficácia completa da medida, com as novas ferramentas jurídicas e um acompanhamento continua pode ajudar em sua plenitude.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Federal nº8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Senado Federal.

CORRÊA JÚNIOR, L. C. A. **Direito do menor: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069, de 13-07-1990), pátrio poder, adoção, guarda e tutela, ato infracional, prática, modelos, jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1991.

FERNANDES, Marcio Mothé, **Ação Sócio Educativa Pública: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente** – Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris – 1998.

CASTELO, Rodrigo, **Medidas socioeducativas da lei n. 8.069/90**, disponível em: <https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936466/medidas-socioeducativas-da-lei-n-8069-90>, acesso em 25 set. 2019.

GOMIDE, P. **Menor infrator: a caminho de um novo tempo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

GRÜNSPUN, H. **Os direitos dos menores**. São Paulo: Almed, 1985.

LACERDA, Viviane, **As medidas socioeducativas aplicáveis ao menor infrator** disponível em <https://vivianessilva.jusbrasil.com.br/artigos/133011549/as-medidas-socioeducativas-aplicaveis-ao-menor-infrator>. Acesso em: 6 out. 2019

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira, **Manual de Orientação - Medidas Sócio - Educativas Não Privativas de Liberdade**, disponível em, http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/medida_socio_educativa_de_liberdade_assistida.pdf acesso em Acesso em: 25 set. 2019.

MACHADO, M. T. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MILANO FILHO, N. D. **Da apuração de ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente**: teoria e peças práticas. São Paulo: Leud, 1999.

MONACO, G. F. C. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 3.

MENDES, Clóvis. **Das atribuições do conselho tutelar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2179, 19 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13024>. Acesso em: 25 set. 2019.

MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas - Fonte do Direito Público e Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MIRANDA, Ricardo. **Vigiar e assistir o menor**, JusBrasil, 1999.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino (Org.). **Conselhos Tutelares e Sipia no Ceará – Registro de uma experiência** – 2ª ed. Fortaleza: CEDCA/SAS, 2002

NOGUEIRA, Paulo Lucio, **Estatuto da criança e do adolescente comentado**, São Paulo, Saraiva; Edição: 4 1998.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4584>. Acesso em: 6 out. 2019.

PAULA, P. A. G. **Direito da criança e adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Ganido de. **Menores, Direito e Justiça: Apontamentos para um novo Direito das crianças e adolescentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PEREIRA, T. S. (coord.) et al. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, Oliveira Joselito. **As Crianças e os Adolescentes: Menores Infratores. – Escritório de Direitos Autorais** – Fundação Biblioteca Nacional – Ministério da Cultura. <http://arquivo.bn.br/portal/index.jsp?plugin=FbnBuscaEDA> Santos. 2015.

RODRIGUES, Moacir – **Medidas Sócio Educativas: Teoria Prática – Jurisprudência**: Belo Horizonte – 1995.

O RÉU FORAGIDO PODERÁ SER LEVADO A JÚRI ?

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:**
Universidade Cândido Mendes

De acordo com o estampado nos standards inerentes ao Estado Democrático de Direito, o júri é o instituto que personificada a democracia, permitindo o julgamento do acusado por seus pares. Desta forma, admitindo-se a disparidade social entre acusado e o julgador togado, bem como daquele em relação ao acusador, é admitida, implicitamente, o desnivelamento não só social, mas também econômico e intelectual entre aqueles que acusam e julgam, em relação ao que é acusado e julgado.

Tal disparidade ocasionaria um vício de julgamento, em razão da diferença de visão atribuída aos personagens do processo. Isto é, o julgador, por encontrar-se em posições sociais, econômicas e intelectuais mais elevadas em relação ao acusado, teria uma visão diversificada dos atos ilícitos por ele cometidos, ao passo que um membro do mesmo plano social que o este, teria uma visão aproximada, permitindo um julgamento mais liso e escoreito por, em tese, manifestar de forma mais fidedigna o dano causado ao acusado à sociedade a que este pertence.

Neste cenário exposto, o júri seria a instituição que possibilitaria um julgamento mais liso, em razão de, conforme alhures verificado, ocasionar a apreciação do fato por sujeitos paritários em relação ao réu.

Entretanto, far-se-á necessário o contato direto entre o julgador e o julgado ?

O que quer dizer: é necessário que os jurados, de fato, presenciem o acusado na sessão de julgamento, bem como que a este sejam formuladas perguntas no curso de um interrogatório, permitindo-se que inclusive os jurados as formulem, por meio do Juiz-Presidente ?

Ora, conforme preceitos normativos processuais, o acusado foragido poderá ser regularmente submetido a processo penal perante o juiz singular, que decretará sua "revelia" e nomeará defensor público, caso não tenha defensor constituído, e tenha sido citado ou intimado pessoalmente. Esta é a inteligência do Art.367 do CPP:

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Pontuamos, a título de esclarecimento, que os efeitos materiais da revelia não são aplicáveis ao processo penal. Logo, não é possível que as alegações formuladas pelo *parquet* sejam consideradas verdadeiras em razão da inércia do acusado em comparecer ao juízo e apresentar sua defesa. Noutras palavras, o silêncio no processo penal não importa em aceitação.

Conforme exposto, o Juiz singular poderá, adequadamente, apreciar a matéria exposta a sua apreciação pelo Ministério Público, se dentro das exigências do Art.367 e não se submetendo à suspensão do processo, insculpida no Art.366 do Codex Processual, referente aos casos em que o réu, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado. Nestes termos:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Nesta seara, seria possível também o julgamento do réu foragido, desde que regularmente intimado pessoalmente, conforme a sistemática trazida pela Lei 11.689/08, imperando, no Art.457 do CPP, que:

Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

Ressalta-se, contudo, que o dispositivo processual retro colacionado refere-se a hipótese de realização do julgamento em caso de réu solto que, devidamente intimado, não comparece.

No referido contexto, poderia o réu foragido ser considerado réu solto e, na mesma hipótese, ser julgado, ainda que não presente na sessão de julgamento perante o Plenário do Júri ?

Caso semelhante foi levado a apreciação da Corte Suprema, ocasião em que o acusado e seu defensor, regularmente intimado para a Sessão de Plenário do Júri, não compareceu, sendo-lhe nomeado Defensor Público para a sessão.

Nestes termos, a defesa do acusado impetrou o HC 118.920/PE, arguindo a nulidade da condenação exposta pelo Conselho de Sentença, alegando que o julgamento teria prosseguido sem a presença de seu defensor, o qual foi negado pela Corte Suprema.

Segue trecho da decisão:

“(..)

3. Com o advento da Lei n. 11.689/2008, tornou-se possível a submissão do réu pronunciado à sessão de julgamento pelo Conselho de Sentença, ainda que não tenha sido pessoalmente intimado da decisão de pronúncia, sendo possível, ainda, a realização da sessão de julgamento se o acusado não se fizer presente, consoante o disposto nos arts. 420, parágrafo único, e 457 do Código de Processo Penal.

4. Na espécie dos autos, não se vislumbra nenhuma ilegalidade de que estaria sendo vítima o paciente, porquanto, além de terem sido esgotados todos os meios para sua localização, verifica-se que tanto o acusado quanto o seu advogado foram devidamente intimados para o

ato, sendo certo, ainda, que o defensor público intimado para o mister

compareceu à sessão de julgamento designada para 1º/6/2010 (dia em

que efetivamente ocorreu o julgamento do paciente perante o Conselho

de Sentença), donde se depreende a inexistência de prejuízo.”

Interposto Recurso Ordinário em face da decisão, o STF manteve o entendimento, se alinhando a entendimentos pretéritos no mesmo sentido, desestimulando a não realização do julgamento pelo Júri caso haja o não comparecimento do acusado solto, do assistente da acusação ou do advogado constituído. Segue ementa da decisão:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA SEM A PRESENÇA DO RECORRENTE. DILIGÊNCIA DO JUÍZO DE ORIGEM PARA A INTIMAÇÃO. PRESENÇA DE DEFENSORES PÚBLICOS NO JULGAMENTO PARA O EXERCÍCIO DA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 457 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO AO QUAL SE NEGAVIMENTO.

1. Julgamento pelo Tribunal do Júri realizado sem a presença do Recorrente depois de empregados os meios para a intimação. Presença de defensores públicos à sessão para a defesa do Recorrente. Inexistência de prejuízo.

2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

3. Possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença do réu. Art. 457 do Código de Processo Penal. Precedente.

4. Recurso ao qual se nega provimento.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal equiparou o réu foragido ao acusado solto, que não comparece apesar de intimação para o ato, não devendo o julgamento ser adiado, constituindo-se defensor público, sem que haja prejuízo passível de anulação do ato.

O RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL E O MEIO PROCESSUAL CABÍVEL NAS HIPÓTESES DE COMPANHEIROS COM OU SEM FILHO MENOR DE IDADE

JAMES MUNIZ MARINHO JÚNIOR:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

MARIA SUELY CRUZ DE ALMEIDA

(Orientadora)

RESUMO: A união estável, desde o princípio da história humana, sempre existiu e mesmo com o avanço as sociedades para a forma de Estado, a união estável continuou existindo, a pesar de muitos países ocidentais e até mesmo os orientais darem privilégios para o casamento, como forma exclusiva de constituir família. Porém, ao passar dos anos, vários tribunais tiveram que abrir os olhos para o reconhecimento da união estável, devido a grande quantidade de demandas para reconhecimento de direitos das partes envolvidas. Com isso o Estado passou a reconhecer que não devia intervir como o indivíduo deve constituir sua família, mas sim dar proteção para a família que este constituirá de qualquer forma, seja casamento ou união estável. Este artigo visa definir o que é a união estável no Brasil e demonstrar o meio processual cabível, nos casos dos casais que possuem filho, e para os que não possuem filho. Toda a referência deste artigo é monográfica.

Palavra-chave: União estável; família; Estado; reconhecimento; filho.

RÉSUMEN: La unión estable, desde el principio de la historia humana, siempre existió e incluso con el avance de la sociedad hacia la forma de Estado, la unión estable continuó existiendo, a pesar de muchos países occidentales e incluso los orientales dar privilegios para el matrimonio, como forma exclusiva de constituir una familia. Sin embargo, al pasar de los años, varios tribunales tuvieron que abrir los ojos para el reconocimiento de la unión estable, debido a la gran cantidad de demandas para el reconocimiento de derechos de las partes involucradas. Con ello el Estado pasó a reconocer que no debía intervenir como el individuo debe constituir su familia, sino dar protección a la familia que éste constituirá de cualquier forma, sea matrimonio o unión estable. Este artículo pretende definir lo que es la unión estable en Brasil y demostrar el medio procesal cabal, en los casos de las parejas que poseen hijo, y para los que no poseen hijo. Toda la referencia de este artículo es monográfico.

Palabra clave: Unión estable; la familia; Estado; el reconocimiento; hijo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. União Estável: Conceito e Origem no Brasil. 2. Direitos Dos Companheiros/Conviventes na Legislação Brasileira. 3. Deveres dos Companheiros/Conviventes. 4. Elementos Processuais Aplicáveis a União Estável no Brasil; 4.1. O Meio Processual Para Reconhecimento e Dissolução de União Estável na Hipótese de Companheiros Com ou Sem Filhos Menores de Idade; 4.2. A Mediação e Conciliação para Resolução de Conflitos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

A união estável não vem a ser senão a relação estabilizada de uma pessoa com outra, ou seja, não casados institucionalmente, com o intuito de constituir família, porém muitas das vezes ou terão um filho(a), ou poderão adotar, ou simplesmente não terão filhos. A doutrina abre-se cada vez mais o caminho no que se refere à necessidade de regular essa classe de relações, por isso é importante que a população tome conhecimento desse regulamento e forma mais adequada para o reconhecimento e dissolução de união estável.

A pesquisa contribui de forma positiva para a população, por tratar de um assunto tão comum, porém pouco aprofundado em relação aos direitos das partes envolvidas em uma união estável e é coerente e relevante por ter a função de analisar, estudar e esclarecer as dúvidas da população que vivencia a união estável.

Para entender a legislação atual, no que se refere aos direitos e deveres da união estável, bem como a forma processual adequada, é preciso entender o passado marginalizado que passou a união estável.

Observando a linha do tempo, praticamente todos os países e todas as religiões, antigamente, somente reconheciam o casamento como única forma de constituir família, fazendo da união estável uma forma de família impura. Tanto é que quem acabava por sofrer mais ainda eram os filhos dessa relação “impura”, que ficavam mal vistos por toda a sociedade.

O conceito de união estável, não é totalmente concretizado pela doutrina e jurisprudência, porém há uma base, para se ter um norte de conceito, que é a vontade de constituir família, então digamos que a união estável é a vontade de duas pessoas de constituir família, sem que estejam casados.

Para chegar a este conceito, a união estável passou por inúmeras descriminalizações, dentre elas a união de pessoas do mesmo sexo, que por anos era a sangria do Estado, que somente reconheceu tal união em 2011, com a decisão do STF. Porém, outra questão era a de coabitação, ou seja, morar sob o mesmo teto, hoje em dia esse princípio não é mais utilizado para reconhecer a união estável.

Por último, o modo processual, também passou por muitas evoluções, o próprio código civil e o de processo civil possuem capítulos específicos para tratar da união estável, que hoje as ações são tramitadas nas Varas de Família, especializadas no assunto. Porém, como qualquer litígio, primeiro é preciso conter os ânimos e procurar sempre a melhor forma de solução, que neste caso a Mediação/Conciliação para o direito de família é a melhor forma de solução de litígio e a mais rápida existente até o momento.

1. UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO E ORIGEM NO BRASIL

A união estável não é uma entidade familiar nova, é tão antiga quanto ao casamento. Porém essa forma de constituir família, que vem se aperfeiçoando e ganhando direitos a cada geração, já foi muito mal vista na sociedade brasileira, até mesmo os frutos dessa união, ou seja, filhos, eram visto a olhos tortos, o que gerava desconforto e indignidade para essa família.

Os países ocidentais que vieram da base do Direito Romano-Germânico e do Direito Canônico sempre privilegiaram o casamento, ao qual era a única forma exclusiva de constituir família. (DONIZETTI, 2017, p.1011)

Olhando para a linha do tempo da humanidade, é possível observar que, nos países ocidentais oriundos do Direito Romano-Germânico (século XI) e os procedentes do Direito Canônico, nunca reconheceram a união estável, somente tinham como única forma de constituir família, o casamento.

Durante muito tempo, toda relação sexual mantida fora do casamento foi condenada com veemência. Na realidade o dogma do casamento virgem ainda existe em muitos países orientais, a prática de relação antes do casamento e visto como crime, as vezes punido com a morte. (DONIZETTI, 2017, p.1011)

Na realidade, mesmo hoje em dia, os países Orientais ainda são muito diferentes dos Ocidentais, pois grande parte deles ainda adotam a prática do casamento virgem, que no passado foi muito praticado até no Ocidente. Porém, é levado a seriedade no Oriente, onde é visto como crime perder a virgindade antes do casamento, sendo por muitas vezes aplicada a pena de morte como punição.

Na obra do ilustre Flávio Tartuce (2017, p. 195), ele introduz de forma bem sucinta, como era e como é hoje, no geral, a escolha da união estável: “Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por falta de opção. Hoje, muitas vezes, por clara opção”.

Agora seguindo a linha de pensamento de Donizetti (2017, p.1011), diz que sempre houve outras formas de vínculos conjugais que não sejam penas o originado do matrimônio, com o desenvolvimento do novo modelo de Estado, este percebeu que não deve interferir tão a fundo na vida privada. Se o Estado que dar dignidade e liberdade não pode exigir forma de como as pessoas constituirão suas famílias.

O ser humano é um ser social, que precisa conviver em grupo e mais do que isso, é necessário que tenha uma companhia, para lhe dar autoestima de vida, para lhe dar sentimentos e para constituir sua família. Porém, conforme as palavras de Donizetti, outras formas de vínculos conjugais sempre existiram e o Estado passou a perceber que não era digno interferir na vida privada, especificamente na forma de constituir família, ou seja, o Estado deu liberdade para que cada pessoa tenha na integralidade sua dignidade e assim possa buscar sua filosofia na constituição da família.

A legislação brasileira, nas palavras de Paulo Nader (2017, p. 777), mais especificamente o Código Civil de 1916, somente reconheceu a família formada pelo casamento, deixando a união estável as margens da marginalização, pois o pensamento na construção do texto civil de 1916 era dominado pelo sentimento religioso, a moral social superava a vontade do legislador, pois admitir outras relações extrapatrimoniais, daria relatividade ao casamento, abrindo formulas alternativas de vida em comum. O *code Napoléon*, que influenciou a nossa codificação, ignorou *le concubinage*, havia dito Bonaparte: “Os concubinos passam da lei, a lei se desinteressa por eles”.

Mas desde então um número enorme de ações requerendo direitos em razão do rompimento do vínculo conjugal não oriundo do casamento levou a doutrina e jurisprudência a chegar a uma conclusão óbvia de que o Direito não podia fechar os olhos para a atual situação. (DONIZETTI, 2017, p.1011)

Com o passar dos anos, passou-se a conceder a mulher o direito de exigir indenização pelos serviços prestados durante a constância da união. Tais situações deram surgimento aos relacionamentos não matrimônios – chamados de concubinato ou mancebia – uma sociedade de fato que gerava direitos obrigacionais.

Nader (2017, p. 778) reflete um marco importante para o Direito de Família, foi a Súmula 380 do STF de 3 de abril de 1964, que reconheceu os direitos patrimoniais no concubinato: *“Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha dos patrimônios adquiridos pelo esforço comum”*.

Donizetti (2017, p.1011) observou que os direitos de família e os direitos sucessórios, permaneciam excluídos do casal em convivência e dos chamados pela sociedade de “filhos ilegítimos”. Vale frisar que, o direito reconhecido a concubina não era derivado do concubinato (considerado ilegítimo e incapaz de gerar direitos), mas da prestação de serviços domésticos ou da efetiva contribuição para aquisição do patrimônio do concubino.

A legitimidade ao concubino na esfera do Direito veio somente com a Constituição Federal de 1988, como podemos ver no art. 226, §3 da referida Lei: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Porém, Tartuce (2017, p. 195) entende que mesmo com a promulgação da CF/88, a união estável e o casamento não são iguais, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro, nesse caso a diferença estava no direito sucessório. Mas nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal finalizou, no dia 10 de maio de 2017, o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, através do julgamento do recurso extraordinário nº 878.694/MG, que teve como relator o ministro Luís Roberto Barroso.

Na hipótese desse julgamento, a sentença de primeira instância reconheceu que a companheira do falecido é herdeira universal dos bens do casal, fundamentando que o falecido não teria descendentes e ascendentes vivos, desse modo, igualando o instituto da união estável ao casamento, aplicando o art. 1829, inc. III do CC/02.

Desse momento em diante, surgiram vários outros embates, pois o legislador primeiramente especificou que a união se daria entre “homem e mulher”, o que gera uma discriminação aos casais homossexuais, outra polemica foi a de ainda manter o casamento como prioridade, como observado no trecho “facilitar sua conversão em casamento”.

De início, afirma Donizetti (2017, p.1012) a doutrina e jurisprudência mantiveram-se com a mesma posição, mesmo após 1988, continuou-se negando

o reconhecimento de direitos dos conviventes em união estável a sucessão, alimentos e da competência da vara de família para julgar suas respectivas ações.

Em 1994, a Lei 8.971 estabeleceu os direitos dos conviventes em união estável à sucessão e aos alimentos, mas restringiu tais direitos a um limite mínimo para ser requerido, tal limite foi de 5 anos, ou se houvessem nascido filhos (art. 1º).

Donizetti (2017, p.1013), diz que a Lei 9.278 de 1996 surgiu para esclarecer certos pontos, dando mais equilíbrio e direitos para a união estável, dentre esses pontos foi primeiramente retirar o prazo mínimo de convivência para a configuração de união estável (art. 1º). Elencou os direitos e deveres iguais dos conviventes previstos no art. 2º “respeito e consideração mútuos: assistência moral e material recíproca; e guarda e educação dos filhos comuns. Salientou que o patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável o foi em condomínio (art. 5º), que na realidade foi o verdadeiro regime de comunhão parcial de bens da união estável. E por fim elegeu de vez a competência das varas de família para toda a discussão envolvendo união estável.

Com o advento do Código Civil de 2002, surgiu um título específico para a união estável, no livro de Direito de Família do Código Civil de 2002. Porém, este ficou a desejar pois continuou a discriminar que a união é somente entre homem e mulher.

Somente em 2011, o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação sistemática da Constituição de 1988 e reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, tal interpretação é devida pois mesmo que o art. 226, §3 se refira a união entre homem e mulher, tem-se na Constituição a proteção a dignidade humana (art. 1º, III), e a proibição da discriminação (art. 3º, IV) e também equipara os homens e mulheres em direitos e deveres (art. 5º, I).

Para chegar a uma definição contemporânea, quanto ao conceito da união estável, é preciso enxergar como era tal conceito em nosso passado.

Antes da expressão “união estável”, utilizava-se “concubinato” que deriva da expressão latim “*concupere*”, significa “dividir o leito”, “dormir com”, tal definição refletia a mentalidade do século passado, uma definição preconceituosa, que excluía tal entidade familiar e seus frutos. Porém com o avanço da doutrina, jurisprudências e a mentalidade social, foi então que a Constituição Federal de 1988 definiu, além do casamento, a união estável como formação de família.

Para Cristiano Chaves de Farias (2017, p.458), a união estável é um vínculo conjugal livre, desse modo a existência de tal relação independe de Direito, pois é instituto fático-social. Cabe ao Direito nessa situação definir direitos e deveres dos conviventes livre para assegurar suas dignidades. Desse modo, argumenta Cristiano Chaves, utiliza-se a expressão União Livre para designar relações mantidas entre pessoas que, não são casadas e não convivem maritalmente, sem formalidade, mas com a intenção de constituir família, mantêm uma comunhão afetiva.

A união estável não deve se confundir com namoro, argumenta Fabio Ulhoa Coelho (2012, p.284), em sua obra de Direito Civil – Família, pois a união estável tem claramente a vontade de constituir família, enquanto o namoro, mesmo que o

casal durma juntos, viaje junto, morem juntos mas não tem a vontade presente de constituir família, o que desconfigura a união estável.

Para Farias (2017, p. 265), seja o casamento, seja a união estável, ou qualquer outro modelo de família tem o propósito de proteger a base que é o afeto, assim como a Constituição deve sempre proteger o modo de constituição de família, seja ele qual for. Não é justo discriminar um ou outro, pois todos tem lastros no amor e solidariedade recíproca.

Por tal motivo, deve o ordenamento jurídico brasileiro, ter respeito no elemento afetivo que marca o Direito das Famílias, garantindo proteção jurídica a todo aquele que compõe uma família, seja ela prevista ou não em Lei.

Para a constituição da união estável inexistente formalidade expressa, porém é levado em consideração os elementos caracterizadores a partir das atitudes do art. 226, §3º da CF e do art. 1723 do Código Civil de 2002. Dentre os elementos, podemos citar: a) a diversidade de sexo; b) estabilidade; c) publicidade; d) continuidade; e) ausência de impedimentos matrimoniais, contudo o primeiro elemento já foi debatido no STF, sendo possível a união do mesmo sexo. Ademais, todos os elementos precisam estar na base da intenção de constituir família, ou seja, viver como casados fossem. O principal elementos é o de constituir família, os demais serão tratados como acessórios, não implicando no reconhecimento de uma união estável. (FARIAS, 2017, p.472)

O elemento primordial para a formação da união estável não é um ato, contrato ou uma forma solene. Tampouco é o tempo em si, mas, sim, a articulação de comunhão de vida com intenção dos companheiros constituírem família. (CLEEF, 2014, p.556)

Seguindo essa ideia, é visto que não é elemento o tempo mínimo de convivência para constituição de união estável, o que no passado já foi exigido. Assim, é possível o reconhecimento independentemente de tempo mínimo de convivência e não é exigido que os conviventes estejam morando juntos. Nesse sentido, o STF já sumulou que “A vida em comum sob o mesmo teto *more uxori*, não é indispensável á caracterização do concubinato”. (GONÇALVES, 2017, p.800)

Portanto, seguindo a premissa de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1234), ele diz que:

“podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”.

2. DIREITOS DOS COMPANHEIROS/CONVIVENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei nº 8.971, conhecida como “Lei do Concubinato” gerou inúmeras críticas, e então veio a Lei nº 9.278/96, conhecida como “Lei dos conviventes”, com direitos e conceitos mais vagos, que geraram críticas quanto a requisitos pessoais, tempo de convivência e dentre outros.

Por tal motivo, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002 passaram a regulamentar tal direito do casal de uma forma mais democrática, porém com muitas lacunas, como por exemplo, ausência de formalismo para constituir e dissolver a união, convivência ou animo de constituir família, e dentre outros. Mas houve uma mudança na Constituição Federal que equiparou a união estável ao casamento, passando a ambos terem os mesmos direitos e deveres, com diferenças peculiares.

Sobre esta peculiaridade, do reconhecimento da União Estável na norma constitucional como entidade familiar, e a conquista à equiparação ao casamento civil dos direitos e deveres, a seguir em destaque:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

No artigo 1.724 do Código Civil brasileiro de 2002 elenca o rol de deveres da união estável, que, embora não se equipare ao rol do casamento, em muito se aproxima, dentre eles são a lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, a seguir:

Art. 1.723. **É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. **As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.**

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às **relações patrimoniais**, no que couber, o **regime da comunhão parcial de bens**.

Art. 1.726. A união estável **poderá converter-se em casamento**, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações **não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar**, constituem **concubinato**. (grifo nosso) (BRASIL, 2002)

Como observa, Gonçalves (2017, p. 868) é incabível pedido de indenização por serviços prestados, em caso de dissolução da união estável. Anote-se que, havendo previsão legal para a concessão de alimentos aos companheiros desde a vigência das leis especiais supracitadas, não mais se justifica falar em indenização por serviços prestados ao que não deu causa à dissolução da união estável, conforme vem reconhecendo a jurisprudência.

Decidiu, a propósito, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que:

“não mais há de se cogitar, sob a alegação de serviços domésticos prestados, a busca da tutela jurisdicional, revelando-se indevida discriminação a concessão do benefício pleiteado à concubina, pois o término do casamento não confere direito à referida indenização. Assim, se com o fim do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento”. .STJ, REsp.872.659-MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJE, 19-10-2009. (GONÇALVES, 2017, p.868)

Não poderia ficar de fora os efeitos patrimoniais, como lembra Gonçalves (2017, p.788), o Código Civil de 2002 determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens, pelo qual haverá comunhão dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos na constância da convivência, como se casados fossem, “salvo contrato escrito entre os companheiros” como permite o art. 1.725 do CC.

Prevê ainda o art. 1.726 do Código Civil que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. (VENOSA, 2017, p. 57)

Alerte-se que admitiu o legislador a caracterização da união estável no caso de pessoa casada e separada de fato, ao declarar, no § 1º do art. 1.723, que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato”. (GONÇALVES, 2017, p. 876)

Nesse sentido, do exposto acima, lembra Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 694), permite-se comprovar que vive em um relacionamento firme, mesmo que não tenha sido desfeita a sociedade conjugal, ou o divórcio ou anulação do casamento, ou, ainda, pela morte do cônjuge. Ele finaliza dizendo que “a União Estável não se baseia necessariamente no registro cartorial, mas sim no afeto e no intuito de constituir família”.

A proteção jurídica à entidade familiar constituída pela união estável entre pessoas abrange o complexo de direitos de cunho pessoal e de natureza patrimonial, além de inúmeros outros, esparsos pela legislação ordinária. Destacam-se, no entanto, como direitos fundamentais dos companheiros, no plano material, os concernentes a alimentos, meação e herança.

Segundo a atual legislação brasileira, uma pessoa pode estar no estado civil de solteira, casada, separada, divorciada ou viúva, ou seja, não se tem a previsão legal do estado civil de “conviventes”.

Gediel Claudino de Araújo Júnior (2016, p. 81), procura dar uma solução que seria se a lei autorizasse o estado civil de “convivente” para aqueles casais que registrassem um contrato de convivência; trata-se de uma pequena formalidade, que poderia ser facilmente providenciada pelos companheiros e que poderia dar publicidade formal para terceiros, na medida em que fixaria uma data inicial. No geral, não é uma questão de fácil solução; de um lado o desejo de privacidade e informalidade das partes envolvidas, de outro lado, o Estado que costumeiramente se vê obrigado a lidar com as consequências desta relação. As pessoas não querem prestar contas ao Estado, cumprindo formalidades inevitáveis, mas depois querem receber a proteção do Estado

O código civil, em seu art. 1.694, assegurou para os companheiros o direito a alimentos recíprocos, quando for feita a dissolução da união estável, desde que comprove a real necessidade dos alimentos, bem como as possibilidades do ex-companheiro, formalizando o binômio necessidade versus possibilidade.

O legislador equiparou os direitos dos companheiros aos dos parentes e aos dos cônjuges. Por conseguinte, aplicam-se-lhes as mesmas regras dos alimentos devidos na separação judicial, inclusive o direito de utilizar-se do rito especial da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68). Assim, o companheiro que infringir os deveres de lealdade, respeito e assistência, elencado no art. 1.724 do CC, ao parceiro perderá o direito aos alimentos, por cometer ato de indignidade. (GONÇALVES, 2017, p. 881)

No que diz respeito ao nome, no casamento, os nubentes decidem sobre a alteração no momento da habilitação (art. 1565, §1º, CC), já para os companheiros que desejam a alteração, deverão ajuizar ação de retificação de registro público, provando a união estável e o desejo de adotar o sobrenome do companheiro. Com isso podemos observar que o Estado ainda deixa a união estável as margens da marginalização, no que diz respeito ao nome e ao estado civil.

A união estável, mesmo que por escritura registrada em um cartório de notas, não modifica o estado civil da pessoa, deixando para os companheiros identificar-se como solteiros, separados, divorciados ou viúvos. (PACHECO, 2017, p.161)

Após a ruptura do relacionamento, se os conviventes possuem filhos, a briga pela guarda dos menores é natural. Dessa maneira, é garantida no momento da dissolução da união estável, a escolha pela guarda de comum acordo entre as partes, ou se for litigioso seguirá para a promoção do Ministério Público e sem

seguida a sentença do juiz, seguindo as premissas do Art. 1.724 do CC: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Nesse sentido, a guarda poderá ser compartilhada, alternada ou unilateral.

Estabelecida a guarda em razão da dissolução da união de fato dos companheiros, deverão ser reguladas as visitas – o que, em realidade, respeita a um dever de convivência – e o valor para pagamento de pensão alimentícia aos filhos, assim compreendidos os custos com, alimentação propriamente dita, educação, saúde, vestuário, lazer, e moradia dentre outras necessidades de cada indivíduo que possa surgir no dia a dia. (MADALENO, 2017, p.1671)

A questão da sucessão entre companheiros encontrada no código civil vigente em seu art. 1784, é entendida pela doutrina como um retrocesso, uma norma controvertida, em razão de erros considerados absurdos pela doutrina. Porém, tal norma é a vigente no tema da sucessão.

O legislador do Código Civil de 2002 cometeu equívocos, pois tirou os companheiros da sucessão, em razão de não aparecerem na vocação hereditária, como prevê o art. 1.829 do CC, porém, concedeu mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges, que quando os cônjuges adotam o regime da comunhão parcial de bens não participam na herança do falecido como adota o art. 1.829, I do CC, coisa que os companheiros podem como permite o art. 1.725 do CC e 1.790, I e II do CC, (ARAÚJO, 2016, p. 81)

3. DEVERES DOS COMPANHEIROS/CONVIVENTES

Por ser convivência para o estado de casamento, o direito brasileiro, ainda que mantendo cada entidade familiar com suas singularidades, aproximou a esfera dos deveres entre os casados e os que convivem em união estável, como também para com os filhos. Nesse sentido o art. 1.724 do código civil reflete os deveres de quem convive em união estável.

São inúmeros os deveres, porém alguns se destacam, como observa Gonçalves (2017, p 878), como o dever de fidelidade recíproca que está implícito nos de lealdade e respeito. Embora o Código Civil não fale em adultério entre companheiros, a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie. E o dispositivo em apreço exige que eles sejam leais.

Não são causa para dissolução de união estável e configuram preceitos de obrigação natural os deveres de “lealdade” e “respeito” entre os companheiros. Tais princípios são em tese juridicamente inexigíveis. (LOBO, 2017, p. 179)

Mas, nesse sentido, o companheiro pode vir a cometer o ato de injúria contra outro quando descumprir o dever de respeito, que está ligado á dignidade, intimidade ou liberdade, tal injúria se dá pelo meio de utilização de palavras ofensivas ao companheiro, ou até os gestos ofensivos. (GONÇALVES, 2017, p. 879).

Já a assistência constitui também dever recíproco dos companheiros, correspondente ao dever de mútua assistência imposto aos cônjuges (CC, art. 1.566, III). Tal dever os obriga a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis.

Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações difíceis.

Gonçalves (2017, p. 880) menciona ainda o aludido art. 1.724 do CC os deveres impostos aos companheiros, de “*guarda, sustento e educação dos filhos*”, em tudo quase idênticos aos respectivos deveres atribuídos aos cônjuges no art. 1.566, IV, do CC, como um dos efeitos do casamento.

4. ELEMENTOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS A UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Como toda relação jurídica é protegida pelo direito, a união estável não iria ficar de fora. No aspecto processual aplicáveis a união estável, podemos destacar os temas de mais relevância, que devemos encontrar no dia a dia, dentre eles o regime de comunhão de bens aplicável, a sucessão e em especial o reconhecimento e dissolução de união estável, com atenção nas hipóteses de com ou sem menor de idade, que pode ser consensual ou litigiosa.

Na união estável, no ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu que a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da relação, reconhecendo, assim, o direito a meação entre os companheiros, conforme estabeleceu o artigo 1.725 do Código Civil Brasileiro: “Art.1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2002)

O Ministério Público será o fiscal da lei também nas ações de união estável, assim como em muitas outras. Porém, se houver incapaz, seja o filho ou filhos do casal, ou pessoa interdita, o MP será parte no processo e atuará o Promotor de Justiça nas referidas demandas.

4.1 O MEIO PROCESSUAL PARA RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL NA HIPÓTESE DE COMPANHEIROS COM OU SEM FILHOS MENORES DE IDADE.

O processo de reconhecimento e dissolução de união estável é desconhecido para a maioria dos brasileiros, pois mesmo com todos os direitos da união estável equiparados ao do casamento, a sociedade foca os holofotes e festeja para o casamento, deixando a união estável um patamar abaixo. Porém, quando chega o momento da separação, qualquer que seja a forma de constituição, cada indivíduo da relação quer procurar o seu direito, nada mais que justo, perante o estado democrático de direito.

Assim como nasce informalmente da simples convivência, a união estável prescinde de qualquer formalidade para se extinguir. Quando não há entendimento para que tal extinção se faça amigavelmente, acordando os parceiros sobre assistência alimentar, partilha dos bens e guarda dos filhos, pode qualquer deles recorrer à via judicial, com pedido de declaração de sua existência e subsequente dissolução, com a partilha dos bens comuns e decisão sobre as outras questões mencionadas.(GONÇALVES, 2017, p. 891).

No que tange a norma processual para a união estável, foi a Constituição de 1988 que elevou a relação a entidade família e desse modo passou

a competência para as varas de famílias, afastando a esfera civil comum, tal norma é absolutamente lógica. Várias consequências vieram, como o segredo de justiça para as ações de união estável, a seguir em destaque:

Art. 189 do CPC. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. (grifo nosso) (BRASIL, 2015)

Ainda nas palavras de Gonçalves (2017, p. 716), o código civil em seu artigo 1.694 expressa que deve ser aplicado alimentos em razão da dissolução da união estável, o que se equipara as medidas do divórcio. Houve um novo conceito por parte do código civil na questão dos alimentos, que será fixado mesmo se o cônjuge for declarado culpado, somente se ele necessitar e não houver parentes para suprir essas necessidades, e não tiver aptidão para trabalhar, tornando a pensão indispensável para sua sobrevivência como permite o art. 1.704, parágrafo único, CC.

Portanto cabe o direito a pensão entre os cônjuges e companheiros, para que quando não puderem suprir, em razão de algum motivo pessoal, para que tenha satisfeitas suas necessidades básicas, bem como sua educação, como permite o art. 1.702, CC cumulado com o art. 1.694 do CC.

A ação de alimentos entre companheiros, com fundamento no art. 1.694 do Código Civil, pode ser proposta com base na Lei n. 5.478/68, podendo pedir alimentos provisórios, por meio da simples prova da situação de companheiros/conviventes na união estável. Caso não tenham provas concretas, seguirá pelo procedimento comum, também possível pedido provisório, e assim como na ação dos cônjuges, a dos companheiros é permitida a revisão de alimentos, caso haja mudança na necessidade de quem pede ou quem paga.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, com a morte de um dos companheiros, é cabível a ação de reconhecimento e dissolução de união estável “*post mortem*”, que deve ser movida contra o espólio do companheiro falecido e não contra o *de cujus*, para que eventualmente futura condenação venha a ser abatida do valor do patrimônio, que deve ser primeiro inventariado e partilhado. (GONÇALVES, 2017, p.891)

É comum no fim de uma união encontrarmos ações possessórias ou até mesmo petitoria. Nesse sentido, com o fim da união, seja por separação ou a morte, poderá o companheiro, ou herdeiros, ingressar com ação contra aquele que residir no imóvel, sob o perigo de tornar esbulho possessório.

A questão deve, todavia, como afirma Gonçalves (2017, p.893), ser vista com muita calma, pois, no caso concreto, pode ser configurada a composses dos companheiros. Sendo assim, o fim da união estável não configura por si só a posse injusta daquele que está no imóvel, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Reconhecida a composses da concubina em terreno acrescido de marinha, o fim do concubinato não é bastante para caracterizar a sua posse como injusta, mesmo que o título de ocupação tenha sido concedido apenas ao companheiro. (GOLÇALVES, 2017, p.893)

Também, lembra Gonçalves (2017, p. 843), que já houve uma decisão do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, hoje extinto, neste sentido, vejamos:

“diante da inovação constitucional que protege a união estável entre o homem e a mulher, é idêntica à do cônjuge a posse da companheira, que agora tem protegida a posse que conserva em razão de situação de fato anterior à abertura de sucessão de seu companheiro, não se reconhecendo esbulho nem mesmo em favor do espólio, ainda que sua permanência se dê em imóvel adquirido em nome da de cujus”.

Tudo na vida chega a um fim, e a união estável não podia ficar de fora. Porém o fim da união estável é o começo da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, podendo ser ela consensual ou não. Porém surge um algo há mais quando da união surgem frutos, ou seja, filhos. Sendo assim, os ex-companheiros terão um elo em comum para toda a eternidade, e por muitas das vezes se esquecem dos filhos, ou usam os filhos para tentar atingir o outro, dentro da ação, daí que surge a função do Ministério Público como fiscal e protetor dos melhores interesses para a criança e do adolescente.

Também, observa Gonçalves (2017, p. 840), que extinta a união, e esta se der por meio de acordo entre as partes, pode ser levada diretamente a homologação do juízo, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a seguir:

“União estável. Dissolução. Acordo extrajudicial que dispõe sobre alimentos, guarda de filhos, regime de visitas e partilha dos bens. Homologação. Admissibilidade. Transação efetuada com fulcro no artigo 515 do Código de Processo Civil [de 1973]. Interesse de agir dos recorrentes evidenciado. Homologação judicial que forçará ainda mais o acordo e evitará o futuro ajuizamento de novas ações. Aplicação do artigo 515, § 3º, do mesmo Codex”.

4.2 A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos existentes nos processos judiciais, e até mesmo pessoalmente entre as partes do processo, são cada vez mais comuns. Nesse sentido vem se aplicando no dia a dia dos Tribunais de Justiça, em especial nas

Varas de Família, a chamada “Audiência de Conciliação”, que é a primeira audiência marcada assim que se inicia o processo. Esta serve para reduzir o conflito entre as partes, buscando equilibrar de uma forma que as próprias partes escolham quais direitos ceder ou não, deixando o juiz, como último recurso para resolver o conflito.

Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 24), sobre Mediação e Conciliação, ele simplifica em poucas palavras o que é a conciliação:

A conciliação, a mediação e a transação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão.

O Código de Processo Civil prevê em seu art. 165 a criação, pelos tribunais, de Centros Judiciários de solução Consensual de Demandas - CEJUSC, responsáveis pelas audiências de conciliação e de mediação. Nessa medida, faz distinção entre (CPC, §§ 2º e 3º do art. 165):

a) mediação: preferencialmente quando houver vínculo social anterior prolongado entre as partes; e,

b) conciliação: preferencialmente quando não houver vínculo social prolongado anterior entre as partes.

A mediação será voluntária, como observa o art. 2º, §2º da Lei 13.140/2015, onde diz que: “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Porém, a conciliação, pode vir a ser compulsória, no modo judicial, que impõe ao juiz a realização da audiência, conforme o art. 334 do CPC.

A mediação se mostra útil quando o conflito entre as partes, no âmbito privado – sem descartar a mediação no setor público –, desborda dos interesses financeiros em discussão que, muitas vezes, são, apenas, o pretexto para disputas emocionais que extrapolam o contexto aparente do conflito. Podemos exemplificar: no direito de família, conflitos envolvendo pensão alimentícia podem, muitas vezes, trazer, de forma oculta, situações afetivas complexas que a jurisdição estatal, a arbitragem (jurisdição privada) e a conciliação não são passíveis de resolver. (SCAVONE, 2018, p. 298).

Na prática forense do dia a dia, a mediação/conciliação é aplicada sempre que necessário, para tentar amenizar os conflitos entre as partes, principalmente nas ações de família, que envolve direitos indisponíveis e sempre podem ser modificados ou revisados. Nesse modo a melhor opção para resolução do conflito, envolvendo companheiros que se encontrem querendo o reconhecimento e dissolução de união estável, é a de ação consensual, onde as partes, juntamente orientadas por advogado, determinam, dentro das suas possibilidades e legalidades, como ficara, os bens, os nomes, os alimentos entre si, cabendo apenas ao advogado protocolar o processo que seguirá para o juiz homologar. Porém, se houver filhos menores dos companheiros terá que haver

intervenção do Ministério Público, que acompanhara se estar havendo o melhor interesse da criança ou adolescente, nesse caso são marcadas audiências de ratificação, para que o MP possa ver se não houve coação de qualquer das partes, nos contextos relacionados aos menores envolvidos.

CONCLUSÃO

Pode-se observar que a Constituição Federal de 1988 trouxe muitas mudanças para o Direito de Família, mudando o conceito de família. Hoje a família é conceituada pelo afeto existente entre duas pessoas, deixa de existir somente o modelo casal heterossexual e o patriarcal, onde o homem era o chefe da família. A Constituição Federal define direito/dever de respeito mútuo entre as pessoas, tendo como busca a dignidade da pessoa humana dentro das relações afetivas.

Outra mudança importante feita pela Constituição é a regulamentação da União Estável como entidade familiar, cabe ressaltar que o legislador não quis igualar a União Estável ao casamento, pois se fosse este o propósito seria desnecessário duas entidades familiares com o mesmo princípio. O objetivo do constituinte é de equiparar a União Estável ao casamento para então oferecer proteção estatal para as duas entidades.

Com o avanço da sociedade, o legislador também se atualizou e o Código Civil de 2002 ampliou a ideia do legislador constitucional, regulamentando a União Estável na seara do Direito de Família, adquirindo um título próprio no livro civil. Desse modo, a União Estável passou a ter direitos e deveres, o que antes era aplicado somente ao casamento.

Com o novo olhar adquirido na legislação brasileira, as pessoas que optam formar família por meio da União Estável estão agora protegidas pelo Estado que confere uma série de efeitos patrimoniais antes não reconhecidos pelo legislador. O regime parcial de bens é o que envolve esta relação, salvo se decidirem escolher outro por meio do contrato escrito.

A lei processual avançou e trouxe muitas melhorias, porém deixou a desejar em alguns aspectos, como o direito ao estado civil de “convivente” ou equivalente. Hoje a pessoa que reconhece e dissolve a União Estável continua com o estado civil de “solteira”, o que gera uma discriminação, já que no casamento existe o estado de “casada” e após o divórcio “divorciada”.

Outra questão para se analisar é quanto ao nome, no casamento os nubentes decidem no momento da habilitação, porém para os companheiros terão que ajuizar ação de ratificação de registro público, o que torna para os conviventes um caminho mais demorado. Mas também há itens benéficos, a legislação permite no momento da dissolução da União Estável, a concessão de alimentos entre os companheiros, a partilha dos bens, e caso haja filhos, o direito a guarda, alimentos e visitas.

No momento que se tem filhos menores ou incapazes, o Ministério Público entra na ação de dissolução como parte do processo para proteger os interesses da criança, adolescente ou o incapaz, sendo assim o Ministério Público emite um parecer que poderá influenciar na decisão do juiz, mas no Direito de Família tudo é mutável e o juiz tem o poder e direito de decidir o melhor para cada caso concreto.

Pensando em todo conflito existe, principalmente nas ações de família, em especial a de reconhecimento e dissolução de união estável, o legislador previu no Código de Processo Civil de 2015 a audiência de conciliação e mediação, que é a forma mais rápida de solucionar o processo, pois as partes oferecem propostas uma para outra e chegam a um bom senso, que será homologado pelo juiz se estiver tudo dentro do limite legal.

Mesmo com essa possibilidade prevista no Código de Processo Civil, é possível ser mais rápido a solução do conflito, por meio da ação consensual ou acordo extrajudicial, ambas as ações serão feitas pelo advogado, a primeira é feita quando há filhos menores ou incapaz que terá o Ministério Público como parte e poderá concordar com o acordo já a segunda ação é feita quando não há menores ou incapazes no processo que poderá ser direcionada diretamente ao juiz e este homologar, sem a intervenção do Ministério Público, o que torna o movimento da máquina judicial muito mais célere, desafogando as Varas de Família que possuem processos numerosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família** / Gediel Claudino de Araujo Júnior. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2016.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21.09.19: 13:41h.

_____, LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 21.09.19: 13:09h.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 22.09.19: 11:28h.

COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de direito civil, família, sucessões**. volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito civil** / Elpídio Donizetti; Felipe Quintella. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: família**. 9. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze **Manual de direito civil**; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6 : direito de família. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**, 3 : esquematizado : responsabilidade civil , direito de família, direito das sucessões 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** : famílias / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Direito civil).

- MADALENO, Rolf, 1954 – **Direito de família** / Rolf Madaleno. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NADER, Paulo **Curso de direito civil, v. 5: direito de família** / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PACHECO, Nivea Maria Dutra. **Direito civil V** / Nivea Maria Dutra Pacheco. Rio de Janeiro: SESES, 2017.
- 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.
- SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. **Manual de direito civil** [livro eletrônico] / José Carlos Van Cleef de Almeida Santos, Luis de Carvalho Cascaldi. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio **Manual de arbitragem: mediação e conciliação** / Luiz Antonio Scavone Junior. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018
- TARTUCE, Flávio **Direito civil, v. 5 : Direito de Família** / Flávio Tartuce. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família** / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5)

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: O AUMENTO DA VIOLÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES COM A POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO

KELLYANE CAMPOS DE SOUSA:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas –
CIESA

DORVAL DE ALMEIDA SANTANA

(ORIENTADOR)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de abordar o aumento de violência e suas implicações com a posse e porte de arma de fogo pelo cidadão brasileiro. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. As armas de fogo tem sido um tema cada vez mais polêmico e vem sendo muito discutido no Brasil, sua regulamentação, liberação somente da posse ou também do porte. A Lei nº. 10.826/2003 regulamenta o tema no Brasil abordando os principais aspectos, como o que é necessário para conseguir uma arma, além de diferenciar porte e posse, onde pode ser utilizada, a documentação necessária, além dos crimes e penas para quem não cumprir a Lei. Para este fim, foram utilizadas jurisprudências, súmulas, enunciadas e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certos números demonstram aumento da violência mesmo após a vigência do Estatuto do Desarmamento, porém com crescimento exponencial menor. A opinião dos brasileiros é muito dividida com uma tendência a uma legislação que facilite um pouco mais a vida de quem decida comprar uma arma. Ao redor do mundo há países com legislação mais liberal e mais rígida com diferentes números sobre a violência, não necessariamente sendo proporcional o alto índice de violência com o alto número de armas do país.

Palavras-chave: violência; posse; porte; arma de fogo; cidadão.

ABSTRACT: This article aims to address the increase in violence and its implications for the possession and possession of firearms by Brazilian citizens. It was elaborated according to the deductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. Firearms have been an increasingly controversial topic and have been much discussed in Brazil, their regulation, release only of possession or possession. Law number 10.826 / 2003 regulates the subject in Brazil addressing the main aspects, such as what is needed to get a weapon, as well as differentiating possession and possession, where it can be used, the necessary documentation, and crimes and penalties for those who do not respect For this purpose, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that have been a parameter to resolve the

differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains certain numbers show an increase in violence even after the Disarmament Statute is in effect, but with less exponential growth. The opinion of Brazilians is very divided with a tendency towards legislation that makes life easier for those who decide to buy a gun. Around the world there are countries with more liberal and stricter legislation with different numbers on violence, not necessarily being proportional to the high rate of violence with the high number of weapons in the country.

Keywords: violence; possession; size; fire gun; citizen.

INTRODUÇÃO

O emprego de armas de fogo pelo cidadão é uma matéria muito discutida, alguns tutelam que a liberação das armas pode decrescer os índices de violência e outros admitem que possa aumentar ainda mais, o tópico é discutido há tempos por juristas, especialistas, direitos humanos, políticos por todo cidadão, o assunto instiga interesse da população brasileira que querem saber se possuir ou portar uma arma de fogo pode trazer mais segurança ou colocá-las em riscos mais elevados em uma eventual situação de perigo.

No Brasil os índices de violência só aumentam ano - a - ano, mormente o quantitativo de homicídios na atualidade, de acordo com Atlas da violência do IPEA:

"[...] em 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa por 100 mil habitantes de 28,9. Este número de homicídios consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 59 a 60 mil casos por ano), e se distancia das 48 mil a 50 mil mortes [...] (CERQUEIRA *et al*, 2017, p. 7)"

Argumentando que não há uma resolução em curto prazo, programado pelo Estado para encetar a aperfeiçoar esses números, o sentimento de insegurança paira sobre a população Brasileira de forma aterradora fazendo com que invistam cada vez mais em meios particulares de segurança, tornando-se prisioneiros dentro de suas próprias casas.

No que compete à Lei nº. 10.826/2003, de acordo com especialistas no assunto, sob sua vigência houve uma redução um tanto significativa neste período de 15 anos, todavia, foi tímido o afamado Estatuto do Desarmamento como ficou conhecido, pouco mudando a realidade brasileira, pois os índices de violência continuam altos e poderiam está ainda maior se não fosse resiliente o Estatuto. A Lei sobre o desarmamento foi criada com intuito de restringir o acesso de arma à população, no entanto não cumpre sua finalidade plena, o cidadão de bem está desarmado e o infrator está armado infligindo dor, tirando vidas, pois, feito referendo de 2005, no qual a população decidiu que quer possuir uma arma de

fogo, só que governo não respeitou tal decisão popular. Impondo dificuldades ao acesso em obtê-las mesmo depois retirado o art. 35 desta Lei, o qual proibia a venda de arma de fogo no território nacional.

Há uma dicotomia opinativa, o povo brasileiro diverge devido ao referendo de 2005 sobre o tema armas de fogo com seguinte resultado, 63% responderam que é contrário à proibição e 37% favoráveis que se proíba o comércio de armas, nota-se de forma esmagadora que o cidadão brasileiro sente que precisa ter uma arma de fogo para que tenha uma sensação de segurança, já que o Estado não é onipresente em função da reserva do possível e a primazia da realidade.

1. LEI Nº 10.826 DE 2003 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

1.1 Armas de fogo

Em um passado remoto, os homens, a partir de suas necessidades de fixar raízes e estabelecer propriedade, perceberam que precisavam de meios de defender estas propriedades e sua família. Então começaram a aprimorar seus objetos de uso de trabalho transformando-os em armas, afiando uma das pontas de uma haste de madeira, ou amarrando uma pedra a ela, com isso, tais instrumentos foram evoluindo.

Conforme Teixeira, (2001, p.15):

[...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homem se utiliza algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foi as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana.

Viera (2012, p. 11) parafraseando Teixeira (2001, p.15):

[...] destaca-se, portanto, que os homens perceberam que poderia ser confeccionado um arco com um cipó trabalhado preso junto a uma vara arqueada, a qual dispararia um projétil com maior velocidade e alcance do que se fosse lançado diretamente com o impulso da mão ou braço, surgindo assim o conjunto arco-e-flecha, que mais tarde tornaram-se as bestas e balestras.

Viera (2012) revela que com o advento da fundição do ferro, armas mais elaboradas foram aparecendo, como arcos, que arremessavam flechas com pontas metálicas, lanças, espadas, adagas, etc. Esse processo evolutivo foi de extrema importância para a história e para o aprimoramento das armas, visto que sem a fundição do ferro ou aço, as armas de fogo em tese, nunca poderiam ter se desenvolvido. Estas armas, com o passar dos anos, tiveram seu tamanho reduzido

para facilitar sua camuflagem e seu transporte, porém tiveram aprimoramentos que as tornaram mais letais e mais resistentes às condições adversas.

Teixeira, (2001) destaca que entre os povos que deram grandes contribuições neste campo estão os chineses que descobriram a pólvora, inicialmente utilizada para fins pirotécnicos, porém logo perceberam que tal descoberta poderia ser utilizada na área bélica, aprimorando assim a “arte da guerra” disparando projéteis, inicialmente foram desenvolvidos canhões feitos de bambu, que logo foram substituídos por canhões feitos de ferro ou bronze, pesados, de difícil locomoção, porém em relação aos de bambu, tinham maior poder de fogo e conseqüentemente maior potencial ofensivo. Estes eram operados por duas, três ou até quatro pessoas. Posteriormente, tais artefatos foram aprimorados, tendo seu tamanho reduzido, podendo ser operados por apenas uma pessoa, facilitando e agilizando sua operação.

Em tempos modernos, sabe-se que os Estados Unidos foram a nação que mais contribuiu para a evolução das armas de fogo, país este, onde até os dias atuais, sua população é adoradora de tais instrumentos, e um dos países onde a legislação armamentista é mais flexível, ou seja, é fácil adquirir uma arma legalizada, até mesmo de funcionamento automático com calibres potencialmente consideráveis.

Depois de Samuel Colt trazer seu revólver de percussão para o mercado em 1835, e Horace Smith e Daniel B. Wesson introduzirem a primeira munição de revólver, a pistola tornou-se uma arma viável de combate (MCNAB, 1999, p.7).

Viera (2012) esclarece que Samuel Colt foi um cidadão americano, oficial condecorado da marinha, que desenvolveu o revólver Colt, sendo esta uma arma com capacidade para cinco ou seis munições, arma esta, revolucionária para a época, e que até os dias de hoje, tem seu modo de funcionamento utilizado pelas diversas indústrias bélicas em todo o mundo.

Atualmente se pode verificar que as armas evoluíram em tecnologia e tamanho conforme a necessidade. Pode-se ver desde pequenas pistolas calibre 22 até os lança mísseis que podem derrubar aviões e/ou atingir distancias continentais.

1.2 Armas de fogo no Brasil

De acordo com o site “Caminhos da Reportagem” da TV Brasil (2017) relata que o Brasil tem o maior índice de assassinatos com armas de fogo no mundo. Cem pessoas são mortas diariamente em casos envolvendo armas, número superior ao de países em guerra civil. Há quem não abra mão do direito de ter e portar armas legais. No Brasil, existem 50 mil registros de colecionadores, atiradores e caçadores. Juntos, possuem mais de 200 mil armas e são obrigados a passar por testes de

capacidade técnica e aptidão psicológica. Além disso, devem renovar o registro todo ano e comprovar suas condições de manter e transportar armamentos em segurança.

Nos Estados Unidos, uma onda de massacres fez o país mais armado do mundo repensar o problema. Os americanos, com 300 milhões de armas nas mãos, têm enfrentado tragédias como a de Newton, no estado de Connecticut, onde vinte crianças foram mortas em dezembro do ano passado (TV BRASIL, 2017).

A legislação brasileira pertinente à regular a utilização, porte e posse de armas de fogo, sempre foi bastante controversa, ininteligível, e passível de diversas emendas ao longo de sua vigência, sendo assim modificada consideravelmente ao longo dos anos, gerando certa insegurança jurídica no que tange à utilização, posse e porte de armas de fogo.

Acerca do controle das armas de fogo no Brasil através de previsões legais, conforme entendimento de Gomes e Oliveira (2002 p. 72) A evolução do tratamento jurídico penal da matéria sempre foi marcada por uma idéia de necessário controle sobre tais objetos.

Desde o tempo de D. Pedro, têm-se disposições legais referentes às armas de fogo, chamadas naquela época de "armas defesas". O Código Criminal do Império, também chamado de lei de 16 de Dezembro de 1830, já dispunha sobre tal tema.

O artigo 16 do R 105 dispõe quais são os calibres e funcionamentos de uso restrito, incluindo ainda as vedações quanto a simulacros de armas utilizadas pelas Forças Armadas Nacionais.

Art. 16. São de uso restrito:

I - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;

II - armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;

III - armas de fogo curtas cuja munição comum tenha na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres). 357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

IV - armas de fogo longo raiado, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e

suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;

VI - armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;

VII - armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições;

VIII - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre superior a seis milímetros, que disparem projéteis de qualquer natureza;

IX - armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes;

X - arma a ar comprimido, simulacro do Fz 7,62mm, M964, FAL;

XI - armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições;

XII - dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego, tais como os bocais lança-granadas e outros;

XIII - munições ou dispositivos com efeitos pirotécnicos, ou dispositivos similares capazes de provocar incêndios ou explosões; 17

XIV - munições com projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos;

XV – espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares;

XVI - equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc;

XVII - dispositivos ópticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que trinta e seis milímetros;

XVIII - dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo;

XIX - blindagens balísticas para munições de uso restrito;

XX - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo portáteis de uso restrito, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e

XXI - veículos blindados de emprego civil ou militar. [grifou-se].

1.3 O controle de armas de fogo no Brasil

O Estatuto do Desarmamento é tema polêmico conhecido pela sociedade, tanto por seu idealismo em relação ao combate a criminalidade por armas de fogo quanto por em muitos momentos, conflitar com os dispositivos constitucionais, sobretudo aquele que se refere a segurança e a propriedade.

Atualmente o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826) vem sendo constantemente alvo de tentativas de mudança de seu contexto e até revogação de seus dispositivos. Um dos principais projetos que busca concretizar essa ameaça é o Projeto de Lei 3.722/2012, que está apta apreciação e votação no plenário da Câmara dos Deputados e que, denominado de Estatuto do Controle de Armas, promove a qualquer cidadão que cumpra requisitos mínimos exigidos na proposta o direito de comprar e portar armas de fogo, inclusive a quem responde a processo por homicídio ou tráfico de drogas. Além de reduzir de 25 para 21 anos a idade mínima para comprar uma arma e garante o porte de armas de fogo a deputados e senadores.

Há aproximadamente treze anos após sua implantação, muitos direitos inerentes ao cidadão são questionados quanto ao seu cerceamento. Mas a principal argumentação é um ponto frágil do Estatuto que foi a ação tímida de sua implantação no combate a criminalidade a partir do uso de arma de fogo. As estatísticas não demonstram de forma contundente sua eficácia.

O Estatuto do Desarmamento foi sancionado como lei federal pelo então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. Este dispositivo trata-se da Lei nº 10826 de 22 de dezembro de 2003, com regulamentação do decreto 5123 de 1º de julho de 2004 e publicada no Diário Oficial da União em 2 de julho de 2004, que "dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição (...)".

Posteriormente, a partir de um referendo no ano de 2005, o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento foi rejeitado. Este artigo (35) tratava da proibição da comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional.

Entre os aspectos inovados estão o teste psicotécnico para a aquisição e porte de armas de fogo, marcação de munição e indenização para quem entregar sua arma. Esse processo teve publicação na Internet durante 15 dias, de modo que a população pudesse enviar suas sugestões, além de audiência pública. Após o decorrer de três meses e meio, o texto proposto foi recebido pelos Ministros da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, e da Defesa, José Viegas.

A partir daí, a lei proíbe o porte de armas por civis, com exceção para os casos onde haja necessidade comprovada; nesses casos, haverá uma duração previamente determinada e sujeita o indivíduo à demonstração de sua necessidade em portá-la, com efetuação de registro e porte junto à Polícia Federal (Sinarm), para armas de uso permitido, ou ao Comando do Exército (Sigma), para armas de uso restrito, e pagar as taxas, que foram aumentadas. Um exemplo dessas situações são as pessoas que moram em locais isolados, que podem requerer autorização para porte de armas para se defenderem. O porte pode ser cassado a qualquer tempo, principalmente se o portador for abordado com sua arma em estado de embriaguez ou sob efeito de drogas ou medicamentos que provoquem alteração do desempenho intelectual ou motor (BRASIL, 2003).

A referida lei ainda prevê que somente poderão portar arma de fogo os responsáveis pela garantia da segurança pública, integrantes das Forças Armadas, policiais civis, militares, federais e rodoviários federais, agentes de inteligência, agentes e guardas prisionais, auditores fiscais e os agentes de segurança privada quando em serviço (BRASIL, 2003).

Na esfera civil, mediante ou não a concessão do porte de arma de fogo, só podem comprar agora os maiores de 25 anos, e não maiores de 21 anos, devido a estatísticas que sugerem grande número de perpetradores e vítimas de mortes ocorridas com jovens entre 17 e 24 anos.

De acordo com o Artigo 4º da Lei 10. 826/2003, quanto à legislação penal decorrente do comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo, foram previstas penas mais específicas para essas condutas, até então especificadas como contrabando e descaminho. As penas para ambos os casos são de reclusão de quatro a oito anos e multa. Se a arma, acessório ou munição comercializada ilegalmente for de uso proibido ou restrito, a pena é aumentada da metade.

Se o crime for cometido por integrante dos órgãos militares, policiais, agentes, guardas prisionais, segurança privada e de transporte de valores, ou por entidades desportistas, a pena também será aumentada da metade. Se a arma de fogo for de uso restrito, os crimes de posse ou porte ilegal, o comércio ilegal e o tráfico internacional são insuscetíveis de liberdade provisória, ou seja, o acusado não poderá responder o processo em liberdade, considerando-se crime inafiançável. Só poderão pagar fiança aqueles que portarem arma de fogo de uso permitido e registrado em seu nome (BRASIL, 2003).

Conquanto que as armas sejam registradas, o proprietário poderá entregá-la a qualquer tempo e o Estado irá indenizar seus proprietários. Este tem o prazo de três anos para a renovação do registro. Foi extinto o prazo para os usuários de armas de fogo sem registro após a Campanha do Desarmamento (LEI 10. 826/2003).

Em 23 de outubro de 2005, o governo promoveu um referendo popular para saber se a população concordaria com a proibição da venda de arma de fogo e munição em todo o território nacional denominado Referendo Sobre a Proibição do Comércio de Armas e Munição no Brasil. A medida que proibiria a venda de armas e munições no País foi rejeitada, com resultado expressivo, representando 63,94% dos votos "NÃO" contra apenas 36,06% dos votos "SIM".

Dessa forma, a aquisição de armas por particulares (civis) manteve-se permitida no Brasil, desde que cumpridos os seguintes requisitos:

- a) Possuir idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos;
- b) Possuir ocupação lícita e residência certa;
- c) Comprovar idoneidade por meio de apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais, certidões negativas de distribuição de processos criminais e não estar "respondendo a inquérito policial";
- d) Apresentar capacidade técnica e aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo, atestados por profissionais credenciados pela Polícia Federal;
- e) Declarar efetiva necessidade;
- f) Proceder ao pagamento da respectiva taxa (R\$ 60,00);

O termo empregado pelo artigo 4º, inciso I, do Estatuto do desarmamento, relativamente ao termo "respondendo inquérito policial" foi uma grave impropriedade legislativa, uma vez que o inquérito policial é um procedimento inquisitivo que, segundo doutrinas e jurisprudências atuais, não garante ao investigado o direito ao contraditório e ampla defesa, inexistindo, na Lei Processual Penal, qualquer dispositivo que determine quando uma pessoa passa a "responder" ao inquérito policial, que, não raro, se desenvolve sem a ciência do investigado (BRASIL, 2003).

1.4 Do Porte e da posse de arma de fogo

Os delitos de porte de arma de fogo e similares, na verdade, como os disparos em local público são, na verdade, infrações de lesão e de mera conduta. O bem jurídico é lesado e não apenas posto em perigo. A constituição, em seu artigo 5º, caput, tutela o direito dos cidadãos à incolumidade pessoal. Há interesses coletivos de que as relações sociais se desenvolvam dentro de um nível de segurança.

Toda vez que alguém vende, fabrica ou porta uma arma de fogo de forma ilícita, atua fora do círculo de permissão estatal e rebaixa o nível de segurança física coletiva. Neste sentido, existem dois planos superpostos: O primeiro é de condutas permitidas. Ex: porte legal de arma de fogo. Não há infrações penais quando o

cidadão atua conforme o direito, ainda que sua conduta apresente risco normal do uso da arma de fogo, como um disparo acidental, que é um risco permitido. Assim existe permissão legal da realização de comportamento que se situa, no plano vertical entre dois níveis diferentes. O segundo, é o plano de condutas proibitivas ou criminosas, surge quando o comportamento do cidadão situa-se no limite. Há lesão ao interesse coletivo incolumidade pública ou risco proibido, praticando-se delito nas condutas típicas previstas na Lei 10.826/2003. Rebaixa-se o nível de segurança coletiva tutelada pela ordem jurídica. Ex: o sujeito, negligentemente, deixa uma arma de fogo ao alcance de uma criança, que a manuseia.

Em alguns delitos, o fato atinge não o cidadão, considerado isoladamente, mas lesionam os membros da comunidade inteira, afetando não só a qualidade de vida em seu sentido genérico como também colocando em risco ou produzindo danos efetivos aos seus habitantes. O infrator, nos delitos relacionados com armas de fogo, situando sua conduta a partir do limite inicial do plano das condutas delituosas, lesa a objetividade jurídica.

O legislador classificou os delitos definidos na Lei nº 10.826/2003 em categorias distintas: Quanto às condutas, referiu-se a: - posse irregular de arma de fogo (artigos 12 e 16); - posse ilegal de arma de fogo (artigos 14 e 16); - omissão de cautela (artigo 13); - disparo de arma de fogo (artigo 15); - comércio ilegal de arma de fogo (artigo 17); e - tráfico internacional de arma de fogo (artigo 18). Quanto ao uso, podem ser classificados os delitos em: - posse e porte de arma de fogo de uso permitido (artigos 12 e 14); - posse e porte de arma de fogo de uso restrito ou proibido (artigo 16).

O legislador endureceu ainda mais as penas impostas aos crimes da antiga legislação, bem como aumentou de 25 para 40 as formas de cometimento de delitos penais pertinentes às armas de fogo.

O porte e posse de arma de fogo são figuras distintas, tratadas em nossa Lei desarmamentista. Conceitua-se possuir, em atuar como proprietário ou simplesmente titular do poder de ter a arma à sua disposição. Não é preciso que o sujeito seja proprietário da arma. Assim sendo, o sentido de possuir tem o sentido legal de ter em seu poder. Porte está ligado a trazer consigo a arma de fogo. Define portar como o ato de ter a arma de fogo ao seu alcance físico (nas mãos, vestes, maleta, pasta, pacote etc.). Trata-se de conduta típica permanente.

2. A EFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO SOBRE A REDUÇÃO DOS EVENTOS COM ARMA DE FOGO

Com o aumento da criminalidade de forma global, muitos países vêm tentando diversas técnicas para tentar conter esse crescimento da violência e do delito, alguns optaram em aumentar seu poderia bélico, outros em reparar as leis

sobre o porte de arma e outros em desarmar a população de forma geral, como o Brasil.

De acordo com a EBC (2016) O vice-presidente do Conselho de Administração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Renato Sérgio de Lima (2016, p. 118) afirma que:

Revogar o Estatuto do Desarmamento é uma proposta não só reacionária, mas completamente desvinculada de qualquer critério técnico, porque todos os dados, evidências, mostram que mais armas significam mais mortes.

Em outro aspecto também prevê que a liberação das armas pode aumentar o número de casos a serem julgados em até 40%, pois os casos que não ocorreu morte e somente agressão são rapidamente resolvidos, porém, aqueles que houve assassinato, o julgamento é mais demorado e isso tornaria a justiça mais lenta no contexto geral. E para além das conclusões teóricas sobre armas de fogo e violência.

Lima (2016, p. 121) destaca que quem lida com a segurança pública na prática também defende mais controle no acesso às armas. E exemplifica que:

Policial que passou por cargo de gestão e tem experiência é a favor do controle. Sabe que é mais fácil trabalhar em um ambiente onde quem estiver armado é criminoso, portanto poderá ser detido e poderá ser julgado. Liberar para todo mundo andar armado dificulta o trabalho da polícia.

Desde a implementação em 2003, o Estatuto do Desarmamento foi alvo de quase uma dezena de tentativas de alteração por meio de projetos no Congresso Nacional. O perfil mais conservador da atual legislatura e a composição pró-armas da comissão especial – na qual sete dos 54 deputados receberam recursos de campanha da indústria de armas – favoreceram a aprovação da lei que flexibiliza o controle da posse e do porte (EBC, 2016).

Estes dados deixam certa desconfiança, sobre o que de fato pode relacionar a eficácia do Estatuto quando o assunto é colocado em pauta. Pois à primeira vista parece um contrasenso liberar a aquisição de armas, a não ser que se queira formar um ambiente social armado e, por conseguinte, pronto a entrar em ação, trazendo como conseqüências mais mortes. Porém, se não liberar, mas continua-se apreendendo armas sem parar, isso indica que estas armas estão entrando no país por algum lugar e, por conseguinte, as armas de fogo continuam fazendo vítimas. Por isso a questão da eficácia depende de outras medidas que devem ser aplicadas em diversos segmentos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Para Potyara (2001 p. 113) a questão social articula ao mesmo tempo estrutura e sujeitos históricos, tanto na sua origem, quanto no seu processamento. Nesse sentido, diferentes matrizes podem trazer interpretações variadas em torno da questão social e da liberdade do cidadão em se defender e ser classificado como criminoso e, morrer e ser classificado como vítima.

2.1 Estudos americanos com o uso de armas de fogo

Viera (2012) cita Teixeira (2001, p. 45) onde demonstra um estudo realizado nos Estados Unidos pelo professor John R. Lott Jr., e David Mustard, os quais analisaram estatísticas criminais do FBI (espécie de Polícia Federal norte-americana), quando trinta e uns Estados norte-americanos deram aos seus cidadãos o direito de portar armas caso não possuíssem ficha criminal ou histórico de doença mental. O estudo abrangeu 3.054 condados norte-americanos, entre os anos de 1977 e 1992, coletando assim diversos dados. De acordo com o exposto segue:

O estudo mostrou que os Estados reduziram os assassinatos em 8,5%; os estupros, em 5%; os assaltos a mão armada, em 7% e os roubos com emprego de armas de fogo, em 3%. Caso esses Estados houvessem aprovado essa lei anteriormente, teriam evitado nada mais nada menos do que 1.570 assassinatos, 4.177 estupros, 60 mil assaltos a mão armada e 12 mil roubos. Para ser mais simples “Os criminosos respondem racionalmente a tratamento intimidatório” (John R. Lott Jr. e David Mustard) (TEIXEIRA, 2001, p. 45).

Vieira (2012) ainda relata que na cidade de Kennesaw, no Estado norte-americano da Geórgia, onde no ano de 1981, diante de uma maciça onda de crimes, uma polêmica lei foi instituída, obrigando cada cidadão adulto, e com bons antecedentes a ter uma arma em seu poder ou em sua residência. Diante disso, os grupos antiarmas ficaram evidentemente furiosos, fazendo previsões que muitos cidadãos morreriam por conta desta lei. Porém nada disso aconteceu. O fato é que apenas no primeiro ano de vigência da lei, os crimes violentos na cidade de Kennesaw diminuíram o índice admirável de 80%.

Pesquisa realizada por dois cientistas Estadunidenses, doutores Wriqh e Rossi que custou cerca de 680 mil dólares, publicada na obra intitulada “*Under de Guns: Weapons, Crime and Violence in America*” (abaixo a arma: Armas de Fogo, Crime e Violência nos Estados Unidos da América (TEIXEIRA, 2001, p.46).

Estes resultados obtidos entre os criminosos encarcerados dos Estados Unidos são cabais, e por si só, já bastariam para encerrar qualquer discussão, visto que mostra o pensamento deles para com as armas. Segundo essa pesquisa, 88% dos marginais conseguem obter suas armas de fogo, apesar de toda e qualquer restrição legal ou de policiamento; 56% desses criminosos declararam não abordar

vítimas que desconfiam estarem armadas; 74% dos presos afirmaram que evitam adentrar em residência onde sabem que se encontra alguém armado; 57% dos encarcerados declararam temer mais um simples cidadão armado do que a própria máquina policial e 34% deles revelaram como sendo seu maior temor levar um tiro da vítima ou da polícia (VIEIRA, 2012).

O que mais preocupa a sociedade e doutrinadores é o aumento dos suicídios envolvendo arma de fogo e ataques de raiva, ódio, generalizados a locais públicos com grande aglomeração de pessoas como é comum na América do Norte em especial no EUA, divulgado amplamente pela mídia

3. A LIBERAÇÃO DO USO DE ARMAS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

Faremos uma conjectura, caso o Congresso Nacional venha revogar o Estatuto do Desarmamento, vê-se duas possibilidades que devem ser levadas em conta:

1. A arma de fogo poderá ficar dentro de sua propriedade, todavia sem poder portá-la em locais abertos, ou seja, ter-se-ia apenas a posse;
2. Quanto ao porte seria dada permissão para que o cidadão pudesse transitar armado pela via pública, neste caso, o legislador irá definir os procedimentos e a normatização do que será permitido abrangendo a uma solução homogênea, preterindo menos riscos e sociedade e ao exercício pleno do direito ao cidadão como preceitua a nossa Constituição.

Atualmente no Brasil, os cidadãos são cumpridores dos seus deveres e a Lei não pode tolher a aquisição de armas. De forma qualitativa a prestação pelo Estado na segurança pública, no que tange ao pessoal de forma quantitativa, não atende a necessidade. Desta feita, os infratores têm a seu favor a facilidade para conseguir armas clandestinas, através de contrabando e desviadas por agentes públicos (policiais), para vender ou alugar, para que os mesmos pratiquem os atos ilícitos contra população, que fica oprimida, de um lado por discurso demagogo e clientelista por parte do Congresso Nacional e do outro lado o bandido de farda assume atividade paralela.

De outra forma, se os infratores têm ciência de encontrar resistência, pode ocasionar em razão disso o possível desestímulo a intentar a pratica de crimes contra a população.

CONCLUSÃO

Desde o seu invento até os dias de hoje, as armas de fogo fazem parte do cotidiano da vida humana, e são estas, por assim dizer, as reguladoras dos comportamentos do homem em sociedade, pois notório que não basta haver as

leis, é necessário uma força armada para garantir a execução das normas jurídicas, sobretudo às criminais.

Ao se destacar a Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, conhecida como “Estatuto do Desarmamento”, teve como objetivo desarmar a população ficou claro que o crime não reduziu, haja vista que os autores dos crimes com armas de fogo em geral, jamais entregariam suas armas. Mas somente o cidadão, com a esperança de ver reduzir os crimes com esta ferramenta, foi prejudicado por reduzir o seu grau de segurança ou possibilidade de defesa.

As reduções dos crimes por arma de fogo tiveram um pequeno fator de redução, porém, logo isso voltou a tomar uma direção crescente. Assim, a legislação vigente em nosso país acerca da aquisição e porte de armas de fogo, constata-se que apenas um pequeno grupo de indivíduos tem possibilidade de forma legal, e um número mais restrito ainda, pode fazer o uso diário das mesmas através do porte.

Também foi observado a partir de estudos americanos sobre as armas de fogo que, indivíduos com o intuito de cometer algum crime envolvendo violência contra a pessoa ou até mesmo contra o patrimônio, são desmotivados a praticar estes crimes quando percebem que suas vítimas possam estar armadas e, se aparentam ter um treinamento adequado, propiciado por um treinamento de forma legal e segura.

Muitos criminosos na cidade de Manaus sondam mercadinhos e outros comércios que com grande circulação de dinheiro e quando percebem que não há uma segurança efetiva, atacam, ao passo que quando observam que há vários fatores de dificuldade de sair em fuga, e que possuem seguranças armados, logo são desestimulados.

No decorrer do presente artigo, comprovou-se que a legislação em vigor no Brasil, no que tange ao controle de armas de fogo, visando à diminuição da violência, não possui eficiência para este fim. Sendo apenas um graduador do fluxo de armas no país e no Estado.

Portanto, alguns ajustes por parte do governo merecem atenção, no sentido que toda sociedade é responsável pela contenção da violência. É muito prematuro dizer que a ab-rogação do Estatuto do Desarmamento causará mais violência, posto que, se ocorrer, será em nome da cidadania e irá de pronto aumentar a sensação de segurança, que deve ser acompanhada com melhoria de educação. O caminho a ser seguido deverá observar o bom senso, manter os requisitos mínimos e excluir a necessidade de motivar a vontade do cidadão de bem em defender seu patrimônio, sua vida e de sua família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Liduína. **O Uso de Armas de Fogo no Brasil, a Violência e o Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br>. Acessado em: 01/08/2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Imprensa Oficial, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 fev 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília (DF): Imprensa Oficial, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 18 mar 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2014.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sergio; BUENO, Samira; VALENCIA, Luis Iván; HANASHIRO, Olaya; MACHADO, Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. **Atlas da Violência 2017**. Rio de Janeiro: Ipea, 2017, p.7. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf. Acesso em: 24 jul 2019.

COSTA, Gilberto. **Flexibilização de posse de armas divide opiniões**. Internet: Site Agência Brasil, 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/flexibilizacao-de-posse-de-armas-divide-opinioes>. Acesso em 18 mar 2019.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Qual a diferença entre posse e porte de arma de fogo?**. Internet: Site Jusbrasil, 2011. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2527721/qual-a-diferenca-entre-posse-e-porte-de-arma-de-fogo-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso em: 18 mar 2019.

MATIAS, Ricardo Aparecido. **Posse e porte de armas de fogo e sua relação com a violência**. Brasília (DF): Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,posse-e-porte-de-armas-de-fogo-e-sua-relacao-com-a-violencia,590791.html>. Acesso em: 24 jul 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2014.

DOENÇAS OCUPACIONAIS E O NEXO DE CAUSALIDADE: UM ESTUDO DA BASE LEGAL NO BRASIL

INGRED SUSANA DA SILVA NASCIMENTO:

Discente do curso de Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARIA LENIR PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: Doenças Ocupacionais e o nexo da causalidade: Um estudo da base legal no Brasil é um artigo de revisão com amparo na pesquisa qualitativa e descritiva por meio do método dedutivo, pois desta forma se buscará em materiais já públicos conteúdos referentes a doenças ocupacionais, nexo causal e legislação trabalhista. O desenvolvimento deste artigo segue a premissa de seu objetivo geral, ou seja: Desenvolver um estudo sobre os parâmetros nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente de trabalho e a forma como o ordenamento jurídico aborda a temática. Além dos objetivos específicos: Apresentar a evolução histórica legal do ordenamento jurídico quanto à proteção do trabalhador; Analisar a base legal do Direito Trabalhista, em especial os fundamentos ligados a acidentes do trabalho e doenças ocupacionais e examinar os fundamentos legais utilizados nas doutrinas e jurisprudências relacionadas a acidente de trabalho e doença ocupacional; Demonstrar as modalidades de acidentes de trabalho no ordenamento brasileiro e suas características; Esclarecer os parâmetros do nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente do trabalho. Como resultado foi observado que as doenças ocupacionais são objetos da rotina do empregado em suas atividades, mas a manifestação da realidade depende da narrativa dos fatos e de provas que venham a ofertar ao julgador a aplicação literal do ordenamento jurídico trabalhista.

Palavras-chave: nexo de causalidade. doenças ocupacionais. direito trabalhista.

ABSTRACT: The Occupational Division and the Causing Nexus: The study of the legal basis in Brazil is a review article supported by qualitative and distributive deductive methods. employment law. The development of this article follows a premise of its general objective, namely: the development of a study on the causal parameters of the accident and occupational work with the work environment and the way the legal system deals with the issue. After specific editing, a registration for worker protection is required; Analyze a legal basis for labor law, in particular the fundamentals related to labor and legal policies related to work and

occupational diseases; Demonstrate the trends of occupational accidents and their characteristics; Clarify the causal link parameters of occupational accident and occupational disease with the work environment. As a result, it has been observed as one of the most accurate ways to accomplish a task in its activities, but a manifestation of reality depends on the narrative of facts and evidence that can be considered a literal application of the labor legal system.

Keywords: causal link. occupational diseases. labor law.

1 INTRODUÇÃO

Este é um artigo de revisão elaborado com base na metodologia bibliográfica a partir do tema “Doenças Ocupacionais e o Nexo da Causalidade: Um Estudo da Base Legal no Brasil”, pois em um mundo que preza pela modernidade, a compreensão do lastro das relações do empregado e empregador necessita acompanhar as mudanças e transformações sociais, em especial as mudanças que são conduzidas pelas questões econômicas de um país em desenvolvimento.

Esse alcance social fundamenta a escolha desta temática, pois o estudo sobre a relação de trabalho é um reflexo da própria sociedade, e, por conseguinte o seu desenvolvimento contribui para a consolidação das relações sociais.

Quando há litigância entre o empregado e o empregador, e os fatos chegam ao judiciário é dever do Direito apresentar soluções que visem à pacificação dos atos e o retorno da condição anterior ou a melhor satisfação dos interesses de ambos.

Surgiu assim, à necessidade de uma Justiça do Trabalho mais celere que não sofra com os entraves oriundos de demandas judiciais que busquem a alcunha de má-fé ou aventuras jurídicas, e para isso o clareamento de circunstâncias que envolva acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais é necessário, o que expõe a perspectiva acadêmica, ou seja, o debate e a pesquisa sobre um tema de relevante alcance.

A relevância da pesquisa por sua vez demonstra a contribuição pessoal, pois esta necessidade vai de encontro ao a necessidade imperiosa de levar a efeito tal empreendimento, o que ecoa no contexto da relevância social significativa por atender a anseios presentes na rotina da sociedade, além de ofertar a mitigação de circunstâncias que inebriam a face do judiciário.

Os acidentes e doenças ocupacionais decorrentes do ambiente de trabalho são um caso de saúde pública e representam um considerável peso sobre a economia brasileira, assim como de outras nações.

A ordem jurídica direcionada a regular as relações de emprego do sistema econômico traz em seu bojo o senso das relações coletivas em detrimento a individualidade, porém a análise do nexo de causalidade do acidente de trabalho envolve fatores que ultrapassam os fundamentos legais uma vez que se consideram éticas, legais e humanísticas para determinação do liame causal.

Todavia, o problema a ser solucionado é a identificação clara dos fatores que possam ofertar o nexo de causalidade do acidente e doenças ocupacionais decorrentes do ambiente de trabalho, o que se vislumbra que ocorra por meio do estudo da base legal do Direito Trabalhista.

Portanto, é de se questionar: Quais os fatores que determinam o nexo de causalidade para as doenças ocupacionais?

A solução desta problemática atende diretamente aos anseios sociais e níveis sociopsicológicos e institucionais, pois em conjunto representam a relação de trabalho do empregador e empregado, e, por conseguinte refletem uma unidade da ordem econômica.

Em razão da problemática estabelecida é necessário buscar entendimento sobre os fatores que possam estabelecer o nexo entre a atividade e a exposição ao risco no ambiente de trabalho.

Na busca das respostas para a problemática arguida a definição do objetivo geral se apresenta como um direcionamento para a construção deste artigo: Desenvolver um estudo sobre os parâmetros nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente de trabalho e a forma como o ordenamento jurídico aborda a temática. Assim como os objetivos específicos: Apresentar a evolução histórica legal do ordenamento jurídico quanto à proteção do trabalhador; Analisar a base legal do Direito Trabalhista, em especial os fundamentos ligados a acidentes do trabalho e doenças ocupacionais e examinar os fundamentos legais utilizados nas doutrinas e jurisprudências relacionadas a acidente de trabalho e doença ocupacional; Demonstrar as modalidades de acidentes de trabalho no ordenamento brasileiro e suas características; Esclarecer os parâmetros do nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente do trabalho.

Da mesma forma, hipóteses como se há necessidade em demonstrar que determinado risco causa determinada lesão, além de que se deve ou não considerar a compatibilidade da lesão e a alteração funcional.

Outra hipótese é a necessidade da existência de subordinação, dano e incapacidade funcional para determinação do nexo de causalidade do acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Estes questionamentos, a partir de seu esclarecimento, tem o condão de atender, sobretudo, a problemática arguida sob a ótica da base legal do direito trabalhista brasileiro, ou seja, o desenvolvimento deste estudo nos possibilita o entendimento dos parâmetros do nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente de trabalho e a forma como o ordenamento jurídico aborda a temática.

Sobre as questões metodológicas, se reitera o artigo de revisão bibliográfica seguindo uma abordagem qualitativa e descritiva por meio do método dedutivo, pois desta forma se buscará em materiais já públicos conteúdos referentes a doenças ocupacionais, nexo causal e legislação trabalhista.

2 METODOLOGIA

A metodologia é uma ciência que abrange os procedimentos, ferramentas e caminhos para se atingir a realidade teórica e prática (FONSECA, 2012).

Sendo que,

...é essencial entendermos a importância da metodologia para a formação do cientista; ela é a condição fundamental de seu amadurecimento como personalidade científica. Quando o cientista segue um método específico, promove o espírito crítico, capaz de realizar a autoconsciência do trajeto feito e por fazer. A ciência propõe-se a captar e manipular a realidade assim como ela é. A metodologia desenvolve a preocupação em torno de como chegar a essa realidade (DEMO, 2001).

Portanto, e com base nas informações do padrão metodológico, este conteúdo tem caráter bibliográfico, ou seja, desenvolvido a partir de materiais e conteúdos já disponíveis (SEVERINO, 2007), por conseguinte, a ênfase do conteúdo é qualitativa.

A abordagem do conteúdo ocorre de forma qualitativa e descritiva, pois de acordo com Assis (2012) na "pesquisa qualitativa, a interpretação dos

fenômenos e a atribuição de significados são fundamentais. É descritiva e não requer utilização de métodos e técnicas estatísticas”.

Sendo a pesquisa realizada de forma descritiva, o conteúdo segue o procedimento técnico como bibliográfico.

No caso de pesquisa bibliográfica, o universo de pesquisa pode ser descrito da seguinte maneira, conforme Gonçalves (2005, p.09 *apud* FREITAS; PRODANOV, 2013):

Tomamos como fontes de pesquisa as publicações nacionais em revistas e periódicos indexados junto à Biblioteca Nacional bem como na base eletrônica de dados disponível na Biblioteca Central da Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP, campus de Marília. [...] Em nosso estudo, pretendemos apresentar e comentar a visão de autores sobre o tema central da pesquisa, enfatizando as diferenças ou semelhanças existentes entre os conceitos de deficiência mental e de deficiência intelectual.

Dada esta explicação, se buscará em materiais já públicos conteúdos referentes a doenças ocupacionais, nexos causal e legislação trabalhista.

Fonseca (2012) destaca que “a técnica descreve a abordagem, ou seja, o tipo de pesquisa a ser utilizado e os elementos necessários para sua realização”.

De igual modo, podemos compreender que a técnica de pesquisa abrange os fatores como participantes, instrumentos, procedimentos e análise de dados (FONSECA, 2012).

Logo, mediante a exposição e com base no que demonstra a autora, considera-se este projeto com base no método (procedimento) dedutivo, pois “é o raciocínio que nos permite tirar, de uma ou várias proposições, uma conclusão que delas decorre logicamente” (FONSECA, 2012).

3 NEXO DE CAUSALIDADE

Quando consideramos o nexo de causalidade temos a necessidade de realizar uma apresentação sobre responsabilidade civil como forma de contextualizar o vínculo entre o empregador e o empregado, sobretudo sobre as doenças ocupacionais.

Assim, San Tiago Dantas (*apud* FERNANDES, 2017) lecionava que:

Os principais objetivos da ordem jurídica são a proteção ao lícito e repressão ao ilícito e para atingi-los há a fixação de deveres positivos (dar, fazer) e negativos (não fazer, tolerar, onde se insere o *neminem laedere*, não porque se limite a determinar as pessoas que “não lesem” outras, já que também obriga ao determinar o não lesar, que comportamentos comissivos sejam realizados, mas porque insere uma ideia negativa: dever geral de não prejudicar a ninguém).

É um princípio básico de não fazer mal para evitar conflitos sociais e conta no brocardo: “*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” – “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu” (VIVIAN, 2015). A responsabilidade, quanto ao princípio *neminem laedere* é o dever de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico (MARON, 2007).

A classificação da responsabilidade civil é o fundamento de reparar juridicamente, por meio da imputação de responsabilidade de um dano causado, ou seja, o próprio princípio do *neminem laedere*.

O primeiro fundamento é o fato de a pessoa causadora do dano ter agido com culpa, responsabilidade civil subjetiva, que inclui o dolo em causar o dano. Tais parâmetros restam no art. 927, do CC, já amplamente difundido neste conteúdo.

É rígido que os fundamentos da responsabilidade civil repousam sobre o risco assumido das partes e da intenção causadora de um dano, uma vez que o próprio *caput* do art. 927, do CC, carrega em seu bojo a subjetividade da responsabilidade que é caracterizada pela culpa ou dolo no cometimento do ato ilícito, e, por conseguinte a responsabilidade objetiva – presente no artigo 186, do mesmo *Codex* e para que seja caracteriza exige apenas a conduta, ou seja, que haja o risco presumido da atividade que se impõe e de onde decorre o dano.

3.1 PARTES ENVOLVIDAS

A responsabilidade civil não ocorre somente entre as partes envolvidas, ou seja, em relação ao agente causador e aquele que busca sua reparação. Logo, a responsabilidade civil subdivide-se em direta e indireta.

A questão que envolve as partes na responsabilidade civil se desdobra pela conduta humana já que:

Fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela

vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo (FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 75).

Quanto à classificação da responsabilidade direta e indireta temos a visão de Maron (2007, p.42):

A responsabilidade civil é direta quando a pessoa chamada a indenizar é a própria causadora do dano. Aqui, aquele que descumpre o dever primário assume o dever secundário. É a regra geral, na pura leitura do artigo 927 do CC, que diz que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

A responsabilidade indireta, por óbvio, é aquela em que outra pessoa, diversa da que causou o dano, é chamada a responder pelo dever de indenizar. Há, para o responsável indireto, a *obligatio sem debitum*, o *haftung* sem o *shuld*: aquele que não praticou ato ilícito diretamente é chamado a indenizar. É claramente situação excepcional, e como tal deve vir prevista em lei.

Veja que, como é comum na ciência do Direito, se evidenciam exceções ao exemplo da responsabilidade civil indireta, uma vez que mesmo o art. 927, do CC, caracteriza o dever de reparar o dano do autor, mas ao combinarmos com o art. 186, do mesmo código, o direito de ver o dano reparado pelo causador alcança aqueles que com ação ou omissão são responsáveis pelo ato, ressalta-se que não se considera que cometeram diretamente o ato, mas são responsáveis por ele indiretamente.

Neste sentir, Gagliano (2010, p.12), ensina:

E se não bastasse todo esse amplo reconhecimento da responsabilidade objetiva por ato próprio, o codificador cuidou ainda de admiti-las nas situações de responsabilidade civil indireta (por ato de terceiro, art. 932, do CC), além daquelas decorrentes da guarda da coisa ou do animal (arts. 936, 937 e 938).

Desta forma, a responsabilidade direta ou indireta, como configuração das partes esta para a responsabilidade civil como aquele que por ação ou omissão não atentou para o resguardo do patrimônio de outrem, seja por meios próprios, de terceiros sob sua responsabilidade ou de coisas sob sua guarda.

3.2 PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE

Os pressupostos de responsabilidade residem no artigo 186, do CC. Sendo que, a divergência quanto ao número de pressupostos partindo de três até cinco pressupostos.

Contudo, para este trabalho nos filiamos à linha de raciocínio de Farias *et. al.*, (2015), que “aponta a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade”. O que encontra eco no pensar de Filho e Gagliano (2012), pois apontam que analisando o supracitado se extraem claramente os elementos da conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

E para dar mais lastro a esta filiação, ressalta-se o pensar de Maron (2007), que ao considerar o quinto pressuposto como a imputabilidade na efetivação da responsabilidade civil, aproximando-o do direito penal, o art. 928, do CC, refuta tal teoria, uma vez que o próprio ordenamento expõe a necessidade de indenizar por fato de terceiro gerando a responsabilidade indireta.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Desta feita, partimos para a classificação de cada um destes pressupostos, a qual iniciará pela conduta humana.

Farias *et. al.*, (2015) apontam que a conduta humana esta presente no art. 186, do CC, em *stricto sensu* de ilicitude, pois caracteriza que por ação ou omissão, negligência, a parte que causar dano à outra tem o dever de indenizar ou reparar o dano.

Venosa (2007, p. 35) aponta:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

São designações que estabelecem padrões ou contingenciamentos sociais que positivados apontam a liquidez da responsabilidade civil. Nesta ótica, o art. 186 exorbita o ato ilícito da conduta humana positiva ou negativa, uma vez que sua ação ou inércia geram o dano, o que veremos a seguir.

O dano é o resultado fático da ação ou omissão do comportamento humano e tem como antagonismo o princípio *neminem laedere* (FERREIRA, 2017).

Echterhoff (2007) aponta que “na fase de composição dos danos, o agressor é chamado a indenizar a vítima, inicialmente por uma iniciativa voluntária e, posteriormente, em razão de previsão legal”.

Já Filho e Gagliano (2012, p. 49) descrevem que podemos “afirmar que, seja qual for à espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque”.

No tocante ao nexo de causalidade, podemos fazer uso do exemplo laboral citado por Farias *et. al.*, (2015):

Uma vez comprovado o nexo de causalidade entre o sinistro e o exercício da atividade laboral, torna-se presumida a culpa do empregador pelo acidente de trabalho, ficando para este o encargo de demonstrar alguma excludente de sua responsabilidade ou de redução do valor da indenização.

Nesta linha, o nexo de causalidade é o elo entre a conduta humana e o dano, como se fosse estabelecida uma linha do tempo entre o fato gerador e o fundamento da responsabilidade civil, o qual vincula o agente a obrigação de indenizar ou reparar o dano.

3.3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes de ilicitude do direito civil são as possibilidades de rompimento da obrigação de reparação do dano pelo autor. Contudo, são exceções presentes no ordenamento jurídico, mas que não extinguem o dano, contudo retiram do autor a responsabilidade.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Deste modo, as excludentes são a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Farias *et. al.*, (2015) complementa que “a exclusão da responsabilidade civil será um fenômeno consequente de uma interrupção do nexo causal ou da concausalidade”.

Farias *et. al.*, (2012), diz que “quem pratica um ato em legítima defesa pratica um ato lícito (art. 188, Inc. I, do CC)”. Como exemplo, se expõe um pai que percebe que seu filho será morto por um assaltante e mata o bandido.

O estado de necessidade, art. 188, Inc. II, do CC, “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente” (FILHO; GAGLIANO, 2012).

O exercício regular de um direito tem no seu nome a sua expressão, pois é o exercício de um direito previsto comumente atrelado ao Estado, sendo que o dever de indenizar permanece, excluindo-se apenas o ato ilícito. Já o estrito cumprimento do dever legal se equipara ao conceito anterior, pois esta para o Direito como uma autorização para a atuação do Poder Público, logo quem age sobre o estrito cumprimento do dever legal, age em nome do direito.

A caracterização pelo caso fortuito ou força maior consta no art. 393, do CC:

O devedor ***não responde pelos prejuízos*** resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. **[grifo nosso]**

Para Sergio Cavalieri (2012), “a imprevisibilidade é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior”. Complementado por Farias *et. al.*, (2015), o caso fortuito se exprime em uma conduta externa ao agente, de cunho inevitável, e para que seja caracterizada deve haver externalidade e a inevitabilidade.

A segunda excludente é a culpa exclusiva da vítima, e para este conceito Aguiar Dias (1995) destaca que “se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.

Filho e Gagliano (2012) fazem uso da jurisprudência do STJ, e demonstram que se exige do réu, exigem a exímia comprovação desta excludente para que não haja a reparação ou o dever de indenizar, consoante se lê no acórdão da lavra do Min. José Delgado, a seguir transcrito (REsp 439408/SP, DJ, 21-10-2002):

Direito civil. Ação de reparação de danos. Responsabilidade civil. Indenização. Acidente automobilístico. Ausência de grades de proteção no local. Demonstração de relação de causa e efeito entre a omissão e as mortes.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação ordinária de reparação de danos em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando a indenização pelo falecimento dos pais dos recorrentes, ao argumento de que os mesmos vieram a falecer em razão de acidente automobilístico ocorrido na Marginal do Tietê, pois no local do acidente não existiam grades de proteção, o que impediria a queda do veículo.

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público, basta à prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu e que o evento morte dele decorreu e que a estrada não tinha grade de proteção.

4. A ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse — o que não foi feito — que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima.

5. A imputação de culpa está lastreada na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública, zelar pela segurança do trânsito e pela prevenção de acidentes (arts. 34, parágrafo 2.º, do Código Nacional de Trânsito, e 66, parágrafo único, do Decreto n. 62.127/68).

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto n. 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

7. Estabelecido assim o nexu causal entre a conduta omissiva e o falecimento dos pais do recorrente, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes, no caso, os danos patrimoniais pela cessação da fonte de sustento dos menores.

8. Recurso provido **(grifo do autor)**.

Quanto ao fato de terceiro, Venosa (2007), descreve que “A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma situação de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico”.

O que se tem complementado pelo pensar de Silva (1974, p. 88):

Se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto substanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao caso fortuito. Fora daí, não. Só pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro, não se tornaria ele equipolente ao casus ou à vis major.

Vê-se que não se trata de um tema pacificado, pois com bem expõem Filho e Gagliano (2012), “em muitos julgados, tende-se a reconhecer a responsabilidade do causador do dano, a quem caberia ação regressiva contra o terceiro, mesmo em caso de abaloamento (JTACSP, 109/226, RT, 646/89, RT, 437/127)”.

4 DOENÇAS OCUPACIONAIS: UM ESTUDO DA BASE LEGAL NO BRASIL

A sociedade tem avançado e o Direito como ciência, em especial o Direito do Trabalho, é um instrumento de garantia das relações laborais. Logo, não pode cair na obscuridade fator tão relevante que possa sanar litigâncias ou minimamente ofertar ao julgador amparo na tomada de decisão aos anseios do trabalhador ou do empregador.

No intuito de lançar luz sobre o tema “Doenças ocupacionais e o nexa da causalidade: Um estudo da base legal no Brasil” se estabelece hipóteses que possam trazer à baila caminhos em direção as respostas esperadas, ou seja, se o nexa entre a atividade e a exposição ao risco exige que se demonstre que determinada atividade expõe o operador a determinado risco.

Desta forma, o acesso à Justiça é uma garantia concebida no Estado democrático de modo a permitir a todos, sem qualquer distinção econômico-social, que pretendam ver sua pretensão acolhida, diante da resistência de terceiro ao cumprimento espontâneo da obrigação, porém deve ser feito dentro dos limites da boa-fé e não havendo este princípio a apresentação nominal do critério de nexa causal do acidente laboral ou do dano ocupacional é ainda mais irrefutável. E, se

tratando das recentes alterações da estrutura da legislação trabalhista é relevante o estudo da base legal brasileira sobre o tema.

Seguindo a perspectiva exposta acima, podemos considerar as doenças ocupacionais como uma questão de saúde pública, logo de nítido interesse do estudo jurídico em razão das possíveis divergências resultantes das relações trabalhistas.

Frente a isso, a Revista Proteção (2018), de autoria da Agência Alagoas - publicou a seguinte informação a respeito do afastamento de profissionais em Alagoas/Brasil:

As doenças ocupacionais estiveram no topo do ranking de enfermidades que afastaram os profissionais alagoanos dos postos de trabalho em 2017. Conforme dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), 2.706 trabalhadores foram afastados, entre janeiro e dezembro do ano passado. Algumas doenças resultaram na licença trabalhista momentânea por vários dias e, em casos extremos, até meses.

De acordo com a assessora técnica do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), Maria do Socorro Marques Luz, a doença ocupacional é aquela em que o trabalhador ficou exposto a agentes nocivos para sua saúde, sem que houvesse a proteção necessária, ou ainda mesmo com a proteção. Ela salienta que o grau de exposição foi acima do tolerável por lei, em períodos longos, médios ou curtos e as que as doenças ocupacionais podem demorar anos para se manifestarem, mas, quando o fazem, a situação já está crítica.

Esta exposição vai de encontro ao que relata a ANAMT (2017) quando descreve as doenças ocupacionais: "As doenças ocupacionais são aquelas produzidas, adquiridas ou desencadeadas pelo exercício da atividade ou em função de condições especiais de trabalho".

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 destaca que um profissional que desenvolve uma doença ocupacional adquire os mesmos direitos daquele que se envolve em um acidente do trabalho (BRASIL, 1991).

Em relação às doenças ocupacionais a ANAMT (2017) ainda ensina que:

Trabalhadores e empregadores precisam ficar alertas em relação às principais causas de doenças ocupacionais e a como evitá-las, buscando o constante aprimoramento das condições de saúde e segurança do ambiente de trabalho. Além disso, é preciso estar atento aos primeiros sinais de desconforto físico ou mental, procurando auxílio médico o quanto antes.

Já Santana (2015, p.3) expõe os principais direitos do empregado perante o empregador nestes casos:

1 – Restituição de gastos com medicamentos, próteses e tratamentos médicos; 2 – Recolhimento do fundo de garantia (FGTS) durante o afastamento pelo INSS – Os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do trabalhador, seja por acidente do trabalho ou por doença adquirida no trabalho, são de responsabilidade da empresa, passando à responsabilidade do INSS, o afastamento superior a 15 (quinze) dias;

3 – Estabilidade – Se o trabalhador passa 15 (quinze) dias ou mais afastado do trabalho em consequência de acidente ou doença adquirida, tem garantida a estabilidade de 12 meses no emprego; 4 – Indenização por danos morais – Seja por acidente de trabalho ou por doença adquirida no trabalho; 5 – Indenização por danos estéticos – Se o trabalhador sofre acidente do trabalho que lhe cause algum defeito estético, a exemplo de cicatriz, ou perda de um membro, pode pleitear do empregador uma indenização por isso.

Sobre a estabilidade, Santana (2015, p. 3) ainda destaca: "... a partir do seu retorno, não podendo ser despedido nesse período, o que lhe é garantido pelo artigo 118, da Lei nº 8.213/91, dispositivo que tem a sua interpretação pacificada e consolidada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), através da Súmula nº 378".

Os direitos no tocante as concessões do INSS são ainda mais amplos:

1 – Aposentadoria por invalidez acidentária – ocorre se o trabalhador sofre de uma incapacidade total e definitiva para qualquer trabalho, decorrente de acidente passa a ter o

direito ao benefício de aposentadoria por invalidez acidentária.

2 – Auxílio doença acidentário – o trabalhador passa a ter direito ao benefício de auxílio doença acidentário e o acidente ou doença adquirida no trabalho se tiver como consequência uma incapacidade temporária superior a 15 (quinze) dias para o emprego do trabalhador ou para as suas atividades habituais.

3 – Auxílio acidente – Neste caso, o trabalhador retorna à sua atividade profissional, mas continua recebendo o benefício, além do salário que lhe paga a empresa.

4 – Pensão por morte por acidente de trabalho – o benefício de pensão por morte por acidente do trabalhador é pago aos seus dependentes (AGÊNCIA ALAGOAS, 2018).

O grande volume de direitos que podem ser acessados pelo trabalhador expõe a fragilidade do empregador que como saída se ampara na exposição do nexos da causalidade visando desvincular a doença ocupacional do fato laboral.

Neste sentido Melo (2018, p. 2) orienta que:

Questão de grande interesse nas perícias médicas sobre doenças ocupacionais diz respeito ao nexos causal ou concausal, que é pressuposto da responsabilidade civil do empregador.

No caso dos benefícios previdenciários acidentários a Lei 8.213/91 cuidou do tema, flexibilizando o seu reconhecimento, com vistas a permitir a efetivação do princípio da proteção integral em benefício das vítimas de doenças ocupacionais.

Há casos em que as provas colhidas não são conclusivas com relação à origem da doença ou, por critérios médicos, o perito, embora oferecendo subsídios no seu trabalho, não emite parecer conclusivo afirmando o nexos da doença com as condições de trabalho.

Nessas situações, cabe ao juiz, diante dos elementos existentes nos autos, da sua experiência como julgador sobre o que ordinariamente acontece, formar seu convencimento, reconhecendo ou não o dever de reparar o dano.

Sobre nexos causais, deve-se tomar conhecimento de duas teorias:

A primeira teoria é a equivalência dos antecedentes. Ela defende que todas as causas que tenham participado para um resultado, direta ou indiretamente, têm o mesmo peso. Essa teoria também implica que o responsável pela causa responde pelos danos diretos e, também, subsequentes de sua ação ou omissão.

A segunda teoria é a causalidade adequada. Ela defende que, mesmo que várias causas tenham colaborado para o resultado, deve-se buscar aquela que foi mais eficiente e adequada para gerar o resultado (BASTOS, 2018).

Pereira (2018) ecoa o pensar de Bastos (2018) a respeito do acidente de trabalho: “é aquele em que ocorre no local, horário de trabalho, que possa produzir lesão corporal, perturbação funcional, ou doença que resulte na perda ou redução da capacidade laboral, ou até mesmo a morte do trabalhador”. Esta visão traduz o posicionamento do nexo causal na esfera da doença ocupacional.

CONCLUSÃO

Como apontado à legislação trabalhista brasileira é bastante complexa e o desenvolvimento deste artigo “Doenças Ocupacionais e o Nexo da Causalidade: Um Estudo da Base Legal no Brasil” versa sobre um tema que gera influências sobre a economia do país, além de ser presença constante na esfera política com intervenções e mudanças.

Assim, o desenvolvimento de um estudo sobre os parâmetros do nexo de causalidade do acidente de trabalho e da doença ocupacional com o ambiente de trabalho e a forma como o ordenamento jurídico aborda a temática se apresentou como satisfatório uma vez que proporciona ao leitor a contextualização necessária para a participação do debate e na formulação de ideias concisas sobre este objeto.

Ainda sobre a seara da contextualização, se tem por cumprida a apresentação da evolução histórica legal do ordenamento jurídico quanto à

proteção do trabalhador já que se a apresentação da evolução histórica permitiu analisar com maior clareza a realidade presente.

Quanto à base legal do Direito Trabalhista se identificou que não há positividade clara sobre o ordenamento jurídico, deixando à margem da decisão da interpretação do julgador a partir dos fatos narrados a existência ou não do nexo de causalidade em relação às doenças ocupacionais, o que obviamente gera prejuízo a sociedade.

Portanto, é de se concluir que as doenças ocupacionais são objetos da rotina do empregado em suas atividades, mas a manifestação da realidade depende da narrativa dos fatos e de provas que venham a ofertar ao julgador a aplicação literal do ordenamento jurídico trabalhista.

REFERÊNCIAS

ANAMT. **Ministério do Trabalho: Como prevenir as doenças ocupacionais**. 2017. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2017/08/08/ministerio-do-trabalho-como-prevenir-as-doencas-ocupacionais/>. Acesso em: 03 mai. 2019.

ASSIS, Maria Cristina de. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: PIERCE, 2012.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília: D.O.U, 1991.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em 23 ago. 2017.

DEMO, Pedro. **Pesquisa: princípio científico e educativo**. São Paulo: Cortez, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 3, **Responsabilidade Civil**. 2 ed. ver. amp. Atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Deborah Fonseca. **Responsabilidade Civil e o princípio neminem laedere**. 2003-2017. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16229. Acesso em: 20 maio 2019.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Regina Célia Veiga da. **Metodologia do trabalho científico**. Curitiba: IESDE, 2012.

FREITAS, Ernani Cesar; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil**. 2010. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/36945675/MATERIAL-DE-APOIO-DIREITO-CIVIL-PARTE-GERAL-APOSTILA-01-Prof-Pablo-Stolze-Gagliano>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de metodologia da pesquisa**. São Paulo: Avercamp, 2005.

MARON, Michell Nunes Midlej. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Nexo causal ou concausal entre a doença e o trabalho**. 07 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-07/reflexoes-trabalhistas-nexo-causal-ou-concausal-entre-doenca-trabalho>. Acesso em: 02 mai. 2019.

PEREIRA, Chríssia. **Reforma Trabalhista – Doenças, Acidentes e Danos Extrapatrimoniais**. SAJ. 22 mai. 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/reforma-trabalhista-danos/>. Acesso em: 05 mai. 2019.

REVISTA PROTEÇÃO. **Doenças ocupacionais afastaram mais de 2.700 profissionais em AL**. Agência Alagoas. 22 jan. 2018. Disponível em: http://www.protecao.com.br/noticias/doencas_ocupacionais/doencas_ocupacionais_afastaram_mais_de_2.700_profissionais_em_al/Jyy5Jjy5Ac/12028. Acesso em: 02 abr. 2019.

BASTOS, Athena. **Nexo causal e sua aplicação em caso de acidente de trabalho**. SAJ. 19 nov. 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/nexo-causal/>. Acesso em: 03 mai. 2019.

SANTANA, Rafael. **Direitos do trabalhador nos acidentes de trabalho**. 2015. Disponível em: <https://santanaadvba.jusbrasil.com.br/artigos/167431138/direitos-do-trabalhador-nos-acidentes-de-trabalho>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **Da Responsabilidade Civil Automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1974.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 7. ed., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2007.

VIVIAN, Wilson de Alcântara Buzachi. **Princípio alterum non laedere (neminem laedere), dignidade humana e boa-fé**. Jan. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35605/principio-alterum-non-laedere-neminem-laedere-dignidade-humana-e-boa-fe#_ftn20. Acesso em: 20 maio 2019.

A DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

OTAIR SOARES QUADROS: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), Teresina-PI

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ
RODRIGUES

(Orientador)^{III}

RESUMO: O instituto da delação premiada é geralmente utilizado em crimes que o Estado não consegue dirimir sozinho, e tem sido considerado de grande importância para a solução de casos mais complexos relacionados ao crime organizado. O objetivo geral do estudo foi o de compreender o valor probatório do instituto da delação premiada e analisar sua eficácia no combate ao crime organizado. O estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, fazendo uso de construção doutrinária e normativa, analisando especificamente o instituto em estudo. Pode-se concluir que a delação premiada é um estímulo fornecido pelo Estado com o objetivo de chegar a verdade processual, sendo um instrumento válido que auxilia na investigação policial, com intuito de combater e reprimir crimes mais complexos, em especial os que se apresentam como ilícitos de organizações criminosas, inclusive as ditas de “colarinho branco”. Mas é preciso destacar que a delação premiada somente poderá ser considerada válida e eficaz, enquanto instrumento probatório, se puder cumprir com alguns pré-requisitos que garantam a ampla defesa e o contraditório.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Lei nº 12.850/13. Organizações criminosas.

ABSTRACT: The *Institute of Awarded Collaboration* is generally used in crimes that the state cannot solve on its own, and is therefore of great importance in solving more complex cases related to organized crime. The study aimed to understand the probative value of the *Turn State's Evidence* and to analyze its effective action in combating organized crime. The work was accomplished through out bibliographic research with deductive approach, according to doctrinal and normative construction, specifically analyzing the institute topic under study. It can be concluded that the award is a stimulus of State trying to reach the procedural truth, thus being a valid instrument helping the police investigation, in order to combat and repress more complex crimes, especially those committed by criminal organizations, including those called “white-collar crimes”. But it must be emphasized that the awarded report can only be considered valid and effective, as a probative instrument, if it fulfills some prerequisites that guarantee broad defense and contradiction at same time.

Keywords: Awarded collaboration. Law 12.850 / 13. Criminal organizations.

Sumário: Introdução. 1. Definição e aspectos históricos da Delação Premiada. 1.1 Conceito de Delação Premiada. 1.2. Delação Premiada no Direito Comparado. 1.2.1

Origem. 1.2.2. Na Itália. 1.2.3. Nos Estados Unidos da América (EUA). 1.2.4 No Brasil. 2. Natureza Jurídica e justificativas para o uso da Delação Premiada. 2.1 Natureza Jurídica. 2.2 Justificativas para o uso da Delação Premiada. 3. Controvérsias da Delação Premiada. 3.1 Ética. 3.2 Constitucionalidade da Delação Premiada. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para desenvolver o presente estudo foi a delação premiada e sua eficácia no combate ao crime organizado. Tal instituto é geralmente utilizado em crimes que o Estado não consegue dirimir sozinho. Portanto, sua ética é contestada, já que o delator, além de praticar um crime, ainda é beneficiado e incitado pelo próprio Estado a trair os outros que participaram ou se envolveram de alguma forma no mesmo ato criminoso. Esse instituto tem sido considerado de grande importância para a solução de casos mais complexos relacionados com o crime organizado.

Apesar do seu mecanismo controverso, a delação premiada tem sido largamente utilizada nos últimos anos em diversas investigações criminais no Brasil, como nos casos das investigações da Operação Lava Jato, iniciada em 2014, e que, desde então, tem levado diversos políticos e empresários brasileiros ao banco dos réus, por integrarem grandes organizações criminosas, responsáveis por desvios de valores inimagináveis dos cofres públicos.

A recente notoriedade desse instituto e a importância que vem sendo dada as informações conquistadas por meio das delações premiadas despertaram o interesse por essa pesquisa, tornando relevante uma investigação mais aprofundada sobre o tema, no intuito de verificar sua eficácia para as investigações relacionadas com o crime organizado no Brasil.

Assim, o estudo traz como problema da pesquisa o seguinte questionamento: O instituto da delação premiada tem se mostrado eficaz para desbaratar o crime organizado no Brasil? Para responder essa pergunta, o objetivo geral do estudo buscou compreender o valor probatório do instituto da delação premiada e analisar sua eficácia no combate ao crime organizado no Brasil. Ainda, como objetivos específicos, procurou-se: discutir sobre os aspectos controversos da delação premiada: ética e constitucionalidade; e analisar dados sobre investigações e decisões judiciais relacionadas ao uso de informações provenientes da delação premiada.

O estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, fazendo uso de construção doutrinária e normativa, analisando especificamente o instituto em estudo. A pesquisa foi realizada no período de fevereiro a setembro de 2019, por meio do levantamento de dados em livros,

artigos periódicos, teses, dissertações, doutrinas, jurisprudências coletadas via internet nas seguintes bases de dados: Scielo, Google acadêmico, revistas jurídicas, Supremo Tribunal Federal e JusBrasil.

1 DEFINIÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA DELAÇÃO PREMIADA

1.1 Conceitode delação premiada

Diante da notoriedade que vem sendo dada à delação premiada, especialmente devido aos desmembramentos que as informações recebidas através deste mecanismo trouxeram para a Operação Lava Jato, bem como pelos muitos debates que foram gerados questionando-se a constitucionalidade do uso desse instituto, visto que ele pode, inclusive, permitir que o criminoso delator saia ileso perante seus crimes, através do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, torna-se importante compreender melhor seu conceito.

Emanuelle Araújo Correia e Kennya Kelli Rangel Oliveira (2016) definem a delação premiada como uma ferramenta de investigação que consiste na oferta de benefícios pelo Estado ao acusado/indiciado para que esse, além de confessar o crime praticado, ofereça informações úteis para desvendar o fato delituoso.

Outra definição é dada por Gabriel César Zaccaria de Inellas (2000, p.93), que conceitua delação premiada como: “a afirmativa do corréu, ao ser interrogado, pela qual, além de confessar a autoria de um fato antijurídico, igualmente atribui a um terceiro a participação, como seu comparsa. Só se pode falar em delação quando o réu também confessa”.

Observa-se, então, tratar-se de um acordo através do qual o suspeito de um crime assume o compromisso de colaborar com as investigações e delatar os coautores do crime, ou integrantes da organização criminosa, com o objetivo de receber benefícios acordados previamente.

Assim, o instituto da delação premiada, denominada como “colaboração premiada” pelo legislador através da Lei nº 12.850/13, oferece apoio a um indivíduo que transgrediu a lei que, em troca de abrandar sua punição, colabora com a justiça revelando detalhes do processo criminoso realizado, citando nomes, valores e ferramentas que compuseram o delito (BRASIL, 2013).

Tal instituto foi um mecanismo instaurado em vários lugares do mundo como uma forma de ajudar a solucionar crimes mais complexos ou dirimi-los com a maior eficiência possível. Porém, trata-se de um mecanismo de certa forma contrário às normas estabelecidas em lei, pois fornece ao criminoso delator uma série de benefícios, o que torna seu uso pela justiça controverso.

Um bom exemplo para seu uso é citado por Pedro Henrique Carneiro da Fonseca (2008), que seria em casos de sequestro, onde o criminoso em delação

poderia informar o local do cativo e denunciar comparsas, permitindo às autoridades uma solução mais rápida, evitando meses de investigação policial. Outro exemplo é com a prisão de traficantes, que através da delação podem levar à apreensão de enorme quantidade de drogas, evitando os riscos e o tempo de uma operação policial mais dispendiosa.

Ou seja, a delação premiada é um mecanismo para descobrir algo não sabido, premiando aquele que informa os mecanismos para ir à busca da verdade. Assim, a delação premiada confere um prêmio a um criminoso, que geralmente é a diminuição de pena para esse que contribui com o poder judiciário. Mas, apesar das controvérsias, é um mecanismo que pode fornecer informações valiosas para a justiça brasileira, auxiliando no combate a organizações criminosas.

1.2 Delação premiada no direito comparado

A delação premiada é um instituto que segue sendo alvo de críticas que envolvem tanto as diversas questões em aberto em relação ao seu *modus operandi*, estabelecido recentemente pela Lei n. 12.850/13, quanto ao seu enquadramento no Ordenamento Jurídico brasileiro, seja em relação à sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, ou, ainda, no que se refere especificamente ao sistema processual penal (AIRES; FERNANDES, 2017).

É interessante, portanto, trazer uma abordagem sobre como surgiu esse instituto e como ele ocorre em diversos países, fazendo um comparativo com a forma como é aplicado no Brasil e como foi implementado no ordenamento nacional.

1.2.1 Origem

A delação premiada, desde o início dos tempos, era uma ferramenta utilizada com frequência, e tendo uma larga aceitação por todos. Estando presente até mesmo na Bíblia Sagrada, no relato que conta quando Judas Iscariotes entregou Jesus, por apenas 30 moedas de Prata, como é narrado no evangelho de Mateus.

Todavia, apesar dos indícios sobre a utilização da delação premiada chegarem há tempos longínquos, sua institucionalização no universo jurídico já é algo bem mais recente. Seu início no Direito ocorreu no princípio do século 19, na Alemanha, através do filósofo Rudolf Von Ihering, para ajudar a solucionar crimes em que o estado se mostrava impotente. Em 1853 Rudolf disse:

Um dia os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao

prêmio, mas, sobretudo no interesse superior da coletividade (IHERING apud CERQUEIRA, 2005, p.25).

Observa-se que o direito premial faz parte da origem da delação premiada, que no Brasil era muito utilizada na época da escravidão, nos anos de 1800, e foi muito utilizada no combate à máfia italiana e, também, é muito difundida nos Estados Unidos, como será visto em seguida.

1.2.2 Na Itália

A delação premiada, à forma como se conhece hoje, é originária do direito italiano, cuja origem se deu na década de 1970, quando o país enfrentava ações terroristas, predominantemente de crimes de extorsão mediante sequestro, além da forte influência das máfias que ali haviam se instalado. No entanto, foi na década de 1980 que o instituto penal em análise obteve maior destaque e eficácia (LOBO, 2016).

Diante desse cenário, o Governo italiano criou leis com o objetivo de combater essas ações criminosas que assolavam o país, auxiliando o Estado no combate aos atos terroristas e as associações da máfia. Foi nesse contexto que surgiu o instituto da Delação Premiada, sob o escopo da expressão "Colaboradores da Justiça", que inicialmente recebeu a denominação de *pentitismo*, que em português significa algo como "arrepentido", denominação que foi criada pela imprensa italiana quando se referia ao instituto jurídico. Na legislação italiana, o instituto previa para o réu que confessasse sua autoria ou participação em ato criminoso, assim como fornecesse informações que se mostrassem úteis para elucidação do crime e/ou a possibilidade de impedir a execução dos crimes para os quais a organização criminosa se constituiu, receberia um prêmio legal que variava desde a suspensão condicional do processo e atenuante da pena, até a extinção da punibilidade, além de proteção de sua família, pelo Estado (LOBO, 2016).

Um dos casos mais notórios foi o de Tommaso Buscetta, integrante da máfia ítalo-americana, que foi preso no Brasil e, em seguida, extraditado para os Estados Unidos e depois para a Itália, onde acabou fornecendo informações que possibilitaram os chamados "maxis processos" na Itália, onde cada um chegou a ter ao menos 400 réus sendo defendidos, e tudo isto com informações cedidas por Tommaso Buscetta.

Entretanto, devido às delações, ele sofreu represálias, o que levou ao assassinato de vários membros de sua família, como filhos, irmãos e sobrinhos. Por conta disso, Tommaso teve que receber nova identidade do governo norte americano, além de passar por diversas cirurgias plásticas, e o que restou de sua família também obteve nova identidade, e foram colocados para moradia em um local onde ninguém sabe até os dias de hoje.

1.2.3 Nos Estados Unidos da América (EUA)

Nos EUA, a delação premiada é conhecida por *plea bargaining*, que em português significa "um ato de negociação através do argumento", o que pode ser interpretado como "barganhar". O *plea bargaining* é um instituto penal que consiste em uma negociação realizada entre um membro do Ministério Público (MP) e a defesa do acusado, onde esse deve fornecer todas as informações que possui sobre o crime praticado. Em compensação, o MP pode, inclusive, não prosseguir com a acusação. No sistema norte-americano há uma ampla discricionariedade a cargo do MP no que se refere ao processo penal, tanto que o próprio MP é quem comanda a fase investigativa, assim como decide sobre a instauração ou não da ação penal. Há estudos que afirmam a elevada eficiência da *plea bargaining*, dizendo que ela soluciona cerca de 85% dos crimes nos EUA (LOBO, 2016).

Nesse caso, observa-se que difere do que ocorre no Brasil onde, via de regra, imperam o princípio da indisponibilidade e o da obrigatoriedade. Portanto, nos EUA, fica sob responsabilidade do juiz apenas a fase de homologação do acordo, restando ao MP todas as demais ações que são relativas à realização do pacto da delação entre a acusação e defesa.

1.2.4 No Brasil

O instituto da delação premiada foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, o qual tratava da parte criminal, vigorando de janeiro de 1603 até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal do Império do Brasil (PIERANGELI, 2004). Conforme explica Sergio Rodas (2015), o uso do instituto teve seu início no Brasil em movimentos histórico-políticos, um deles a inconfidência mineira, quando o coronel Joaquim Silvério dos Reis, delatou os seus companheiros e obteve da fazenda real o perdão de suas dívidas.

Embora não tenha sido em processo judicial, a denúncia de Silvério foi o primeiro caso de delação premiada. Após isto, ele ganhou emprego público, uma mansão, e salário vitalício. Também houve o instituto da delação premiada no Golpe Civil-Militar de 1964, com o fim de descobrir supostos criminosos que não concordavam com o regime militar repressivo (GUIDI, 2006).

Na história mais recente, há inúmeros exemplos ocorridos durante os governos após o Golpe Civil-Militar de 1964, seguidos ao Ato Institucional nº 05 (AI-5), que incluía a delação em condições adversas, geralmente em busca de pessoas contrárias ao governo (SANTOS, 2005).

Hoje, o direito positivo brasileiro já possui diversos dispositivos legais que instituíram a possibilidade jurídica do aproveitamento das declarações do colaborador/imputado como elemento de prova no processo penal. Esses

dispositivos legais são os seguintes: Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990, art. 8.º, par. único.); Código Penal (art. 159, 4.º – extorsão mediante sequestro); Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998, arts. 1.º e 5.º); Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/1999, arts. 13 e 14); Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343/2006, art. 41) e, mais recentemente, a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013, arts. 4º ao 7º), que revogou a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995), e foi a que mais se preocupou em regulamentar o instituto da delação premiada no Brasil.

Todavia, embora a Lei nº 12.850 tenha fixado parâmetros para o mecanismo da delação premiada, ainda há algumas lacunas que precisam ser preenchidas, e exigem uma regulamentação mais aprofundada sobre esse instituto que vem sendo tão utilizado atualmente no país.

Hodiernamente, se utiliza este instituto com objetivo de abordar uma criminalidade diferente da comum, como a que é praticada por organizações criminosas, em especial aos referentes aos crimes de “colarinho branco”, que frequentemente são responsáveis pelo financiamento de votos em cargos políticos em diversas instâncias pelo país.

Contudo, ao se avaliar seu desenvolvimento histórico no Ordenamento Jurídico brasileiro, fica evidente que, até sua previsão na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), o instituto se fundamentava na ideia de prêmio, ficando caracterizado como um direito subjetivo do delator, alcançando resultados previstos na eventual lei que o previsse (AIRES; FERNANDES, 2017).

Esse foco foi alterado a partir da Lei n. 12.529/11, conhecida como Lei do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que veio estruturar o sistema brasileiro de defesa da concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e passou a prever o acordo de leniência. E esse acordo de leniência se refletiu no estabelecimento de um verdadeiro procedimento de acordo de delação premiada na Lei n. 12.850/13. Pode-se observar que, até então, não se falava em um acordo prévio de colaboração, mas simplesmente na estipulação de um prêmio para aquele que colaborasse.

Assim, após a delação premiada vir presente em diversas legislações brasileiras, mesmo que de forma incompleta, a Lei nº 12.850/13 trouxe em seu corpo legal, na Seção I, uma previsão um pouco mais completa, de forma e conteúdo, para o instituto da delação premiada, lembrando que é chamada pelo legislador de “colaboração premiada”.

A referida Lei traz, em seus artigos, as normativas para o acordo de delação premiada, contendo as diretrizes para a efetuação do contrato propriamente dito, bem como as obrigações, deveres e direitos do colaborador e, no art. 4º, §13, a previsão sobre o registro dos atos de colaboração por meios ou recurso de

gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual. Mas essa nova regulamentação, apesar de ter tornado mais clara a definição das disposições gerais sobre o instituto, ainda não foi capaz de desfazer algumas controvérsias, como será visto ao longo do estudo.

2 NATUREZA JURÍDICA E JUSTIFICATIVAS PARA O USO DA DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Natureza jurídica

José Alexandre Marson Guidi (2006) define bem a natureza jurídica da delação premiada:

Nosso Código Penal possui um arremedo de delação premiada utilizando como atenuante genérica, previsto no artigo 65, inciso III, alínea "b", em que se "premia" o criminoso que tenha buscado, espontânea e eficazmente, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano. In verbis: "Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (GUIDI, 2006, p.112).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o legislador também previu no artigo 16 do Código Penal o Arrependimento Posterior, que beneficia aquele que, de forma voluntária, desiste de prosseguir na execução do crime ou age de forma a impedir que o resultado se produza. Todavia, esses não são casos de delação premiada propriamente dita, pois não é exigido nenhum requisito específico e os benefícios ao indivíduo são mitigados.

O entendimento que prevalece é que o instituto da delação premiada teria a natureza jurídica de prova (GUSTAVO, 2015). Entretanto, trata-se de uma prova anômala, visto não se amoldar as provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pelo fato desta ter seu valor mitigado, em relação ao artigo 4º, § 16 da Lei 12.850/13, que diz, in verbis: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (BRASIL, 2013).

Trata-se de prova anômala porque não se trata de uma confissão propriamente dita, visto que, para tanto, deveria se configurar como uma declaração voluntária de um suspeito ou acusado de um delito, atingindo o próprio confidente, mas no caso da delação premiada atinge-se, também, um terceiro. Também não se configura como um testemunho, pois um de seus pressupostos é que a pessoa seja estranha ao feito e equidistante das partes, o que não ocorre na delação premiada, visto que o delator teve participação no ato criminoso e se encontra em situação de beneficiário processual. Dessa forma, configura-se como

prova anômala, já que não se identifica com nenhuma outra prova prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda assim, pode-se dizer que a delação premiada tem natureza jurídica de prova, por meio da qual o investigado, denunciado ou ainda réu condenado, contribui com a investigação através de suas declarações/delações, identificando seus parceiros ou coautores do crime, ainda revelando a estrutura hierárquica da organização criminosa, com o objetivo de prevenir futuras infrações penais, auxiliando à justiça a recuperar de forma total ou parcial os frutos dos delitos praticados, em prol de obter benefícios processuais (FERNANDES; ALMEIDA; MORAES, 2009).

Todavia, é importante destacar que, apesar de sua natureza jurídica de prova, a delação deve sempre ser vista com cautela, pois há imputação de fatos a terceiros, portanto a valoração desse objeto de prova deve vir acompanhada/corroborada de outros elementos de prova. Afinal, é preciso atentar que os delatores fazem suas delações no intuito de obter uma vantagem, seja ela processual, econômica ou de qualquer outra ordem.

Torna-se, portanto, premente que, para que sirvam como meio de prova, as informações provenientes da delação premiada sejam corroboradas por outros elementos mais objetivos e externos ao instituto, que venham a comprovar a veracidade da delação. Isso significa que apesar de ter natureza jurídica de prova, a colaboração premiada não basta, por si só, como meio de prova,

Dessa forma, é fundamental que as informações fornecidas pelo delator acrescentem novos elementos para as investigações. Caso contrário, ele apenas fará jus ao atenuante da confissão, conforme previsto pelo artigo 65 do Código Penal. Ou seja, é preciso que haja uma colaboração efetiva proporcionada pelas informações, elucidando aspectos relacionados ao caso em questão, como a identificação de coautores do crime, apreensão de objetos, recuperação de produtos desse ato criminoso, entre outros.

Assim, a delação premiada possui papel de importância na persecução penal, já que contribui para a elucidação de crimes relacionados com organizações criminosas, que dificilmente seriam solucionados sem essas delações. Entretanto, há questões relacionadas com problemas éticos e com sua constitucionalidade, que são colocadas em xeque por alguns doutrinadores, e merecem uma avaliação mais aprofundada.

2.2 justificativas para o uso da delação premiada

Entre as principais justificativas para o emprego da delação premiada estão a de auxiliar na solução de casos e, também, na celeridade dos processos. Nesse sentido, os autores Murilo T. Aires e Fernando A. Fernandes (2017) alertam que a

lentidão processual promove um dano crucial na produção probatória do caso concreto, pois os vestígios do fato geralmente se desfazem no lapso temporal.

Esse fato acaba causando uma sensação de impunidade para a população que acompanha esses casos relacionados aos crimes organizados, mesmo porque eles geralmente se tornam de grande interesse da mídia, o que, por sua vez, leva a uma quebra de confiança dos cidadãos em uma justiça eficaz.

Assim, a Lei 12.850/13, ao regularizar o instituto da delação premiada, trouxe várias inovações, normatizando sua utilização, o que permitiu que se tornasse um importante instrumento para elucidar uma série de tipos criminais, facilitando e acelerando a investigação policial, servindo como um “atalho”, permitindo uma conclusão mais rápida de muitas investigações relacionadas ao crime organizado.

É justamente nesse sentido que se justifica o uso desse instituto, ou seja, quando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico se traduz em importante ferramenta para o enfrentamento do crime organizado. Isso porque os instrumentos tradicionais não estão mais se mostrando eficazes no combate dessa dimensão criminosa, tornando a delação premiada uma arma imprescindível que permite enfrentar essas novas formas de criminalidade (CORREIA; OLIVEIRA, 2016).

Desse modo, o Estado, que é o responsável pela segurança pública e tem por dever prevenir e punir as organizações criminosas, encontrou na delação premiada a ferramenta para conseguir combater essas organizações, fornecendo ao delator a oportunidade de negociar sua punição em troca de informações. E é por meio desse instrumento que o Estado tem tentado suprir sua carência na seara investigativa dessas organizações criminosas, tendo em vista que, sem as informações conseguidas através das delações, muitos crimes não seriam desvendados por falta de pistas.

Por exemplo, para atuar de forma eficaz na repressão de delitos como os de lavagem de dinheiro, é necessário que o Estado disponha de um robusto aparato que tenha capacidade de viabilizar um constante acompanhamento de relações e movimentações financeiras, não apenas no âmbito interno, mas também associado a um apoio internacional. É fato que o Brasil hoje já possui um esboço de tal empreendimento, entretanto o mesmo ainda é precário frente às diversificadas estratégias dessas organizações criminosas para execução do processo de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, a delação premiada se mostra um recurso de grande relevância para suprir as dificuldades investigativas de combate a esses crimes, principalmente por possibilitar uma compreensão mais ampla dos mecanismos utilizados pelas organizações, como, também, por identificar coautores e fornecer

informações sobre o patrimônio ilicitamente movimentado (SILVA; SILVA; BRAGA, 2017).

Assim, a delação premiada possui enorme eficácia em investigações de crimes considerados difíceis de serem resolvidos devido ao poder econômico da organização, já que permite que esses criminosos tenham evolução em seu modo de agir e fornece acesso à tecnologia de ponta. Nesses casos, o instituto é fundamental para desbaratar essas organizações, em especial onde pessoas muito poderosas se apropriam de dinheiro público através de contratos manipulados.

O melhor exemplo disso é o caso da Operação Lava Jato, visto que em casos de investigações criminais deste tipo de ilícito, a delação de coautores torna mais céleres e econômicos tanto o processo penal quanto a persecução penal. Em crimes desse vulto, que possuem esquemas de dimensões enormes, se levariam anos até que fosse possível se chegar a todos os cúmplices dos atos criminosos, se não houvesse as delações. Ou, ainda pior, é provável que nunca se chegasse a todos os envolvidos, muito menos aos chefes da organização (MOREIRA; GONÇALVES, 2018).

Em relação ao caso específico da Operação Lava Jato, foi por meio das delações que se revelou a participação e o envolvimento de grandes empreiteiras e empresários, bem como de políticos renomados (incluindo do executivo) e até mesmo de partidos políticos que faziam parte da organização que coordenava esse enorme esquema de corrupção, desvio e lavagem de dinheiro, inclusive com gigantescas remessas de dinheiro para o exterior. Tudo isso só foi possível por meio das delações premiadas, tendo em vista que os detalhes dos esquemas só podem ser revelados por quem faz parte deles.

Sendo assim, pode-se dizer que se trata de “um mal necessário”, visto ser uma forma eficaz para se “quebrar a espinha dorsal das quadrilhas”, ao permitir que um de seus membros possa se arrepender e entregar as atividades dos demais e proporcionar para o Estado um resultado positivo no combate ao crime organizado. Com isso, a delação premiada permite maior eficiência e celeridade na persecução criminal, especialmente em vista das manifestações complexas que são típicas da atividade do crime organizado, e que se encontram enraizadas nos mais diversos segmentos e instituições, apresentando, muitas vezes, uma estrutura quase impenetrável e de perversa nocividade social (FREIRE JÚNIOR; DEZAN, 2017).

Portanto, com o uso desse controverso instrumento, permite-se que as investigações descubram como funcionam os esquemas, quem são os demais membros da organização e quais crimes vêm sendo cometidos. Possibilita o resgate de sequestrados em crimes de sequestro, apreensões de drogas em crimes relacionados ao tráfico de drogas, repatriação de dinheiro público desviado para fora do país e a prisão dos chefes das organizações, além de outras vantagens que justificam o uso da delação premiada.

3 CONTROVÉRSIAS DA DELAÇÃO PREMIADA

3.1 Ética

Uma das principais questões controversas relacionada à delação premiada é a questão ética da traição, visto que os doutrinadores que se opõem ao instrumento colocam como questão justamente o seu caráter aético, visto que premia a traição, o que ofende os valores morais cultivados na sociedade, e onde nem mesmo no código dos criminosos se admite a traição.

Neste sentido, o atual Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, notório por ter conduzido os processos resultantes da Operação Lava Jato, defende que a delação premiada não é um estímulo a práticas antiéticas feitas pelo estado, mas sim um instrumento que auxilia de forma muito valiosa a aplicação das leis do país:

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de "resistência francesa". Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio. Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes (MORO, 2004, p.58).

Entretanto, diante do fato de que a delação deve ser um ato espontâneo, há os que defendam que não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la no intuito de obter a delação. Assim, algumas questões se sobressaem nesse cenário: a prisão do réu retira a voluntariedade necessária para a colaboração premiada? Limites éticos estariam sendo rompidos com a combinação entre colaboração e prisão? (SUXBERGER; MELLO, 2017).

Nesse sentido, cabe refletir que com a delação premiada acaba por se romper com a unicidade do ordenamento jurídico, visto que se fornece uma série de benefícios a um infrator e promove um tratamento diferenciado entre criminosos coautores de um mesmo crime. Portanto, fica a dúvida sobre onde estão os limites éticos nessas questões, o que será respondido conforme o desenrolar das investigações mediante os dados fornecidos pelo delator. Ou seja, vale a pena deixar alguns aspectos éticos de lado se isso conduzir a benefícios maiores nos rumos da investigação.

Frisa-se que a delação deve se tratar de uma decisão de livre vontade, isto é, ação da delação só será ética se for consciente, livre e responsável e só será virtuosa

ser for livre. Nesse caso, a liberdade pressupõe autonomia, ou seja, é preciso que resulte de uma decisão do próprio sujeito, e não da obediência a uma ordem, a um comando ou a uma pressão externa (MENDES, 2017).

Contudo, há que se questionar, também, a ética do criminoso delator, tendo em vista que, ao relatar as informações pertinentes, o mesmo pode omitir fatos relevantes sobre o crime em questão, ou sobre seu papel real na organização criminosa, de forma a se beneficiar, prejudicando outros, relegando aos demais competências criminosas que eram suas.

Nesse caso, outra questão ética controversa que se relaciona com o instituto é o receio sobre recair culpa sobre inocentes, pois, no intuito de se obter um benefício relevante através da cooperação processual, juntamente com a possibilidade de ter que cumprir uma pena mais grave caso o processo siga seu trâmite normal, pode levar os criminosos à produzirem delações falsas, gerando uma consequente suspeita sobre pessoas que, na verdade, são inocentes.

Para evitar isso, a legislação precisa possuir mecanismos reguladores capazes de evitar esse tipo de situação, e é o que a Lei 12.850 de 2013 trouxe, o que ajudou a minimizar bastante esses riscos, evitando que sejam aplicadas sanções a um inocente, a partir do momento que determina que as delações sejam comprovadas por outras evidências probatórias.

Na opinião de Glauco de Oliveira Marciliano e Lúcio Flávio Moreira e Pereira (2017), o instituto é muito benéfico para a qualidade da democracia de qualquer Estado, e é, inclusive, instituído nas normas internacionais da Organização das Nações Unidas, para proporcionar um combate realmente efetivo ao crime organizado e a corrupção.

Afinal, mesmo diante de questões éticas, é preciso reconhecer que sem o instituto da delação premiada muitas organizações criminosas não seriam reveladas e continuariam cometendo seus ilícitos sem que o Estado fosse capaz de desenvolver algum método eficaz para expor e responsabilizar esses criminosos.

3.2 Constitucionalidade da delação premiada

Na doutrina e entre os doutrinadores existem grandes dúvidas em relação à constitucionalidade da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, havendo juristas que defendem que o instrumento viola alguns direitos e garantias fundamentais, princípios estes que regem o devido processo legal e a moralidade pública.

Assim, em relação a sua constitucionalidade, os professores Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p.130) comentam o seguinte:

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República prevê expressamente que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Sendo assim, não é possível que, uma vez fixada a pena, transitada em julgado a sentença, um acordo de colaboração premiada possa implicar a afetação desta coisa julgada, reduzindo pena ou alterando o regime do seu cumprimento, independentemente do quantum de pena aplicado! [...]. Seria, isto sim, um estímulo para calar-se, e para ser utilizado somente se tudo der errado, ou seja, somente se ao cabo de toda a instrução e o esgotamento dos recursos, pudesse o réu ainda valer-se de um instrumento útil apenas para reduzir sua pena ou melhorar o regime do seu cumprimento.

Já Sérgio Dayrell Ribeiro (2010) considera o instituto da delação premiada um dos mais eficientes meios probatórios do Ordenamento Jurídico atual e, sendo empregado respeitando o princípio do contraditório e em conjunto com as demais provas dos autos, terá um papel de extrema importância no combate às organizações criminosas.

O Princípio do contraditório foi inserido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, e pode ser compreendido como a possibilidade de atuação da parte implicada nos atos processuais. No caso da delação premiada o princípio do contraditório também está presente, para garantir o sucesso das investigações em consequência das informações fornecidas pelo delator, sendo realizado após a confirmação, ou seja, após se obterem as provas. Nesse caso, ao ser intimado o comparsa à ação penal, este terá o direito de questionar e esclarecer as questões relacionadas com o depoimento do delator, garantindo-se assim o princípio do contraditório.

Em relação ao princípio da ampla defesa, também pode-se entender estar presente, pois a delação premiada precisa ser voluntária e, em todo instante, o delator se encontra assistido por seu defensor. Sendo assim, pela voluntariedade e pela garantia da assistência jurídica, o instituto se encontra amparado pela ampla defesa

Também é importante lembrar que, para que haja um acordo de delação premiada, o delator precisa confessar que cometeu o crime em questão, o que acaba por contradizer a Constituição Federal no que garante o direito de o investigado não produzir provas contra si mesmo. Trata-se de um direito fundamental, garantido pelo inciso LXIII do artigo 5º, do qual o réu precisa abrir mão para fazer a delação.

Além disso, ao renunciar ao direito de manter-se em silêncio, que é garantido constitucionalmente, o delator passará a ter a obrigação de dizer a verdade. Todavia, nesse caso, o delator abre mão desses direitos com o objetivo de receber outros benefícios considerados por ele mais vantajosos (NUNES; SILVA; OLIVEIRA, 2018).

Ainda sobre essa questão dos direitos fundamentais do delator, os mesmos não devem ser utilizados como um escudo protetor para a prática de atividades ilícitas, nem tampouco serem usados como argumentos para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por seus atos criminosos, constituindo-se assim em total desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito.

Todavia, não há como negar que existe um “mal-estar” para muitos sobre a ideia de conceder um benefício, ainda que previsto em lei, para um sujeito que cometeu um delito. Nesse caso, cabe a análise das palavras de Murilo T. Aires e Fernando A. Fernandes (2017), que dizem que, realizada determinada contra conduta valorizada pela lei, essa poderia ser na abrangência do arrependimento substantivo (quando há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao arrependimento processual (quando o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal). Conforme os autores, a delação premiada se enquadra como arrependimento processual.

Mas é justamente essa noção de “prêmio”, ou seja, de premiar um criminoso, que gera certa controvérsia no estudo desse instituto, o que faz com que seja considerado, por vezes, contraditório. De fato, é preciso verificar que a delação premiada não expressa, em um primeiro momento, substancialmente um benefício positivo, mas, na verdade, a imposição de um “mal menor” ao criminoso que depois colaborou para a investigação. Nesse caso, o conceito de “prêmio” deve ser entendido mais como um incentivo para a colaboração, ocorrendo tanto em aspecto geral, quanto especial (AIRES; FERNANDES, 2017).

Ao avaliar sua constitucionalidade, portanto, observa-se que apesar das inúmeras controvérsias existentes a respeito de sua constitucionalidade, o instituto da colaboração premiada se configura como legítimo, visto ser ato voluntário do delator, não havendo para tanto imposição estatal; sua possibilidade de aplicação somente pode ser feita em matérias de interesse público; apenas as informações da colaboração premiada não são suficientes para criminalizar outrem, sendo utilizada como uma prova auxiliar que irá direcionar a investigação, o que atende ao objetivo da celeridade processual; todos os atos delatórios devem ser assistidos por um defensor, resguardando a ampla defesa, o contraditório e aplicação da jurisdição.

4. CONCLUSÃO

Através dessa pesquisa pode-se concluir que a delação premiada é um estímulo fornecido pelo Estado com o objetivo de chegar a verdade processual, sendo um instrumento válido que auxilia na investigação policial, com intuito de combater e reprimir crimes mais complexos, em especial os que se apresentam como ilícitos de organizações criminosas, inclusive as ditas de “colarinho branco”. Trata-se de um instrumento que auxilia a justiça a identificar e encontrar outros participantes de ilícitos envolvidos em organizações criminosas, e que sem a delação dificilmente seriam identificados e capturados.

Mesmo estando prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de noventa, por meio da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072 de 1990), a delação premiada só entrou no cenário jurídico-policial, efetivamente, na última década, através do combate à corrupção no Brasil, começando com as investigações do que popularmente foi chamado de esquema do Mensalão e, em seguida, o Petrolão, na Operação Lava Jato. Assim com seu uso cada vez mais constante, surgiram vários debates sobre esse instrumento, com questionamentos sobre sua constitucionalidade, ética, moralidade, momento de aplicação, entre outros.

Por outro lado, tal instrumento possibilita vantagens processuais e investigatórias que não seriam conseguidas de outra forma, tendo em vista que ninguém melhor do que o próprio réu para elucidar aspectos sobre o *modus operandi* da organização criminosa a qual pertence, quem são seus demais integrantes e outros elementos e características que possam levar a verdade dos fatos.

Apesar da posição contrária de parte da doutrina sobre o uso desse instrumento, fica claro para esse estudo que as particularidades que são apresentadas pelas organizações criminosas atualmente exigem uma reestruturação da dogmática penal com o desenvolvimento e uso de estratégias novas e diferenciadas para que se consiga a obtenção de provas. Sendo assim, a delação premiada surge e tem se sustentado na busca da eficiência penal.

Mas é preciso destacar que a delação premiada somente poderá ser considerada válida e eficaz, enquanto instrumento probatório, se puder cumprir com alguns pré-requisitos, como o fato de ser voluntária, for efetuada na presença de seu defensor e do Ministério Público, e que suas informações sejam efetivas e de contribuição preventiva, evitando que novos crimes ocorram, e/ou que tenham eficácia repressiva, auxiliando a polícia e o Ministério Público na coleta de provas contra os demais membros da organização criminosa, permitindo suas prisões.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do

réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.3, p.258-284, n.1, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília: Casa Civil, 2013.

CORREIA, Emanuelle Araújo; OLIVEIRA, Kenya Kelli Rangel. Inovações da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, no tocante a colaboração premiada. **FACTUM – Periódico Jurídico da Católica do Tocantins**, n.2, p.141-164, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. **DE JURE - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Subseção II – Direito Processual Penal, n.10, p.247-266, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; DEZAN, Willy Potrich da Silva. Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v.18, n.1. p. 42-67, 2017.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

GUSTAVO, Jader. Evolução da delação premiada como meio de persecução penal. **Jus.com.br**, jun. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2VSgVpY>. Acesso em: 19 abr. 2019.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LOBO, Iury Jim Barbosa. Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal. **Jus.Com.Br**, abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2mgZhiF>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MARCILIANO, Glauco de Oliveira; PEREIRA, Lúcio Flávio Moreira e. Colaboração premiada no combate ao crime organizado. **Revista Factus Jurídica**, v.1, n.2, p.37-61, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.3, n.1, p.31-38, 2017.

MOREIRA, Maria Aparecida Lima; GONÇALVES, Carlos Eduardo Silva. Uma análise crítica acerca da constitucionalidade da delação premiada aplicada nos casos da Operação Lava-Jato. **Revista do Curso de Direito da UNIABEU**, v.10, n.1, p.49-67, 2018.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista CEJ**, Brasília, n.26, p.56-62, 2004.

NUNES, Geilson; SILVA, Naessa Nárima; OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite de. Colaboração premiada: aplicabilidade e limites à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Direito & Realidade**, v.6, n.6, p.75-95, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

RIBEIRO, Sérgio Dayrell. Aspectos controversos da delação premiada. **SynThesis Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.2, n.2, 77-84, 2010.

RODAS, Sergio. Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos. **Consultor Jurídico**, 2 mai. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2GwYmSZ>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.818, 29 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7353>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SILVA, Allan Jones Andreza; SILVA Luciano Nascimento; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. Delação premiada e lavagem de dinheiro. **RDU**, Porto Alegre, v.14, n.78, p.29-53, 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.3, n.1, p.189-224, 2017.

ⁱⁱⁱ Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7418626605380398>

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: RECONHECIMENTO E DESENVOLVIMENTO COMO REFLEXO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988

GEICIANE ALVERNAS PERES SILVA:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO

RENATA MIRANDA DE LIMA

(Orientadora)

RESUMO: Entende-se por afetividade o principal fator formador de famílias na contemporaneidade. É ela que dá estabilidade às relações familiares e à comunhão de família, está acima do caráter biológico, gerando, assim, consequências patrimoniais. A pesquisa se justifica devido à paternidade socioafetiva poder ser entendida como reconhecimento de vínculo que vai além do sangue ou da adoção que surge entre pai e filho, ou seja, em virtude do carinho estabelecido entre a criança e o pai. Trata-se de uma nova modalidade de paternidade reconhecida após o julgamento do RE 898.060, tido por repercussão geral reconhecida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram o entendimento de que a paternidade socioafetiva, seja ela declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica. É um novo entendimento da jurisprudência que paira sobre a ideia de que as relações familiares geram consequências no campo jurídico. Tem o objetivo de analisar a evolução jurídica que está entranhada nas evoluções que as Cartas Constitucionais trouxeram e que as leis específicas de nosso país acompanharam. É nessa perspectiva que o artigo aqui proposto se desenvolve, buscando demonstrar a evolução que o entendimento jurídico trouxe para a questão. A pesquisa foi aplicada com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Como resultado, pode-se observar que, hodiernamente, o ordenamento jurídico tem recepcionado a nova forma de filiação, a socioafetiva, ainda que a tratando de forma implícita, preconizando o princípio da afetividade e melhor interesse do filho.

Palavras-chave: Paternidade. Socioafetiva. Relações Familiares. Evolução.

ABSTRACT: Affectivity is understood to be the main factor that forms families in contemporary times. It is what gives stability to family relationships and family communion, is above the biological character, thus generating patrimonial consequences. The research is justified because the socio-affective paternity can be understood as recognition of bond that goes beyond the blood or adoption that arises between father and son, that is, because of the affection established between the child and the father. This is a new type of paternity recognized after the judgment of RE 898.060, which had the general repercussion recognized in which the Ministers of the Supreme Federal Court had the understanding that socio-

affektive paternity, whether declared or not in the public registry, does not prevent recognition of the concomitant affiliation bond based on biological origin. It is a new understanding of jurisprudence that hangs on the idea that family relationships generate consequences in the legal field. It aims to analyze the legal evolution that is embedded in the evolutions that the Constitutional Letters brought and that the specific laws of our country followed. It is in this perspective that the article proposed here develops, seeking to demonstrate the evolution that legal understanding has brought to the issue. The research was applied with a qualitative approach, with explanatory and exploratory objectives, using as methodological procedure the bibliographic research. As a result, it can be observed that, today, the legal system has welcomed the new form of affiliation, the socio-affective, although treating it implicitly, advocating the principle of affection and best interest of the child.

KEYWORDS: Paternity. Socio-affective. Family relationships. Evolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica Da Família E Filiação No Brasil. 2.1 Família. 2.2 Filiação. 2.2.1 Da Filiação Jurídica. 2.2.2 Da Filiação Biológica. 2.2.3 Da Filiação Socioafetiva. 3. Princípios Basilares Aplicáveis À Paternidade Socioafetiva. 3.1 Princípio Da Afetividade. 3.2 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. 3.3 Princípio Do Melhor Interesse Da Criança. 4. Paternidade Socioafetiva: Análise Contemporânea No Ordenamento Jurídico. 4.1 O Julgamento Do Recurso Extraordinário Nº 898.060/SC. 5. Conclusão. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da família possui extrema relevância para a sociedade, uma vez que se trata do primeiro grupo social de que toda pessoa participa, tendo, portanto, especial garantia e proteção do Estado, asseguradas pela Constituição Federal em seu artigo 226.

Ante a sua importância, faz-se necessário garantir que o instituto da família evolua de acordo com os povos e suas culturas, devendo o direito acompanhar tal evolução para o fim de oferecer proteção jurídica a toda forma nova de relação familiar que, contemporaneamente, for criada com base não só em laços sanguíneos ou jurídicos, mas também em laços de afeto e carinho, em respeito ao princípio da afetividade, cerne do presente estudo.

O presente artigo se presta, portanto, a construir uma pesquisa sobre a paternidade socioafetiva sob a égide do atual ordenamento jurídico, bem como analisar as modificações sofridas pela família no decorrer da evolução dos tempos. Demonstra, também, a evolução do instituto da filiação, subdividindo-o em espécies, de forma a analisá-lo pormenorizadamente, buscando demonstrar como

o ordenamento jurídico recepcionou tais mudanças, bem como o posicionamento da jurisprudência e doutrina sobre tais questões.

Justifica-se, portanto, a realização do presente estudo em virtude da extrema importância da evolução e do acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro das novas formas de relação familiar pautadas na relação de afeto e não apenas as relações oriundas do vínculo biológico ou jurídico.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, bem como o uso de leis e jurisprudências.

Nessa vertente, o presente trabalho busca evidenciar as modificações trazidas pela Constituição, doutrina e jurisprudência no que tange à paternidade socioafetiva, buscando evidenciar que o vínculo afetivo, hodiernamente, encontra proteção no sistema normativo jurídico pátrio, sendo cada vez mais recepcionado, podendo, inclusive, coexistir com os demais vínculos paternos se este for o melhor interesse para o filho. Desta forma, contribui para a repercussão e divulgação desta recente forma de filiação que encontra cada vez mais respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO BRASIL

É bem verdade que a família é a base da sociedade desde os tempos mais remotos, e, por conseguinte, esta reflete diretamente em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, conforme há mudanças dentro do cenário social, o legislador e o operador do direito têm o dever de acompanhá-las e aplicá-las por intermédio da lei para que haja justiça.

Desse modo, a conceituação de família e filiação se torna algo complexo a ser feito, tendo em vista as diversas variações que estes institutos sofreram e sofrem em razão de estarem sempre em contínua mudança determinada pelo avanço dos povos e de suas experiências.

Conforme os estudos de Maria Berenice Dias (2015), a vida em família é tida como algo natural, sendo a união de um par algo intrínseco. Todavia, a família é uma espécie de agrupamento espontâneo e informal regulado pelo direito. Percebe-se, portanto, tratar-se de uma construção cultural que está sempre em evolução, não podendo a lei permanecer inerte ante suas mudanças.

E tais mudanças da família como uma unidade econômica para uma nova compreensão afetiva trazem consigo uma nova era, que busca afirmar uma nova identidade a seus membros, agora fundada também na ética, na solidariedade e na afetividade (ROCHA, 2016).

A Constituição Federal de 1988 nos leva a compreender a entidade familiar e a filiação como grupos sociais consagrados por laços de afetuosidade. Desta forma, frisa-se a importância do afeto para que o próprio ser humano compreenda a si mesmo, sendo essencial entender a real possibilidade de que dele decorram diversos efeitos jurídicos. Entender-se, pois, a necessidade imprescindível de se respeitar as peculiaridades de cada membro do grupo familiar estará, portanto, preservando a dignidade de todos (ROCHA, 2016).

Nesse sentido, faz-se necessária a análise histórica da família e da filiação de forma individualizada a fim de compreender sua evolução desde os primórdios até a atualidade.

2.1 FAMÍLIA

É de se verificar que a família é o sustentáculo da sociedade em geral, e é certo que a ela vem se transformando reiteradamente. Por tal motivo, merece especial proteção do Estado através de adaptações legislativas, as quais se dão mediante mudanças nas leis em geral, seguindo a necessidade de tempos em tempos.

A família é considerada o primeiro e mais antigo grupo social de que o ser humano faz parte, sofrendo, desde os primórdios, diversas modificações em sua estrutura, influenciadas pela evolução da sociedade com o passar dos anos.

Conforme aduz Maria Berenice Dias (2015, pag. 29), manter relações afetivas não é uma prerrogativa apenas da espécie humana, pois “o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos têm à solidão”.

Em análise do conceito de família situada na Antiguidade, fundada no Direito Romano, Silvo de Salvo Venosa (2011, pag. 05) dispõe sobre o surgimento da figura central masculina, denominada de *pater*, e que tinha como função a perpetuação do grupo familiar, havendo a predominância da desigualdade entre seus membros, uma vez que filhos e mulheres ainda não eram detentores de direitos e liberdades.

Adiante, na sociedade contemporânea, em razão de seu avanço, Maria Helena Diniz (2006, pag. 9-10) identifica e classifica a família em três classes distintas: amplíssima, lata e restrita. A família amplíssima remete ao período mais antigo, quando era muito comum que várias gerações convivessem sob o mesmo teto, sendo reconhecida por sua face econômica, tendo em vista que todos exerciam uma mesma atividade. Diante disso, o Estado instituiu o matrimônio, tornando-se este um requisito indispensável para legitimar e organizar tal estrutura familiar, bem como para a aceitação da sociedade e o reconhecimento jurídico desta estrutura familiar.

Já o conceito de família “lata” surgiu para restringir os familiares conviventes, em razão das famílias saírem das zonas rurais rumo aos grandes centros urbanos buscando emprego. Nesse período, o homem era visto como o grande provedor da estrutura familiar, ditando ordens aos seus filhos e esposas. Tal padrão somente começou a se modificar com o advento da Revolução Industrial, período em que a família deixou de ser uma unidade de produção conduzida pelo chefe de família, visto que sofrera grande mudança em seu caráter familiar e econômico. Desta forma, além do homem, a mulher também se viu obrigada a se introduzir no mercado de trabalho, deixando de ser apenas o marido a única fonte de renda do núcleo familiar (VENOSA, 2011).

O significado restrito de família surgiu, portanto, dessa alteração na estrutura familiar: quando a mulher ingressou no mercado de trabalho, a prevalência do caráter meramente reprodutivo da família foi extinta. Tem-se que a migração para os centros urbanos resultou na aproximação entre os membros da família, sendo o vínculo afetivo valorizado em detrimento dos demais (DIAS, 2015).

De forma resumida, expõe com sabedoria Maria Berenice Dias (2015, pag. 30):

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. [...] Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2014, pag. 18), a família é a base organizacional do Estado e o primeiro agente que visa socializar o ser humano. Tal instituto sempre recebeu atenção especial, pois, de todos os direitos, é o que possui laços mais estreitos com a vida, visto que as pessoas advêm de um mesmo organismo familiar, ficando ligados a ele durante toda a sua existência.

Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias (2015, pag. 35) que,

Por estar voltado à tutela da pessoa, se diz que o direito das famílias é personalíssimo. Adere indelevelmente à personalidade de seus membros, em virtude da posição que ocupam na família durante toda a vida. Em sua maioria, o direito das famílias é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. A imprescritibilidade também ronda o direito das famílias. Por exemplo, ninguém pode ceder o poder familiar ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de ver declarada a paternidade.

Conforme já fora explanado, o conceito de família sofreu diversas mudanças com o passar dos tempos. No entanto, as modificações mais significativas ocorreram com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 1916 considerava somente como família aquela que fosse constituída pelo matrimônio, possuindo uma visão completamente discriminatória sobre o tema. Impedia também a dissolução do casamento, bem como fazia distinção entre os filhos havidos no casamento daqueles oriundos de relações extraconjugais, retirando destes todos os seus direitos, a fim de salvaguardar o casamento (DIAS, 2015).

No entanto, com o advento da CF/88, homens e mulheres passaram a ser detentores de direitos em igualdade, bem como igualdade entre os filhos, sejam estes oriundos do casamento ou não, assegurando-lhes os mesmos direitos (BRASIL, 1988).

Conforme os estudos de Sílvio de Salvo Venosa (2011, pag. 07), a Constituição Federal de 1988 trouxe três eixos familiares fundamentais: as famílias plurais, a igualdade de gêneros e a igualdade de filiação, conforme se vê abaixo:

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes.

Foi essa Carta Magna que também alçou o princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade do vínculo (art. 227, § 6º).

Reconhecendo a existência das famílias plurais, o casamento deixou de ser a única e exclusiva forma de constituição de família. Passou-se a aceitar, então, a união estável e até as famílias constituídas apenas por um dos pais e seus filhos, ditas famílias monoparentais, como entidade familiar independente de vínculo conjugal. Desta forma, todas essas novas formas de famílias, que antes viviam na informalidade, passaram a encontrar refúgio no ordenamento jurídico (DINIZ, 2006).

Ao entrar em vigor, a Carta Magna de 1988 fez com que o Código Civil de 1916 perdesse o papel de lei fundamental no que diz respeito à família. Nesse sentido, fora elaborado o Código Civil 2002, que buscou atualizar alguns aspectos tidos como essenciais para o direito familiar, tentando se adequar às mudanças pelas quais a família passou. Não inovou tanto quanto a CF/88, mas, ao menos, excluiu alguns conceitos retrógrados que já não mais se amoldam à nova estrutura familiar social moderna (RODRIGUES, 2005).

Portanto, com todas as modificações pelas quais o instituto da família sofreu durante todo o tempo, percebe-se que, hodiernamente, muito mais importa o caráter afetivo que as relações familiares adquiriram do que a forma pelas quais estas foram constituídas.

2.2 FILIAÇÃO

A definição de filiação teve seu conceito ampliado em razão das modificações trazidas pela Carta Magna de 1988 que, em decorrência do princípio da igualdade da filiação, vedou qualquer tratamento que discrimine os filhos, independentemente de sua origem, seja ela biológica, afetiva, seja jurídica.

Em decorrência da evolução que o instituto da filiação sofreu, atualmente não há um conceito unânime sobre o que vem a ser a filiação para o ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que veremos os conceitos mais adequados e que melhor se amoldam ao instituto.

Consoante Paulo Lôbo (2011, pag. 216), a filiação constitui-se de um conceito relacional, ou seja,

É a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.

Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.

Para Rolf Madaleno (2018, pag. 660), tem-se que

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar e reguladas pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil.

Faz-se necessário ressaltar que a atual ordem jurídica consolidou o direito fundamental da convivência familiar à criança e ao adolescente. Ou seja, transformou estes em sujeitos de direito, proibindo a existência de qualquer discriminação e garantindo que, tanto os filhos nascidos ou não da relação do casamento como os havidos por adoção, tenham os mesmos direitos (DIAS, 2015).

Neste sentido, buscando refinar o conceito de filiação, a doutrina e a jurisprudência passaram a analisá-la tendo por base três classificações: jurídica, biológica e a socioafetiva, que veremos a seguir.

2.2.1 Da Filiação Jurídica

O Código Civil de 1916 distinguia os filhos havidos no casamento, tidos com legítimos, daqueles oriundos de relações extramatrimoniais, classificados como ilegítimos. Havia, ainda, a figura dos filhos legitimados, que eram aqueles havidos antes do casamento, mas que possuíam os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos (SILVA JR; FURONI, 2014).

O Código Civil de 2002 trouxe, dentre suas previsões sobre família, o artigo 1.593, que dispõe que o parentesco será natural ou civil, em razão da consanguinidade ou de outra origem. Deste modo, é possível concluir que a filiação jurídica pode ter como origem também a adoção, a socioafetividade ou até mesmo a reprodução assistida heteróloga, podendo ter (ou não) origem na compatibilidade de sangue (BRASIL, 2002).

Ao ser promulgada a Carta Magna de 1988, esta trouxe, em seu artigo 227, § 6º, a absoluta igualdade entres os filhos, colocando um fim nas discriminações que estes sofriam em razão de sua origem, não havendo que se falar, nos dias que correm, em qualquer tipo de distinção entre a prole (BRASIL, 1988).

Conforme os estudos de Silva Jr. e Furoni (2014, pag. 09), o Código Civil de 1916 possuía como ideal conferir proteção à família, ou seja, havia expressa previsão no sentido de que, quando houvesse conflitos entre a filiação biológica e a jurídica,

a paternidade seria presumida. Portanto, o marido seria o verdadeiro pai dos filhos concebidos na constância do matrimônio. Tratava-se de uma presunção da verdade que determinava que pai fosse aquele que demonstrasse as núpcias, pois a consolidação da família, para o CC/16, tinha um valor mais relevante que a verdade dos fatos.

No presente, prova-se a filiação mediante apresentação de documento hábil, qual seja, nos termos do artigo 1.603 do Código Civil de 2002: a certidão de nascimento. Deve o registro conter a filiação biológica ou não biológica da criança, obtendo, para os fins legais, a presunção de veracidade e publicidade do documento (BRASIL, 2002).

Desta forma, tem-se que a filiação jurídica fora contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro, determinando que a todos os filhos fosse dado um tratamento igualitário, vedando, de forma absoluta, toda e qualquer de discriminação em razão de suas origens.

2.2.2 Da Filiação Biológica

Pode-se definir a filiação biológica com aquela existente em razão de laços de sangue entre pais e filhos, também denominada de filiação natural.

Trata-se de filiação que possui ligação sanguínea em linha reta de primeiro grau entre os filhos e aqueles que os deram a vida, por meio de relação sexual. Havendo o resultado concepção, sua origem se torna irrelevante, podendo ser matrimonial, extramatrimonial, entre namorados ou noivos ou até mesmo entre pessoas que não possuem compromisso uma com a outra (SHIGUEMITSU, 2011).

Sendo ainda mais visionária, aduz a doutrinadora Maria Helena Diniz (2005, pag. 427) que a filiação não precisa necessariamente decorrer de uma união sexual, podendo também ser concebida através de uma inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, desde que haja autorização expressa das partes.

Atualmente, sabe-se que é de extrema relevância a realização do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) para fins de se atribuir a paternidade a outrem, pois tal exame permite um forte juízo de probabilidade, para não dizer de certeza. No entanto, não se trata de prova imprescindível para que se instrua um processo e se prolate uma decisão, tendo em vista as dificuldades para que se realize tal exame, pois, por muitas vezes, o réu se opõe à realização do teste de DNA (SILVA JR; FURONI, 2014).

Nesse sentido, temos os estudos de Maria Berenice Dias (2015, pag. 391), que afirma que,

De forma quase paradoxal, a possibilidade de identificação da verdade genética alcançou altíssimos índices de certeza por meio do DNA, o que desencadeou uma corrida na busca da

verdade real, em substituição à verdade jurídica, definida, muitas vezes, por presunções legais.

Todavia, embora seja o exame de DNA importante ferramenta para a prolação de uma decisão que visa atribuir a paternidade a alguém, tem-se, ainda, o reconhecimento da paternidade de forma presumida. Este deve ser aplicado somente nos casos em que o suposto genitor se recusa de forma injustificada a realização do exame de DNA, ou quando marcada a data para a realização de tal exame o suposto pai não comparece e não justifica sua ausência (SILVA JR; FURONI, 2014).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (BRASIL, 2016), ante a ausência de exame de DNA, negou provimento à apelação cível presumindo a paternidade,

Processo civil. Apelação cível. Investigação de paternidade Post mortem. Irmãos paternos. DNA. Não realização. Paternidade presumida. Provas suficientes para formar o convencimento. **A inércia quanto à produção do exame de DNA, apesar de intimado para tanto, aliada à prova testemunhal, é suficiente para declaração da paternidade presumida.** Recurso não provido. (TJ-RO - APL: 00009639320128220003 RO 00000963-93.2012.822.0003, Relator: Desembargador Moreira Chagas, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 23/03/2016.) (g.n.)

Deste modo, recusando-se o suposto genitor em colaborar com o processo ao realizar o exame de DNA, consolidou-se o entendimento de que, conforme aduz a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção de paternidade" (BRASIL, 2004).

Cumprе salientar que tal entendimento sumulado tornou-se objeto da Lei nº 12.004/2009 – que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências (BRASIL, 2009) -, alterando a Lei nº 8.560/1992 - que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências -, com o escopo de estabelecer a presunção de paternidade no caso do suposto pai se negar à realização do exame de DNA (BRASIL, 1992).

Percebe-se, portanto, que a filiação biológica se refere a uma presunção do estado de filiação que ainda não fora constituído, independentemente de qualquer prova de convivência familiar, havendo, tão somente, a formação do vínculo sanguíneo (LÔBO, 2004).

2.2.3 Da Filiação Socioafetiva

Define-se a filiação socioafetiva como sendo aquela que não possui um vínculo biológico, tampouco jurídico, mas sim, aquela que advém de uma relação de afeto entre pai e filho.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2015, pag. 126) aduz que “a filiação socioafetiva tem mais significado do que o vínculo consanguíneo. Assim, cada vez mais surge a busca pelo reconhecimento do vínculo da afetividade”.

Trata-se, portanto, de um vínculo que se sobrepõe ao biológico e ao jurídico. Nos dias de hoje, a relação apenas biológica já não é mais suficiente, pois se faz necessária a presença de carinho, amor e afeto, tidos agora como elementos essenciais dentro de um núcleo familiar (SILVA JR; FURONI, 2014).

Nesse sentido, os estudos de Paulo Luiz Netto Lôbo (2013, pag. 03) dispõem que,

Encontram-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), não sendo relevante a origem ou a existência de outro pai (genitor); o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).

Para ser reconhecida pelo direito, a filiação socioafetiva deve conter os seguintes requisitos, consoante os estudos de Maria Berenice Dias (2015, pag. 406):

(a) *tractatus* - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* - é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Confere-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória.

Vê-se, portanto, que, para que a filiação socioafetiva seja estabelecida, se exige a vontade inequívoca do genitor afetivo, bem como a posse de estado de filho, que se consubstancia como sendo a presença do trato (forma de expressar carinho, assistência e amor de pai para filho); o nome (a pessoa deve trazer consigo o nome do pai); e também a fama, ou seja, o reconhecimento por todos (família e

comunidade) da relação de filiação, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura (LÔBO, 2008, p. 212).

Conclui-se, desta forma, que, no atual cenário brasileiro, as relações de filiação são formadas não apenas por fatores biológicos ou jurídicos que unem pais e filhos, não podendo ser definidas apenas com base nesses conceitos, tendo em vista que as relações acabam se firmando pelo afeto e carinho que ordinariamente proporciona a convivência diária (SILVA JR; FURONI, 2014).

3. PRINCÍPIOS BASILARES APLICÁVEIS À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Com o advento da Carta Magna de 1988, vários princípios surgiram, situando-se no ápice da norma constitucional como garantidores de direitos fundamentais do ser humano.

Os princípios se dividem em gerais, isto é, aqueles que podem ser aplicados a todos os ramos do direito, e princípios especiais, que se aplicam especificamente a um ramo, no presente caso, ao direito familiar. Tais princípios especiais são tidos como norteadores quando se deve apreciar qualquer questão que envolva o instituto da família (DIAS, 2015).

Diversos são os princípios relativos ao direito familiar e mais especificadamente à filiação. No entanto, alguns ganham notoriedade e destaque ante sua suma importância para assegurar tais direitos. Passaremos, agora, à análise de alguns desses princípios.

3.1 Princípio Da Afetividade

Entende-se que o princípio da afetividade possui um conceito amplo que abarca todos os mais diversos modelos de família, inclusive a filiação socioafetiva, caracterizada essencialmente pelo afeto entre pais e filhos.

Paulo Luiz Lôbo (2006) entende que a afetividade se distingue do afeto, pois este decorre de uma real necessidade. Todavia, o direito converteu a afetividade em um princípio que, com toda a sua força normativa, impõe obrigações e deveres a todos os membros do núcleo familiar ligados por laços de afeto.

Rolf Madaleno (2018, pag. 146) aduz ser o princípio da afetividade o grande balizador do direito familiar, pois

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para, ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em

muitos casos, a prevalência destes sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

A família, no momento presente, é compreendida como grande valorizadora da afetividade, atribuindo-se a isso o surgimento de novos conceitos de família, todos criados com o único interesse de satisfazer os vínculos afetivos criados entre seus integrantes. Portanto, tem-se aqui o princípio norteador das relações familiares.

3.2 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

Trata-se do princípio que possui imenso destaque na Constituição Federal de 1988, sendo a base de onde extrai outros tantos princípios, como a igualdade, a liberdade, entre outros. Não restam dúvidas de que o direito familiar é amplamente protegido por tal princípio, pois este traz à baila a dignidade entre as famílias, uma vez que a todos os institutos familiares deve-se dirigir tratamento igualitário, independente de sua forma de constituição ou filiação (DIAS, 2015).

Nesse sentido, posiciona-se Flávio Tartuce (2014, pag. 07):

[...] não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que no Direito de Família. Por certo que é difícil a concretização exata do que seja princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, pag. 44), o princípio da dignidade da pessoa humana

[...] Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Não restam dúvidas, portanto, de que, além de ser um macro princípio que pode ser aplicado a todos os ramos do direito, o princípio da dignidade da pessoa humana se amolda perfeitamente ao instituto da família, garantindo que esta se desenvolva de forma harmoniosa e digna, respeitando e acolhendo suas diversidades.

3.3 Princípio Do Melhor Interesse Da Criança

Tal princípio proporciona uma ampla proteção aos filhos menores, e, por esta razão, é chamado de direito fundamental, devendo ser observado pelos pais, pelos julgadores e pelo próprio Estado visando garantir o desenvolvimento adequado desses filhos.

Nesse sentido, conceituam Mezzaroba et al. (2014 p. 61) que

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente, muito utilizado em decisões judiciais, é uma garantia de que o interesse dos pais é superior ao interesse dos filhos. Por exemplo, mais importante que o direito dos genitores (biológicos ou não) de possuírem a guarda ou visitarem os filhos é o direito dos menores de conviverem de forma sadia com seus pais. Ante a vulnerabilidade do menor, o magistrado deve agir de forma a assegurar as melhores condições para seu desenvolvimento e preservá-lo em meio a um quadro de conflito familiar.

Tem-se, portanto, que o princípio do melhor interesse da criança é o “norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude” (AMIN, 2014, pag. 70).

Notório destacar que, no passado, quando havia conflitos entre os pais biológicos e os socioafetivos, para decidir quem ficaria com a guarda do filho, a verdade que prevalecia era a biológica em razão dos laços sanguíneos. Nos dias atuais, o quadro se inverteu, pois, no atual sistema jurídico, deve-se observar o melhor interesse da criança, com quem o menor deseja ficar. Isso se atribuiu ao fato de que, por vezes, o filho não possui qualquer relação com o ente biológico, preferindo permanecer com o ente socioafetivo (PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, 2017).

Conclui-se, portanto, tratar-se de um princípio essencial, que proporciona ao menor a oportunidade de ter sua vontade considerada no momento de decidir aquilo que será melhor para o seu desenvolvimento físico e também emocional. Tal princípio é de extrema importância para o instituto da família, pois busca sempre a melhor solução para manter os laços afetivos e familiares firmados, visando sempre priorizar o emocional dos menores envolvidos.

4. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ANÁLISE CONTEMPORÂNEA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A paternidade socioafetiva, conforme se depreende do princípio da afetividade, envolve muito mais que apenas o fator biológico. Trata-se da constituição de valores e sentimentos no âmbito da convivência familiar.

Portanto, segundo Maria Berenice Dias (*Apud* DELINSKI, 1997, pag.12), “A paternidade não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva”.

Insta, aliás, notar que a mutação constitucional teve grande relevância para a evolução do reconhecimento da paternidade socioafetiva, visto que, dentro da ciência jurídica, a mutação constitucional se trata de um processo de reforma informal da Constituição, uma vez que, por meio dela, são atribuídos ao texto constitucional novos sentidos sem que haja uma alteração de fato em seu conteúdo, tudo por meio da atividade interpretativa da letra da lei.

Nesta conjectura, os institutos da família e da filiação sofreram e continuam sofrendo diversos processos de mutação constitucional visando acolher e resguardar as novas formas de laços familiares que vão surgindo conforme a evolução da sociedade, como, por exemplo, a ampliação do conceito de família disposto no art. 226 da Carta Magna de 1988, que passou a acolher diversas outras espécies de famílias, como, a título de exemplo, as uniões homoafetivas (PASSOS, 2017).

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispõe serem direitos fundamentais indispensáveis à formação da pessoa, quais sejam: “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (BRASIL, 1988). Ao construir uma relação afetiva de paternidade, a figura paterna assume o dever de assegurar ao filho todos esses direitos que lhe são inerentes. Portanto, ao assumir tais deveres, o indivíduo torna-se pai, independentemente de ser biológico ou não (SILVA JR; FURONI, 2014).

Destarte, ao contrário da paternidade biológica, que já é pré-estabelecida, a paternidade socioafetiva é construída aos poucos, estabelece-se mediante elementos de posse de estado de filho, consolidando-se com o tempo e com a convivência (SILVA JR; FURONI, 2014).

Nesse sentido, dispõe Paulo Luiz Neto Lôbo (2006, pag. 10) que

A paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica; é a própria natureza do paradigma atual da paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda a paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando sua origem. Nas situações frequentes de pais casados ou que vivam em união estável, a paternidade e a maternidade biológicas realizam-se plenamente na dimensão socioafetiva. [...]. Superou-se a equação simplista entre

origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro. A paternidade é múnus assumido voluntariamente ou imposto por lei no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida na convivência familiar duradoura.

Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, pag. 85), em seus estudos, afirma que

[...] A era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina. A paternidade socioafetiva, sob a noção da "posse de estado de filho que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Segundo Rolf Madaleno (2018, pag. 660), "o real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição".

Portanto, tem-se que a paternidade socioafetiva é o "vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas" (CASSETARI, 2015, pag. 16).

No que tange aos deveres inerentes ao pai socioafetivo, cumpre salientar que este possui os mesmos direitos e obrigações que o pai biológico, podendo, inclusive, pleitear judicialmente a autorização para visitar o filho socioafetivo, bem como deve incluir o mesmo como um de seus herdeiros. De outro modo, os deveres também são equivalentes aos direitos, devendo o pai afetivo prover o sustento do menor até mesmo juntamente com o pai biológico, sendo tal obrigação compartilhada pelos dois se este for o melhor interesse para a criança (BUCHIGNANI, 2017).

Registre-se que a discriminação jamais deve prevalecer no momento das decisões, pois é exatamente isto que traz à baila discussões intermináveis no âmbito jurisdicional, ocasionando a desigualdade no tratamento de pais e filhos, e,

consequentemente, enaltecendo um direito arcaico e opressor que não mais deveria existir nos dias de hoje. Desta forma, “apesar de vozes dissonantes, as verdades parentais não mais podem ser vistas como entes pré-moldados” (CATALAN, 2012).

Ainda no campo dos deveres do pai socioafetivo, faz-se necessário dispor sobre a obrigação alimentar deste para com o filho afetivo, tendo em vista que, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva cada vez mais prestigiada, inclusive se sobrepondo ao vínculo jurídico e genético, houve também reflexos no dever de prestar alimentos (DIAS, 2015). Neste íterim, Maria Berenice Dias (2015, pag. 583 apud Rolf Madaleno, 2006, pag. 195) aduz que

A tendência é reconhecer a concorrência da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou seja, diante da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, em que o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro.

No que diz respeito à questão patrimonial, tem-se aqui um tema muito polêmico, tendo em vista que deve ser encontrada uma solução jurídica que preserve a paternidade socioafetiva, mais especificadamente nos casos enquadráveis nas situações de *posse de estado de filho*, em que a criança teve originariamente negado o seu direito à filiação, cuja paternidade foi assumida por um terceiro denominado pai socioafetivo. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2006, pag. 09) questiona se “podem ser compatibilizados os interesses pessoais e patrimoniais, quando o conflito se der entre paternidade socioafetiva derivada de posse de estado de filiação e o pretendido interesse em imputar responsabilidade ao genitor biológico falecido?”, respondendo ser esta pretensão resolvida no âmbito do direito das obrigações. Desta forma, conclui Paulo Lôbo (2006, pag. 10), neste caso, ser razoável atribuir ao filho

[...] um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres gerais de paternidade (educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, além dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição) por parte do genitor biológico falecido, cuja reparação pode ser fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária se herdeiro fosse. Para isso, será necessário ajuizar ação de reparação de dano moral e material, habilitando-se no inventário como credor do

espólio, com requerimento de reserva de bens equivalentes para garantia da ação.

Tem-se, portanto, que, no âmbito patrimonial, preconiza-se também o vínculo socioafetivo em detrimento aos demais vínculos de filiação, de forma que haja deveres patrimoniais do pai socioafetivo para com o filho, bem como deveres patrimoniais hereditários por parte do pai biológico vestidos de reparação de danos nos casos em que fora negado à criança o direito originário à filiação biológica, tendo sido esta acolhida pelo pai afetivo.

4.1 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060/SC

Conforme o instituto da família vai passando por modificações em razão das mudanças da própria sociedade, surge, com tais mudanças, a necessidade de que o ordenamento jurídico acompanhe essas inovações, dando proteção e segurança jurídica ao novo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo rumo ao futuro no que diz respeito ao Direito Familiar ao pacificar uma questão de imensa importância e que se reflete diretamente no tema proposto: a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica.

Trata-se do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário de nº 898.069 em face de uma decisão oriunda do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que responsabilizou o pai biológico pelo pagamento de alimentos ao filho, mesmo este tendo também um pai socioafetivo. Ao interpor o RE 898.069/SC, o genitor buscava a possibilidade de reconhecimento da dupla paternidade, questionando a responsabilidade do genitor perante o pai socioafetivo (GUILHERME; ROCHA; NUNES, 2016).

Cumpre destacar que a decisão da Suprema Corte no RE 898.069/SC fora proferida em sede de repercussão geral, ou seja, ao julgar tal recurso, fixou-se a aplicação da seguinte tese jurídica que deverá ser aplicada em todos os casos semelhantes, segundo o Ministro Relator Luiz Fux: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

Justificando seu voto, o Relator Ministro Luiz Fux, em sede do RE 898.069/SC (BRASIL, 2016), aduz que

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário

decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Nesses termos, sintetizando tal precedente, tem-se que o registro do filho pelo pai socioafetivo não o impede que busque o reconhecimento de vínculo com o pai biológico, tudo conforme o já estudado princípio do melhor interesse da criança.

Conclui-se, portanto, que tal decisão promoveu um grande avanço no âmbito do Direito Familiar, tendo em vista que beneficia o pai socioafetivo de forma que este tenha os mesmos direitos atribuídos ao pai biológico, bem como atribui a este pai afetivo uma série de deveres familiares para com o filho que até então só era propiciada em razão de um vínculo biológico. Em suma, este novo vínculo socioafetivo não anula a já pré-existente relação biológica entre o filho e seu genitor, sendo, no entanto, somada a esta para alcançar o melhor interesse do filho (GUILHERME; ROCHA; NUNES, 2016).

5. CONCLUSÃO

Com o passar dos anos e o conseqüente surgimento e reconhecimento de novas formas de famílias, tornou-se extremamente valorizada a relação de afeto e carinho entre os membros do grupo familiar, seja este ligado por vínculo biológico ou não, formado por uma família tradicional, por apenas um dos pais e seu filho, por dois pais ou por duas mães e filhos. Enfim, tem-se que o ordenamento jurídico acolheu todas essas inovações, oferecendo proteção ao instituto da família como um todo.

Acolheu-se a socioafetividade como um elemento essencial em um núcleo familiar, sendo caracterizador da filiação, juntamente à paternidade biológica e jurídica.

O julgamento do RE 898.069/SC surgiu como um divisor de águas, ditando novos horizontes e servindo como base para casos semelhantes em que a paternidade socioafetiva deve também prevalecer ante a biológica, não havendo que se falar em vínculo mais forte ou mais fraco, pois, comprovadamente, ambos podem coexistir mutuamente se este for a melhor opção para satisfazer o interesse do filho envolvido.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça elaborou o Informativo 649 aduzindo que, (CAVALCANTE, pag. 19, 2019)

É possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição. **A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência**

do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. Vale ressaltar que não se trata de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. STJ. 3ª Turma. REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2019. (g.n)

Portanto, é clarividente que a doutrina e a jurisprudência têm recepcionado os laços afetivos na relação familiar, entendendo ser, hodiernamente, tal vínculo requisito imprescindível para a caracterização de uma família, tal como já lhe autorizava, desde 2002, o Código Civil em seu artigo 1.593.

Por fim, em uma análise contemporânea acerca do atual ordenamento jurídico com ênfase no ramo civil, mais especificadamente no direito familiar, percebe-se a suma importância da análise dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança, sendo estes as balizas que sustentaram toda a evolução no que tange a recepção do instituto da paternidade socioafetiva, equiparando-a à paternidade biológica, de forma que ambas possam coexistir de forma pacífica, sempre preconizando a parte mais afetada nessa relação: o filho.

REFERÊNCIA

AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUCHIGNANI, Cristina. **Paternidade socioafetiva: já ouviu falar?** 2017. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Familia/noticia/2017/08/paternidade-socioafetiva-ja-ouviu-falar.html>> Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1996). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação nº 00009639320128220003**, Relator: Desembargador Moreira Chagas, Data de Publicação: 23/03/2016. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321802593/apelacao-apl-9639320128220003-ro-0000963-9320128220003?ref=serp>>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. 2004. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1285.html>>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.004/2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.560/1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22.9.16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 13 de agosto de 2019.

CATALAN, Marcos. **Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã**. Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolívar, Medellín, v. 42, n. 117, p. 621-649, July 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a10.pdf>>. Acesso em: 20 julho de 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo comentado: Informativo 649-STJ.** 2019. Disponível em:

<<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/08/info-649-stj.pdf>>.

Acesso em 20 de agosto de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 21. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELINSKI, Julie Cristine. **O Novo Direito da Filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 11 ed. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida; ROCHA, Carolina Alves de Oliveira; NUNES, Nathalia. **O reconhecimento da dupla paternidade pelo STF e seus reflexos.** 2016. Disponível

em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247118,91041-O+reconhecimento+da+dupla+paternidade+pele+STF+e+seus+reflexos>>.

Acesso em: 13 de agosto de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, nº 27. p. 47-56, out/dez. 2004.

_____. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Paternidade socioafetiva e a verdade real.** 2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>. Acesso em 12 de Agosto de 2019.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-stj. 2006.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/37.pdf>>. Acesso em 12 de Agosto de 2019.

_____. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias**, nº 05. Ago/Set 2008. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

LOPES, Paula Ferla. **A paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.** 2018. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/wp->

[content/uploads/sites/11/2018/09/paula_lopes.pdf](#)>. Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Paternidade Alimentar. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2006. n. 37.

MEZZAROBBA, Orides; FEITOSA, Raymundo Juliano Regro; SILVEIRA, Vladmir Oliveira; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves de; GARDIN, Valéria Silva Galdino. **Direito de Família**. Coleção CONPEDI/UNICURITIBA.1 ed. v.7. Curitiba: Clássica: 2014.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PASSOS, Manuela de Santana. **Mutação constitucional do conceito de família**. 2017. Disponível em:

< <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10050/Mutacao-constitucional-do-conceito-de-familia>>. Acesso em 29 de agosto de 2019.

ROCHA, Sebastião Ivan. **Reconhecimento e evolução da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. Disponível em:

<<https://sebastiao2k.jusbrasil.com.br/artigos/407276472/reconhecimento-e-evolucao-da-filiacao-socioafetiva-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 12 de Agosto de 2019.

RODRIGUES, Emerson Alexandre Molina. **O reconhecimento da paternidade por socioafetividade e seus efeitos jurídicos**. 2005. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. Universidade Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7553/1/Emerson%20Alexandre%20Molina%20Rodrigues.pdf>>. Acesso em 13 de Agosto de 2019.

SILVA JR, Sérgio de Oliveira; FURONI, Alessandra Barbosa. **A paternidade socioafetiva: o afeto em detrimento da verdade biológica**. 2014. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol9_n2_2014/a_paternidade_socioafetiva.pdf>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA e a (IM)Possibilidade da sua Desconstituição. 2017. Disponível em:

<<https://advambiental.com.br/paternidade-socioafetiva-e-a-impossibilidade-da-sua-desconstituicao/?unapproved=337&moderation-hash=e38cc7b0b4fad7c0d7e79e4ed929989a#comment-337>>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. v.6. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

INOVAÇÕES NO REGISTRO CIVIL: A ALTERAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO DE TRANSGÊNERO

ANITA BEATRIZ NASCIMENTO LIRA BARROS:

Bacharelada em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: Neste trabalho utilizou-se do método lógico sistemático, crítico, bibliográfico. A fim de analisar a adaptação do transexual na sociedade, diante da jurisprudência, doutrina e das problemáticas sociais, apontando conceitos sobre o transexual e o Transgêneros visando mostrar o longo período em que estes vem conquistando seu reconhecimento na sociedade. Portanto, é abordado a importância do Nome Social e seu peso que tem para essas pessoas principalmente quando não há o devido reconhecimento, situações como a utilização de banheiros sociais uma vez que há discriminação para com essas pessoas ao utilizar o banheiro as quais se sentem pertencidas, seus direitos a dignidade, juntamente com o provimento que regulariza a alteração do prenome e gênero, assim como o fator previdenciário, que se faz de grande discussão no momento vivido em nosso país.

Palavras-Chaves: Transgêneros. Sexo. Cirurgia. Prenome. Direitos

ABSTRACT: In this work we used the systematic, critical, bibliographic method. In order to analyze the adaptation of the transsexual in society, in face of jurisprudence, doctrine and social problems, pointing out concepts about transsexual and transgender, aiming to show the long period in which these have been winning their recognition in society. Therefore, it is approached the importance of the Social Name and its weight that it has for these people mainly when there is not due recognition, situations such as the use of social bathrooms since there is discrimination towards these people when using the bathroom which they feel belonged to, their rights to dignity, together with the provision that regulates the change of the name and gender, as well as the social security factor, which is a great discussion at the time lived in our country.

KEYWORDS: Transgender. Gender. Surgery. First name. Law.

INTRODUÇÃO

Nos últimos 10 anos o tema que envolve Transgêneros, casamentos homossexuais, vem sido alvo de grande discussão no mundo. Assim como no Brasil, é algo que na atualidade muito se questiona, principalmente quando se fala em direitos iguais.

Sabe-se que o Movimento LGBT, sempre lutou para que a todos aqueles que pertencem, sejam devidamente respeitados e reconhecidos em seus direitos básicos a sobrevivência, devido estarem sujeitos ao enorme preconceito a qual foi instaurado na sociedade.

Com o tempo foram conseguindo esses direitos, no qual o Poder Judiciário começa a dialogar sobre e que logo faz uma série de normas e regulamentando certas relações jurídicas, como exemplo, via Ação civil Pública nº 2000.71.00009347-0, para que o INSS reconhecesse a União Homoafetiva para o fim de concessão de benefício previdenciário idêntica a uma concessão heterossexual, dentre outras como a conquista junto ao Sistema Único de Saúde (SUS), a Alteração do prenome no registro Publico.

Porém, ainda que amparados por leis, ainda são submetidos ao meio social de forma discriminada, bem como na hora de conseguir um emprego ou ate mesmo quando existir a simples conduta de um transexual fazer o uso de um banheiro, já se torna motivo de alvoroço.

Os reflexos dessa adequação não param por ai, pois há aceitação dessas novas pessoas no quadros das forças armadas por exemplo em muitas vezes é concebido por extrema rigidez, implicando também nos direitos das filhas e filhos pensionistas na qual os genitores militares já estão falecidos e que passaram ou não a fazer jus da pomposa quantia herdada vitaliciamente.

1. A DIFERENCIAÇÃO DE GÊNERO

A sociedade ainda sim não sabe fazer essa distinção de diferenças. Portanto quando se trata de gênero, leva-se em consideração como uma pessoa se identifica, ou seja, há quem se perceba como Homem e ou como Mulher ou até mesmo como nenhum dos dois Gêneros (chamados de Binários).

Logo os Transgêneros e Transexuais, são pessoa que se identificam com um gênero diferente daquele que foi lhe concebido em seu nascimento.

Os Transgêneros são pessoas que não se identificam com seu gênero primário ou biológico, ou seja, tendem a e ver e se sentir pertencentes ao sexo oposto, esperando serem aceitas e reconhecidas na sociedade a qual pertence. Porem não significa que precisem, obrigatoriamente, fazerem a intervenção cirúrgica em seu corpo.

Quanto aos Transexuais são pessoas que além de não se identificarem com seu gênero biológico desejam e passam por alterações biológicas (cirurgia), a fim de se sentirem correspondidos completamente na identidade de gênero na qual se reconhecem e se comprometem tanto no seu psicológico quanto em seu novo corpo.

Sendo assim, utiliza-se mais um conceito breve que nos ajuda a compreender essa interação social para com a diferenciação de Transexual e homossexual se dará sob embasamento do autor Vecchiatti (2012), que em sua obra apresenta a seguinte definição:

Transexual é a pessoa que sofre dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico – a pessoa tem a convicção de que nasceu no corpo errado. É o homem que se vê como mulher ou a mulher que se vê como homem. Em geral, a pessoa deseja passar por uma cirurgia de adequação de seu sexo físico ao seu sexo psíquico para acabar com a angústia de acreditar que nasceu no corpo errado. O homossexual, por sua vez, é uma pessoa que não tem nenhum problema com seu sexo biológico, ou seja, que não sofre dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico: é um homem que se entende como homem e ama outros homens, assim como a mulher que se entende como mulher e ama outras mulheres. Em suma, é uma pessoa que ama pessoas do mesmo sexo sem ter nenhum problema com seu sexo biológico. (Vecchiatti, P. R. I., 2012, p. 121)

Percebe-se então que a alteração do gênero não se dá somente da mudança de sexo afinal o psicológico também é alterado e muitas das vezes acabam sendo mais necessária que a própria cirurgia em si, pois muitos gostam do seu corpo, só não se sentem a vontade nele.

2. DIREITO A DIGNIDADE: DA PESSOA TRANSGÊNERO

O Nome é a nossa primeira identidade é o primeiro passo para saber distinguir uma pessoa da outra. Todos nós merecemos um nome quando nascemos afinal o direito do nascituro se faz presente. Muitas das vezes o nome que se e dado não condiz com seu gênero tanto na forma patológica e ou psicológica. Logo o Nome cível para estas pessoas, não esta mais lhe servido, pois está ferindo seus direitos de escolhas, suas vontades estão sendo suprimidas e hoje é garantindo por lei a alteração do seu nome em seu registro de nascimento.

2.1 NOME SOCIAL

O nome social tem a finalidade de suprir o desejo dessas pessoas, fora um alcance que foi batalhado e dado questão de dignidade humana. Nome social este que por todo país já é reconhecido e adotado, visto que a adoção deste nome social não traz nenhum prejuízo moral e institucional ou ate mesmo a terceiros, além de não criar privilégios. A ideia deste nome social é justamente fazer com que aquela pessoa se sinta respeitada, assim como iguais.

2.2 DO USO DOS BANHEIROS SOCIAIS

A temática qual se volta para o uso dos banheiros sociais e ou públicos, é alvo de grande discussão no meio jurídico, afinal existe aí uma mistura de conceitos, confrontando entre si com os direitos a qual cada pessoa tem de viver, de modo que lhe deve ser respeitado, em sua individualidade ou privacidade.

Por outro lado, o conflito entre esses direitos deixa claro que:

“Não se trata apenas de impedir o acesso a um local, mas de impedir, ainda que indiretamente, a recorrente de ser o que é, de ser reconhecida como o que é e, ainda, de gozar de um direito básico, mas não por isso menosprezível, de todo e qualquer ser humano: o de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.”(PARECER Nº 116706/2015)

Fator conflitante este que entre os pareceres julgados temos como exemplo o processo de número 166706/2015 da Procuradoria Geral da República. O mencionado processo foi movido por André dos Santos Filho em face da Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. A autora informa que foi impedida por uma funcionária de usar o banheiro, sob o argumento que causaria constrangimento a outras mulheres. A autora tentou então usar o banheiro de alguma loja, porém foi informada que não existira banheiros dentro das lojas. A recorrente se viu tão demasiadamente constrangida. Que num ato de nervosismo, e não conseguindo controlar suas necessidades fisiológicas, acabou defecando na própria roupa, e ainda tendo que fazer uso do transporte público para voltar para casa. Nota-se que não foi só o fato de impedi-la de entrar no banheiro que a constrangeu, mas o impedimento de viver como se reconhece.

Quando dispostos a utilizar banheiros públicos, percebe-se que temos um padrão que atende a uma divisão, Homem e Mulher, separação essa que nos dias atuais “não atende a todos” em termos de prática, principalmente para as pessoas LGBTs, que por mais que sejam amparadas por leis provimentos quanto a troca de seus registros configuradas ao sexo e ao gênero que as lhe identificam ou pertencem, asseguradas também as disposições sociais a quais um homem qualificado em seus registros como homem possa ter assim como uma mulher e vice versa deve adentrar ao seu banheiro a qual corresponde, a sociedade ainda às opções, principalmente para as mulheres que difícil aceitam dividir um banheiro com quem que ainda tenha órgãos sexuais masculinos, e a ideia de que tenham que trocar de roupa no mesmo ambiente em que um indivíduo que para ela ainda pertence ao sexo oposto causando estranhamento e em muitas vezes medo.

Em palavras claras, o direito à identidade nos coloca diante do seguinte paradoxo: somos aquilo que somos, aquilo que nos identifica, mas nem sempre temos o direito de ser o que somos em virtude de que a vivência de nossa identidade,

como direito, está subordinada a condição de normatividade (LUCAS, 2012).

Evidencia-se também o fato de muitas mulheres não aceitarem dividir esse mesmo ambiente, não só por medo de invadir ou violar sua privacidade, mas o medo físico de serem alvo ou vítimas de algum criminoso que possa vir a se aproveitar da situação e atente contra a mulher, cometendo algum tipo de violência física ou sexual, estatística essa que tem marcado alta no Brasil nos últimos tempos.

Segundo o STF, é de suma importância decidir “se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”, pois a identidade sexual é assunto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

3. INOVAÇÕES NO REGISTRO CIVIL: PROVIMENTO

Diante da pretensão do Transexual em ver que seu prenome e gênero ao seu sexo adotado psicologicamente, pode gerar um assunto delicado e polemico na Doutrina e na Jurisprudência, procurou-se harmonia entre estes direitos e garantias na qual a análise da ADI 4.275, o Supremo Tribunal Federal, em março de 2018, foi reconhecido que pessoas *trans* podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem que se submetam a cirurgia. O princípio do respeito à dignidade humana foi o mais invocado pelos ministros para decidir pela autorização. Sendo assim, Transgêneros devem ser considerados de acordo com os gêneros com que se identificam.

Analisando a tese definida pelo STF percebe-se que o Transgêneros tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil e esta alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada qualquer inclusão do termo Transgêneros na qual as certidões do registro não deveram constar nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a onde somente o próprio interessado poderá recorrer ou determinação judicial. (STF, 2017)

Portanto a alteração dos demais registros, nos órgãos públicos ou privados pertinentes, caberá sobre responsabilidade do magistrado, os quais estes devem preservar sigilo sobre a origem dos atos.

No ano seguinte, 2018, entra em vigor o provimento de numero 73 do CNJ que regulamenta a alteração do nome e sexo no Registro Civil, no qual e seu Art.2 legaliza que toda pessoa maior de 18 anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida. Admitindo também [...]

Art. 3º A averbação do prenome, do gênero ou de ambos poderá ser realizada diretamente no ofício do RCPN onde o

assento foi lavrado. Parágrafo único. O pedido poderá ser formulado em ofício do RCPN diverso do que lavrou o assento; nesse caso, deverá o registrador encaminhar o procedimento ao oficial competente, às expensas da pessoa requerente, para a averbação pela Central de Informações do Registro Civil (CRC).

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos. (PROVIMENTO CNJ N°73/2018)

3.1 ALTERAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO

A mudança do prenome se configura na alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa) assegurados e resguardados os direitos pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

3.2 PREVIDÊNCIA E RETIFICAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (CNIS)

Quanto a previdência, aquele que altera seus registros, qualificando-o(a) como trans, mantém seus direitos, deveres e obrigações previdenciárias assegurados, porem, deve ser retificado as informações cadastrais no CNIS, juntamente a base de dados do INSS decorrente da mudança de gênero ou com adoção do nome social registrado em cartório, tendo como consequência, alterar todos os documentos que pertenciam ao indivíduo, os quais serão trocados pelo nome adotado.

Pode ocorrer que segurado já estivesse inscrito no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), com o recolhimento sem atraso da primeira contribuição ao sistema, e com muitas outras contribuições vertidas. Porém, todas as contribuições realizadas com o nome civil original e, portanto, ainda com o gênero sexual anterior a realização da operação, para o caso de cirurgias realizadas posteriormente.

Então, deverá o segurado buscar a retificação do CNIS junto ao INSS, a fim de assegurar que não perca nenhum direito previdenciário e, muito menos, perca períodos de carência tão necessários e obrigatórios.

CONCLUSÃO

Diante de todo o levantamento feito nessa pesquisa é possível perceber que o meio jurídico, social e burocrático ainda está se adequando a nova realidade social que cada vez mais tenta encontrar uma harmonia ao direito que deve ser concebido a todos.

O conflito de identidade de gênero ainda é assunto corriqueiro que tramita e dialoga diariamente no meio jurídico, levando a análises, estudos de casos, a fim de possibilitar respeito a dignidade humana ao deferir em massa, a adequação do prenome em seus documentos de registro único, como também levar a mais ampla e complexa discussão quanto ao uso dos banheiros públicos na qual reconhece a sua identidade de gênero.

Outro ponto alto dessa temática é a sociedade que ainda é carregada de preconceitos, olhares retorcidos e excludentes ao referente tema, no qual construções morais muitas vezes desfundamentadas ganham mais espaço do que a que se volta para o dialogo critico e proximal da realidade.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Felix Ruiz. Direito à privacidade. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 457

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

Bento B. *O que é transexualidade* São Paulo: Brasiliense; 2008.

BRASIL. Provimento nº 73/2018. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991, atualizada até Lei n.º 13.135 de 17 de junho de 2015. Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. Lei n.º 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

BRASIL. Lei n.º 10.666 de 08 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.

BRASIL. Decreto n.º 8.727 de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, jan. 2001. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt/>. Acesso em 07 nov. 2017.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualismo, transexualismo, transplante*. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 85 – 87.

CHOERI, Raul. *Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de Transgenitalização*. In: BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 235-236.

CARDOZO MOURAO, Daniela. Nome social e outras ações: Direito à dignidade. Disponível em: < <https://www.campograndenews.com.br/artigos/nome-social-e-outras-acoes-direito-a-dignidade> >

CARDOZO ROCON, Pablo. Dificuldades vividas por pessoas trans no acesso ao Sistema Único de Saúde. 21 de Agosto de 2016

COVA, Roberta. A Aposentadoria após a Mudança de Prenome e Gênero do Transexual. 2016. Disponível em : <https://robertacova.jusbrasil.com.br/artigos/352864095/a-aposentadoria-apos-a-mudanca-de-prenome-e-genero-do-transexual>

DINIZ , Maria Helena. Transexual, in Dicionário jurídico, São Paulo, Saraiva, 1998. 604 p.

GARCIA, Emerson. A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas breves notas. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32827/a-mudanca-de-sexo-e-suas-implicacoes-juridicas/2>

HENRIQUE DA CRUZ, Celso. Transexuais e aposentadoria previdenciária no regime geral de previdência social. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17737

MEDEIROS SOARES BOSQUE, Alessandra. Transgênero militar. O transexual e os pequenos reflexos legais e sociais nas Forças Armadas. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20254&revista_caderno=4

DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA CRIMINAL: A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA PENAL

MARIA ELISA LIMA GOMES: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

CAUPOLICAN PADILHA JÚNIOR

(Orientador)

RESUMO: O referido trabalho, tem a finalidade de apresentar os direitos fundamentais que estão elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, mas precisamente em seu artigo 5º incs. LV, LXXIV, e XXXV, inerentes à defesa, à assistência jurídica gratuita e ao acesso à justiça, no âmbito da justiça criminal, e fazendo uma análise e observação de que se o Estado brasileiro tem garantido àquele que se encontra na condição de acusado e não dispõe dos recursos financeiros necessários para seu próprio sustento, a garantia de uma defesa penal substancial, especificamente, através do órgão Defensoria Pública com previsão constitucional no art. 134, enquanto instrumento de garantia de efetivo exercício dos direitos fundamentais, notadamente aqueles diretamente relacionados à defesa da liberdade, que se consolidam ou se restringem nos limites do processo penal. É exatamente neste contexto que procuramos desenvolver a pesquisa, qual seja, de um lado. Questiona qual o papel da Defensoria Pública para a efetivação do direito de acesso à justiça penal e qual o verdadeiro conteúdo desse direito. Tenciona estabelecer os limites e o alcance de um núcleo mínimo existencial da dignidade humana na seara do Direito Penal e Processual Penal, que se desenvolve entre partes processuais (acusador e acusado), sendo que ambas devem estar no mesmo patamar de paridade, em obediência ao princípio da igualdade. De outro lado, a realidade brasileira, onde em regra, acusação e defesa se encontram em abissal desigualdade, percebemos que a Defensoria Pública é o principal instrumento de concretização do direito fundamental à defesa, portanto, de acesso à justiça penal, em razão da seletividade do sistema penal e da realidade econômica da população brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direito fundamental à defesa. Defensoria Pública. Princípio da Igualdade. Assistência judiciária gratuita. Acesso à justiça penal. Dignidade humana.

ABSTRACT: The purpose of this article is to show the fundamental rights to defense, free legal assistance and access to justice (CF, arts. 5, incs. LV, LXXIV, and XXXV), within the scope of criminal justice, and proposes to to verify whether the Brazilian State has assured the accused that it does not have the necessary financial resources to support the guarantee of a substantial criminal defense, and more specifically through the Public Defender's Office (CF, art. 134), as an instrument of

guarantee of effective exercise. fundamental rights, notably those directly related to the defense of liberty, which are consolidated or restricted within the limits of criminal proceedings. It is exactly in this context that we seek to develop research, that is, on the one hand. It questions the role of the Public Defender's Office in enforcing the right of access to criminal justice and what is the true content of this right. It intends to establish the limits and scope of a minimum existential core of human dignity in the area of Criminal and Criminal Procedural Law, which develops between procedural parties (accuser and accused), both of which must be at the same level of parity, in accordance with the principle of equality. On the other hand, the Brazilian reality, where, as a rule, prosecution and defense are in abyssal inequality, We realize that the Public Defender's Office is the main instrument for realizing the fundamental right to defense, therefore, access to criminal justice, due to selectivity. of the penal system and the economic reality of the Brazilian population.

KEYWORDS: Fundamental rights. Fundamental right to defense. Public defense. Principle of Equality. Free legal aid. Access to criminal justice. Human dignity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DEFENSORIA PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA CRIMINAL. 2. MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E FUNÇÕES TÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL. 2.1 O exercício da Defensoria Pública na execução penal. 3. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E O ACESSO À JUSTIÇA PARA OS HIPOSSUFICIENTES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Será feito uma ampla abordagem, inerente ao direito fundamental, da defesa criminal, direito este previsto em nossa Constituição Federal, que tem o intuito de resguardar ao acusado o acesso à justiça e a uma defesa digna, onde muito embora, este não possui condições para arcar com esta defesa, e sendo assim tem-se na Defensoria Pública a esperança de não ficar desamparado e ter um direito constitucional exercido.

De igual modo será feito um aparato sobre a Defensoria Pública e do instituto da assistência judiciária gratuita, no território Brasileiro. Observa-se que a Constituição brasileira incluiu no rol dos direitos humanos fundamentais, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, àquelas pessoas comprovadamente pobres, criando, mais adiante, no capítulo que trata das funções essenciais à Justiça, a Defensoria Pública, instituição responsável pela prestação da assistência jurídica prometida, assemelhada ao Ministério Público. Se por um lado, a Carta Política obteve êxito em reorganizar o Poder Judiciário (Estado-Juiz) e reaparelhar o Ministério Público (Estado-Acusação), dotando-o de

uma elogiável estrutura legal e orçamentária, por outro, igual sorte não logrou a Defensoria Pública (Estado-Defesa), tornando a libra representativa da Justiça desequilibrada, eis que o cidadão pobre, em regra, continua sem direito ao exercício de uma “defesa penal materialmente eficaz”.

Nesse sentido, podemos afirmar que no Brasil, o efetivo “acesso à Justiça”, passa necessariamente pelo estabelecimento de serviços públicos de assistência judiciária ou pela Defensoria Pública, em razão do grande contingente populacional pobre e marginalizado. A Defensoria Pública desempenha, então, o papel de instrumento para a realização dos direitos fundamentais. Em especial, na seara do sistema punitivo, que é sabidamente seletivo e estigmatizante para esta parcela populacional excluída – registre-se, excluída do processo social e incluída no processo penal. Assim, a Defensoria Pública atuando na defesa penal dos cidadãos hipossuficientes economicamente, tem o dever de proporcionar-lhes o que entendemos por uma “defesa criminal substancial” ou defesa penal pública materialmente eficaz, equivalente a uma defesa efetiva e atuante, distinta daquela defesa criminal meramente formal. Na sequência, o objeto do artigo foi procurar as origens da assistência judiciária e da Defensoria Pública e, para tal desiderato, procuramos elaborar uma atenciosa pesquisa na legislação estadual, assim como nas bibliotecas e páginas virtuais da Defensoria Pública, Procuradoria do Estado, Ministério Público, Tribunal de Justiça Estadual, Tribunal de Justiça Militar e Assembleia Legislativa. Devemos referir que o material de pesquisa sobre o tema é muito reduzido, sendo este também um dos propósitos desse trabalho: servir de subsídio para estudos futuros – um tanto mais facilitados – sobre a matéria no nosso Estado. Sendo a Defensoria Pública uma instituição precipuamente criada para prestar a assistência “jurídica”, integral e gratuita aos pobres – a teor do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal - outro ponto destacado de nossa pesquisa foi elaborar um estudo sobre a formação do povo brasileiro. Com base em autores clássicos da literatura nacional, procuramos identificar as origens da identidade nacional, as causas e consequências da violência empregada contra os nacionais e seus direitos, cujos resultados até hoje são latentes na sociedade brasileira.

Na segunda parte da disserta. A investigação perpassou, ainda, a temática do acesso à justiça, que em regra é tratado apenas no seu aspecto civilista, relacionado com técnicas de flexibilização do processo civil e com direitos fundamentais de caráter extrapenais, tais como a saúde, a educação e a assistência social. Procuraremos, então, estabelecer uma noção de acesso à justiça penal e a sua íntima vinculação com o pleno exercício de uma defesa penal pública materialmente eficaz.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida por sua hipertrofia face à grande quantidade de dispositivos legais que a compõe, dentre os quais, muitos são os direitos fundamentais. Contudo, em nada adianta esta hipertrofia legislativa,

quando não fornecidos mecanismos hábeis à sua efetivação. O acesso à Justiça apresenta-se, hodiernamente, como viga mestra para uma sociedade dita justa, e sob este prisma, pode ser tido como o mais fundamental dos direitos, vez que traduz os instrumentos hábeis a resguardar os direitos fundamentais não só face à ação/omissão violadora do Estado, mas também, do próprio particular. Da mesma maneira, o acesso à Justiça dentro da ordem jurídica pátria não é direito de todos, em que pese a disposição da Carta Cidadã em seu artigo 5º, inciso LXXIV, garantir que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem.

Nesta senda, apresenta-se a Defensoria Pública, como guardiã das massas, em sua função institucional, na defesa dos hipossuficientes, ou seja, como instrumento para a efetivação do acesso à Justiça, garantindo, pois, os direitos fundamentais. Os Defensores Públicos surgem no momento em que muito se discute ou se destaca a prioridade da efetivação do acesso à Justiça, guarda, portanto, íntimo liame com a perseguição dos direitos fundamentais, na qual, de que adiantaria o vasto leque de direitos, sem quem pudesse defendê-los ou tutelá-los.

No Estado Moderno ou no Direito Penal Democrático Contemporâneo encontra-se previsto um sistema de garantias aos direitos individuais. Os poderes estatais possuem limites nas atuações das autoridades públicas, o que implica em respeito e reconhecimento aos direitos indisponíveis individuais, em outras palavras, a efetivação do direito constitucional fundamental estabelecido pelas cláusulas pétreas. Temos visto muita confusão conceitual quando na doutrina se apresentam propostas de política criminal e penitenciária, com definições adversas, a exemplo daquelas linhas e modelos de Estado Oriental (absoluto e teocrático), Estado Grego (liberdade cidadã com exclusão às classes menos desfavorecidas), Estado Romano (que destaca a soberania do Estado e não dos direitos fundamentais da cidadania), e Estado Feudal ou Medieval (na sua complexa relação de hierarquia de poder político, social e econômico).

Indubitavelmente se faz necessário compreender de maneira correta o significado dos Direitos Humanos, sem contudo olvidar os Deveres Humanos, como imperativo ao estabelecimento de um sistema ou regime democrático de Justiça Penal, com vistas a "dar a cada um o que é seu", sem discriminações ou "privilégios", com isonomia e transparência legalidade ante a norma e o tratamento perante os Tribunais, leia-se também juízos e órgãos públicos em geral.

Por fim, questionados a respeito da existência de algum mecanismo institucionalizado que permita ao usuário da Defensoria Pública manifestar-se ou esclarecer dúvida sobre a atuação da instituição ou de seus integrantes, todas as Defensorias responderam positivamente. Os meios mais utilizados são o telefone,

correio eletrônico, sítio na internet e até mesmo a rudimentar “caixa de sugestões”, Nesse aspecto, anote-se que a maioria das Defensorias Públicas utiliza campanhas periódicas de divulgação de seus serviços para a população, sendo os meios mais utilizados a mídia impressa, o rádio, sítio na internet, a televisão e as cartilhas.

O Estudo de 2006 constatou, porém, que a existência de programas ou campanhas regulares para a cidadania, voltados diretamente para os usuários da Defensoria Pública, é proporcionalmente menor nos Estados que compõem o grupo com os mais baixos índices de qualidade de vida.

1. DEFENSORIA PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA CRIMINAL

É certo que a Constituição Federal garantiu inúmeros direitos fundamentais, para que não fosse mais possível que o ser humano viesse a sofrer constrangimentos, abandonos, falta de respeito e dentre tantas situações que outrora já foram aceitas.

Pode ser citado como exemplo, de anseio em combater todo estes abusos, um dos princípios mais importantes da nossa carta magna, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, onde não se pode mais ser violado e com base nele todos tem seus direitos e garantias constitucionais preservadas.

Falar de direito fundamental, pode ser muito bem incluído o direito à defesa criminal, o direito de assistência judiciária gratuita, o direito de qualquer acusado independentemente da situação que se encontre, em ter preservado todo o rol fundamental do artigo 5º da CF/88, rol este que não é taxativo.

O legislador constituinte fez questão de trazer na parte dogmática da Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 134, um Órgão que viria amparar todos aqueles que necessitam do judiciário brasileiro e não possuem condição para tal, como por exemplo, em contratar um profissional do direito, ou seja, um advogado para fazer sua defesa em um determinado processo ou diligência penal.

A Defensoria Pública no plano normativo-constitucional, tem como tarefa atribuída a prestação de assistência jurídica aos necessitados (art.134, CRFB/88). Não obstante à pré-existência de modelos de assistência jurídica gratuita, anteriores à Carta Magna de 1988, no Brasil, esta foi a primeira instituição eleita pelo poder constituinte originário para cumprir a missão específica de oportunizar defesa no plano jurídico dos vulneráveis e a concretização dos direitos. Por esse motivo, é importante analisar o que significa a assistência jurídica integral e gratuita e quem são os beneficiários dos serviços da Defensoria Pública, temas que serão abordados ao longo deste trabalho.

Dentro desse contexto, não há como tratar do “Acesso à Justiça” sem que se faça referência à Defensoria Pública. Isto porque a instituição tem por objetivo a garantia de uma ordem jurídica justa, que garanta aos necessitados não só acesso formal

aos órgãos do Poder Judiciário, mas também o acesso real e a proteção efetiva dos seus interesses.

Com efeito, a atuação da Defensoria Pública é essencial na efetivação do acesso à justiça, apresentando elementos capazes de combater os obstáculos ao acesso e à efetividade da tutela jurisdicional.

Podemos apresentar, em síntese, como o grande obstáculos ao acesso à justiça o valor das custas judiciais, em especial nas causas de valor pequeno, o tempo de duração do processo, os recursos financeiros das partes, a ausência de aptidão para reconhecer um direito de forma a propor uma ação ou apresentar sua defesa, a existência de litigantes habituais e eventuais e os problemas especiais relacionados aos interesses difusos, de natureza transindividual. Além disso, no Brasil há também questão da etnia e do gênero.

No presente capítulo, será abordada a importância da Defensoria Pública na efetivação do acesso à justiça e os retratos institucionais desta.

A Defensoria Pública é um órgão central, independente e obrigatório. É de supra importância ressaltar que a obrigatoriedade da Defensoria Pública decorre de uma imposição constitucional e que sua criação e estruturação não depende de uma discricionariedade da Administração Pública.

Maurício Godinho Delgado (2004, p. 184) nos ensina que princípios, de maneira geral, são proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. No Direito, continua o ilustre jurista, os princípios são diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e informam a compreensão do fenômeno jurídico.

Com efeito, o art. 3º da Lei Complementar n. 80/94 dispõe que são princípios institucionais da Defensoria Pública: a Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional. São princípios institucionais porque regem a atuação da instituição.

Diante do exposto acerca da Defensoria Pública, é inconteste que o órgão é essencial à defesa daqueles espoliados pelo Estado, que sozinhos não conseguem contra-argumentar perante o poder estatal, exercer cidadania e democracia. Sem a instituição, o princípio da igualdade se torna mera utopia, na medida em que a participação dos vulneráveis reforça os pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sua atuação ímpar de forma contramajoritária em busca da preservação dos valores intrínsecos se evidencia em sua essência de Estado Defensor.

A carta magna, elencou um rol, como já citado acima, é um rol não taxativo, podendo assim ser encontrado em todo o decorrer do corpo dogmático da Constituição. Direitos e garantias fundamentais, carecem de uma análise maior

sobre sua aplicabilidade, uma vez que, muito embora, esteja previsto na CF, ainda há inúmeras violações.

Todo o amparato neste referido trabalho, buscou uma ilucidação inerente ao tema, buscando fazer uma análise diretamente naquilo que está assegurado em nossa Constituição, mas precisamente no tocante ao direito fundamental ao acesso à justiça, e à defesa criminal.

2. MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E FUNÇÕES TÍPICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

Analisando e comparando diversos sistemas jurídicos, é possível concluir que a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes, não é apenas por um único modelo, na realidade existe ao menos três modelos distintos dessa assistência.

O primeiro deles é adotado por sistemas que permitem a atuação de advogados autônomos, exercendo sua atividade a título pro bono, ou seja, sem receber qualquer contraprestação pecuniária estatal. Cuida-se de um modelo marcado pelo viés assistencial-caritativo. Em suma, os serviços de assistência judiciária “eram prestados sob o impulso de preceitos de cunho moral, como expressão de um sentimento de caridade ou de solidariedade” (ALVES, 2006, p. 46).

A advocacia pro bono ainda é exercida em todo o mundo, sendo louvável a iniciativa de profissionais que, por motivação estritamente altruísta, auxiliam pessoas que não possuem recursos para custear a assistência jurídica privada. Nesse ponto, merecem destaque as considerações de Frederico Rodrigues Viana de Lima (2010, p.56), para quem “a principal ferramenta para o exercício da advocacia pro bono é o instituto da gratuidade judiciária, uma vez que permite que a parte, mesmo sendo patrocinada por um profissional liberal, não arque com as despesas processuais”.

Por óbvio, embora elogiável, a advocacia pro bono não pode ser concebida como o principal modelo de assistência jurídica, por dois grandes motivos: primeiro, porque depende da caridade dos profissionais, não consistindo verdadeiramente em um direito das pessoas menos favorecidas; segundo, porque põe em risco a qualidade da assistência, uma vez que o advogado particular não recebe qualquer contraprestação pelo serviço prestado. Na maioria dos casos, a atuação profissional gera gastos elevados aos profissionais, incluindo custos de deslocamento, custas processuais, gastos com impressão e cópia de documentos, autenticações, dentre outros.

O segundo modelo de assistência jurídica é o denominado *judicare*, que se caracteriza pela atuação de advogados particulares custeados por entes estatais.

Diversamente do que ocorre no modelo da advocacia pro bono, o modelo *judicare* consiste em um verdadeiro “direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei”. No sistema britânico, por exemplo, permite-se que os litigantes de baixa renda escolham seu advogado dentre uma lista de profissionais inscritos, desde que verificada a viabilidade econômica e meritória da pretensão.

Por se tratar de uma contraprestação expressiva, a lista de profissionais é extensa. Esse mesmo modelo foi adotado na França, a partir de 1974, alcançando não apenas as pessoas pobres, mas também pessoas acima do nível de pobreza.

Apesar da eficiência alcançada em alguns países, o *judicare* é fortemente criticado pela doutrina, eis que, embora desfaça a barreira do custo, faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres, confiando-lhes a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio. No mesmo sentido, há destaque para diversas falhas do sistema: inexistência de especialização e visão do todo; baixa remuneração dos advogados; ausência de efetivo acesso aos Tribunais Superiores, à opinião consultiva e às instâncias extrajudiciais e administrativas (assistência não integral); ausência de controle de qualidade, dentre outros aspectos.

No Brasil, ainda é adotado o modelo do *judicare* nas localidades em que a Defensoria Pública não esteja instalada, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, sendo possível a nomeação de advogados particulares para fazer às vezes do órgão assistencial, sobretudo em processos criminais.

O terceiro modelo consiste no chamado *salariated staff*, adotado pela Constituição da República de 1988, sendo marcado pela atuação de agentes públicos remunerados pelo Estado. Este modelo se divide em duas submodalidades: na primeira delas, decide-se pela criação de organismos estatais encarregados de prestar a assistência jurídica. Estes organismos são comumente chamados de Defensorias Públicas. Por outro lado, na segunda submodalidade, os serviços podem ser prestados por organismos não estatais, a exemplo de pessoas jurídicas sem fins lucrativos que auferem recursos estatais para custear suas despesas, inclusive para pagamento de advogados contratados por elas.

É possível concluir que a Defensoria Pública consiste verdadeiramente no reflexo da adoção, pelo Brasil, do modelo do *salariated staff*, como se extrai do art. 134 da Constituição da República: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5o, LXXIV”.

Tornando a criminologia crítica o fio condutor da sua atividade, será possível ao membro da Defensoria, ainda na esfera individual, enxergar de forma vastamente o óbice do encarceramento. Confirmar a seletividade do sistema penal por meio da

sua atuação cotidiana nos atendimentos nas unidades prisionais, por exemplo, é uma experiência social empírica engrandecedora.

Constatar os argumentos não apreciativos de outra realidade e as distorções praticadas pelos órgãos do sistema de justiça para a manutenção de uma política criminal que exclui a parcela marginalizada exige um apurado conhecimento da teoria crítica do direito penal. Expor e combater tais argumentações exige ainda mais. É necessário não só o conhecimento teórico ou a vivência prática, mas a firme convicção da visão crítica e obstinada que se levanta.

A criação de teses inovadoras capazes de permitir ao assistido gozar o quanto antes da liberdade, ou a ampliação daquele mínimo de direitos garantidos na execução penal, só é possível quando o Defensor Público concebe que sua atividade na Execução Penal, na própria demanda individual, ao ser chamado para atuar no processo de um indivíduo preso, possui um dever político contramajoritário indisponível. É preciso ser a voz às demais vozes do sistema jurídico quanto à todo o sistema político de encarceramento.

2.1 O Exercício da Defensoria Pública na Execução Penal

A Defensoria Pública atua na Execução Penal, realizando atividades no processo de execução individual, onde, vai além da defesa dos interesses de um indivíduo singular. Tal competência para tutelar os direitos coletivos deixou de ser matéria discutível, passando à previsão expressa na Constituição Federal, ou seja, um dever constitucional, sendo assim inviolável, intocável, havendo de ser respeitado. A concepção mais conhecida da Função Política das carreiras jurídicas é apontada quando se trata do exercício da competência para a defesa e garantia dos direitos coletivos.

Na garantia dos direitos de status positivus – que em regra correspondem ao objeto das demandas coletivas de direito – pleiteia-se que o Poder Público efetive determinado direito fundamental, o que para tal categoria de direitos corresponde a uma postura ativa do Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2012, pág. 52).

Ou seja, uma exigência de que o Estado deva agir no sentido indicado pela Constituição para prover algo, uma prestação estatal que busca efetivar a esfera material do direito à igualdade. A demanda levada ao poder judiciário, nesses casos, consiste em determinar a obrigação do Poder Público em efetivar determinado direito social, de forma concreta.

Por essa razão que em tais situações – em que a autonomia dos poderes é mais sensível – a função política se sobreleva. A Defensoria Pública, no exercício da missão constitucional da defesa dos direitos fundamentais também na esfera coletiva, possui uma Função Política acentuada, ainda mais na atuação referente

à matéria da Execução Penal. O caráter contramajoritário do posicionamento da Defensoria Pública é posto em maior destaque nesse campo.

A defesa dos direitos sociais das pessoas presas não possui um poder atrativo à sociedade em geral, que envolvidos em uma ideologia punitivista, enxergam qualquer atuação em favor do apenado como uma perda de tempo e recursos públicos. As medidas – e, por vezes, os responsáveis por eles – que buscam efetivar os direitos sociais dos apenados recebem a mesma censura do que os próprios presos. O discurso do ódio que se alastra em relação a pessoa condenada atinge todos que estejam ao seu lado. A família é uma das principais vítimas desse efeito reflexo.

A defesa técnica também. Justamente em razão de ter que suportar um pesado ônus de ser uma função contramajoritária que deve recair sobre um órgão público, autônomo e independente, a função precípua da defesa dos interesses coletivos das pessoas encarceradas. A autonomia funcional da Defensoria Pública decorre de expressa previsão constitucional e tem por objetivo permitir que o órgão não se torne refém de pressões externas, públicas, midiáticas ou da sociedade, quanto ao seu exercício.

Em razão dessa atribuição constitucional, a Defensoria Pública possui ampla competência em matéria de direitos coletivos, mas diversos outros órgãos, especialmente o Ministério Público, possuem o mesmo dever constitucional.

Atuar em favor da construção de hospitais (direito à saúde), da contratação de professores (direito à educação), da urbanização de uma área (direito ao meio ambiente urbano), da regulamentação de terrenos (direito à moradia) e outras medidas semelhantes são de interesse de todos os órgãos responsáveis, pois geram uma imagem positiva à sociedade que apoia tais iniciativas. Contudo, quando se fala em defesa dos direitos coletivos das pessoas presas, o elemento do desinteresse público majoritário ganha destaque. Dessa forma a luta pelo direito dos presos envolve se posicionar de forma contrária ao pensamento majoritário, o que não gera o mesmo efeito atrativo aos demais órgãos em razão da resistência social, o que acaba levando à atuação mais intensa da Defensoria Pública.

Além disso, a Defensoria goza de prerrogativas funcionais específicas para o exercício desse dever constitucional. Entre elas, a Lei Complementar nº 80/1994 prevê que para a atuação do Defensor Público na Execução Penal, no exercício da tutela dos direitos fundamentais coletivos, são importantes instrumentos o livre acesso do Defensor Público aos estabelecimentos prisionais, policiais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento, permite o contato direto com os apenados e a verificação in loco das condições reais do cárcere.

Isso possibilita a realização de inspeções e vistorias que muitas vezes são úteis para a instrução probatória das demandas coletivas. Outra prerrogativa funcional é o poder de requisição de que goza o Defensor Público, podendo então requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições.

O poder de requisição corresponde à uma obrigação jurídica da autoridade requisitada em cumprir a ordem, tal qual o poder de requisição conferido à outros órgãos como o MP. O tratamento igualitário reservado aos Magistrados e ao Ministério Público não possui somente um importante caráter simbólico ressaltado com a equiparação constitucional operada, decorre dessa prerrogativa também todo o aparato disponível ao Defensor Público, por exemplo, na realização de inspeção ou atendimento nas Unidades Prisionais, com a presteza e celeridade dos agentes públicos para os pedidos realizados.

Tal poder funcional também é indispensável para o exercício da tutela coletiva dos direitos dos apenados, sendo meio de instrução dos procedimentos que permite a apresentação de vastos elementos probatórios.

Diante disso, a Defensoria Pública pode exercer sua função constitucional de tutelar os direitos sociais dos apenados, que assim como feito anteriormente em relação à função típica, tratam na rotina em resumo de demandas que buscam a interdição de estabelecimentos prisionais em razão das condições inadequadas do cárcere, muitas vezes acompanhadas de uma superlotação que torna por si qualquer ambiente inadequado ao cumprimento da pena.

Em virtude disso, as demandas coletivas também envolvem rotineiramente o fornecimento de medicamentos, realização de visitas e atendimento integral em saúde nos estabelecimentos prisionais, que devem possuir equipe atuante.

Todavia, tal exercício da função política na atividade coletiva não deve cingir-se às questões judiciais. A Defensoria possui por si uma função política própria, e sendo órgão autônomo e independente do poder judiciário, do executivo ou do legislativo, com estes poderes deve interagir em igualdade horizontal, no sentido de sempre expressar sua visão institucional. Ademais, a interação com os demais Poderes permite que a Defensoria Pública participe do processo de construção das políticas públicas, e assim possa da forma mais ampla possível defender os interesses dos apenados, bem como criticar e argumentar de forma contrária à políticas desinteressantes aos fins constitucionais, tal como a política de encarceramento em massa.

A promoção dos Direitos Humanos e da Democracia não se realizam na esfera judicial de forma prioritária. Na verdade, o Poder Judiciário é provocado quando se verifica uma violação desses objetivos constitucionais.

Antes mesmo da judicialização dos conflitos sociais, a função da Defensoria já é precípua, devendo integrar a construção das políticas sociais que promovem tais fins, em atuação conjunta com os demais poderes. Por este motivo foi nomeada tal atividade da Defensoria Pública como função mais que típica, devendo ser atuação principal da instituição.

3. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E O ACESSO À JUSTIÇA PARA OS HIPOSSUFICIENTES

Tendo como público do seu serviço as pessoas vulneráveis em geral, a instituição tem como atribuição promover a educação em direitos de forma adequada, inspirando a cidadania, e fazer isso com metodologias diferentes das tradicionais e que sejam apropriadas ao local de fala e sujeitos objeto da sua tutela.

No princípio foi inferido a resposta aos obstáculos econômicos ao acesso à justiça, no ato de prestarem-se serviços jurídicos aos necessitados. O direito de acesso à justiça já estava reconhecido, mas o Estado era ineficiente ao torná-lo efetivo. Somente nos anos 90, o Estado passou a se preocupar, e começou a ver, na assistência judiciária, importante instrumento para execução real do acesso à justiça. Em virtude disto, o Estado cuidou de proporcionar assistência judiciária os menos favorecidos que não possuíam condições de pagar um advogado.

O acesso à justiça social deve ser o foco de atuação da instituição. Com a promoção dos direitos humanos e tutela dos interesses difusos, a Defensoria Pública pode ser instrumento de transformação social, seja por meio da judicialização das questões sociais em favor dos vulneráveis, seja de forma autônoma. Nesse diapasão, por exemplo, a Defensoria Pública deve promover o ensino jurídico popular, compondo algum dos aspectos que distinguem a antiga assistência judiciária da contemporânea assistência jurídica.

Somente com a superação desses obstáculos que será possível à Defensoria Pública lutar para superar os obstáculos do acesso à justiça do público usuário dos seus serviços. É de se ver que o acesso, no que se relaciona às pessoas pobres, traz consigo uma precariedade sem igual, considerando que existe a carência de recursos financeiros para convencionar advogados, tendo em vista que a proteção grátis se exprime assombrosa e insuficiente por diversas razões.

O acesso ao judiciário jamais pode sofrer obstáculos, como já mencionado no decorrer deste trabalho, não pode ser violado direitos e garantias

constitucionais, pois são cláusulas petreas, e precisam ser garantidos e aplicados de melhor maneira. Qualquer cidadão tem o direito de ter uma defesa criminal caso seja preciso, justa, e aqueles que não podem arcar por essa defesa tem que encontrar na tutela jurisdicional do Estado tal garantia.

Existe um tipo de sistema que tem por finalidade colocar uma categoria de advogados a cumprir um papel exclusivo, ou seja, prestar assistência aos hipossuficientes. Assim, os advogados obtinham uma relação mais próxima aos seus clientes, desde aconselhamento extrajudicial ao pré-litígio entre as partes. A maior dificuldade encontrada neste caso é a necessidade de ação governamental para sustentá-lo. Ficam assim, os advogados a realizar uma seleção dos casos socialmente preferenciais, o que não mudou muito com o Judicare, devido ao baixo recurso financeiro.

O sistema de exercício da função do Juiz consiste no reconhecimento da assistência jurídica como direito de todos, sistema este, que visa custear o pagamento dos honorários de advogados particulares que representem litigantes que não tenham condições de arcar com as custas processuais. Em virtude disso, a estrutura e organização da Defensoria Pública é intensamente democrática, permitindo que o público da assistência jurídica contribua imediatamente na organização do seu plano estratégico, sobretudo por meio das ouvidorias externas que vem sendo implementadas nos órgãos.

Enfim, temos a combinação dos dois sistemas da qual se procurou dirimir as debilidades anteriores, cuja finalidade é a efetivação de advogados públicos especializados nas demandas de massa na defesa dos necessitados

A aproximação com a comunidade é imprescindível para o fiel cumprimento das competências constitucionais da Defensoria Pública. A reunião dessas e outras formas de atividade da Defensoria Pública podem ser compreendidas como uma missão de assistência jurídica integral pelo órgão.

Vivemos em um sob modelo de Estado Democrático de Direito e tendo o acesso à justiça como direito primordial a ser garantido, precisamos desbravar os mecanismos que visam materializar essa garantia. Estamos cientes de que o Código de Processo Civil em consonância com a Constituição Federal aliados à reforma processual recentemente sofrida, deu um grande avanço no sentido da agilidade processual. Estamos cientes também que uma das alternativas para auxiliar no destroncamento do Judiciário está na criação de assistência judiciária tanto nas universidades de direito como nas associações de moradores e em organizações não governamentais, fazendo valer como instrumento do regime democrático, dando acesso à justiça aos pobres, concedendo além de orientação jurídica gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias judiciais, os direitos e interesses individuais e coletivos .

Por fim, vale ressaltar que todos tem direito de acesso à justiça, inclusive o acusado que necessita de defesa criminal, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição onde nada escapa dos olhos do judiciário. Também pode ser elencado neste trabalho mais dois princípios constitucionais, um deles é o da dignidade da pessoa humana que, ao enxergar amplamente os casos, é o mais importante princípio constitucional relacionado a este tema, outro é o da isonomia, onde todos são iguais perante a lei, portanto os acusados criminalmente também possuem tal direito de igualdade no que se refere a uma defesa criminal justa, quando não puderem arcar com tal procedimento.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi apresentado aspectos muito importantes, para reconhecer o papel que a Defensoria Pública representa na sociedade brasileira e para aqueles que estão mais vulneráveis na sociedade, pois com toda certeza que sem o referido órgão seria difícil para que essas pessoas alcançassem opções a fim de que seu direito constitucional de acesso à justiça fosse garantido e acima de tudo concretizado, uma vez que, é verdade que nada se escapa dos olhos da justiça por força do princípio constitucional, princípio este da inafastabilidade da jurisdição.

Em nosso ordenamento jurídico, o direito ao acesso ao judiciário é muito importante, tendo em vista, que é através dele que os hipossuficientes tem a oportunidade de atingir os seus interesses e a suas prerrogativas legais e constitucionalmente previstas. Sendo assim, é possível afirmar com veemência que o acesso à justiça é um direito instrumental, apto a realizar e garantir todos os demais. E é por meio da Defensoria Pública que essa incumbência é assumida, sendo uma grande ferramenta para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita.

Cumprido salientar que, tal amparo fornecido pela Defensoria Pública não conta apenas com o acesso à um procedimento judicial, isto é, não está conectado somente com o ingresso no Poder Judiciário, indo muito além disto, possibilitando também auxílio em âmbito extrajudicial, através, por exemplo, da consultoria, do aconselhamento, da informação, da conciliação e da educação jurídica.

Dessa forma, fica claro que o exercício da Instituição não pode ser ignorado pelo Poder Público, tendo em vista que, a Defensoria Pública é responsável por preconizar a democracia, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, prestigiar o Estado Democrático de Direito. Ou seja, se a Defensoria não obter recursos e condições para o seu bom e adequado funcionamento, todos os princípios consagrados no texto constitucional estarão em ameaça, prejudicando a população e impedindo o amplo acesso à Justiça.

Nesse caso, é necessária uma maior valorização da Instituição e dos seus profissionais, não sendo correto e considerável o tratamento distinto dado pelos entes públicos às Defensorias. Portanto, a Administração Pública tem que prezar pelo bom desempenho da Instituição, pois cumprindo com esta obrigação, automaticamente, estará auxiliando e protegendo a população brasileira.

É a partir daí que se inicia a luta por direitos e por um tratamento de igualdade, por um tratamento isonômico, para que assim, seja possível tratar as pessoas mais frágeis economicamente, socialmente e culturalmente de um modo mais justo, digno e respeitável sem que haja violação aos seus direitos e garantias constitucionais.

No presente trabalho, busou-se fazer explanações em relação a todos os aspectos, com o grande intuito de encontrarmos a compreensão do atual cenário da Defensoria Pública na promoção do acesso à justiça, sendo este um elemento da dignidade da pessoa humana e um fator primordial para a consagração do mínimo existencial.

Através de todo o estudo, do Diagnóstico da Defensoria Pública e das entrevistas realizadas, fica evidente que a Defensoria ainda tem um longo caminho para percorrer no sentido de romper as barreiras e os obstáculos que impedem o exercício efetivo da assistência jurídica. Sendo assim, é preciso que sejam colocadas em prática as soluções apresentadas no capítulo três, pois elas poderão modificar esse contexto, propiciando e constituindo uma sociedade mais humanitária, plural, solidária e igualitária.

Pode-se dizer então, que as propostas apresentadas têm a finalidade de exaltar e reconhecer a Defensoria Pública como um verdadeiro agente do acesso à Justiça, pois é impossível imaginar outra modalidade de serviço público tão única e exclusiva, capacitada, vocacionada e habilitada para defender os interesses da massa mais desprotegida e desamparada do país.

Para finalizar, é cabível deixar uma reflexão quanto a busca incessante de que todos possam se sentir amparados pela justiça real, e que o Estado possa promover trabalhos e projetos que assegurem tal direito constitucional.

Não importa a classe social, religiosa ou racial das pessoas, muitos menos daquelas que estão sendo acusadas de determinados atos ilícitos, pois a Constituição também garante a estes o direito fundamental de uma ampla defesa, uma vez que todos são iguais perante a Lei Maior, por força do princípio da isonomia, igualdade esta que é atribuída de duas formas uma material e a outra formal, tratando assim os iguais de maneiras iguais e os desiguais nas medidas de suas desigualdades.

Direito fundamental à defesa criminal exercida pela Defensoria Pública, que foi o tema base desta pesquisa, emoldurou o conteúdo buscando sempre fazer a ligação entre o correto constitucionalmente falando e a ênfase da falta de garantia deste direito. Ficou claro que muitos estão a mercê do Estado, com a esperança de encontrarem uma defesa justa, e um amparo para que seus direitos sejam garantidos, uma vez que o legislador constituinte almejou e buscou a certeza de que todos estariam cobertos pelo manto do direito constitucional, sem qualquer restrição e violação.

Por fim, e não menos importante, é cabível fazer uma reflexão, ou até mesmo um apelo para que seja excluído de nossa sociedade o preconceito com aqueles que não possuem condições para arcarem com seu próprio sustento e assim com custas e defesas judiciais, há também, um certo preconceito com aqueles que necessitam de defesa criminal, valendo ressaltar aqui, que a Constituição Federal afirma que ninguém será condenado ou considerado culpado, antes de sentença judicial transitada em julgado, firmando assim o direito do acusado, em sua defesa, uma vez que, ainda se encontra na qualidade apenas de acusado.

REFERÊNCIAS

- CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 134, **Da defensoria Pública**. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, **Direitos e garantias fundamentais**.
- DIMOULIS; Martins, **Acesso ao judiciário e a defesa criminal 2012**, pág. 52
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar F. Mendes**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris (Editor).1991, p.11. <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/saude/smental.htm> Acesso em: 20 setembro de 2019.
- GUILHERME Peña de Moraes. 109, **a Defensoria Pública é um órgão central, independente e obrigatório**. Rio de Janeiro-RJ 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al.. **Jurisdição Constitucional, Democracia, e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. 2 série. JusPodivm. Salvador, 2012.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo: Nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional**. 25 ed. ver. Atual. n. 48. São Paulo. 1976-2005.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo, 2010.
- TASSE, ADEL el Processo penal IV : júri / Adel el Tasse, Luiz Flávio Gomes. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito; 13) 1. **Direito penal 2. Direito penal —Brasil I.**

ABORTO HUMANITÁRIO E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

LUANNA RIBEIRO MAIO: Bacharelanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como **objetivo** analisar a temática referente ao aborto humanitário ao qual a mulher vítima de estupro pode escolher em prosseguir ou não com a gravidez. Há muitos conflitos em relação à esse tema, concepções diferentes e os malefícios para a saúde (mental e física) da mulher vítima desse ato cruel. Culminando com algumas considerações a respeito da descriminalização do aborto, seus argumentos e implicações no mundo dos fatos até chegar à forma como o delito em comento é disciplinado no Código Penal Brasileiro, bem como as discussões atinentes à sua legalização. Dessa forma, o presente artigo tem como **problema** a seguinte questão: quais as consequências para a mulher, vítima de estupro, a não legalização em face do aborto humanitário? Como **método** de estudo, o que melhor se adequa a pesquisa corresponde ao método indutivo, ao qual parte de situações gerais e externas para firmar um entendimento em face do caso concreto. Como **resultado**, tem-se que a legalização do aborto humanitário é um direito e preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto mulher vítima de estupro.

Palavras-chave: Aborto Humanitário; Estupro; Direito Pena; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article aims to analyze the issue related to humanitarian abortion to which the woman victim of rape can choose to continue or not with the pregnancy. There are many conflicts regarding this theme, different conceptions and the harm to the health (mental and physical) of the woman victim of this cruel act. Culminating with some considerations regarding the decriminalization of abortion, its arguments and implications in the world of facts until it reaches the way the offense under discussion is disciplined in the Brazilian Penal Code, as well as the discussions regarding its legalization. Thus, this article has as its problem the following question: what are the consequences for women, victims of rape, non-legalization in the face of humanitarian abortion? As a method of study, what best suits the research corresponds to the inductive method, which starts from general

and external situations to establish an understanding in the face of the concrete case. As a result, the legalization of humanitarian abortion is a right and preservation of the dignity of the human person, as a woman victim of rape.

Keywords: Humanitarian abortion; Rape; Penalty law; Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não considerava como crime a interrupção da gravidez voluntária, com óbito do feto, praticada pela própria gestante, tipificando tão somente os atos de terceiro que realizasse o aborto, com ou sem o consentimento da genitora. Já o Código Penal de 1890 criminalizou o aborto provocado pela própria mãe. Em 1940, o atual Código Penal trouxe como tipos penais: o aborto provocado (art. 124 CP), em que a gestante é a responsável pela conduta criminosa; o aborto consentido (art. 126 CP), que ocorre quando aquela concorda com a prática reprovável, bem como o aborto sofrido (art. 125 CP), que se estabelece quando um terceiro efetiva o delito sem o consentimento da mater.

O aborto humanitário sugiu depois e é um tema que tem extrema importância com a atualidade que o nosso país vive. O número de mulheres violentadas aumentou drasticamente e assim o número de abortos também, causando consequências físicas e mentais para as vítimas.

Entende-se que a disposição do aborto legal, na modalidade “sentimental”, disposta no artigo 128, II, CP, somente é aplicável aos casos em que a gravidez seja resultante de estupro, mas com a mulher figurando como vítima e não como autora do crime.

Cerca de 7% dos casos de violência sexual resultaram em gravidez em 2011. Sabe-se que os registros mais recentes sobre estupros no país mostram um aumento de 157% entre 2009 e 2012. O índice foi estabelecido pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), com base em dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) do SUS de 2011. O estudo realizado com as informações do Sinan revelou, porém, que 67,4% das mulheres grávidas em decorrência de estupro em 2011 não tiveram acesso ao serviço de aborto legal.

O objetivo do presente artigo visa analisar a temática referente ao aborto humanitário ao qual a mulher vítima de estupro pode escolher em prosseguir ou não com a gravidez.

Quanto ao problema tem-se a seguinte questão: quais as consequências para a mulher, vítima de estupro, a não legalização em face do aborto humanitário? Como método de estudo, o que melhor se adequa a pesquisa corresponde ao método indutivo, ao qual parte de situações gerais e externas para firmar um entendimento em face do caso concreto. Como resultado, tem-se que a legalização do aborto humanitário é um direito e preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto mulher vítima de estupro.

1. BREVE HISTÓRICO DA QUESTÃO DO ABORTO: REFLEXÕES

Fazendo um apanhado histórico, nota-se que a Lei das XII tábuas não cuidava do aborto, isso porque a vida concebida no útero da mãe era considerada mera extensão de seu corpo. Posteriormente, o aborto era visto como uma lesão ao direito do marido à prole, passível de sanção. Com o advento do Cristianismo, a prática do aborto passou a ser de fato reprovada socialmente.

Ante as diversas opiniões e mensurações de ilicitude, ao longo da história, no que tange ao aborto, fato é que nunca a medicina esteve em grau tão avançado, ao ponto de se poder acompanhar cada etapa do desenvolvimento da vida intra-uterina e a partir daí se concluir que impossível contrapor a ciência no que tange a constatação de que há vida humana autônoma no interior do ventre da genitora. Não se admite mais a concepção jurídica romana de que o feto é parte das vísceras da mulher, ou um monstrum, em caso de ter alguma deficiência.

Com isso, visa-se refletir sobre o desenvolvimento da vida intra-uterina, bem como o estupro que historicamente destaca-se como fator que acompanha a humanidade.

1.1 O ESTUPRO: PERCEPÇÕES HISTÓRICAS

Seguindo a regularização de outros países como México, Portugal e Argentina, o legislador brasileiro, com a edição da recente Lei ordinária de nº 12.015/2009 resolveu unificar num só tipo penal, dois tipos de delitos que antes ocupavam posições distintas no Código Penal Brasileiro, quais sejam: o crime de estupro, bem como o crime de atentado violento ao pudor, estando estabelecidos respectivamente nos artigos 213 e 214, este ora revogado no Código Penal.

Com as modificações advindas da referida lei infraconstitucional reuniu-se os dois crimes num só tipo penal, gerando deste modo uma nova acepção ao vocábulo estupro, tendo em vista que este, no ordenamento jurídico penal brasileiro, anteriormente se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Quanto aos outros atos libidinosos, pode-se afirmar que estavam enquadrados e circunscritos no crime de atentado

violento ao pudor (art. 214 ora revogado), inclusive direcionando também ao homem proteção estatal.

Dessa forma, torna-se perceptível observar que, diante de tais avanços o vocábulo estupro passou a abarcar novas situações, não apenas se restringindo a conjunção carnal violenta contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito), mas também ao comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso. Com essas reformas nos mencionados dispositivos legais, verifica-se que o delito estupro pode ser caracterizado como um crime bicomum, visto que qualquer pessoa pode praticar ou sofrer consequências da infração penal, em outras palavras, independentemente do indivíduo ser homem ou mulher, ambos podem ocupar a posição de sujeito ativo ou passivo do crime. Nesse sentido preleciona Capez (2014, p. 34):

O novel dispositivo legal, portanto, estranhamente, abarcou diversas situações que não se enquadrariam na acepção originária do crime de estupro, o qual sempre tutelou a liberdade sexual da mulher, consistente no direito de não ser compelida a manter conjunção carnal com outrem. Portanto, a nota característica do delito em exame sempre foi o constrangimento da mulher à conjunção carnal, representada pela introdução forçada do órgão genital masculino na cavidade vaginal. A liberdade sexual do homem jamais foi protegida pelo aludido tipo penal. [...] Com a nova epígrafe do delito em estudo, entretanto, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, agora integram o delito de estupro, sem importar em abolitio criminis. Houve uma atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena).

Com base na citação acima, verifica-se que característica do delito em exame sempre foi o constrangimento da mulher à conjunção carnal,

representada pela introdução forçada do órgão genital masculino na cavidade vaginal.

1.2 VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

A Portaria nº 485, de 1º de abril de 2014, do Ministério da Saúde, redefine o funcionamento do Serviço de Atenção às Pessoas em Situação de Violência Sexual no âmbito do SUS, estabelecendo que o Serviço de Referência para Interrupção da Gravidez nos casos previstos em Lei terá suas ações desenvolvidas em conformidade à Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, realizando: I – atendimento clínico, ginecológico, cirúrgico e psicossocial, contando com serviço de apoio laboratorial; II – apoio diagnóstico e assistência farmacêutica; e III – coleta e guarda de material genético (art. 6º).

Os estabelecimentos funcionarão em regime integral, 24 horas por dia, nos 7 dias da semana e sem interrupção. Os casos de violência sexual são de notificação obrigatória à vigilância epidemiológica do município, com o imediato encaminhamento da pessoa para a rede de atenção à saúde. Já em 2005 o Ministério da Saúde expediu norma técnica tratando da “Atenção Humanizada ao Abortamento” como guia para apoiar profissionais e serviços de saúde e introduzir novas abordagens no acolhimento e na atenção, com vistas a estabelecer e a consolidar padrões culturais de atenção com base na necessidade das mulheres, buscando assegurar a saúde e a vida.

Consta no supramencionado manual a referência de que, segundo o Código Penal, doutrina e jurisprudência, não é crime e não se pune o abortamento praticado por médico(a), se a gravidez é resultante de estupro (ou outra forma de violência sexual), com o consentimento da mulher ou, se incapaz, de seu representante legal (art. 128, II, do CP). Nesse caso o abortamento é Direito da Mulher. O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento e a mulher violentada sexualmente não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento.

EMENTA: ABORTO SENTIMENTAL OU HUMANITÁRIO. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. FIGURA TÍPICA PERMISSIVA. FATO IMPUNÍVEL E LICÍTO. AUTORIZAÇÃO QUE ENCONTRA ESTEIO NA LEI E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O princípio de proteção à vida, embora quase absoluto, comporta exceções quando em confronto interno, com si próprio, ou seja, quando uma vida humana é posta

seriamente em risco por outra vida humana. 2. Por isso, na hipótese de aborto, diante da excepcionalidade de algumas situações, o legislador conferiu maior proteção à vida da mãe, em detrimento da vida do embrião ou feto. 3. De um lado o inciso I do art. 128 do Código Penal cuidou do chamado "aborto necessário", também conhecido como terapêutico, quando constitui o único meio de salvar a vida da gestante, e do outro, o inciso II do mesmo dispositivo legal cuidou do "aborto humanitário", quando a gravidez é resultante de estupro e mediante consentimento da gestante ou seu representante legal, sendo esta a hipótese dos autos. 4. Não poderia o legislador ignorar os fatos da vida e impor monstruosa carga vitalícia de sentimentos negativos à vítima da brutalidade sexual. 5. Na própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal o legislador ressaltou em favor da referida exceção razões de ordem social e também individual. [...] Relator: Elton Martinez Carvelho Leme. Julgamento: 10/12/2008. Processo: APL 0002983-88.2008.8.19.0065

Com o advento da Lei nº 12.845/2013 (BRASIL, 2013), que dispõe sobre o atendimento obrigatório pelo SUS a pessoas em situação de violência sexual, restou determinado que os hospitais devem oferecer às vítimas atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, além de encaminhar aos serviços de referência a gestante que manifeste o desejo de interromper a gravidez decorrente do estupro, sem que haja necessidade de lavratura de boletim de ocorrência, reiterando assim os direitos das mulheres a obter um atendimento de qualidade e humanizado. Essa lei trouxe um grande avanço ao considerar como violência sexual "qualquer forma de atividade sexual não consentida" para fins de atendimento e tratamento.

2. ABORTO HUMANITÁRIO

A questão da interrupção induzida da gravidez não se traduz apenas em uma análise de gênero e da autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo. A tutela do feto desde o momento de a sua concepção é algo que transcende qualquer aspecto religioso ou moral. A vida como bem jurídico com dignidade penal deve ser analisada em seu aspecto amplo, sem restrições indevidas.

Discute-se a eficácia da incriminação, mas não associam o aborto a uma questão, única e exclusiva, de gênero, bem como a um suposto direito da mulher

de interromper a gravidez a qualquer momento e sob qualquer pretexto. Deve-se preservar a vida em sentido amplo, e isso inclui a vida intrauterina. A gravidez não é algo que só diz respeito a mulher, mas também a família e a sociedade.

Em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São os dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente. (NUCCI, 2012).

Outrossim, é o aborto humanitário decorrente de uma situação na qual a vontade da vítima foi suprimida, ou seja, conforme a teoria kantiana, a vontade foi heterônoma, de forma que a vítima não concorreu em qualquer forma de culpa, lato ou stricto sensu, para sua gravidez, para a gênese da referida vida, não podendo o direito obrigá-la ou constrangê-la a levar a gestação adiante.

O estupro e a banalização da violência sexual contra as mulheres não devem submetê-la a uma maternidade odiosa, propiciando à vítima uma situação de completo descaso diante das consequências, muitas vezes irreversíveis. Faz-se necessário, portanto, que os operadores do direito e demais profissionais estejam atentos a essa realidade, considerando que cabe a todos a responsabilidade de aprimorar o Direito e garantir a justiça. Logo, a mulher tem o direito de tomar decisões no que diz respeito a um assunto tão relevante como a maternidade, como também no que tange a sua dignidade sexual.

3. ABORTO LEGAL OU ILEGAL

A discussão acerca do aborto legal é polêmica e sofre resistência por parte da sociedade. O que precisa ser discutido e posto em evidência não pode residir no campo do subjetivismo humano que muitas vezes acaba por fortalecer o egocentrismo social aos que convém. A sociedade precisa difundir conhecimentos que tenham força para chegar a todas as pessoas indistintamente, e promover a compreensão de que o aborto humanitário é hipótese legal prevista no Código Penal Brasileiro para sua realização, e como tal, tem caráter imperativo, não sendo, portanto, discussões pautadas no "achismo" ou naquilo que é conveniente para determinados grupos, que desconsidera a realidade da vítima em detrimento da maternidade.

O aborto necessário e humanitário foi, durante muito tempo, criticado pela sociedade, sendo até mesmo considerado inconstitucional por afrontar aos direitos do feto (direito à vida, ao nascimento etc). Entretanto, essa discussão foi superada com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, quando foi declarada a inconstitucional a interpretação de que o feto anencéfalo constitui crime, pois o produto da gravidez não teria potencial de vida, não existindo bem jurídico a ser tutelado pela tipificação.

Isto posto, torna-se interessante frisar o entendimento legal e doutrinário acerca do crime em análise, de modo a identificar seu conceito, características, delimitando-se a atenção neste estudo para as consequências ocasionadas na vida da vítima, sendo abordada a figura da mulher, como o polo mais vulnerável das relações sociais.

4. SAÚDE

O problema da saúde pública que se instala no tocante aos abortos deve ser resolvido de outras formas, com políticas de planejamento familiar e controle contraceptivo, de modo a não interromper vidas, discriminando-as por se encontrarem no ventre materno, fazendo-as serem punidas, com a pior das penas, a morte.

De fato o direito penal é classista e seletista, mas isso não é algo que se aplique apenas ao aborto, mas sim a grande maioria das incriminações.

Por outro lado, em termos de prevenção geral e saúde pública, talvez a criminalização não seja a melhor solução no combate ao aborto. Em Portugal, por exemplo, após a descriminalização do aborto até a 10 semana da gravidez, os números de abortos diminuíram, e, hoje em dia, as interrupções da gravidez são cada vez menos constantes. A eficácia da lei no cenário português, portanto, foi notória.

Artigo 142.º Interrupção da gravidez não punível
1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: [...] e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

O Estado deve ser capaz de propiciar às mulheres condições de saúde adequadas, direito que está dentro do mínimo existencial e não lhe pode ser negado. A eficácia das políticas públicas depende do planejamento estatal e da participação popular e os gastos devem ser direcionados para as áreas prioritárias. Sendo o aborto a quarta causa de mortalidade materna, deve ser reavaliada a atenção que está voltada para a saúde da mulher, sem o comodismo da solução simplista de afirmar que o aborto é crime.

CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a refletir sobre a temática referente ao aborto humanitário ao qual a mulher vítima de estupro pode escolher em prosseguir ou não com a gravidez. Há muitos conflitos em relação à esse tema, concepções diferentes e os malefícios para a saúde (mental e física) da mulher vítima desse ato cruel. Culminando com algumas considerações a respeito da descriminalização do aborto, seus argumentos e implicações no mundo dos fatos até chegar à forma como o delito em comento é disciplinado no Código Penal Brasileiro, bem como as discussões atinentes à sua legalização.

Em face da discussão, teve-se como problema a seguinte questão: quais as consequências para a mulher, vítima de estupro, a não legalização em face do aborto humanitário? Como método de estudo, o que melhor se adequa a pesquisa corresponde ao método indutivo, ao qual parte de situações gerais e externas para firmar um entendimento em face do caso concreto. Como resultado, tem-se que a legalização do aborto humanitário é um direito e preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto mulher vítima de estupro.

Dessa forma, conclui-se que o aborto humanitário precisa ser legalizado em face da proteção da dignidade humana, em face da mulher vítima de estupro. Historicamente, verifica-se que as sociedades e os grupos sociais tem enfrentado esse dilema em vários momentos da vida humana. Assim, defende-se com base em entendimentos doutrinários e jurisprudências, Supremo Tribunal Federal que a possibilidade de humanizar e dinificar a integridade da mulher, em face da legalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOUZA, Mirela. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18318&revista_caderno=3. Acesso em 22 de abril de 2019.

MORAIS, Lorena. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6. Acesso em 07 de jun de 2019.

CIARDO, Fernanda. Disponível em: <https://ferciardo.jusbrasil.com.br/artigos/177420435/do-aborto-artigo-124-a-128-do-codigo-penal>. Acesso em 30 de jul de 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal, parte especial, volume 2.

JESUS, Damásio. Direito penal, parte especial, volume 2.

KANT, Immanuel. Kritik der praktischen Vernunft. Munique: Beck'sche Reihe, 2012.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A DIFICULDADE DE ACESSO DOS HIPOSSUFICIENTES AO PROCEDIMENTO REALIZADO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DO ESTADO DO AMAZONAS

EVELYN ACORDI MAKAREM: Bacharel em Administração pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Especialista em Auditoria Fiscal e Tributária pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

RESUMO: O presente artigo é resultado de pesquisa sobre a Usucapião Extrajudicial contextualizada com a dificuldade de acesso aos Hipossuficientes aos procedimentos realizados nos Cartórios do Estado do Amazonas. Logo no início, é apresentado um breve conceito da Usucapião e apresentação de suas espécies, passando em seguida ao estudo sobre o funcionamento dos cartórios e forma de remuneração dos serviços realizados nas Serventias Extrajudiciais e como tem aumentado a participação dos cartórios na realização de serviços jurídicos que antes só poderiam ser realizados pelo Poder Judiciário, o fenômeno da *Extrajudicialização*. Posteriormente, parte para a análise do problema do preço dos serviços Extrajudiciais no Estado do Amazonas que dificulta o acesso aos pobres. E, por fim, apresenta os argumentos para concessão de gratuidade aos menos favorecidos para o acesso ao instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Hipossuficientes. Extrajudicial. Usucapião.

INTRODUÇÃO

Constitui objeto do presente trabalho a Usucapião Extrajudicial e a dificuldade de acesso dos Hipossuficientes ao procedimento realizado nas Serventias Extrajudiciais do Estado do Amazonas.

Para que possamos compreender a Usucapião Extrajudicial e contextualizá-la ao problema de acesso aos Hipossuficientes, primeiramente, devemos compreender o instituto jurídico da Usucapião, suas espécies e sua fundamentação legal dentro do nosso ordenamento jurídico.

É necessário, compreender o papel dos cartórios para execução dos negócios jurídicos e o fenômeno recorrente da *extrajudicialização* ou *desjudicialização* dos procedimentos judiciais para órgãos extrajudiciais da administração.

O objetivo do trabalho é através da pesquisa responder as seguintes perguntas: A Usucapião Administrativa Extrajudicial dá acesso aos Hipossuficientes

ao procedimento realizado nos cartórios? Se não dá acesso qual seria a alternativa disponível? Os custos dos cartórios, especificamente do Estado do Amazonas, permitem o acesso do pobre à Usucapião Extrajudicial? Há previsão de gratuidade, isenção, para o procedimento da Usucapião Extrajudicial na legislação que institui os emolumentos do Estado do Amazonas? Quais são os argumentos utilizados pela doutrina para a concessão de gratuidade aos procedimentos cartorários? Qual a visão dos titulares dos cartórios em relação a gratuidade de emolumentos para a execução de serviços sem contrapartida?

A relevância social do tema é indiscutível, a Usucapião na grande maioria dos casos é requerida judicialmente por quem não possui recursos financeiros para arcar com as custas processuais. A pessoa Hipossuficiente, busca regularizar o lar, a única casa, a moradia, um direito social e também fundamental do cidadão, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, argumento bastante para merecer uma investigação e produção acadêmica.

Acredito que não há qualquer estudo nesse sentido realizado no país, e mergulhar no problema nesse momento, de grande turbulência em todos os setores da economia, com o aumento do desemprego e mais pessoas amargando a volta ou a entrada nesse grupo que precisa do benefício da gratuidade para ter acesso aos seus direitos, pode fazer surgir ideias para melhorar o sistema e novas luzes para cobrar do poder público maior inclusão social.

1 A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A Usucapião referida no Art. 1.071, da Lei 13.105/2015, CPC/2015, que acresceu à Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos, o Art. 216-A, disciplinando os procedimentos realizados nas Serventias Extrajudiciais, não é nova espécie de Usucapião, mas tão somente, um novo procedimento; importante que se registre, alternativo ou facultativo, ao processamento das várias espécies de Usucapião existentes, disciplinadas e com seus respectivos requisitos ditados na Constituição Federal e no Código Civil de 2002 e em outras normas infraconstitucionais mais específicas, como por exemplo a Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio, que disciplina a Usucapião Indígena.

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015)

O Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, para o biênio 2015/2016, Paiva (2015) argumenta que, o CPC/2015, ao regulamentar uma forma de Usucapião Extrajudicial, ao contrário do que pode parecer, não foi a primeira norma a introduzir um sistema administrativo de processamento da Usucapião, pois regulamentação semelhante, dada a este instituto, já existe na Lei 9.977/09 (Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida).

Com a adição do Art. 216-A na Lei 6.015/73, se estende a Usucapião Extrajudicial para todas as espécies de usucapião, com exceção da Regularização Fundiária de Interesse Social, acima referida, por apresentar rito próprio.

1.1 A USUCAPIÃO

A Usucapião é um instituto jurídico que visa regularizar a situação de quem tem posse de um prédio particular, urbano ou rural, e não tem o direito real da propriedade registrada no cartório de registro de imóveis.

Usucapir é um direito adquirido em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência da utilização do bem por determinado tempo, contínuo e incontestadamente, como afirma Correia (2016, p.19).

No Código de Processo Civil revogado (Dec. Lei 1.608/39), em regra a concessão da Usucapião só era possível através do acionamento da jurisdição, em um processo litigioso, por sentença que declarava a propriedade do imóvel a ser registrada perante o Cartório de Registro de Imóveis com decisão fundamentada de um Juiz.

A Usucapião é um instituto complexo e possui diversas espécies e requisitos para sua concessão conforme veremos a seguir.

1.2 AS VÁRIAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

São espécies de Usucapião: (i). Usucapião Ordinária, com fundamento no art. 1.242 do Código Civil de 2002; (ii). Usucapião Extraordinária, com fundamento no art. 1.238 do Código Civil de 2002; (iii). Usucapião Especial Rural (*pro labore*), com fundamento no art. 1.239 do Código Civil de 2002, também fundamentada no art. 191 da Constituição Federal; (iv). Usucapião Especial Urbana (*pro moradia*), com fundamento no art. 1.240 do Código Civil de 2002, também fundamentada no art. 183 da Constituição Federal, desta modalidade decorre a Usucapião Especial por Abandono do Lar; (v). Usucapião Indígena, fundamentada na Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio; (vi). Usucapião Coletiva, fundamentada na Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade; (vii). Usucapião administrativa, fundamentada na Lei 11.977/2009.

Não é o objetivo desse estudo explicar de forma pormenorizada as várias espécies de Usucapião, precisamos entender, apenas, que a Usucapião Extrajudicial, não é espécie de Usucapião, mas sim um procedimento ou modalidade, e que para existência do procedimento, será necessário o enquadramento e preenchimento dos requisitos obrigatórios a cada espécie, para se alcançar o resultado pretendido, qual seja, a declaração da propriedade, e alteração da titularidade do imóvel no cartório de registro de imóveis em favor do Usucapiente.

1.3 O QUE HÁ DE NOVO COM A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

O CPC/2015, inova, no sentido de oferecer uma alternativa aos titulares de direito de Usucapir, de forma facultativa, requer diretamente nos cartórios de registro de imóveis, a declaração da propriedade por Usucapião, sem a necessidade de ajuizar uma ação, de um processo demorado, e de uma decisão emanada por uma autoridade judiciária para regularizar a propriedade imobiliária.

Portanto, registro, a usucapião judicial não deixa de existir, em razão do procedimento realizado diretamente nos cartórios, para os casos em que não seja possível ou simplesmente por opção do interessado, a usucapião pode ser levada ao poder judiciário.

Entretantes, a celeridade e diminuição da burocracia do procedimento extrajudicial, frente aos procedimentos judiciais, faz pensar, que a via administrativa é a opção mais desejada por qualquer interessado, mas para garantir que isso seja efetivado é necessária a possibilidade de acesso de forma igualitária a quem dispõe de recursos para custear o procedimento extrajudicial, ou para quem não pode arcar com tais despesas sem prejuízo do próprio sustento e de sua família como já ocorre no processo judicial, onde pode ser requerido e deferido, o benefício da

gratuidade das custas judiciais, inclusive, com extensão aos emolumentos cartorários, como será explicado mais adiante.

2 AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS – A CONFIANÇA DO BRASILEIRO NOS CARTÓRIOS E O FENÔMENO DA EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

Após essa breve análise do instituto da Usucapião Extrajudicial, antes de adentrarmos, propriamente no problema objeto desse estudo, da dificuldade de acesso dos Hipossuficientes, é importante, responder os seguintes questionamentos: O que é uma Serventia Extrajudicial? Para que servem as Serventias Extrajudiciais? Quem é o responsável pelas Serventias Extrajudiciais? E o que tem levado os poderes da república a escolher as Serventias Extrajudiciais como alternativa ao poder judiciário?

2.1 AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

As Serventias Extrajudiciais, conhecidas pelo cidadão comum, como cartórios, são os locais onde são prestados os serviços notariais e de registro, a exemplo do reconhecimento de firma, autenticação de cópia de documento, lavratura de escrituras públicas, registros de compra e venda, registros de nascimento, casamentos e óbito, dentre outros.

Além disso, conforme a especialidade dos cartórios, também é denominada Tabelionato de Notas, Tabelionato de Protesto de Títulos, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas e Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas.

Os Serviços Notariais e de Registro, conforme pode ser interpretado o Art. 1º da Lei 8.935/1994, que regulamenta o Art. 236 da Constituição Federal, são responsáveis por garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos praticados pelos interessados, de modo preventivo, evitando, com isso, o acúmulo de processos no judiciário e atuando como meio de pacificação social.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Os notários e registradores são profissionais do Direito que ingressam na atividade através de concurso público, realizado pelo Poder Judiciário, que também exerce a fiscalização, nos termos dos artigos. 37 e 38, da referida Lei 8.935/1994, que disciplina os contornos dessa fiscalização a ser exercida pelo Poder Judiciário.

Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Parágrafo único. Quando, em autos ou papéis de que conhecer, o Juiz verificar a existência de crime de ação pública, remeterá ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Nesse sentido, compete ao Poder Judiciário dos respectivos estados fiscalizar os serviços notariais e de registro localizados em seu território. Em geral, tal atribuição é conferida ao Corregedor-Geral da Justiça e aos Juízes de Direito investidos na função de corregedores permanentes.

Conforme anota Loureiro (2014, p.38), "A prestação dessas atividades tem natureza privada e é remunerada pelos particulares e não pelos cofres públicos" por conta disso não é aplicado aos notários e registradores o regime jurídico dos servidores públicos. O exercício desta atividade é repassado pelo Estado ao

particular, por meio de concurso público, através do instituto da delegação (e não da concessão ou permissão, que têm natureza contratual).

Nesse sentido, para que seja possível a realização dos serviços oferecidos pelos cartórios, em regra, é indispensável o pagamento prévio dos emolumentos, um tributo, com natureza de taxa e serve como retribuição aos titulares de cartórios bem como para o custeio dos serviços, e sobre este ponto, veremos adiante, com mais detalhes.

2.2 A CONFIANÇA NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO CONTEXTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Como de forma brilhante aborda Alvim (2016, p. 30), a desjudicialização ou extrajudicialização, como vem sendo normalmente denominado esse fenômeno, de alguns procedimentos especiais, como é o caso da usucapião, não é uma novidade, tampouco um acontecimento isolado. A desjudicialização, também ocorreu, por exemplo, na retificação administrativa de registro imobiliário (art. 213 da Lei 6.015/1973); na consignação em pagamento extrajudicial (art. 38, § 1.º, e art. 41 da Lei 6.766/1979); na consolidação da propriedade fiduciária (Lei 9.514/1997) e na via extrajudicial de inventário, partilha e separação (Lei 11.441/2007).

O Legislativo, atendendo ao clamor do Poder Judiciário e, com objetivo claro de desafogar o sistema jurisdicional, tem confiado aos cartórios extrajudiciais, que possuem, na maioria dos casos, uma estrutura e pessoal tão qualificados quanto os juízes, à realização das atividades supramencionadas.

E, segundo afirma a ANOREG BR (2016) em uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha no final de 2015, junto aos usuários de cartórios de Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba e Belo Horizonte, não é só o Legislativo e/ou o Poder Judiciário, que tem depositado essa confiança às serventias extrajudiciais, os cidadãos entrevistados elegeram os cartórios como a instituição mais confiável do país, dentre todas as instituições públicas e privadas.

A pesquisa se preocupou em apontar o nível de satisfação dos usuários com as atividades extrajudiciais, e nessa avaliação de confiança os cartórios conquistaram a primeira posição, com média 7,6, de uma nota de 0 a 10, à frente, por exemplo, dos Correios.



Figura 1 – Confiança da população brasileira nos Cartórios.

Fonte: Anoreg-BR

Na comparação dos cartórios com todos os demais serviços públicos, 77% dos usuários consideraram os cartórios ótimos ou bons. A referida pesquisa ainda apurou que 74% dos usuários são contra alterações no sistema atual.

Segundo o presidente da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG BR), Rogério Portugal Bacellar, a avaliação positiva é reflexo do esforço da categoria para aprimorar o sistema extrajudicial e do perfil constitucional que ela ostenta, que compreende a gestão privada, a responsabilidade pessoal dos titulares e a fiscalização do Poder Judiciário. “Nos dedicamos constantemente ao aperfeiçoamento do sistema, investindo em gestão, capacitação e tecnologia a fim de proporcionarmos ao cidadão segurança jurídica e acesso fácil, rápido e seguro às informações e às nossas atividades”, ressalta Bacellar.

A elevada confiança é um relevante referencial e serve como importante argumento para a desjudicialização dos serviços que outrora só poderia ser realizado pelo poder judiciário.

Entretanto, apesar dessa confiança, da população em relação aos serviços prestados pelos cartórios, ainda há muita reclamação, em relação a um ponto crucial, que é o valor dos emolumentos cartorários, que em alguns Estados da Federação, como por exemplo, o Estado do Amazonas, referenciado nesse estudo, são tão altos que podem inviabilizar o acesso aos cartórios daqueles que precisando serviço e possuem poucos recursos.

3 EMOLUMENTOS – CUSTOS DOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS NO ESTADO DO AMAZONAS – DIFICULDADE DE ACESSO DOS HIPOSSUFICIENTES AO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DA USUCAPIÃO

Em sua obra Loureiro (2014, p.49), explica que a retribuição da atividade profissional dos titulares de Cartórios recebe o nome de emolumentos e esses emolumentos corresponderão a remuneração devida ao titular e as despesas realizadas por ele no desempenho das suas atividades profissionais.

3.1 OS EMOLUMENTOS CARTORÁRIOS NO ESTADO DO AMAZONAS

No Estado do Amazonas, os emolumentos foram instituídos através da Lei Ordinária Estadual nº 2.751, de 24 de setembro de 2002, em conformidade com às normas gerais instituídas pela Lei Federal nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que regulamentou o § 2º do art. 236 da vigente Constituição da República.

O referido diploma, dispõe que os emolumentos devem corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados pelos notários e registradores, e que o valor dos emolumentos levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro.

Art. 1º, § 1º - Os **emolumentos devem corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados** pelos Notários e Registradores aos usuários com respeito, qualidade, eficiência e rapidez. (Grifo nosso)

Art 2º - O valor dos emolumentos levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas as seguintes regras: [...].

Observa-se, que as normas citadas, parecem buscar uma proporcionalidade e razoabilidade dos preços dos serviços cartorários.

Entretanto, a realidade é muito distante do que está escrito na aludida norma, basta uma breve análise à tabela de emolumentos então vigente, para os cartórios de notas e registro do Estado do Amazonas, figura 2 e 3, para constatar que dentre os valores, há alguns que são praticamente inalcançáveis aos menos favorecidos.

Completamente inviável para os mais pobres, e por esse motivo o legislativo estadual, ou ainda, o legislativo federal, na hipótese que se permite, deve trabalhar para criar uma forma de acesso aos Hipossuficientes.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA

TABELA DE EMOLUMENTOS
TABELA I - ATOS DOS TABELIÕES DE NOTAS - CAPITAL

↳ Escritura Pública com valor declarado:

Faixa de valores do ato		Emolumento	Computação	ISS	Fundobje	Fundpar	Fargam	Funrej	Selo	Total
R\$ 0,00	a R\$ 17.000,00	R\$ 540,21	R\$ 7,38	R\$ 8,89	R\$ 6,04	R\$ 8,89	R\$ 10,07	R\$ 10,70	R\$ 2,00	R\$ 738,41
R\$ 17.500,01	a R\$ 18.100,00	R\$ 480,66	R\$ 7,53	R\$ 24,40	R\$ 14,65	R\$ 24,41	R\$ 28,20	R\$ 40,03	R\$ 2,00	R\$ 631,80
R\$ 18.100,01	a R\$ 18.650,00	R\$ 640,90	R\$ 7,53	R\$ 32,43	R\$ 19,45	R\$ 32,43	R\$ 38,91	R\$ 54,04	R\$ 3,00	R\$ 838,59
R\$ 18.650,01	a R\$ 117.900,00	R\$ 821,14	R\$ 7,53	R\$ 40,44	R\$ 24,38	R\$ 40,44	R\$ 48,42	R\$ 60,36	R\$ 4,00	R\$ 1.014,30
R\$ 117.900,01	a R\$ 234.600,00	R\$ 1.602,26	R\$ 7,53	R\$ 60,48	R\$ 40,29	R\$ 60,49	R\$ 90,59	R\$ 100,38	R\$ 4,00	R\$ 2.080,60
R\$ 234.600,01	a R\$ 351.900,00	R\$ 4.005,54	R\$ 7,53	R\$ 200,66	R\$ 120,39	R\$ 200,66	R\$ 240,79	R\$ 401,32	R\$ 5,00	R\$ 5.182,60
R\$ 351.900,01	a R\$ 469.200,00	R\$ 5.607,80	R\$ 7,53	R\$ 280,70	R\$ 160,46	R\$ 280,70	R\$ 336,83	R\$ 541,54	R\$ 6,00	R\$ 7.249,90
R\$ 469.200,01	a R\$ 586.500,00	R\$ 7.210,14	R\$ 7,53	R\$ 360,89	R\$ 210,54	R\$ 360,89	R\$ 433,06	R\$ 721,77	R\$ 8,00	R\$ 9.578,80
R\$ 586.500,01	a R\$ 703.800,00	R\$ 8.812,58	R\$ 7,53	R\$ 440,99	R\$ 264,60	R\$ 440,99	R\$ 529,19	R\$ 881,99	R\$ 8,00	R\$ 11.993,70
R\$ 703.800,01	a R\$ 821.100,00	R\$ 10.414,88	R\$ 7,53	R\$ 521,10	R\$ 312,67	R\$ 521,10	R\$ 625,31	R\$ 1.042,22	R\$ 7,00	R\$ 14.491,60
R\$ 821.100,01	a R\$ 938.400,00	R\$ 12.017,77	R\$ 7,53	R\$ 561,16	R\$ 336,69	R\$ 561,16	R\$ 673,40	R\$ 1.122,33	R\$ 7,00	R\$ 16.485,10
R\$ 938.400,01	a R\$ 1.055.700,00	R\$ 13.620,61	R\$ 7,53	R\$ 601,22	R\$ 360,71	R\$ 601,22	R\$ 721,47	R\$ 1.202,45	R\$ 7,00	R\$ 18.518,50
acima de R\$ 1.055.700,01		R\$ 16.022,53	R\$ 7,53	R\$ 681,30	R\$ 480,90	R\$ 681,30	R\$ 817,58	R\$ 1.403,61	R\$ 7,00	R\$ 20.985,00

Figura 2 - Tabela de Emolumentos – Tabeliões de Notas – Provimento nº 276/2016 - CGJ/AM.

Fonte: Corregedoria de Justiça do Estado do Amazonas – CGJ-AM

**TABELA DE EMOLUMENTOS
TABELA II - ATOS DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS - CAPITAL**

1 - REGISTRO (de qualquer natureza imobiliária, móvel, financeira, etc.) e a **REPERIÇÃO** (de construção, reconstrução, ampliação, colocalização com base no índice da tabela do Simulador-AM e sub-criação de dívidas, aumento de capacidade), por imóvel, incluindo matrículas, buscas, indicações pessoais, reais, prenotação e demais atos com valor declarado:

Faixa de valores do ano		Emolumento	Computação	ISS	Fundage	Fundação	Registro	Funofj	Selo	Total	
R\$ 0,01	a	R\$ 17.395,80	R\$ 188,23	R\$ 7,53	R\$ 8,39	R\$ 5,84	R\$ 8,39	R\$ 10,07	R\$ 16,78	R\$ 2,00	R\$ 218,40
R\$ 17.595,81	a	R\$ 35.390,80	R\$ 488,68	R\$ 7,53	R\$ 24,41	R\$ 16,65	R\$ 24,41	R\$ 29,30	R\$ 48,83	R\$ 2,00	R\$ 621,85
R\$ 35.190,81	a	R\$ 58.650,80	R\$ 648,90	R\$ 7,53	R\$ 32,43	R\$ 19,65	R\$ 32,43	R\$ 38,91	R\$ 64,84	R\$ 3,00	R\$ 839,58
R\$ 58.450,81	a	R\$ 117.380,80	R\$ 801,11	R\$ 7,53	R\$ 40,44	R\$ 24,16	R\$ 40,44	R\$ 48,52	R\$ 80,86	R\$ 3,00	R\$ 1.046,20
R\$ 117.180,81	a	R\$ 234.480,80	R\$ 1.602,26	R\$ 7,53	R\$ 80,88	R\$ 48,30	R\$ 80,88	R\$ 96,58	R\$ 160,88	R\$ 4,00	R\$ 2.080,60
R\$ 234.600,81	a	R\$ 351.900,80	R\$ 2.005,64	R\$ 7,53	R\$ 120,66	R\$ 120,38	R\$ 120,66	R\$ 144,79	R\$ 240,32	R\$ 5,00	R\$ 3.382,80
R\$ 351.900,81	a	R\$ 469.200,80	R\$ 2.407,88	R\$ 7,53	R\$ 160,78	R\$ 168,46	R\$ 160,78	R\$ 192,83	R\$ 321,54	R\$ 6,00	R\$ 4.740,90
R\$ 469.200,81	a	R\$ 586.500,80	R\$ 2.810,14	R\$ 7,53	R\$ 200,89	R\$ 218,54	R\$ 200,89	R\$ 243,95	R\$ 402,77	R\$ 6,00	R\$ 6.118,88
R\$ 586.500,81	a	R\$ 703.800,80	R\$ 3.212,38	R\$ 7,53	R\$ 240,89	R\$ 268,60	R\$ 240,89	R\$ 289,10	R\$ 481,98	R\$ 6,00	R\$ 7.518,70
R\$ 703.800,81	a	R\$ 821.100,80	R\$ 3.614,85	R\$ 7,53	R\$ 281,10	R\$ 312,87	R\$ 281,10	R\$ 337,33	R\$ 562,22	R\$ 7,00	R\$ 8.941,80
R\$ 821.100,81	a	R\$ 938.400,80	R\$ 4.017,77	R\$ 7,53	R\$ 321,36	R\$ 358,88	R\$ 321,36	R\$ 389,40	R\$ 642,33	R\$ 7,00	R\$ 10.448,30
R\$ 938.400,81	a	R\$ 1.055.700,80	R\$ 4.420,81	R\$ 7,53	R\$ 361,22	R\$ 408,71	R\$ 361,22	R\$ 437,47	R\$ 722,45	R\$ 7,00	R\$ 12.028,50
acima de R\$ 1.055.700,81			R\$ 4.822,58	R\$ 7,53	R\$ 401,50	R\$ 458,80	R\$ 401,50	R\$ 481,80	R\$ 802,00	R\$ 7,00	R\$ 13.685,80

Figura 3 - Tabela de Emolumentos – Tabeliões de Notas – Provimento nº 276/2016 - CGJ/AM.

Fonte: Corregedoria de Justiça do Estado do Amazonas – CGJ-AM

3.2 O CUSTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL PARA OS CARTÓRIOS

Para Brandelli (2016, p. 135), a usucapião extrajudicial é um procedimento com atividades complexas e por conta dessa complexidade os cartórios terão um desafio para adequar sua estrutura interna física e pessoal, para a execução eficiente dessas atividades.

Nesse ponto, peço vênia para discordar, pois é importante destacar, que apesar da norma vedar o repasse aos usuários, as despesas decorrentes dos serviços, são os usuários que através do pagamento dos altos custos dos emolumentos bancam esses serviços.

E como minuciosamente explica Tartuce (2016) se há ajustes a serem realizados em prol dos notários pela necessária atuação sem contrapartida financeira, estes deveriam ser realizados junto ao Poder Público buscando, por exemplo, um “sistema de compensação dos atos gratuitos com o recolhimento da parte dos emolumentos que cabe ao Estado”.

Logo, os custos da Usucapião Extrajudicial correrão às expensas dos interessados em ver declarada à propriedade, e o preço do serviço deve ser justo, de forma a garantir a execução do serviço, bem como o acesso de todos e de forma isonômica.

3.3 O CUSTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL PARA OS HIPOSSUFICIENTES: HÁ POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE GRATUIDADE REFERENTE AOS EMOLUMENTOS DEVIDOS ÀS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NA USUCAPIÃO PELA VIA EXTRAJUDICIAL?

Os Emolumentos têm natureza tributária e constituem taxas e, como se trata de um tributo, só pode ser criado, aumentado ou diminuído por lei, com observância aos princípios da legalidade, da anterioridade e da noventena.

Existem dois institutos que podem excepcionar a regra de pagamento de emolumentos: a Imunidade e a Isenção.

Conforme ensina Alexandre (2015, p. 170), “As imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos”, ou seja, a constituição em determinados casos cria regras que impedem a cobrança do tributo.

Não nos parece a via mais adequada, uma vez que para que se institua uma Imunidade tributária teria o legislativo que alterar o texto constitucional através das emendas constitucionais previstas no Art. 60 da Constituição Federal, uma tarefa mais árdua, dada a rigidez constitucional e o grau de formalidade para proposição e aprovação de uma emenda.

Por outro lado, a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário, ou seja, uma dispensa legal ao pagamento do tributo devido.

É consabido, que as regras de isenções, devem ser instituídas por lei, e por força do pacto federativo, somente pode conceder isenção o ente federativo competente para instituir o tributo, e nessa levada, é importante consignar, os ensinamentos de Loureiro (2014, p.54):

“Em se tratando de emolumentos estipulados na Lei estadual 11.331/2002, conforme se denota da inteligência conjunta dos arts. 236, § 2.o, e 24, IV, ambos da CF, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre custas dos serviços forenses e emolumentos. Nesse caso, a competência da União limita-se ao

estabelecimento das normas gerais, cabendo aos Estados (e ao DF) a edição de normas especiais onde são instituídos os emolumentos (art. 24, § 2.o)”.

Dito isso, fica evidente, que se sobrevierem normas, com objetivo de conceder isenção de taxas de emolumentos cartorários, para os procedimentos de Usucapião Extrajudicial, para os Hipossuficientes, essas normas deverão ser instituídas, em tese, pelas Assembleias Legislativas dos Estados da Federação.

Até o momento, não se vê uma discussão sobre o tema, e não existem regras de isenção ou imunidade que alcance os Hipossuficientes e lhes garanta o acesso ao procedimento, portanto, a regra, e entendimento dos cartórios, será pela cobrança obrigatória dos emolumentos, pois a cobrança dos tributos é compulsória e não dispõe o titular do cartório competência discricionária para decidir sobre a cobrança ou não do tributo, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Entretantes, analisando as duas hipóteses, a isenção é a via mais óbvia para garantir o acesso ao Hipossuficiente ao procedimento, no entanto, uma observação que deve ser feita, é que por ser as Assembleias Legislativas Estaduais os órgãos, em tese, competentes para debater minuciosamente sobre o assunto e criar essa norma, o acesso pode ficar limitado a um determinado Estado, e não alcançar os Hipossuficientes de todo o Território Nacional.

É importante, registrar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal (ADIn MC 1.800) já reconheceu, com base no art. 236, § 2º, da Constituição Federal, a competência da Lei Federal para estabelecer isenção ou limitação em relação a emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais.

Então, poderia a lei federal traçar normas gerais sobre emolumentos, sem, discutir em detalhes sobre elementos como alíquota, base de cálculo ou forma de cobrança.

A Legislação Federal poderia editar normas gerais sobre aquilo que exige tratamento igual em todo o território brasileiro, como a gratuidade: havendo pessoas Hipossuficientes em todo o Brasil, o princípio da isonomia impõe que a gratuidade reconhecida em um Estado da Federação seja assegurada também em outros.

E a partir da Lei Federal, cada Estado discute em lei própria de custas os detalhes sobre o recolhimento das taxas judiciárias perante seus órgãos de Justiça.

3.4 HIPOSSUFICIENTE: O ACESSO À JUSTIÇA PARA OS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS E OS ARGUMENTOS PARA GRATUIDADE DE EMOLUMENTOS CARTORÁRIOS

É importante conceituar o hipossuficiente e distinguir o acesso à justiça, direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso a jurisdição, do acesso aos serviços públicos essenciais, e das isenções concedidas aos Hipossuficientes aos serviços de cartórios.

A Justiça gratuita foi privilegiada pelo legislador, ganhando uma regulamentação mais abrangente, no art. 98 do Novo Código de Processo Civil, inclusive garantindo a extensão da justiça gratuita aos emolumentos dos cartórios para garantir a efetividade das decisões judiciais.

As normas acima mencionadas, que tratam do acesso a justiça não são fundamentos para a gratuidade dos serviços cartorários em geral, e sim de modo específico, para garantir a efetividade das decisões, portanto, é necessária a judicialização de uma demanda e deferimento do pedido de gratuidade da justiça, para que se tenha o efeito extensivo.

Por outro lado, o acesso aos serviços públicos essenciais é matéria de direito do consumidor, fundamentado no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, os usuários de cartórios não são enquadrados como consumidores, e há total incompatibilidade entre o direito do consumidor e os serviços prestados pelos servidores titulares de cartórios.

Em estudo intitulado "Responsabilidade Civil de Notário e Registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação", Alves (2002) nos brinda com o seguinte entendimento, a respeito da matéria:

"A simples essência dos serviços notariais e de registro exclui qualquer possibilidade jurídica de identificá-los como relação de consumo, uma vez que tais atividades, diretamente ligadas à Administração Pública, são reconhecidas como o poder certificante dos órgãos da fé pública. A natureza pública dos atos notariais e registrais impõe permanente fiscalização pelo Poder Judiciário e subordinação à disciplina e instruções da Corregedoria de Justiça de cada Estado. A atípica atividade notarial e registral subordina-se à legislação especial, algumas promulgadas após o Código de Defesa do Consumidor, não podendo com ele coexistir em face da incompatibilidade de seus preceitos."

Então, parece não ser o fundamento adequado, buscar o acesso aos serviços de Usucapião Extrajudicial aos Hipossuficientes ancorado no argumento do acesso à justiça, tampouco na realização de serviço essencial do Estado.

Em que pese tal argumento, conforme Tartuce (2016) é importante lembrar que os cartórios são órgãos privados que exercem atividade notadamente pública por delegação do Poder Público. Tabeliães, notários e registradores são autênticos delegados do Estado, sendo inclusive dotados de "fé pública".

Por essa razão os titulares de delegação pelo Poder Público devem exercer suas atividades na forma desejada pela Constituição.

Por isso, a gratuidade de alguns atos em prol dos mais necessitados decorre da natural subordinação às regras constitucionais que disciplinam a administração da justiça, assim é forte o argumento que permite a criação de normas que através das isenções permitam o acesso dos Hipossuficientes aos procedimentos realizados pelos cartórios inclusive o procedimento especial da Usucapião Extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC/2015 incluiu na Lei de Registros Públicos o procedimento administrativo, extrajudicial da Usucapião. A Usucapião é a aquisição da propriedade pelo decurso do tempo em conformidade com os requisitos estabelecidos por lei. O procedimento da Usucapião Extrajudicial é realizado diretamente nos cartórios de registro de imóveis, com prévio pagamento dos emolumentos, que como ficou demonstrado, é o grande problema para o acesso dos mais pobres ao exercício desse direito através do Instituto. A Usucapião Extrajudicial não exclui do ordenamento jurídico a Usucapião Judicial, uma vez que os casos não alcançados pela via judicial ou por interesse do requerente pode ser levado ao Poder Judiciário.

Os Emolumentos são tributos, com natureza de taxas, e por isso são compulsoriamente cobrados. Os emolumentos do Estado do Amazonas são muito caros, o que inviabiliza o acesso dos Hipossuficientes ao procedimento da Usucapião Extrajudicial, já que não existe norma de isenção para este caso.

Almeja-se uma normatização em nível nacional, elaborada pelo Órgão Legislativo Federal, enquadrado na possibilidade defendida pela jurisprudência do STF, uma vez que a gratuidade deve alcançar de forma uniforme e isonômica todo o território nacional. O argumento para se pleitear a gratuidade de emolumentos são muito fortes, porque estão relacionados a vontade da constituição federal no tratamento dos mais necessitados, tendo a gratuidade de emolumentos cartorários já alcançado outros procedimentos igualmente importantes.

ABSTRACT: The present article is the result of research on out of court usucapition contextualized with the difficulty of access to the hyposufficient to the procedures performed in the Notaries of the State of Amazonas. At the beginning, a brief concept of usucapition is presented, as well as a presentation of its species, followed by a study on the functioning of the notary's offices and the form of remuneration

for the services performed in the out of court registry and how the participation of the notaries in the performance of legal services has increased. That before could only be realized by the Judiciary, the phenomenon of out of court. Subsequently, it starts with the analysis of the problem of the price of extrajudicial services in the state of Amazonas that makes access to the poor difficult. Finally, it presents the arguments for granting gratuitousness to the underprivileged for access to the institute.

KEYWORDS: Out of court registry. Usucapition. Hyposufficient.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado / Ricardo Alexandre. – 12^a ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodvim, 2018.

ALVIM, Arruda. A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Imobiliário. vol. 79. Ano 38. p. 15-31. São Paulo: Ed. RT, jul-dez. 2015.

ALVES, Sonia Marilda Peres. Responsabilidade Civil de Notário e Registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. Revista de Direito Imobiliário. IRIB. n.º 53. Ano 25. Ed. RT, julho–dezembro de 2002.

ANOREG BR. Confiança dos brasileiros nos cartórios é destaque em pesquisa do Datafolha. Disponível em: <<http://cartoriosbrasil.org.br/>>. Acesso em 13 de março de 2019.

BRANDELLI, Leonardo. Usucapião administrativa : De acordo com o novo código de processo civil / Leonardo Brandelli. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de março de 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 19 de março de 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 21 de março de 2019.

BRASIL. Serviços Notariais e de Registro. Lei 8.935 de 18 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm> Acesso em 13 de março de 2019.

BRASIL. Sistema Financeiro Imobiliário, Alienação Fiduciária de coisa Imóvel. Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm> Acesso em 13 de março de 2019.

BRASIL. Parcelamento do Solo Urbano. Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6766.htm> Acesso em 13 de março de 2019.

BRASIL. Inventário, Partilha e separação consensual extrajudicial. Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm> Acesso em 19 de março de 2019.

CARVALHO, Veronica. Consultor Jurídico - O instituto da usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapiao-extrajudicial-cpc>>. Acesso em 19 de março de 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: Teoria e Prática. 8ª ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. Juspodvim, 2017.

PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no País. Disponível em: <http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em 21 de março de 2019.

TARTUCE, Fernanda. Gratuidade em Inventários Extrajudiciais – LEX MAGISTER. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27182690_GRATUIDADE_EM_INVENTARIOS_EXTRAJUDICIAIS.aspx>. Acesso em 13 de março de 2019.

O USO DE ENTORPECENTES NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

WELLINGTON NASCIMENTO BRAZ:

Acadêmico de Direito, 39 anos, casado, com uma esposa guerreira e fiel e de um filho maravilhoso de 02 anos. Concursado na Transpetro desde 2007. Se preparando para novos rumos com o Curso de Bacharel de Direito e futuro membro da OAB.

MARCELO ESTRELA

(Orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar o crime de uso entorpecentes dentro das instituições militares e perante o julgamento pela Justiça Militar da União, analisando para tanto o funcionamento da Justiça Militar no Brasil e a previsão do crime de drogas no Código Penal Militar e na legislação extravagante, por meio da Lei 11.393/06, enfatizando a diferença existente entre o tratamento adotado por cada uma das legislações e as discussões que norteiam o tema. Será utilizado o método dedutivo, analisando o crime de drogas de uma forma geral para então analisá-lo de maneira mais específica, que é a sua tipificação e julgamento dentro da Justiça Militar, instituição com especificidades a serem consideradas, e através de bibliografia já existente sobre o tema. Nesse sentido, esperamos fazer uma análise acerca de tema tão relevante para a sociedade e mundo acadêmico, tendo em vista os malefícios que o crime de drogas gera para a sociedade como um todo.

Palavras-Chave: Crime de uso de entorpecentes; Instituições militares; Justiça Militar da União; Código Penal Militar;

ABSTRACT: This research aims to analyze the crime of narcotic use within military institutions and those judged by the Union Military Justice, analyzing both the functioning of the Military Justice in Brazil and the prediction of drug crime in the Military Penal Code and extravagant legislation, through Law 11.393 / 06, emphasizing the difference between the treatment adopted by one of the legislations and the discussions that guide the theme. It will be used the deductive method, analysis or drug crime in general to then analyze the most specific way, which is its typification and judgment within the Military Justice, institution with

specifics for use, and use of existing literature on the subject. . In this sense, we hope to make an analysis on the topic so relevant to society and the academic world, in view of the harm that drug crime generates for a society as a whole.

Keywords: Drug use crime; Military institutions; Union Military Justice; Military Penal Code;

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL. 2 O USO DE ENTORPECENTES NO CÓDIGO PENAL MILITAR E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE (LEI 11.393/06). 3 O USO DE ENTORPECENTES COMO CRIME MILITAR FRENTE A NOVA COMPETENCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente pesquisa é o uso de entorpecentes dentro de instituições militares perante a Justiça Militar da União, tema de máxima relevância acadêmica e social uma vez que o uso de entorpecentes é financiado pelo tráfico, extremamente nocivo a nossa sociedade, causador de uma série de problemas sociais. Diante disso, a análise de tal ato dentro de dependências militares, instituição importantíssima que garante a segurança nacional, torna-se ainda mais importante diante da responsabilidade daqueles que atuam dentro de tal instituição rodeada por valores éticos e morais rígidos e que devem servir de exemplo para toda a comunidade.

A análise deste crime dentro da seara da Justiça Militar tem se mostrado muito recorrente, sendo o uso de entorpecentes o segundo delito mais enfrentado pela Justiça Militar da União, fato este que serve como um alerta, diante da gravidade de tal conduta, que coloca em risco a hierarquia e a disciplina das instituições militares, valores estes basilares de sua existência.

Nesse sentido, a principal problemática da pesquisa é avaliar como a Justiça Militar tem enfrentado a questão do usuário de entorpecentes dentro da competência da União, de modo a esclarecer a sistemática adotada e diferenciá-la da adotada na Justiça comum, demonstrando os fundamentos legais, éticos e morais que justificam tal forma de tratamento deste delito, tão nocivo a sociedade e, mais ainda, á ordem e equilíbrio das instituições militares brasileiras.

Para fazer tal análise será feita a abordagem no primeiro capítulo da Justiça Militar como um todo, de forma a entender a sistemática que rege tal instituição, e no segundo capítulo adentraremos na questão do uso de entorpecentes e o tratamento conferido para tal delito na Justiça Militar, no artigo 290 do Código Penal Militar e na Justiça Comum, por meio da Lei 11.393/2006. Após isso, no terceiro capítulo, será analisado por fim a forma de enfrentamento utilizada atualmente pela Justiça Militar da União para os usuários de entorpecentes.

Para alcançar o objetivo da pesquisa será utilizado o método dedutivo, onde iremos analisar a problemática de uma forma geral, analisando a Justiça Militar como um todo e o crime de uso de entorpecentes de maneira geral para então partir para uma análise particularizada, com relação ao enfrentamento do tema dentro da competência da Justiça Militar da União, fazendo uso de métodos bibliográficos, ou seja, analisando a legislação e a doutrina já existente sobre o tema.

Como já dito, a discussão para estudo do tema envolvendo os usuários de entorpecentes dentro da Justiça Militar é de extrema relevância para o âmbito jurídico e para a sociedade tendo em vista que o direito penal militar prevê uma série de crimes previstos no direito penal comum, no entanto, por se tratar de instituição com regras morais e éticas extremamente rígidas, são utilizados penas diferentes, que devem ser analisadas sob todos os seus aspectos.

Não se pretende esgotar as discussões sobre o tema, que ainda sofrerá constantes mudanças, mas contribuir para a formação de entendimento sobre um delito tão nocivo a sociedade e que tem sido tão recorrente dentro de instituições consideradas importantíssimas para a ordem e equilíbrio do nosso país, que são as instituições militares.

1. A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

A história da Justiça Militar se confunde com a própria história do Brasil, pois a própria família real já era protegida por um grupo do que já era chamado de militares, até então portugueses, que já trouxeram consigo valores que são basilares até hoje dentro das instituições militares, que são a disciplina e a

hierarquia. Dentro desse contexto foram surgindo situações em que se tornou necessário órgãos que fossem responsáveis por fiscalizar o trabalho desses militares, assim como puni-los quando necessário. Foi então que surgiu o primeiro órgão voltado a competências administrativas e judiciários dentro do seio militar no Brasil, o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Mas foi somente em 1824, com o surgimento da primeira Constituição brasileira que houve a previsão de forma expressa e constitucional da presença da Justiça Militar.

Atualmente, a justiça militar tem previsão em nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 92, inciso VI, como parte do poder judiciário, e sua competência está definida nos artigos 122 a 124, sendo tal órgão regulamentado pela nossa Carta Magna e também por Lei Orgânica que estabelece seu funcionamento e competências. Além disso, o direito penal militar faz parte do que chamamos de direito penal especial, por se tratar de regramentos totalmente específicos e diferenciados, voltados as particularidades dos bens jurídicos tutelados pelas instituições militares.

Nesse sentido, afirma Cruz e Miguel:

O Direito Penal Militar é um ramo do Direito Penal, especial, criado não com a finalidade de definir crimes para militares, mas sim de criar regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais. (CRUZ.MIGUEL, 2008, p. 243)

Sendo um ramo do direito penal, o direito penal militar enquadra-se no que chamamos de direito penal especial, exatamente por se tratar de regramentos muito específicos de determinada situação, que no caso, é a justiça militar. O direito penal comum é aquele utilizado para os civis, como por exemplo, a lei 11.343/06 sobre drogas, que se trata de uma lei que prevê normas de direito penal comum. Nesse sentido, Tourinho Filho diz:

A Justiça Militar é uma Justiça especial, tal como se vê pela redação dos arts. 124 e 125, §4º, da Magna Carta. Há um Código Penal Militar, que define os crimes militares, e um Código de Processo Penal Militar, que é aplicável na

composição das lides da natureza penal militar (TOURINHO FILHO, 2001, p. 49).

Trata-se de um direito especializado, baseado em valores éticos, morais e legais diferentes da sociedade comum, por se tratar de instituição voltada a proteção de bens jurídicos diferenciados, sendo a hierarquia e disciplina seus principais pilares, que devem ser respeitados acima de qualquer coisa.

José Luiz Dias Campos Júnior explica a hierarquia e a disciplina:

“Não se confundem, como se vê, hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. ‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim um corolário de toda organização hierárquica’. (CAMPOS JÚNIOR, 2006, p. 136)

Estabelece o Estatuto dos Militares (Lei no 6.880/80, art. 14):

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§1o A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§2o Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que

fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§3o A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

A disciplina e hierarquia são valores muito importantes dentro do sistema militar, fato este que, inclusive, justifica a utilização de uma justiça e de um direito especial, uma vez que os bens jurídicos tutelados nesse caso são diferentes e cercados de toda uma filosofia voltada para a disciplina e hierarquia. Nesse sentido, torna-se ainda mais importante a análise do uso de entorpecentes dentro da justiça militar da União, uma vez que tal delito infringe diretamente esses valores tão primordiais que regem tal instituição, da qual se espera exemplos de conduta, que devem ser devidamente punidos por cometerem atos que atentam não somente contra seus principais valores como também colocam em risco a segurança nacional, uma vez que é de conhecimento de todos o quão nocivo é para a pessoa e para a sociedade a utilização de entorpecentes.

Importante esclarecer, também, que essa justiça especial se subdivide em Justiça Militar Estadual e Justiça Militar da União, cada uma com órgãos e competências específicas e expressas na Constituição Federal de 1988. Vejamos o que diz Oliveira, que diz:

[...] com a própria evolução do Poder Judiciário em ramos específicos de atuação, a Justiça Militar acabou também por se bifurcar em duas espécies: a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual. A primeira possui previsão constitucional desde a Constituição Federal de 1934, e a segunda, desde a Constituição Federal de 1946, ou seja, em data muito anterior ao movimento de 1964 (ano do Golpe de Estado, no qual militares assumiram o Governo do país). (OLIVEIRA, 2012, p. 1)

Os órgãos e competência da Justiça Militar Estadual estão expressos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 125:

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo Militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares do estado, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A Justiça Militar Estadual tem competência para tutelar os valores éticos, morais, disciplinares e hierárquicos das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros Militares dos Estados, sendo competente apenas para julgar crimes cometidos por militares, dentro dos termos do artigo 9 do Código Penal Militar.

Por sua vez, a Justiça Militar da União encontra-se referida nos artigos 122 a 124:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I- o Superior Tribunal Militar; II- os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. 12 [...]

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em Lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A Justiça Militar da União, regulada pela Lei 8.457/1992, diferente da Estadual, tem competência, também, para julgar civis, quando se tratarem de crimes que ameaçam a segurança nacional e que se colocam contra as instituições militares.

Com a leitura desses dispositivos, observamos que a Justiça Militar Estadual jamais irá julgar civis, ou seja, os crimes de drogas no direito militar, considerados impróprios, praticados por militares ou civis dentro de instituições militares, serão processados e julgados pela Justiça Militar da União. Esta informação é importantíssima para o objeto da pesquisa, uma vez que a análise que será realizada é a forma como é enfrentado o uso de entorpecentes dentro da Justiça Militar da União.

2.0 USO DE ENTORPECENTES NO CÓDIGO PENAL MILITAR E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE (LEI 11.373/06)

O crime de drogas, dentro da justiça militar, recebe a denominação de crime impropriamente militar, o que significa dizer que tanto militares como civis podem cometer tais delitos, sendo o local de realização do crime, fator determinante para que o fato seja julgado pela justiça militar. Nesse sentido, devemos esclarecer que tanto militares como civis serão submetidos a julgamento na justiça militar caso sejam pegos realizando o crime dentro de instituições militares.

Nesse sentido, vejamos o que Lobão tem a nos dizer sobre o crime propriamente militar:

Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. É conveniente ressaltar que o crime propriamente militar pode ser cometido no exercício da função do cargo militar ou fora dele. Por exemplo, no abuso de requisição militar (art. 173, do CPM), o militar pratica o delito em função, enquanto na violência contra superior (art. 157, do CPM) o agente e o ofendido, no momento do crime, podem não estar em serviço ou fora de local sob administração militar. (LOBÃO, 2006, p. 84)

Como foi possível observar, denomina-se crime propriamente militar aqueles que só podem ser praticados por militares, previstos no Código Penal Militar e que não tem a possibilidade, portanto, de serem cometidos por civis, como por exemplo, o crime de insubmissão. Já os crimes impropriamente militares são aqueles que possuem previsão tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, que é o caso do crime de uso de entorpecentes, por exemplo, objeto de estudo da presente pesquisa.

Nesse sentido, afirma Álvaro Mayrink da Costa que:

Ora, os civis e os militares podem ser agentes do delito militar, desde que a infração *ratione materiae* constitua delito militar, ou seja, ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico pertinente à proteção do ordenamento penal militar. (...) Também o delito praticado por civil teria a sua classificação militar na característica do delito impropriamente militar. O Direito Penal Militar é, evidentemente, um direito tutelar, porque tutela os bens jurídicos, os interesses jurídicos da ordem militar, de modo que o crime será evidentemente militar quando atentar contra os bens ou interesses jurídicos de ordem militar, sejam quais forem os seus agentes (militares ou civis). (COSTA, 2005, p.5)

Após tal esclarecimento, com o objetivo de fazer frente ao crime de uso de entorpecentes dentro das instituições militares, o Código Penal Militar fez sua previsão trazendo, contudo, algumas diferenças com relação a Lei 13.393/06 devido as especificidades que norteiam as instituições militares.

Vejamos o teor do artigo 290 do Código Penal Militar:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, até 5 (cinco) anos. [...] Pena - reclusão, até 5 anos. Casos Assimilados §1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar: I – o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar; II – o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo; III – quem oferece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício. Forma qualificada §2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário: Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Este tipo penal foi incluído no Código Penal de 1969 e há tal previsão até hoje, no entanto, após o advento da Lei 11.343/06, várias decisões vem sendo proferidas pelo Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Federal no sentido de evidenciar a gravidade de tal delito quando praticado dentro das instituições militares, devido a importância dessa instituição para a segurança nacional e o respeito a hierarquia e disciplina, valores basilares militares. Vejamos abaixo duas dessas decisões:

EMENTA: APELAÇÃO. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM PODER DOS APELANTES EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INFRINGÊNCIA DO ART. 290 DO CPM. INCONFORMISMO DA DEFESA. MANTENÇA DA CONDENAÇÃO "A QUO". AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES. - Rejeitada preliminar de nulidade do Feito "ab initio" por ausência de comunicação ao flagranteado do direito de permanecer em silêncio. Nulidades ocorridas no IPM não têm o condão de contaminar todo o Feito.

Condenação que se pautou nos elementos de prova colhidos na fase judicial, sob o manto do contraditório e ampla defesa. "Nulidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminam o processo penal, eis que após a prolação da sentença condenatória, esta é que deve ser atacada por eventuais nulidades". Precedente do STF. Decisão unânime. - Hipótese de aplicabilidade da Lei nº 11.343/06, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, na esfera penal castrense. Não cabimento da "novatio legis" no âmbito especialíssimo da Justiça Militar. Precedentes desta Egrégia Corte e do STF. - Inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de uso e porte de substância entorpecente no âmbito especialíssimo da Justiça Militar. Nesse ponto, não há como acatar a aplicação desse princípio na conduta daqueles que integram os quadros das Forças Armadas, que têm a missão precípua de garantir a soberania do Estado. Portanto, a periculosidade social da ação e o grau de reprovabilidade do comportamento devem ser analisados tendo-se em mente o âmbito da convivência militar e não o contexto da vida na sociedade civil. Destarte, existem valores intrínsecos ao meio castrense e princípios próprios que não podem ser afastados por valores e princípios aplicáveis na sociedade civil em geral. - Pena-base que se ajusta aos critérios legais. Impossibilidade de diminuição da pena aquém do mínimo legal. - Improvimento do Apelo defensivo. Decisão unânime Num: 2009.01.051479-1 UF: SP Decisão: 21/10/2009 Proc: Apelfo - APELAÇÃO (FO) Cód. 40. Relator: Min. JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS.

DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290, CPM. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA. ART. 2, § 1º, LICC. NORMA

ESPECIAL E NORMA GERAL. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Habeas corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal Militar que, no julgamento de embargos infringentes, manteve a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 290, do Código Penal Militar. 2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei nº 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76. 3. Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum. 4. Bem jurídico penal militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. 5. Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. Art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06. 7. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM. 8. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício, sob a modalidade retroativa. 9. Habeas corpus concedido de ofício; prejudicado o pedido. (HC 91356, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00370.

Fato que merece destaque após a leitura do referido artigo é que, diferente da nova lei de drogas, no Código Penal Militar não existe diferença de pena para o usuário de entorpecentes e para o traficante, sendo a mesma de até 5 (cinco) anos de reclusão, tendo por pena mínima 1 ano. Nesse sentido, vemos enorme

incoerência e falta de rigor na previsão do Código Penal Militar, uma vez que por se tratar de instituição tão importante e pautada em valores tão rígidos, deveria haver maior rigor na pena, principalmente, com relação ao crime de tráfico.

Por outro lado, a Lei 11.343/06, que regula atualmente a questão dos entorpecentes no Direito penal comum, trouxe consigo uma série de inovações, objetivando controlar de forma mais efetiva o enfrentamento punitivo das drogas, uma vez que por se tratar de um problema social latente e de intenso clamor social, necessita de maior engajamento por parte de todos, mas principalmente, por parte do Estado e do direito penal.

Ensina Damásio de Jesus:

O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. De modo que, quando lesionado, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual. (JESUS, 2008, p. 4)

Contudo, devemos analisar que algumas das inovações trazidas pela nova lei, gerou muitas polemicas, por prever um tratamento diferenciado para os traficantes e para os usuários, tratando os primeiros com mais rigor, e fornecendo aos outros penalidades mais brandas. Com isso, muitos estudiosos passaram a afirmar que a lei trouxe a descriminalização ou despenalização dessa conduta.

Vejamos o teor da lei:

Estabelecem os arts. 28 e 33 da nova lei de drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida

educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, 27 estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção, do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

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

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de

saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. [...]

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva, ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria para a preparação de drogas; III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e

pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§4º Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

É possível observar, que realmente, houve a previsão de certa minimização da importância da conduta do usuário de substâncias entorpecentes, que obtém, com a chegada da nova lei, um tratamento diferenciado e menos severo que o aplicado aos traficantes. No entanto, deve-se analisar os dois lados opostos com relação ao novo posicionamento trazido pela lei, abordado por estudiosos.

Vejamos o que afirmam Ferrari e Colli:

Para Luiz Flávio Gomes, a nova redação descriminaliza o porte de droga para uso próprio, uma vez que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito. Para o jurista, apesar da conduta não mais ser considerada crime, continua caracterizando um ilícito, pois a nova Lei continua considerando proibidas as substâncias contidas na Portaria 344, do Ministério da Saúde. Já para Ricardo Andreucci, o Projeto não descriminalizou o porte de entorpecente para consumo próprio. Ao contrário, sob o pretexto de tratar mais brandamente o usuário, fixou-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, onde, ante a permissividade da Lei nº 9.099/95, poderia ele transacionar com o MP, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos. Tal conduta é de competência dos

Juizados Especiais Criminais, devendo o promotor de justiça, quando do oferecimento da proposta de transação, já mencionar qual a pena ou penas que deverão ser aplicadas ao usuário (FERRARI E COLLI, 2012, p. 11).

Diante dessa polemica, podemos destacar aqueles que afirmam que a descriminalização estaria afrontando diretamente a segurança pública e os que apoiam o posicionamento do legislador, que adotou tendências internacionais de tratar o usuário como vítima do sistema em que estão as drogas, e não como vilões, papel este punido de forma severa, que são os traficantes.

3. O USO DE ENTORPECENTE COMO CRIME MILITAR FRENTE A NOVA COMPETENCIA

O Código Penal Militar foi recentemente alterado pela Lei 13.491/17, que modificou especificamente seu artigo 9, ampliando o rol de crimes militares, alargando a competência das justiças militares da União e dos Estados e rompendo a classificação tradicional dos crimes militares que os dividiam entre propriamente militares e impropriamente militares, de modo a oportunizar a adequação da justiça militar à nova realidade brasileira.

Nesse sentido, devemos destacar que a principal alteração trazida por essa lei foi que além dos crimes que já estão previstos no Código Penal Militar, todos os crimes existentes na legislação comum serão militares também, havendo apenas uma variação com relação a questão material e processual que deverá sempre se adequar às especificidades da Justiça Militar. Além disso, podemos observar que a principal motivação da referida mudança foi a regulação da competência de julgamento dos crimes praticados por militares federais durante a execução de missões, no entanto, acabou havendo alteração de grande parte da competência da justiça militar.

Com tal modificação, passaram a ser crimes impropriamente militares toda e qualquer conduta prevista na legislação penal comum ou militar, desde que encaixados em circunstâncias específicas.

A questão dos crimes de drogas é uma das modificações mais importantes dentro da esfera do Direito Militar após a edição da Lei 13.491/2017 pois no

Código Penal Militar os crimes de uso e tráfico de drogas encontram previsão conjunta no art. 290 do Código Penal Militar e não possuem diferenciação de pena, fato este que gera muitas discussões no meio jurídico. Na legislação penal comum, os crimes de drogas estão previstos nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad).

O Superior Tribunal Militar editou uma súmula nº 14 para esclarecer entendimento que segundo a qual devido a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343/06 não se aplica à Justiça Militar da União. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência, passou a decidir que a Lei 11.343/06 não afastou a incidência do art. 290 do CPM (HC 94.685).

No entanto, com a mudança trazida pela Lei 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou o crime de drogas sob a ótica do direito penal comum e direito penal militar e constatou diferença em relação ao tratamento adotado dentro da justiça comum e na justiça militar da União. Nesse sentido, ao analisar a Justiça Militar no Brasil foi possível observar que trata-se de instituição com valores éticos, morais, disciplinares e hierárquicos diferenciados e isso influencia diretamente na diferença de tratamento de crimes como o de drogas.

Com a análise do crime de drogas na legislação penal comum, por meio da Lei 11.393/06 e no Código Penal Militar foi possível verificar que o tratamento e as penas são diferentes e que na Justiça Militar não há diferença na pena prevista

para o usuário de entorpecentes e o traficante, fato que gera bastante discussões no mundo acadêmico e jurídico, objeto de estudo da referida pesquisa.

Com a análise dessas questões foi possível constatar que há um enorme equívoco por parte do legislador, uma vez que, exatamente por se tratar de instituição com valores disciplinares e hierárquicos tão rígidos e devido a importância de tal instituição para a segurança nacional, deveria haver maior rigor na penalidade, principalmente para o crime de tráfico, tão nocivo para a sociedade como um todo e ainda mais dentro de instituições militares.

É preciso discutir e estudar cada vez mais as possibilidades existentes dentro do cenário da pesquisa em questão para que se possa, muito em breve, obter uma posição justa e legal sobre o tema, sem cometer excessos desnecessários em nome da tutela jurisdicional dos bens jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Fábio Sérgio do. Insignificância e Direito Penal Militar. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3381, 3 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.pbr/artigos/22723/a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-noambito-do-direito-militar>. Acesso em: 15 de junho. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. Direito penal e justiça militares: inabaláveis princípios e fins. 1. ed, 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. Uma história política da criminalização das Drogas no Brasil: a construção de uma Política Nacional. VI Semana de História e III Seminário Nacional de História: Política, cultura e sociedade. Programa de Pós Graduação em História/UERJ. 17 a 21 de outubro de 2011.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. Elementos de direito penal militar : parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime militar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRARI, Karine Angela, COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descaracterização após o advento da Lei n. 11.343/06. Unoesc & Ciência – ACSA, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012.

FRANCISQUINHO, Sergio, FREITAS, Solange Pinheiro de. A Influência das Drogas na Criminalidade. Monografia - Curso de Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. Londrina – Paraná. 2008.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. Justiça Militar no Brasil. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/21339/justica-militar-no-brasil>>. Acesso em 18 abr. 2019.

OLMO, Rosa Del. A face oculta da droga. Tradução de Teresa Otioni – Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROHT. Ronaldo João. Direito Militar. Doutrina e Aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. In: OLIVEIRA, Carla Miranda Guimarães. Competência civil e penal da Justiça Militar Estadual. Disponível em:. Acesso em: 31 mar. 2019.

TJMG – Processo n 1.0024.07.451261-7/001 – Relator: Judimar Biber – Data do acórdão: 11/12/2007 – Data da publicação: 11/01/2008

A PROBLEMÁTICA DA SEGURANÇA PÚBLICA NOS DIAS ATUAIS

UBIRATAN ROCHA FERNANDES:

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Unyleya. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco, onde atuou em investigações contra o Crime Organizado, i.e, Assaltos a Bancos, Corrupção de Chefes do Poder Executivo, Tráfico de Entorpecentes, etc. Detentor de cursos de inteligência financeira e operacional. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade do Sertão do Pajéu - FASP.

RESUMO: Pretende-se neste artigo abordar aspectos técnicos e experimentais sobre as Políticas de Segurança Pública estabelecidas pelos governos federal e estadual, alertando que a filosofia de segurança ostensiva no combate ao crime não é a melhor forma de solucionar os altos níveis de criminalidade apresentados nos dias atuais. Ao contrário, deve o Estado focar no trabalho de inteligência preventiva, onde os responsáveis pela Segurança Pública deverão fazer um estudo sistemático da gênese do crime, procurando esmiuçar a estrutura criminosa não só macroscopicamente, mas sobretudo microscopicamente, haja vista que na grande maioria das vezes o crime cresce e evolui dentro de pequenas comunidades. Analisando os planos de segurança de alguns estados federativos, percebe-se que a criminalidade tende a cair quando investimentos maciços na Polícia Judiciária são implementados, melhorando as investigações e tornando mais eficiente a persecução criminal, circunstâncias que diminuem o senso de impunidade arraigado no País e, conseqüentemente, aumentam o temor na correta e eficiente aplicação da lei. Este artigo está dividido em três partes: na primeira, foca a cultura brasileira em relativizar a Segurança Pública, colocando a mesma na periferia das ações governamentais. Na segunda, enfatizaremos os erros de tal conduta, verificando que o aumento da criminalidade é fruto da condução da Segurança Pública de maneira ortodoxa. E, na terceira, destacaremos soluções para diminuir a criminalidade, alocando a Polícia Judiciária como protagonista na redução da criminalidade.

Palavras-chaves: Segurança Pública; Investimento; Criminalidade

ABSTRACT: The aim of this article is to discuss technical and experimental aspects of public security policies established by the federal and state governments, warning that the philosophy of ostensive security in the fight against crime is not the best way to solve the high levels of crime presented today. On the contrary, the State should focus on the work of preventive intelligence, in which those responsible

for Public Security should make a systematic study of the genesis of crime, seeking to break the criminal structure not only macroscopically but above all microscopically, since in the vast majority of cases crime grows and evolves within small communities. Analyzing the security plans of some federative states, crime tends to fall when massive investments in the Judiciary Police are implemented, improving investigations and making criminal prosecution more efficient, circumstances that reduce the sense of impunity rooted in the country and, consequently, increase the fear in the correct and efficient application of the law. This article is divided in three parts: in the first, it focuses the Brazilian culture on relativizing the Public Security, placing it in the periphery of the governmental actions. In the second, we will emphasize the errors of such conduct, verifying that the increase in crime is the result of conducting Public Security in an orthodox way. And, in the third, we will highlight solutions to reduce crime, allocating the Judiciary Police as a protagonist in reducing crime.

Keywords: Public Security; Investment; Crime

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. REVISÃO DE LITERATURA. 2. FALTA DE PROFISSIONALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. 3. MANUTENÇÃO DE UMA ESTRUTURA ARCAICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS. 4. SOLUÇÕES PARA DIMINUIR A CRIMINALIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Com a evolução da Sociedade, motivada certamente pelas inovações tecnológicas e culturais, variados problemas vão surgindo em progressão geométrica, enquanto o regramento e a disciplina jurídica avançam em progressão aritmética.

Em pleno século XXI, especialistas e leigos se deparam com problemas, cada vez mais difíceis, da falta de segurança pública no meio social, onde organizações criminosas comandam o crime **nas barbas do Estado**, ou melhor, sob a total proteção do Estado, determinando execuções e estruturando o tráfico de entorpecentes no interior do Sistema Penitenciário Brasileiro.

O Estado, através de seus representantes, não se profissionalizou, não evoluiu estrategicamente, querendo resolver os problemas atuais com os mesmos métodos do século passado, esquecendo que a Sociedade atual não é a mesma de outrora e, ao contrário da passada, cada vez mais se preocupa com as diretrizes adotadas na Segurança Pública.

Com efeito, a Segurança Pública, que era tratada perifericamente, haja vista não trazer votos para os governantes, passa a ser ponto central do jogo político,

sobretudo quando se percebe que os eleitores se encontram, metaforicamente, em **cárcere privado**, motivado pelo real temor em, há qualquer momento, entrar nas estatísticas do crime pelo simples fato de sair de casa.

Neste diapasão, peca o Estado em amordaçar as Polícias Judiciárias, visto que é o trabalho de investigação e inteligência que proporciona informações imprescindíveis para o desmantelamento não só financeiro, mas estrutural da organização criminosa, ao ponto de esfacelar o arcabouço interno da mesma.

Noutra senda, os governantes erram em não procurar eficácia em suas legislações constitucional e infraconstitucional, dando valor a normas simbólicas, conforme entendimento do Prof. Marcelo Neves, com o simples desiderato em assegurar confiança nos sistemas jurídico e político. Contudo, esquecem que, a longo prazo, tais normas geram incerteza e insatisfação social, sobretudo se levarmos em consideração sua ineficácia em concretizar não só os direitos e garantias fundamentais, mas também os deveres que cada cidadão deve arcar para a manutenção, a paz e o desenvolvimento da coletividade em que convive.

Desta feita, tal estudo visa apontar a incompetência dos governantes frente à evolução da criminalidade, através de pesquisas bibliográficas e observações de campo, justificando que a real causa da crise é o não oferecimento de estrutura e dignidade aos agentes executores da segurança pública.

1. REVISÃO DE LITERATURA

Alguns estudos foram encontrados sobre o assunto, contudo vislumbram a unificação das carreiras policiais ou a extinção do modelo atual, ao invés de focar na estruturação das polícias e profissionalização do *ser* policial.

Dentre tais estudos, causa susto a posição de **José Lopes Hott**, em artigo encaminhado à Revista Brasileira de Políticas Públicas, onde o autor enfatiza a extinção do modelo atual e, como solução, requer a implementação de uma polícia municipal como forma de diminuição da criminalidade. Entretanto, esquece o autor que os municípios brasileiros ainda são arraigados de coronelismo, onde clãs de famílias dominam o cenário político de forma avassaladora, circunstância que irá arrefecer a qualidade do trabalho investigativo caso os políticos locais tomem conta da segurança pública, haja vista que correligionários do governo local serão beneficiados com a gestão e, ao contrário, aqueles que são contra, serão perseguidos. Enfim, olvida o autor que um dos grandes entraves da qualidade investigativa é a falta de autonomia dos agentes da segurança pública.

Noutro enfoque, está o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e Alex Agra, onde os autores veem que a questão é estrutural, social e histórica, visto que os governantes mantêm uma cultura policial arcaica como forma de manutenção do poder.

Destarte, tal estudo enfoca na falta de sensibilidade dos governos em aliar a segurança pública ao seu plano de gestão, esquecendo que o crime é fator preponderante na economia estatal, pois localidades violentas tendem a se isolar do mercado de trabalho.

2. FALTA DE PROFISSIONALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha modernizado nosso ordenamento jurídico como um todo, recepcionando vários institutos democráticos aplicados no direito comparado, a Segurança Pública não recebeu qualquer modificação prática com relação ao modelo de investigação, se preocupando os constituintes com a estrutura e organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, mas olvidando a necessária eficiência da fase pré-processual, representada pelo Inquérito Policial.

Na visão de José Lopes Hott, em artigo publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, os constituintes sequer tinham uma proposta homogênea para as polícias, circunstância que impediu uma mudança concreta e substancial do modelo de segurança, preponderando, destarte, a manutenção do arquétipo institucional do Código de Processo Penal da década de 40, *in verbis*:

Durante a assembleia constitucional, o Código de Processo Penal já trazia um arcabouço institucional todo fragmentado de um período marcado por um modelo militarizado de segurança pública. Os constituintes mais progressistas na ocasião não tinham proposta homogênea para as polícias e para a área de segurança pública. Com isso a subcomissão de segurança pública acabou sendo dominada pelos atores que defendiam a manutenção do arranjo institucional, fortemente influenciada por um lobby de 13 oficiais das forças armadas, sendo mantido o modelo do período ditatorial. (HOTT, José Lopes. **A Polícia Judiciária e o Combate à Criminalidade**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/2845/2561>. 2015, acesso em 01 de abril de 2018)

Tal arranjo, como bem informa o autor, engessou o modelo de segurança pública nacional, fazendo com que os responsáveis pelas investigações dos diversos crimes não tivessem acesso a meios e técnicas de investigações modernas pelo simples fato de os congressistas não se preocuparem com o tema naquela ocasião, apesar da forte tendência em afastar os princípios e métodos aplicados durante a ditadura militar.

Não podemos esquecer que até hoje vigora no Brasil o método ostensivo de policiamento, onde os Governos, Federal e Estadual, prezam pela quantidade de viaturas e policiais nas ruas, logrando êxito apenas na resolução dos delitos de

proximidade, presenciais, característicos de uma sociedade rural que havia em meados do século passado.

Com a redemocratização do Brasil, o país voltou a crescer exponencialmente nos mais variados aspectos econômicos, sociais, populacionais e criminais, fatores estes que modificaram o comportamento do indivíduo, seja para o bem ou para o mal. Certamente, o criminoso do século XXI não é mais aquele sem instrução, sem informações, sem contatos, enfim, não são neófitos, pois a evolução é inerente a todos os ares, dentre eles à criminalidade.

Assim, o atual modelo de segurança pública, que por razões políticas e de *lobbys* é o mesmo do século passado, não é capaz de conter a macrocriminalidade, onde diversos meliantes de forma estruturada, hierarquizada e organizada se associam para praticar os mais diversos delitos não só tangencialmente ao Estado, mas também usando o manto protetor do aparato governamental, não sendo desconhecido que tais organizações operam com a colaboração e participação de servidores públicos das mais variadas espécies.

Com efeito, os atores da segurança pública, desmuniciados de meios e técnicas modernas, apenas participam de um grande teatro da política, disfarçando e dissimulando os problemas da segurança pública. É neste sentido ponto de vista colocado pelo mesmo autor José Lopes Hott, observemos:

Uma característica importante para que se dê o efeito simbólico do desconhecimento nesse processo de política pública de polícia judiciária é o fato de que seus atores estão dominados por um discurso e uma prática procedimental disputando um campo em que se virtualiza certa eficiência. Na verdade não têm alcançado o resultado pretendido, mas eles não percebem que estão submetidos a uma agenda de política pública repetindo uma mesma maneira de ação e pensamento que confirma o habitus existente. (HOTT, José Lopes. A Polícia Judiciária e o Combate à Criminalidade. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/2845/2561>. 2015, acesso em 01 de abril de 2018)

Uma visão deste tipo de ação estatal usada somente para dissuadir os profissionais de segurança pública e a sociedade em geral são as atividades ostensivas, onde gestores fazem um trabalho de *marketing* violento na exposição de números e estatísticas, sem se preocupar com o conteúdo de tais ações e sua eficiência em longo prazo. Por exemplo, imagine-se a prisão de um conhecido traficante de drogas de nível internacional sendo apresentada maciçamente na imprensa, informando que **menos um traficante estará nas ruas**. Tal situação vem

desamparada do fato da real possibilidade deste traficante continuar *seus negócios espúrios* no interior do sistema prisional, *nas barbas do Estado*, não contribuindo, assim, na diminuição da criminalidade. Ao contrário, irá aumentar o senso de impunidade, pois não só o meliante preso, mas também seus comparsas e seus companheiros de presídio irão perceber e acreditar que o crime compensa, haja vista a ineficiência da justiça criminal como um todo.

Neste diapasão, os representantes do povo pecaram com a Segurança Pública ao não profissionalizá-la, perdendo quase 30 anos de aprendizagem caso a mesma fosse institucionalizada de maneira independente e autônoma na Constituição Federal de 1988, elevando a meritocracia como norteador da acessão profissional, ao invés das indicações políticas que mais impedem a aplicação da lei penal de forma isonômica, visto que quem assume cargos comissionados dificilmente investigará aqueles que o colocaram em tal posição.

Tal posição do Constituinte de 88, no tocante à Segurança Pública, expressa o modelo de Constituição Semântica instituída por Karl Loewenstein, onde as normas constitucionais são criadas apenas para justificar o autoritarismo do *Poder*, não pretendendo qualquer tipo de limitação e eficiência da norma. Citando Karl Loewenstein, Darley da Cunha Júnior assevera:

Esta classificação "ontológica" foi apresentada pelo autor alemão Karl Loewenstein levando em consideração a eficácia das Constituições em face da realidade. Assim, segundo ele, as Constituições podem apresentar, ante a realidade, como: a) Constituição normativa (com valor jurídico); b) Constituição nominal (sem valor jurídico, uma constituição de fachada), e c) Constituição Semântica (utilizada apenas para justificar juridicamente o exercício autoritário do poder, como, por ex, a Constituição Brasileira de 1937).

(...)

Finalmente, a Constituição semântica é aquela que em "su realidade ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentores del poder fácticos que disponen del aparato coactivo del Estado". A Constituição semântica, ao invés de ser concebida como instrumento de limitação do poder, apresenta-se como instrumento a serviço do poder, de modo a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político. Neste tipo de Constituição, "el traje no es en absoluto um traje, sino um desfaz". (2014, apud Loewenstein, Teoría de la Constitución, p. 216-222)

Neste mesmo sentido é o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos:

Constituições semânticas – diversamente das anteriores, encontram-se submetidas ao poder político prevalecente. Trata-se de um documento formal criado para beneficiar os detentores do poder de fato, que dispõem de meios para coagir os governados. Se inexistisse constituição formal ou escrita, a vida institucional não sentiria qualquer diferença. O aparato coativo do Estado, posto ao dispor dos poderosos, funcionaria do mesmo jeito, a fim de privilegiá-los de alguma maneira. Karl Loewenstein compara a carta semântica a uma roupa que não veste bem mas dissimula, esconde, disfarça os seus defeitos. (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. pag. 115)

Kyev Moura Maia arremata:

O termo “Constitucionalização Simbólica” trata-se da discrepância entre a função hipertroficamente simbólica (excesso de disposições carentes de aplicabilidade) e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O conceito se deve ao Professor Marcelo Neves em estudo feito em 1992 para obtenção do cargo de professor titular da Universidade Federal de Pernambuco. O referido autor sofreu forte influência de constitucionalistas e teóricos alemães consagrados, como Horalnd Kindermann, Niklas Luhmann dentre outros autores, o que contribuiu para o desenvolvimento de sua tese sobre o tema. Marcelo Neves diz que a constituição simbólica é caracterizada pela falta de eficácia das normas/valores constitucionais. Isso é perceptível, segundo o autor, através da legislação e constitucionalização simbólicas. (MAIA, Kiev Moura, Breve análise acerca da Constituição Simbólica de Marcelo Neves, Disponível em: <https://kyevm.jusbrasil.com.br/artigos/113984199/breve-analise-acerca-da-constituicao-simbolica-de-marcelo-neves>, 2014, acesso em 17 de abril de 2018)

Destarte, o problema da Segurança Pública, diferentemente do que parte da imprensa joga ao público, não é do **indivíduo policial, nem de um grupo determinado de policiais**, ao contrário, é sistemático, histórico e estrutural, pois os governantes mais se preocupam com uma forma de manutenção do poder do que na real eficiência das investigações, não à toa insistindo na militarização das polícias,

certamente para manter a doutrina de hierarquia e disciplina imprescindíveis para a governabilidade. É o que preceitua o Prof. Luiz Flávio Gomes:

Polícia militar “vs” polícia judiciária. Parece muito evidente que uma política de segurança militarizada acabe priorizando o segmento policial que garante a governabilidade, em detrimento daquele que auxilia a Justiça penal na descoberta dos crimes. Aliás, quanto mais ineficácia da polícia judiciária (a que investiga os crimes), melhor para quem comete abusos no exercício da segurança pública militarizada. A quantidade de recursos, de pessoal, de tecnologia etc., dada para a polícia militar, é incomparavelmente maior que a recebida pela polícia civil. Vale mais a garantia da governabilidade que a descoberta de delitos. Se a polícia civil (judiciária) não descobre tantos crimes, isso não derruba nenhum governo. Sem a garantia da polícia militar o governo corre sério risco de queda. Tudo estaria a explicar a desatenção daquela frente a esta. (GOMES, Luiz Flávio. Nova Polí(cia)tica de Segurança. 2012. Disponível

em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930678/nova-poli-cia-tica-de-seguranca>. Acesso em: 25 abril 2018)

Esse é o mesmo pensamento de Alex Agra:

Para estudar os problemas do modelo das polícias no Brasil, é preciso entender que as contradições que o modelo de segurança pública apresenta vão além de obstáculos individuais, ou seja, questões de caráter ou formação de um policial (ou um grupo de policiais) específico(s). Trata-se de um empecilho sistemático muito bem colocado por um sistema criado para não funcionar. Visto isso, o objetivo dessa reflexão não será condenar ou isentar o policial enquanto indivíduo, mas entender que há em volta dele um contexto histórico, social e estrutural para que as limitações atuais existam. (AGRA, Alex. Estrutura e Indivíduo: Uma Análise Dialética da Segurança Pública no Brasil. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/uma-analise-dialetica-da-seguranca-publica-no-brasil-por-alex-agra>. 2016. Acesso em 10 de abril de 2018).

Enfim, discutir segurança pública e almejar uma diminuição da criminalidade com a aposição de puro policiamento ostensivo apenas produzirá estatísticas de política criminal simbólica, mas não enfrentará a evolução do crime de maneira substancial, visto que as ações policiais não irão atingir o âmago da questão, qual seja: a estrutura criminoso.

3. MANUTENÇÃO DE UMA ESTRUTURA ARCAICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Não é difícil perceber que a maior consequência da involução da segurança pública nacional é o aumento da criminalidade e da impunidade, gerando vastas implicações em todo o sistema jurídico pátrio, mas também fortes efeitos na Sociedade, pois esta, ao invés de desfrutar sua liberdade de maneira pacífica e ativa, vive enclausurada em casas, prédios e condomínios fechados que os colocam como reais detidos na comunidade, temendo pela integridade física, moral e patrimonial de seus entes queridos.

Se olharmos nossa cultura urbanística do século XX, notaremos que a arquitetura das residências era pautada pelos muros baixos, residências térreas, portões defasados para uma visão melhor não só dos proprietários, mas também dos transeuntes que passavam naquele local. Tudo isso fruto de uma sociedade rural, onde grande parte dos habitantes ainda morava em sítios, fazendas e gozavam de uma relativa segurança e paz em seu recanto bucólico.

Em pleno século XXI, o país evoluiu econômico e financeiramente, usufruindo a população de prazeres e vícios de países de primeiro mundo, adquirindo objetos considerados de luxo, viajando para os mais longínquos lugares, seja dentro ou fora do país. Todavia, os sabores do capitalismo são acompanhados dos dissabores do aumento indiscriminado da população, aumento este que não raro é seguido pela ampliação acelerada de favelas, que em 100% dos casos não possuem condições dignas de sobrevivência, resultando, ulteriormente, em campo fértil para a criminalidade.

É com esse dado social que os constituintes de 88 deveriam focar para efetivar a segurança pública de forma moderna e eficiente, implementando ações de inteligência para coibir o crescimento da criminalidade nas periferias. Porém, divergentemente, viu no crescimento de favelas um terreno fértil para a captação de votos de cabresto, usando a ignorância e a pobreza como trampolins para a manutenção do poder pelo poder. Neste sentido é o posicionamento do jornalista Marcos Rolim:

Via de regra, os gestores da segurança pública no Brasil são pessoas que pouco ou nada sabem sobre o tema e que, não raro, administram suas pastas com a sensibilidade aguçada por objetivos eleitorais. Os governantes, por seu turno, quando pensam em “resultados” em segurança pública, apostam em projetos que permitam a capitalização política a curto prazo, desprezando todas as iniciativas que demandem um tempo maior de maturação. Na maior parte das vezes, autorizam as políticas na área sem que estas tenham sido

selecionadas a partir de um diagnóstico competente e sem que elas próprias sejam um momento coerente dentro de um plano racional de segurança. Como tais iniciativas não são avaliadas, não é possível afirmar nada a respeito da sua eficácia. Os eventuais “resultados” serão sempre aqueles que seus proponentes divulgarem como peças de marketing. (ROLIM, Marcos, Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 01, Edição 01, 2007, Disponível em: https://ftp.jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/caminhos_inovacao_seg_br.pdf, Acesso em 29 de abril de 2018)

Entrementes, com a globalização social, o descontrole urbanístico, social e do próprio crime, que era restrito às periferias, ultrapassa e invade os espaços outrora pertencentes à **alta sociedade**, tornando a segurança pública, que antes era tratada de maneira relativa, no foco principal das discussões políticas, sobretudo pela mudança do farol do crime, antes voltado para as favelas e hoje, indiscutivelmente, direcionado para a classe abastada.

Contudo, por mais que a segurança pública seja tratada com a devida importância nos dias de hoje, ainda há uma resistência incomum para a inovação, para a modificação da estrutura, usando os governos das mesmas receitas, só que em doses maiores, para controlar o excessivo aumento da criminalidade, circunstância que compõe o problema a ser enfrentado.

Para ter uma ideia do descaso governamental, o art. 144 da CF/88 elenca e descreve as instituições envolvidas na segurança pública e prevê a elaboração de uma lei que a regulamentará.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

§7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Todavia, quase 30 anos após a Constituição Federal de 1988, nenhuma lei foi aprovada para regulamentar a segurança pública, comprovando que o assunto não é tratado como papel central do governo, ao contrário da Saúde e da Educação.

Com efeito, não existe qualquer padronização nacional da estrutura mínima das polícias nem de sua formação básica, bem como inexistem mecanismos de coordenação e integração das várias polícias dos estados federados, ou seja, ao

invés de haver um trabalho focado, uniforme e metodológico, há uma variedade de modos e formas que mais atrapalham do que ajudam, diluindo esforços no combate à criminalidade. Tal assertiva é corroborada pelo fato de que só recentemente foi criado um ministério para o setor.

Outrossim, as políticas de segurança pública dão importância ao puro policiamento ostensivo, se preocupando os governantes apenas com a exposição social das estatísticas criminais, ao invés de focar no combate à redução estrutural do crime.

Desta forma, nos parece ser estreme de dúvidas que discutir a pauta da segurança pública e a redução da criminalidade em uma perspectiva lógica de puro policiamento ostensivo converter-se-á em produzir estatísticas de política criminal simbólicas, ilustradas por números de intervenções policiais jamais traduzidos em números de redução de índices de criminalidade. Destarte, os dados sempre conduzirão a uma aparente ausência de correlação entre o trabalho policial e o seu impacto na redução da criminalidade.

Enfrentar a criminalidade através de policiamento preventivo, desacompanhado de investigações substanciais pela polícia judiciária, não reduzirá efetivamente a violência, ao contrário, apenas mudará o espaço de atuação do crime organizado, haja vista a manutenção de seu aparelhamento criminoso, traduzindo, assim, uma política figurada de enfretamento ao crime.

Soma-se a isso o fato de que o próprio policial resiste à inovação em decorrência de uma cultura policialesca voltada simplesmente a repressão por repressão, sem se preocupar com a finalidade geral negativa da pena, no que concerne ao poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária das normas em geral. Excelente ponto de vista é exposto pelo jornalista Marcos Rolim, na Revista Brasileira de Segurança Pública, *in verbis*:

Assim, para todos aqueles que estão acostumados a um tipo de abordagem repressiva e que imaginam que a atividade policial seja exclusivamente isso, será, por certo, bastante difícil operar uma transição para um modelo fundado em outras premissas; um modelo em que, por exemplo, a repressão esteja subordinada a uma racionalidade preventiva. Por óbvio, a resistência à inovação oferecida pelas instituições policiais não é apenas motivada por diferenças culturais ou ideológicas. Ocorre que o atual modelo de polícia tem permitido também que determinados interesses particulares, articulados ilegalmente e mesmo em estreita colaboração com grupos criminais, tenham fincado raízes nas instituições policiais. Reformas, então, também ameaçam práticas

altamente lucrativas já acomodadas na instituição, e que beneficiam parte das elites policiais. Assim, como diria Maquiavel, “o inovador tem por inimigos todos aqueles que obtinham vantagens com as velhas instituições”. (ROLIM, Marcos, Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 1, Edição 01, 2007, Disponível em: https://ftp.jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/caminhos_inovacao_seg_br.pdf, Acesso em 29 de abril de 2018)

Não podemos olvidar que é da tradição e cultura brasileira a militarização das polícias urbanas para a prática do policiamento ostensivo, circunstância que engessa ainda mais a segurança pública, pois tal modelo é incapaz de investigar os novos crimes e delinquentes, mais estruturados e preparados intelectualmente. Zaffaroni, citado por Luiz Flávio Gomes relata isso com astúcia cirúrgica, *in verbis*:

O modelo policial militarizado, hierarquizado, de ocupação territorial e com capacidade de arrecadação autônoma está esgotado na globalização, porque é incapaz de fazer frente às novas formas de tráficos e mesmo ao delito convencional. Ele gera uma forte desconfiança na população, o que repercute no esclarecimento dos delitos: as pessoas resistem em testemunhar, temem represálias, e, com ou sem fundamento, suspeitam que os funcionários possam ser cúmplices ou encobridores. É um modelo suicida, que serviu para uma sociedade estratificada ou oligárquica, mas que hoje destrói uma instituição necessária, porque vai anulando sua função manifesta, perde eficácia preventiva, os comandos médios escapam ao controle, não é possível controlar a corporação quando excede certa dimensão, o recrutamento indiscriminado permite que se infiltrem algumas pessoas que pretendem montar seus próprios sistemas de arrecadação, associando-se à delinquência comum, a imagem do Estado se deteriora, a decepção se espalha. (GOMES, Luiz Flávio. Nova Polí(cia)tica de Segurança. 2012. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930678/nova-poli-cia-tica-de-seguranca>. Acesso em: 25 abril 2018)

Enfim, tratar a segurança pública de maneira arcaica só tende ao aumento da criminalidade, pois com a falta de investimentos e de políticas públicas substanciais nesta área o país estanca em todos os aspectos, dentre os quais o econômico, haja vista a preocupação dos empresários com os prejuízos patrimoniais da ação criminosa.

4. SOLUÇÕES PARA DIMINUIR A CRIMINALIDADE

Inicialmente, devemos ter em mente que soluções encontradas para qualquer problema passam pela constatação de que várias áreas devem ser analisadas e estudadas profundamente, visto que cada aspecto contribui para o nascimento da dificuldade. Com a segurança pública não é diferente, principalmente ante o fato de que ela tem como base o aspecto social, donde emerge o pluralismo de personalidades e de ambientes que favorecem ou não o crime.

Com efeito, devemos nos esmiuçar em três pontos imprescindíveis para uma melhoria da segurança pública e a conseqüente redução da criminalidade, quais sejam: Monitoramento de Crianças e Adolescentes; Sistema Penitenciário; e Valorização da Polícia Judiciária e Científica.

Por mais que este artigo não tenha o objetivo principal de tecer os erros das políticas sociais empreendidas pelos diversos governantes, sabido é que a falta de educação, saneamento básico, urbanismo, dentre outros, são terrenos férteis para o surgimento do crime, onde jovens são flertados e cooptados sob a influência do dinheiro fácil e prazeroso, mas também pela circunstância da total ausência estatal. Maior exemplo dessa assertiva são as favelas, locais esquecidos há tempos pelos governantes e que foram totalmente dominados por organizações criminosas e milícias, submetendo seus moradores a regras paralelas, sob pena de morte.

Estudos realizados pelo IPEA, com o intuito em mapear as condições educacionais nos territórios prioritários, no âmbito do Pacto Nacional pela Redução de Homicídios (PNRH), constatou que para cada 1% a mais de jovens entre 15 e 17 anos nas escolas, há uma redução de 2% na taxa de assassinatos, ou seja, o investimento em educação é responsável pela diminuição da criminalidade e passo essencial para a eficiência da segurança pública, pois o jovem ou adolescente não fica ocioso no seu dia a dia.

Ademais, relatório do Banco Mundial constatou que 52% da população jovem do Brasil, o que representa quase 25 milhões de pessoas, estão fora da produtividade, incluindo nesta conta 11 milhões de jovens que nem trabalham, nem estudam, tornando-se alvos fáceis para a entrada no crime. Tal estudo também ressaltou que não só a moradia, como também a renda, influenciam na redução dos homicídios, circunstância que corrobora a constatação de que o grande problema da criminalidade é a ausência estatal.

Assim, cabe ao Estado, através dos seus diversos órgãos, monitorar de perto o comportamento escolar e social do adolescente, buscando intervir o quanto antes nas suas ações, procurando em tempo integral afastar o jovem das intensas investidas do crime.

Um segundo ponto para redução da criminalidade é tornar eficiente o sistema penitenciário nacional. Não precisa ser especialista no assunto para saber que o sistema penitenciário está falido e que grande parte dos crimes cometidos no país é ordenado e planejado de dentro dos presídios, local que hodiernamente serve de base para a maior organização criminosa do país: O PCC.

O então ministro da justiça (1992-1994) e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Maurício Correia, proferiu sabias palavras sobre o assunto, *in verbis*:

A questão penitenciária do Brasil é grave. Sua solução extremamente complexa. E o ponto de partida é a compreensão de que, enquanto persistirem as causas geradoras da criminalidade violenta, enquanto não se reformular o sistema penal brasileiro – destinando-se os presídios somente aos efetivamente perigosos –, nenhum Governo conseguirá equilibrar o sistema penitenciário. A solução está, assim, integrada à reorganização do Estado, ao estabelecimento de políticas públicas eficientes e justas, com vistas ao bem-estar de toda a sociedade.

Primeiramente, temos que frisar que prendemos mal. Existe no país uma cultura do encarceramento onde tudo deve ser resolvido mediante a prisão, tornando as prisões cautelares, preventiva e temporária, como a regra, ao invés da exceção, da *ultima ratio*, situação que coloca agentes de alta periculosidade misturados com investigados/réus/condenados primários ou que tenham praticado crimes de pequeno grau de reprovabilidade. Um grande exemplo é a convivência de presos encaixados na lei Maria da Penha com autores de homicídios e latrocínios, conjuntura que possibilita uma corrupção daquele apenado, pois, na grande maioria das vezes, encontra-se em posição delicada dentro do sistema penitenciário, sendo obrigado a praticar condutas ilícitas por forte influência emocional, não raro sob ameaça de morte.

Assim, as modificações trazidas pela lei 12.403/11 devem ser aplicadas veementemente pelos órgãos judiciários, colocando as prisões cautelares não só como *ultima ratio*, mas também como meio para reprimir apenas crimes violentos e aqueles que mais causem danos à Sociedade, ao contrário do que acontece nos dias atuais, onde um autor de um furto é comparado a homicidas e traficantes de drogas.

Um segundo ponto sobre o sistema penitenciário é o controle das saídas, temporária ou definitiva, dos presos. Cabe ao Poder Público vigiar tais indivíduos como forma de política criminal, pois é comprovado que grande parte dos egressos volta a delinquir no retorno ao convívio social.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), feita em 2015, mostrou que a cada quatro ex-presidiários, um volta a cometer crimes no prazo de cinco anos, isto é, cerca de 25% do total dos presos são reincidentes. Desta forma, se houver um controle na ressocialização do agente infrator, tal taxa tende a cair, reduzindo, conseqüentemente, o número de delitos.

Saliente-se que a lei de execução penal (lei nº 7.910/84), produzida há mais de 30 anos, elenca a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, quanto ao regime semi-aberto, e a casa de albergado, quando ao regime aberto, como institutos imprescindíveis para a progressão de regime, onde a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado são postos em destaque para seu retorno ao convívio social. No entanto, passados mais de 30 anos, tais estabelecimentos não são colocados em prática, tornando a ressocialização quase impossível.

Nessa toada, cabe ao Estado controlar o retorno do apenado à sociedade, dando amparo institucional e social, dando oportunidade para que o mesmo volte ao mercado de trabalho através de cursos promovidos tanto dentro quanto fora do estabelecimento criminal, pois, só assim, o meio que influenciou o agente infrator para o cometimento do crime será substituído pelo meio da educação, do trabalho e do esforço individual, gerando, conseqüentemente, uma modificação do estilo de vida do condenado que resultará a longo e médio prazo a redução da criminalidade.

Por fim, o investimento maciço no trabalho investigativo é *conditio sine qua non* para o desmanche do crime organizado.

Como já foi frisado anteriormente, o policiamento ostensivo não é o meio hábil para desvendar os crimes e as estruturas criminosas do século XXI, nem mesmo as investigações realizadas outrora são eficientes no deslinde dos casos atuais. Resolver um caso sem qualquer prova técnica, com apenas provas testemunhais, não condiz com a qualidade do crime organizado, sobretudo quando este coage testemunhas no decorrer da persecução criminal.

Os responsáveis pela segurança pública devem modificar sua forma de atuação, investindo em tecnologias e aprimorando a capacidade do efetivo policial, bem assim desmembrar a Polícia Judiciária das outras policias, haja vista seu trabalho de apoio à jurisdição.

Desta feita, imprescindível a autonomia da polícia judiciária e a extensão das garantias dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público aos Delegados de Polícia, pois, além de os mesmos serem considerados como exercentes de atividades jurídicas, suas funções são essenciais à consecução dos objetivos pautados pela justiça. Francisco Sannini Neto da sua opinião sobre o assunto:

De fato, as funções de apoio ao Poder Judiciário e a apuração de infrações penais repercutem diretamente na consecução da Justiça. Ao cumprir um mandado de prisão, por exemplo, as polícias Civil e Federal viabilizam a execução de uma pena ou asseguram a instrução processual. Por outro lado, através de investigações criminais, as polícias judiciárias conseguem reunir elementos probatórios que demonstram a justa causa necessária para o início do processo, instrumento indispensável para se chegar legitimamente à pena.

Conclui-se, pois, que as atividades exercidas pelas polícias judiciárias estão diretamente ligadas à Justiça e apenas indiretamente ligadas à segurança pública. Por óbvio, na medida em que se assegura a responsabilização penal do autor de um crime, de maneira reflexa também se contribui para a redução da criminalidade, uma vez que, quanto maior a eficiência da investigação criminal, maior a certeza da punição do criminoso, que, nesse cenário, será desestimulado a delinquir.

Um exemplo da eficiência da investigação criminal na redução das estatísticas criminais envolve o delito de extorsão mediante sequestro, previsto no artigo 159, do Código Penal. No final da década de 1980, houve uma explosão de extorsões mediante sequestro, sendo que vários empresários foram vítimas dessa infração, fazendo com que o Congresso Nacional editasse a Lei 8.072/90, criando os crimes hediondos e impondo os maiores rigores para os seus autores.

Destaque-se, todavia, que não foram esses rigores jurídico-penais os responsáveis pela redução das extorsões mediante sequestro, mas um sistema eficiente de investigação criminal. Foi a probabilidade de não obter êxito no seu ímpeto criminoso que resultou na redução desse tipo de crime. Nesse contexto, salta aos olhos a importância das polícias judiciárias na promoção e concretização da Justiça.

Não é outro o magistério de Zacariotto, senão vejamos:

(...) Deve a polícia judiciária ser tão-somente identificada como a atividade de pesquisa, necessariamente desenvolvida dentro dos parâmetros garantidores de isenção e de justiça, voltada à elucidação da verdade sobre os fatos considerados transgressores às leis penais, assim mirando, e em caráter

restritivo, proporcionar condições excelentes ao Poder Judiciário para a aplicação do direito em face do aclarado caso concreto. No Estado Democrático de Direito, o exercício policial judiciário somente se fará legítimo quando balizado por um único e exclusivo compromisso, firmado não com a administração e/ou segurança públicas, mas sim, e cogentemente, com os fins de justiça criminal. (NETO, Francisco Sannini. Polícia judiciária está funcionalmente vinculada ao sistema de Justiça Criminal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/francisco-sannini-policia-judiciaria-vinculada-justica-criminal>. 2018. Acesso em 30 de abril de 2018)

A autônoma administrativa e financeira das polícias judiciárias é de fundamental importância sobre a qualidade das investigações, visto que não raro intervenções políticas são usadas para travar diligências contra apadrinhados e membros dos poderes, dificultando a responsabilização penal de forma isonômica. Tais intervenções foram percebidas no curso da **Operação Lava Jato**, onde todos os envolvidos na persecução penal sofreram retaliações de todas as formas com o único desiderato em descrer o trabalho investigativo.

Com a autonomia administrativa e financeira, os membros da polícia judiciária podem investir maciçamente em tecnologia e aperfeiçoamento investigativo, ministrando e investindo em cursos, softwares e aparelhos que facilitarão o desenvolvimento e o rumo das investigações.

Divergentemente, os governantes raramente investem em tecnologia e inovações, certamente temerosos que as investigações recaiam sobre suas pessoas. Um bom exemplo foi a inserção da delação premiada no ordenamento jurídico pela lei 12.850/13, a qual foi amplamente criticada por representantes de um partido político pelo seu uso no âmbito da **Operação Lava Jato**, todavia, esquecem tais críticos que a aprovação, promulgação e sanção de tal legislação foi pelo Presidente da República filiado ao próprio partido!!!

Nesta senda, percebe-se que o grande obstáculo das investigações criminais no país é fruto da falta de recursos suficientes para o desenvolvimento das diligências e não de quem desempenha essa função.

Corroborando este pensamento, vê-se a quase inexistência de polícias científicas na atuação policial, sendo hábito arraigado no país, de norte a sul, a modificação do local do crime não só por policiais, mas também por transeuntes, circunstância que resulta na qualidade dos procedimentos policiais e judiciais, já que a investigação desagua no processo penal propriamente dito.

Enfim, deve os governantes proporcionar uma revolução no país em termos de segurança pública, aplicando inovações com o fim em controlar e monitorar a

criminalidade através dos novos recursos tecnológicos, dentre eles o uso de câmeras, mapeamento de DNA, reconhecimento de voz, de face, dentre outros.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo explicar as dificuldades enfrentadas pelos agentes de segurança pública no trato com o aumento vertiginoso da criminalidade, principalmente tendo em vista a inexistência não só de meios, mas também de incentivos, para que tais servidores possam atuar de maneira eficaz e diligente contra o crime organizado que assola e se irradia nas mais diversas regiões deste país com limites geográficos continentais, circunstância que dificulta sobremodo o combate ao crime.

No primeiro capítulo, teço comentários sobre a falta de profissionalização da segurança pública, enfatizando que tal tema nunca foi abordado de maneira relevante pela assembleia constituinte no instante de formalização da Constituição de 1988.

Já no segundo capítulo, analiso que os governantes, mesmo sabendo do modelo arcaico de segurança pública existente em nosso país, ainda mantém a mesma nos mesmos moldes de outrora, tanto que 30 anos após a confecção de nossa Carta Magna, nenhuma lei foi discutida para regulamentar a segurança pública.

Outrossim, no terceiro capítulo, indico que a forma de mudar tal estrutura é implementando e concretizando, pelo Estado, meios e técnicas inovadoras para inserir a inteligência como núcleo essencial no combate ao crime organizado, valorizando o trabalho de Polícia Judiciária e Polícia Científica para que ambas colham o maior número de elementos de informações imprescindíveis para a investigação criminal, com o fim mediato em embasar o *decisum* judicial e, conseqüentemente, robustecer a responsabilidade daqueles que atuam contra o Estado Democrático de Direito.

Desta feita, conclui-se que o grande problema do aumento descontrolado da criminalidade é conseqüência da falta de interesse governamental, onde os governantes se preocupam apenas em propagar estatísticas simbólicas para ludibriar a sociedade, a qual, ultimamente, vem sofrendo em demasia com a violência urbana.

Ademais, é sabido que o nosso sistema de justiça criminal facilita a impunidade, sendo necessário o rompimento do modelo ostensivo de combate à criminalidade existente no século passado e a imperiosa reformulação dos mecanismos de investigação para um melhoramento da persecução criminal, medidas que só se realizam com investimentos significativos na policia judiciária e científica, com o fim em dar uma maior eficiência aos procedimentos policiais e,

consequentemente, reduzir os números assombrosos da criminalidade dos dias atuais.

Enfim, entendo que tal trabalho atingiu seu objetivo em expor as dificuldades encontradas no combate à criminalidade, mas também alcançou seu intento principal em propor uma revolução na segurança pública, alocando a inteligência como peça fundamental contra o crime organizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Alex. **Estrutura e Indivíduo: Uma Análise Dialética da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/uma-analise-dialetica-da-seguranca-publica-no-brasil-por-alex-agra>. 2016. Acesso em 10 de abril de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4ª Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2017.

CUNHA JR., Darley da. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. 1ª Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Polí(cia)tica de Segurança**. 2012. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930678/nova-poli-cia-tica-de-seguranca>. Acesso em: 25 abril 2018.

HOTT, José Lopes. **A Polícia Judiciária e o Combate à Criminalidade**. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/2845/2561>. 2015, acesso em 01 de abril de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 3ª Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 6ª Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2018.

MAIA, Kiev Moura, **Breve análise acerca da Constituição Simbólica de Marcelo Neves**, Disponível em: <https://kyevm.jusbrasil.com.br/artigos/113984199/breve-analise-acerca-da-constituicao-simbolica-de-marcelo-neves>, 2014, acesso em 17 de abril de 2018.

NETO, Francisco Sannini. **Polícia judiciária está funcionalmente vinculada ao sistema de Justiça Criminal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/francisco-sannini-policia-judiciaria-vinculada-justica-criminal>. 2018. Acesso em 30 de abril de 2018.

ROLIM, Marcos, **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 01, Edição 01, 2007, Disponível em:

https://ftp.jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/caminhos_inovacao_seg_br.pdf, Acesso em 29 de abril de 2018.

A DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR: ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

MYZAEI AGUIAR SANTOS: estudante do curso de Direito no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA)

GUILHERME GUSTAVO VASQUES MOTA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar e analisar o instituto da prisão cautelar, assim como os seus requisitos e compatibilidade com o princípio da razoável duração do processo, sem perder de vista também, a posição dos constitucionalistas que embasam a matéria. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais de superposição. Fazer breves comentários sobre as espécies de prisão cautelar: prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, bem como o afrontamento dos princípios constitucionais pertinentes: do estado de inocência, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade/reserva legal, com a decretação da prisão cautelar e da fundamentação das decisões judiciais. Fazer uma abordagem do tema sob a ótica do Código de Processo Penal. Por fim, compilar o melhor entendimento sobre a ocorrência de constrangimento ilegal em face do tempo de permanência nas prisões cautelares.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Cautelar. Prazo razoável. Devido processo legal.

ABSTRACT: This article aims to study and analyze the institute of precautionary detention, as well as its requirements and compatibility with the principle of reasonable length of the process, without losing sight of the position of the constitutionalists who base the matter. The methodology used is the bibliographic compilation and study of jurisprudential positioning of the superposition courts. Make brief comments on the types of pre-trial detention: red-handed arrest, pre-trial detention and temporary detention, as well as the confrontation with the relevant constitutional principles: state of innocence, reasonableness, proportionality, legality /legal reserve, with decree of the precautionary arrest and the reasoning of the judicial decisions. To approach the subject from the perspective of the Code of Criminal Procedure. Finally, compile the best understanding about the occurrence of illegal embarrassment in view of the length of stay in precautionary prisons.

Keywords: Criminal Procedure. Prison caution. Reasonable time. Due process of law.

INTRODUÇÃO

Neste dedicado artigo científico serão apresentadas argumentos e arrazoados pertinentes à constitucionalidade da prisão cautelar sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, serão expostos também uma relação com demais princípios constitucionais pertinentes: do estado de inocência, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade/reserva legal, e da fundamentação das decisões judiciais, os tipos de prisão cautelar: em flagrante, preventiva, temporária, breve análise destas prisões à luz do princípio da presunção de inocência.

O método adotado para o presente artigo será dedutivo, advento com dissecação das regras da prisão cautelar, bem como dos princípios constitucionais associados a ela, com a premissa finalidade de verificar se a adoção da prisão cautelar acata ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao tipo de pesquisa e a sua sistemática, será bibliográfico, através de estudo em doutrinas, leis, jurisprudência e demais fontes bibliográficas, propiciando que se alcance esclarecer a importância da utilização das prisões como medida cautelar penal.

O referido tema foi escolhido devido ao interesse e sua relevância na órbita jurídica e social, vista que existem demasiadas discussões e diversos entendimentos doutrinários pela aplicabilidade da prisão cautelar, com o fim de considerar a imprescindibilidade de ser respeitado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, este artigo tem por objetivo responder questões pertinentes quanto à aplicação da prisão cautelar, tendo em vista que, ferir a presunção de inocência do agente, principalmente sua dignidade quando é decretada sua prisão cautelar, pois está privando de sua liberdade de locomoção, sem antes de uma sentença penal já transitada em julgado.

1 DA PRISÃO CAUTELAR

As prisões efetuadas antes de a sentença transitar em julgado, não tem natureza de pena, haja vista que são dotadas de natureza cautelar.

As prisões cautelares têm por objetivo defender o meio social de um indivíduo perigoso, bem como garantir o trâmite regular do processo, com a prisão do indivíduo, conforme determina a legislação. Visa, ainda, o cumprimento da eventual sanção penal.

Para a realização da prisão cautelar é necessário ainda à presença de indícios suficientes de autoria ou participação, bem como o *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*.

A prisão cautelar deve-se fundar em um dos requisitos supramencionados, sob pena de ser considerada inconstitucional por desrespeitar ao princípio da presunção de não culpabilidade, que está previsto no art. 5º, LVII, da CF.

Em um Estado que ratifica o princípio de presunção de não culpabilidade, seria ideal que, o imputado somente fosse privado de sua liberdade de locomoção por força de uma prisão penal, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O penalista Mougenot (2009, página 399) afirma que:

Fora dessas hipóteses, à prisão de qualquer indivíduo será inconstitucional. Nesse caso, qualquer pessoa poderá impetrar habeas corpus em favor do ilegalmente preso, sendo de rigor que se determine sua imediata soltura. Uma vez ciente de prisão ilegal, diga-se, a autoridade judiciária terá o dever de determinar seu relaxamento (art. 5º, LXV, da CF). A recusa do juiz em fazê-lo, desde que evidente a ilegalidade da prisão, pode ensejar responsabilização da autoridade judiciária por crime de abuso de autoridade (art. 4º, d, da Lei n. 4.898/65).

O mestre penalista Rangel (2009, p. 677) define prisão cautelar como: “uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquele que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”. Seguindo essa ideia, medida cautelar é algo presente no processo cautelar, conseqüentemente, a medida cautelar conta como instrumento para se alcançar o que se pretende no processo de conhecimento, ou seja, a solução do caso penal.

Assim sendo, a prisão cautelar em primeiro momento não solucionará o problema do caso penal, haja vista, a precariedade das penitenciárias brasileiras que estão longe de atingir seus objetivos, qual seja: a ressocialização, educação e a referente punição ao seu delito.

Em segundo momento, a prisão cautelar afronta com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da presunção de inocência e principalmente com o direito de liberdade, princípios protegidos pela Carta Magna de 1988.

A prisão cautelar tem natureza de medida excepcional e não é utilizada como cumprimento antecipado da pena, ou seja, a qual não tem o intuito de garantir a instrução processual.

Pois bem, cumpre ainda, salientar que, a prisão somente poderá resultar de flagrante delito ou de decisão escrita e fundamentada do Juiz competente, e será

cumprida mediante mandado de prisão. A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal.

Dentro da órbita da prisão cautelar existem três tipos de prisões, são elas: a prisão em flagrante, à prisão preventiva e a prisão temporária, cujo que, será cada uma brevemente analisadas.

2 DOS TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR

2.1 Da Prisão em Flagrante

Como medida restritiva de liberdade e a única prisão em que não exigem ordem escrita por juiz, deve esta, ser verificada pelo aplicador se esta restrição à liberdade de locomoção está devidamente prescrita na lei, caso estando, sempre aplicando aquilo que dela emana, sem estender seu alcance ou restringi-la.

Pois bem, a prisão em flagrante delito decorre do momento em que o agente é surpreendido durante a execução do delito penal, ou seja, pode ser concretizada tanto na tentativa ou consumação (respeitando as normas após a consumação) do crime.

Rangel (2009, página 677), delimita dois elementos imprescindíveis para configuração da prisão em flagrante: a atualidade e visibilidades, definindo-as da seguinte forma:

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito.

Assim sendo, conforme enunciado do artigo 302 do Código de Processo Penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-lo;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nesse sentido, Demercian (2005, pg. 169), afirma que o estado de flagrância é a mais eloquente manifestação de presença de suficientes indícios de autoria e prova da existência do crime, permitindo-se aferir facilmente o primeiro requisito, a fumaça do bom direito.

Com relação ao sujeito em flagrante, temos a figura do sujeito passivo e do sujeito ativo. Sujeito ativo é qualquer pessoa que efetua a prisão do agente encontrado nas situações de flagrância prevista no artigo acima. Já no que diz respeito ao sujeito passivo, temos como o agente, o infrator, o autor do delito cometido, a pessoa que está em situação de flagrância.

Pois bem, muito se fala na prisão em flagrante como uma medida para anteceder a

Prisão Preventiva, outra espécie de prisão cautelar que tem caráter de medida cautelar.

Deste modo, a prisão em flagrante não é algum requisito para aplicação da prisão preventiva, vista que, ao receber o auto de prisão em flagrante, cabe ao juiz, utilizando-se fundamentação legal, conceder o relaxamento de prisão, ou então, quando houver os requisitos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* converter a prisão em flagrante em preventiva, podendo ainda conceder liberdade provisória com ou sem fiança, conforme previsão do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Alguns doutrinadores entendem que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo, isto posto que, não possui qualquer natureza jurisdicional, não sendo coerente considerar como medida processual acautelatória. Entretanto, outra parte da doutrina, entende que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de prisão cautelar, enquanto ainda, alguns outros defendem a prisão cautelar como uma medida precauteladora.

Nucci (2012, página 631) dispõe que:

Tem, inicialmente, natureza administrativa, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela polícia judiciária, mas se torna jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal, convertendo-a em preventiva.

Lima (2011, página 182) expõe que:

Pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelador. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precauteladora, porquanto não se dirige a garantir o

resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar.

Pois bem, inicialmente pode-se dizer que a prisão em flagrante tem caráter de medida precautelar, podendo torna-se empós medida cautelar após o juiz de direito convertê-lo em prisão preventiva.

Com isto, passemos a estudar sobre prisão preventiva.

2.1.2 Da Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar, que priva a liberdade do agente e é decretada pelo juiz competente durante o inquérito ou instrução criminal, ante a presença dos pressupostos legais, que visam assegurar os interesses da sociedade, ressaltando, que é compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na Carta Magna.

O doutrinador Capez (2005, página. 241) define prisão preventiva como: "Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do transito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores".

A prisão preventiva será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a fim de garantir da ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão preventiva, por trazer como consequência restrição a liberdade do indivíduo, antes do transito em julgado, somente se justifica enquanto puder realizar a proteção da persecução penal, e se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

O doutrinador Pacelli (2009, página 415) afirma que a prisão preventiva somente será decretada por decisão judicial escrita e fundamentada, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, haja vista a sua gravidade e decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais.

Além disso, Pacelli (Idem, página 415) ressalta que se faz necessário que a decretação da prisão provisória esteja expressamente prevista em lei, não podendo a autoridade judicial afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco o regular andamento processual, ou seja, visa preservar o adequado funcionamento de um processo.

Portanto, a decisão judicial que denegar ou decretar a prisão preventiva deverá ser sempre fundamentado, diante do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, ou melhor, incumbe ao juiz realçar as provas de existência ou inexistência da infração penal, bem como os indícios suficientes ou insuficientes de autoria, e demonstrando, ainda, os elementos do processo ou do inquérito policial a sua necessidade para garantia da ordem pública, da ordem econômica, como conveniência para instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Cumpra ainda registrar, que a mera repetição dos termos legais, sem qualquer referência as circunstâncias do caso concreto, não satisfaz a exigência legal prevista nos dispositivos legais: artigo 315, do Código de Processo Penal e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pois deve o juiz apreciar os fundamentos de fato e de direito do pedido, ou seja, motivar a sua decisão.

Quando o juiz verificar pelo conjunto probatório constante dos autos terem o agente praticado o crime em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente.

A prisão preventiva também tem o seu tempo de duração e submete-se à cláusula da imprevisão – *rebus sic stantibus*, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos/requisitos que ensejaram a sua decretação, bem como renovada quando sobrevieram razões para que subsista (artigo 316, do Código de Processo Penal).

2.1.3 Pressupostos que autorizam a prisão preventiva

Para o juiz decretar a prisão preventiva, um dos pressupostos estabelecidos no art. 312 do CPP, devem estar presentes, bem como a prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria.

O doutrinador Mougno (2009, página 405) aduz que apenas a presença do *fumus boni iuris* (existência de prova da materialidade e indícios de autoria), não é suficiente para que seja decretada a medida cautelar, como já dito acima, faz-se necessário a presença de um dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, quais sejam:

a) garantia da ordem pública: entende-se por ordem pública, a paz, tranquilidade no meio social. Tal medida visa proteger a coletividade, em face de periculosidade de o agente vir a cometer novos crimes, se este estiver praticando reiteradamente crimes, haverá perturbação da ordem pública.

Sobre a matéria, segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 80.719/SP, Rel. Min. Celso Mello, DJU, 28-9-2001), in verbis:

O Estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração

penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedente. A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou réu.

O Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de nº 413, ao expor fundamentos sobre a conversão de uma prisão temporária em preventiva, explicitou que: a gravidade e a crueldade, por si sós, não são suficientes a embasar a preventiva, porém a agressão e a ameaça às testemunhas o são.

Verifica-se que, a gravidade do crime, por si só, é insuficiente para decretar a prisão preventiva, porém se aferida a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido, é suficiente para fundamentar a decretação da aludida prisão.

2.1.4 Crimes passíveis de decretação da prisão preventiva

O princípio da proporcionalidade impõe algumas restrições em matéria de prisão cautelar, de modo a impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada ao agente na ação penal, ao final do processo.

Dispõe o art. 313 do CPP que a regra geral é a permissão da prisão preventiva para os delitos dolosos punidos com reclusão, e desde que presentes alguns dos pressupostos estabelecidos no art. 312 do CPP.

Uma vez decretada a prisão preventiva, preenchido os requisitos legais, será admissível nos seguintes casos: se a pena é de reclusão, se o crime for punido com pena de detenção e apurar-se que o agente é vadio ou não indicar elementos para esclarecer sua identidade, quando houver dúvida quanto a esta, se o imputado for reincidente em crime doloso, conforme ressalva o disposto no art. 64, I, do CP e se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Em sua obra doutrinária Mougenout explana que não se admite a prisão preventiva em crimes culposos e em contravenções penais e se houver prova de que o acusado agiu por alguma causa de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de

direito) - art. 314 do CPP, ou se, ainda, o juiz verificar pelas provas dos autos, que o agente cometeu o crime sob coação moral irresistível ou erro de proibição também não deve decretar a sua prisão.

2.1.5 Da Prisão Temporária

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, onde que, visa auxiliar nas investigações do inquérito policial, sendo assim, jamais será decretada na ação penal, mas então somente no ciclo da investigação policial, cujo qual, está devidamente disciplinado na Lei n. 7.960 de 1989.

Capez entende que prisão cautelar possui natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes. Em conformidade com o dispositivo do artigo 2º, da Lei nº 7.960/89, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante requerimento do Ministério Público ou representação de autoridade policial e terá seu prazo de duração de 05 (cinco) dias, prorrogáveis pelo mesmo período em casos de extrema e comprovada necessidade.

Tourinho Filho (2008, p. 535/536) delimita em sua obra que:

Somente o Juiz, mediante representação de Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, e de terrorismo, o prazo de prisão temporária é de 30 dias, prorrogável por igual período e caso de extrema e comprovada necessidade, conforme alteração procedida pela Lei n. 11.464/2007.13.

Para o Távora (2010, p. 546) Se o inquérito chegou ao fim, à necessidade da temporária desaparece, e a liberdade é obrigatória.

A falta de prévia instauração do inquérito não impede a decretação da medida cautelar, pois os elementos de convicção podem ter sido extraídos de investigação realizada pelo Ministério Público.

A prisão temporária não poderá ser decretada de ofício. Depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial (artigo 2º, caput), caso em que deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 2º, §1º). O Juiz terá, após o requerimento ou representação, 24 horas para determinar fundamentadamente, se for o caso, a prisão temporária (art. 2º, §2º).

As hipóteses em que caberá a prisão provisória estão descritas no artigo 1º da Lei nº 7.960/89, in versus:

Art. 1º - Caberá prisão temporária:

I) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159 caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

A decretação da prisão temporária depende da existência concomitante da hipótese do *fumus commissi delicti*, em conjunto com uma das hipóteses dos incisos I ou II do supra dispositivo legal, reveladoras do *periculum libertatis*.

Sobre a referida prisão provisória, cabe destacar uma jurisprudência do STJ:

PROCESSO PENAL PRISÃO TEMPORÁRIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO.

1. A decisão que decreta a prisão temporária lastreando-se apenas na gravidade do delito encontra-se sem a devida

fundamentação. Tal medida é de natureza excepcional e deve conter elementos concretos que ensejem sua adoção. 2. Ordem concedida para que seja revogada a prisão temporária decretada.

Porém, para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.

Nesse sentido, é possível o quão importante é a fundamentação da prisão temporária, haja vista que a motivação da decisão é uma condição protegida pelo artigo 93, inciso IX da Constituição Federal logo após a implantação da EC 45/2004. Sendo assim, não é admitida a autorização da prisão somente pela gravidade do delito.

Esse tipo de prisão cautelar é alvo de imensas críticas doutrinárias, visto que, no Estado Democrático de Direito como assevera a Carta Magna, não é admissível prender um indivíduo para depois apreciar se esse é culpado ou não.

Os doutrinadores como Tourinho e Paulo Rangel partem da premissa de que mesmo nos processos penais deve-se respeito aos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, do contrário o estado se transforma em um violador da norma constitucional.

3. A LIMITAÇÃO DOS PRAZOS DA PRISÃO CAUTELAR

É sabido que o Código de Processo Penal não prevê prazo para a duração da prisão cautelar, contudo, estabelece prazos para a prática de atos durante a persecução penal, tais como: prazos para a conclusão do inquérito policial, oferecimento da denúncia, designação de data para audiência de instrução e julgamento, quando o réu estiver preso.

Mougenot (2009, pá. 420) afirma que:

A decretação da prisão preventiva não se faz por prazo determinado, isto é, possui caráter *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as coisas continuarem como estão.

Entretanto, é certo que não pode o réu permanecer preso preventivamente por prazo indeterminado, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal. Nesse caso, a jurisprudência tem criado mecanismo para a aferição da existência do chamado excesso de prazo.

Parte da doutrina entende que o prazo de 81 (oitenta e um) dias, para réu preso e 120 dias, para réu solto, estabelecido no art. 8º da Lei 9.034/95, cuja redação foi alterada pela Lei 9.303/96, que dispõe das ações praticadas por organizações criminosas, aplica-se a todos os casos de prisão cautelar em que não há prazo determinado.

O doutrinador Eugênio Pacelli (2009, p. 456) pondera que o prazo de 81 (oitenta e um) dias teve sua origem em construção jurisprudencial, firmada ao longo dos anos, em consideração aos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no processo penal.

Pacelli (Idem, p. 456) ressalta ainda que,

A ausência de fixação de prazo certo para a duração da prisão preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado, nossa jurisprudência elaborou entendimento de que se tratando de réu preso provisoriamente no curso da instrução criminal, esta deveria ser concluída nos prazos previstos em lei, sob pena de caracterizar o constrangimento ilegal.

Assim, o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de 81 (oitenta e um) dias, levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito policial até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, §, 3º, do CPP.

Os nossos tribunais superiores também têm adotado esse posicionamento, pois é o entendimento que prevalece na jurisprudência.

Cumpra registrar que, o Supremo Tribunal de Justiça já sumulou a questão por meio da Súmula n.º 52: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".

A Súmula n.º 21 da mesma Corte é no mesmo sentido, porém se refere à decisão de pronúncia nos procedimentos do Tribunal de Júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo.

Pacelli (2009, p. 457/458), menciona ainda, um novo prazo no rito ordinário chegando ao total de 86(oitenta e seis) dias, conforme sua contagem:

A nova contagem no rito ordinário chegará a 86 dias, como regra, ressalvada circunstancia específicas de cada caso concreto, veja:

- a) 10 dias ou 15 na Justiça Federal, para a conclusão das investigações;
- b) 05 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia;
- c) 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, do CPP);
- d) até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400 do CPP), a serem acrescidos do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a decisão do recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei 7.690/89).

Eventuais atrasos na conclusão da instrução criminal, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo.

Pacelli (2009, p. 457/458) afirma que, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 (vinte) dias, sendo 05 (cinco) para cada parte e 10 (dez) para o juiz sentenciar.

A jurisprudência ressalva a relatividade desse prazo, que poderá ser excedido por justo motivo, admitindo-se em homenagem ao princípio da razoabilidade, que o acusado permaneça preso por mais tempo, procurando compatibilizar a duração desse prazo com o tempo necessário à prática dos atos de instrução do processo em análise no caso concreto, não ficando perplexo diante da inexistência de uma previsão legislativa específica e, tampouco, diante do já consagrado prazo de 86 dias fixado pela jurisprudência pátria.

Da mesma forma ocorre quando a demora excessiva for provocada pela própria defesa, que visa apenas e tão somente beneficiar-se da própria torpeza.

Sobre o tema segue a Súmula n.º 64 do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Se exceder o prazo da prisão cautelar sem justificativa, o magistrado da causa poderá revogar a prisão, determinando a soltura do agente. Nos casos em que isso não ocorra, a defesa poderá requerer a revogação da prisão por meio de habeas corpus, independentemente da natureza do crime em apuração, de acordo com a Súmula n.º 697 do STF: “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

Sobre o estabelecimento do prazo de duração da prisão cautelar e de sua compatibilidade com o prazo necessário à conclusão da instrução processual as Cortes Superiores já têm se manifestado.

Nesse sentido:

STF - EMENTA: Habeas Corpus. 2. Prisão Preventiva. 3. Excesso de prazo. 4. Razoabilidade. 5. Complexidade do processo. 6. Precedente. 7. Ordem denegada.

STF - EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO. RAZOABILIDADE. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. 1. É legítima a prisão preventiva fundada na necessidade da instrução criminal, na garantia da aplicação da lei penal e na preservação da ordem pública, estando esses requisitos concretamente demonstrados na decisão que a decretou. 2. Excesso de prazo na instrução criminal. Alegação improcedente, dada a complexidade do processo caracterizada pela quantidade de co-réus e a necessidade da expedição de precatórias para a oitiva de testemunhas residentes em outras comarcas. Precedentes. Habeas-corpus indeferido.

STJ - AÇÃO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE. PLURALIDADE DE RÉUS. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DEMORA JUSTIFICADA.

1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 2. A pluralidade de réus que integram o processo – 6 (seis) -, bem como as consequências advindas de tal fato, como a não localização de testemunhas e sua substituição, demandam um maior intervalo para a conclusão do sumário de culpa, não se podendo atribuir eventual atraso a suposta negligência da autoridade judiciária, que, ao contrário, tem procurado dar diligente andamento ao feito. 3. Ordem denegada.

Sendo assim, configurando excesso de prazo, por mais que trate de crime hediondo ou não, deve ser rebatido pelo Poder Judiciário, vista que, que não é

tolerável admitir que persista, no tempo, sem qualquer razão, a duração da prisão cautelar do imputado, em cujo benefício castiga a presunção constitucional de inocência.

Não há que se olvidar que a prisão cautelar não pode converter-se em forma antecipada de punição penal, uma vez que a privação cautelar da liberdade é a exceção e não retira do réu o direito de responder o processo em liberdade e principalmente a um julgamento em prazo compatível com a complexidade da causa, como decorrência da garantia constitucional do *due process of law*, conforme preceitua a Constituição Federal Brasileira em seu art. 5º, incisos LV e LXXVIII.

A dignidade humana é um atributo da pessoa, não podendo ser medida por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos, entre outros. Como princípio fundamental do Estado Democrático brasileiro, a dignidade da pessoa humana, juntamente com o direito à vida e à liberdade, são garantias individuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema preleciona Sílvia Mota:

O princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana é base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades. É a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, asseguradas o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões.

Sílvia Mota defende, ainda, que, cabe ao Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. Todavia, a dignidade humana pode ser por diversas maneiras violadas, entre estas, através da qualidade de vida desumana, de medidas como a tortura que, sob todas as modalidades, são inibidoras do desenvolvimento humano. Portanto, é relevante que o homem dê sentido à sua própria vida, e quanto ao Estado cabe este facilitar-lhe o exercício da liberdade.

Desta forma, verifica-se que é de extrema relevância e de grande necessidade a fixação do prazo razoável para a prisão cautelar, que, por ser limitadora de uma das primordiais garantias do indivíduo, qual seja sua liberdade, pode acarretar constrangimentos ilegais se não fixada de forma excepcional, proporcional e coerente com sua função acautelatória, não podendo ser utilizada como antecipação de pena, eis que fere o princípio de estado de inocência.

A Constituição Federal de 1988 consagra o estado de inocência, prevendo que o cidadão somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), do que se extrai que a execução da pena em desfavor do agente somente é possível se calcada em condenação definitiva.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente à justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência, senão vejamos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgreda a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado - satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes - encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao "status libertatis" do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas", admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da

imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária.
Doutrina.

Precedentes. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O POSTULADO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. - O Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, por entender que orientação em sentido diverso transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência.

Para evitar que a prisão provisória cause danos irreparáveis a pessoa, é primordial que tal medida possua um prazo definido legalmente, em caso de omissão no ordenamento jurídico, cabe ao juiz competente, ponderar os requisitos da prisão cautelar, frente ao princípio da razoabilidade, verificando se a prisão é legal e se possui o condão de alcançar os objetivos a que se propõe.

Assim, quando ocorre o excesso de prazo, na prisão cautelar, resta evidente que o Estado está desprezando o a liberdade de locomoção do cidadão, bem como ainda, contraria a direito básico de toda e qualquer pessoa, qual seja, o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (Constituição Federal, artigo 5º, LXXVIII) e demais garantias reconhecidas pela Lei Maior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que quando a duração é prolongada, abusiva e não razoável à prisão cautelar do agente, está ofendendo frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, presente em nossa Carta Magna, artigo 5º, incisos LIV e LXXVIII.

Logo que configurado o excesso na extensão da prisão cautelar do agente, este não pode permanecer exposto a tal situação abusiva, mesmo que este tenha praticado crime considerado hediondo (Súmula 697/STF), haja vista, configurado nestes casos a inconstitucional antecipação executória da sanção penal.

4. CONCLUSÃO

Diante das considerações acima mencionadas, pode-se concluir que toda prisão de natureza processual ou provisória, ou seja, aquela que não decorre de condenação transitada em julgado, tem natureza cautelar, devendo atender aos requisitos e às formalidades legais.

Ressalta-se, ainda, que a aludida medida cautelar não pode converter-se em forma antecipada de punição penal, uma vez que a privação cautelar da liberdade é a exceção e não retira do réu o direito de responder o processo em liberdade.

A Carta Magna de 1988 elege o princípio do estado de inocência, prevendo que o agente é considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença penal

que o condenou, conforme artigo 5º, LVII, vista que para a execução da pena em desfavor do réu ocorre apenas com o apenar definitivo.

O artigo 5º, LXI, do mesmo ordenamento jurídico preceitua que “ninguém será preso em senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”.

Além dessas garantias individuais (direito à liberdade), a Constituição Federal assegura outra garantia, como por exemplo, a dignidade humana, que é um atributo da pessoa, não podendo ser medida por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos, entre outros. Cabe ao Estado proporcionar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

Assim, em regra, sempre que uma prisão for decretada, esta deve ter como base a decisão do juiz, com a devida motivação e reduzida a escrito, porém, pode ocorrer da flagrância do crime, onde qualquer cidadão pode concretizá-la.

O objetivo das prisões cautelares é defender o meio social de um indivíduo perigoso, bem como garantir o trâmite regular do processo, conforme determina a legislação.

Quanto ao prazo máximo de duração da prisão provisória, não há nenhuma previsão na legislação penal, contudo, nossos tribunais superiores têm fixado o prazo de 81 (oitenta e um) dias, já que parte da doutrina entende que o referido prazo, estabelecido no art. 8º da Lei 9.034/9, aplica-se a todos os casos de prisão cautelar em que não há prazo determinado.

Com a vigência da nova Lei 11.719/2008, que alterou os ritos procedimentais, passou-se o entendimento de que o prazo de 81 (oitenta e um) dias deveria ser observado até o final da instrução, pois tal prazo não é absoluto e sofre flexibilidade diante do caso concreto, devendo obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme as peculiaridades e especificidades dos fatos delituosos e a complexidade do processo.

Todavia, é primordial que tal medida possua um prazo definido legalmente. Em caso de omissão no ordenamento jurídico, cabe ao juiz competente, ponderar os requisitos da prisão cautelar, frente ao princípio da razoabilidade, verificando se a prisão é legal e se possui o condão de alcançar os objetivos a que se propõe, para impedir que a prisão provisória cause danos irreparáveis a pessoa, e observar, ainda, o seu tempo de duração, a fim de evitar o constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão.

Não obstante a omissão do legislador em relação à fixação do prazo da prisão provisória, o Código de Processo Penal, visa suprimir falha existente antes da

reforma do referido código, fixando um período máximo de duração da prisão preventiva, que é de 180 (cento e oitenta) dias e será contado do início da execução da medida.

E no que tange a prisão temporária, o seu prazo continua o mesmo da atual legislação, ou seja, esta não excederá a 05 (cinco) dias, admitindo-se uma única prorrogação por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Após o início da execução, o custodiado fugir, os prazos interrompem-se e, após ser recapturado, serão contados em dobro, porém em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassará o limite máximo de 03 (três) anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.

Exaurido o prazo legal supracitado, o réu será posto em liberdade.

Portanto, diante de todas estas colocações conclui-se que a prisão provisória só terá cabimento quando estiverem presentes os requisitos ou pressupostos legais e a decisão que a decretá-la deverá ser fundamentada pelo juiz competente.

Além disso, verifica-se que é relevante a fixação do prazo máximo de duração da medida cautelar na legislação penal, e que ao ser aplicado deverá observar as referidas garantias individuais previstas na Constituição Federal, evitando que o imputado cumpra um regime de pena mais severo do que aquele a ser imposto por sentença condenatória.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosamar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Curso de direito processual penal. 2. ed. rev. amp. Bahia: JusPodivm, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetrus, 2011.

MOTA, Sílvia. Princípio da dignidade da pessoa humana. Enciclopédia Virtual. Rio de Janeiro, RJ. 16 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br>. Acesso em 22 de junho de 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 de junho 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 de junho 2019.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 28 de junho 2019.

A APLICAÇÃO DO TIPO PENAL DO ART. 215 A AOS CRIMES SEXUAIS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA FACE À JURISPRUDÊNCIA DA 6ª TURMA DO STJ

GRACE KARINA SOARES DE ARAÚJO:

Bacharelada em Direito pela Instituição de Ensino:
CIESA - Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas.

FERNANDO BEZERRA DE OLIVEIRA LIMA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de relatar a decisão do STJ, em desclassificar o crime de estupro Art. 213 e aplicar a importunação sexual Art.215-A em um caso praticados sem violência ou grave ameaça, tornando a natureza da ação penal pública e incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu, justamente o crime de importunação sexual. Neste caso a conduta não pode ser igualada ao crime de estupro, a que requer o uso da violência e da grave ameaça. Assim sendo, o crime de importunação sexual descrito no artigo 215-A do Código penal passou a ser definido pela Lei n. 13.718/18, e caracteriza-se pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de "satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro". A pena será de reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constituir crime mais grave, o que impede o arbitramento de fiança em sede policial, mas admite a suspensão condicional do processo, após oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. O crime de importunação sexual tem como bem jurídico protegido, conforme o capítulo que foi inserido, a liberdade sexual da vítima. Ou seja, seu direito de escolher quando, como e com quem praticar atos de cunho sexual. O Código Penal preceitua no Título VI os crimes contra a dignidade sexual. Entre eles está o crime de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal, que traz em seu bojo a figura típica de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso." Aqui se verifica o caso em que o dissenso ou consentimento (válido) da vítima é elemento essencial para a tipificação ou o afastamento da tipicidade da conduta.

Palavras-chave: Importunação Sexual. STJ. Desclassificação do Crime. Pena. Crime Sexual

ABSTRACT: This article aims to report the STJ's decision to declare the crime of rape Art. 213 and to apply sexual harassment Art.215-A in a case committed without violence or serious threat, rendering the nature of the criminal action public and unconditional in crimes against sexual freedom and sexual crimes against vulnerable, considering the supervenience of criminal law more beneficial to the

defendant, precisely the crime of sexual harassment. The art. 215-A of the CP. Therefore, the crime of sexual harassment described in article 215-A of the Penal Code is now defined by Law no. 13.718 / 18, and is characterized by the performance of a libidinous act in the presence of someone in a non-consensual manner, with the aim of "satisfying one's own lust or that of a third party". The penalty will be imprisonment from 1 to 5 years, if the act does not constitute a more serious crime, which prevents the arbitration of bail in police headquarters, but allows the conditional suspension of the process, after offering the complaint by the prosecutor. The crime of sexual harassment has as its legal property protected, according to the chapter that was inserted, the sexual freedom of the victim. That is, your right to choose when, how, and with whom to perform sexual acts; The Penal Code provides in Title VI for crimes against sexual dignity. Among them is the crime of rape, typified in Article 213 of the Penal Code, which bears in its core the typical figure of "embarrassing someone, through violence or grave threat, to have a carnal conjunction or to practice or allow another person to practice with him. Here is another case in which the dissent or (valid) consent of the victim is an essential element for the typification or departure from the typicality of conduct.

Keywords: Sexual Opportunity. STJ. Disqualification of Crime. Feather. Sexual Crime
SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL X ESTUPRO. 1.1. QUAL A DIFERENÇA ENTRE O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E ESTUPRO? 1.2 SUJEITOS DO CRIME. 1.3. BEM JURÍDICO TUTELADO. 1.4. PENA. 1.5 TENTATIVA E CONSUMAÇÃO. 3. TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL. 4. STJ CONCEDE HC E APLICA NOVA LEI DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL PARA REDUZIR PENA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Com o envelhecido código penal de 1940 em vigor é necessário que algumas leis sejam criadas para que o direito penal possa acompanhar as evoluções da sociedade. É nesse sentido que entrou em vigor em 24 de setembro de 2018 a lei 13.718. A mesma veio para tornar a importunação sexual um crime, que antes era apenas uma contravenção penal e oferecia apenas multa como sanção da ação.

A Lei 13.718 introduziu no código penal o artigo 215-A que tratará sobre o crime de Importunação sexual, que foi tipificado da seguinte forma:

"Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)". Não parece, no entanto, ser este o entendimento do STJ, pois o Tribunal da Cidadania decidiu, recentemente, que o artigo 215-A do Código Penal é norma penal mais benéfica que a do artigo 213, do mesmo diploma legal, e deve retroagir¹.

A conduta punida nesse crime é "praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro". É importante dizer que ato libidinoso significa "qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido". Assim, deve-se observar sempre o dolo do agente, pois um médico, por exemplo, que toca sua paciente com intuito de examiná-la não se encaixa como agente desse crime.

1. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL X ESTUPRO

1.1. QUAL A DIFERENÇA ENTRE O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E ESTUPRO?

A prática de ato libidinoso contra alguém, sem o seu consentimento, no intuito de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro configura crime estupro? Não. Em tal hipótese, estará configurado crime de importunação sexual (art. 215-A do CP). Para ocorrer o crime de estupro (art. 213 do CP), deve haver o constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, para ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

Tal diferenciação é de suma importância, ainda mais considerada a quantidade de pena para cada delito:

Importunação sexual – reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave; Estupro (na forma simples) – reclusão, de seis a dez anos.

1.2 SUJEITOS DO CRIME

No que diz respeito ao sujeito ativo do crime trata-se de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode ser agente da ação, pois o artigo não traz determinações específicas. Já o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, com exceção do vulnerável que, lembrando, se o ato libidinoso for cometido contra menor de 14 anos ou "com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência" o crime praticado será o do artigo 217 sobre estupro de vulnerável. Ainda mais, o sujeito passivo precisa ser determinado, ou seja, o ato deve ser direcionado a uma pessoa ou caso contrário o crime poderá ser o de Ato Obsceno, onde o feito é direcionado ao público.

1.3. BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem protegido pelo artigo 215-A é a liberdade sexual da pessoa humana. Trata-se do direito individual de escolher com quem se deseja ter um relacionamento sexual.

1.4. PENA

A nova pena imposta pelo legislador é de 1 a 5 anos de reclusão se o ato não constituir crime mais grave. A quantidade em anos descrita impede que o autor do crime seja liberado pela autoridade policial mediante fiança, como diz o artigo 322 do Código de Processo Penal:

“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Porém, por ser um crime de médio potencial ofensivo admite-se a suspensão condicional do processo após o oferecimento da denúncia pelo Ministério público, segundo a Lei 9099/95 em seu artigo 89:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”. Já no que diz respeito a “se o ato não constituir crime mais grave” quis dizer o legislador que se um crime mais grave do que a importunação sexual for cometido junto a este a punição será pelo crime mais grave e não pelos dois crime ou tão somente pela importunação sexual.

1.5 TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

A consumação desse crime será no exato momento em que o ato libidinoso for cometido. Já a tentativa apesar de ser de difícil configuração também é admitida, surgindo no momento em que o agente vai para consumir o crime, mas é impedido por forças alheias a sua vontade.

3. TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL

Anteriormente á lei 13.718 os crimes contra a liberdade sexual eram de ação penal condicionada a representação, proporcionando a vítima a escolha de dar andamento ao processo penal ou não. Tendo em vista que para o andamento

do processo é necessário que a vítima se submeta a constantes perguntas sobre o fato ocorrido, entre outros procedimentos que podem deixar a mesma ainda mais constrangida e humilhada com os acontecimentos.

Já com as mudanças impostas pela nova lei a ação penal passou a ser pública incondicionada, tirando da vítima a liberdade de escolha sobre a continuação ou não do processo.

4. STJ CONCEDE HC E APLICA NOVA LEI DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL PARA REDUZIR PENA

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu Habeas Corpus para desclassificar uma condenação por estupro para importunação sexual. O tribunal aplicou ao caso o novo artigo 215-A do Código Penal, que descreve o crime de importunação sexual e divulgação de cena de estupro.

O artigo foi incluído no CP em setembro deste ano para agravar as penas de quem comete crime sexual sem violência ou grave ameaça. Foi uma resposta ao caso do homem que ejaculou numa mulher dentro de um ônibus, em São Paulo. Ele não pôde ser acusado de estupro por não ter havido violência nem ameaça no ato. Foi enquadrado no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais: "Perturbação da tranquilidade".

No caso julgado pela 6ª Turma do STJ, um homem havia sido condenado por estupro por apalpar os seios de uma mulher, por cima da blusa. Em segunda instância, a condenação foi reformada, e o réu foi enquadrado no artigo 65 da Lei das Contravenções.

O Ministério Público levou o caso ao STJ e a relatora, ministra Laurita Vaz, cassou a decisão da segunda instância e restabeleceu a sentença. No agravo levado à turma, reconsiderou. Disse que, apesar de o crime ser reprovável, a conduta não pode ser igualada ao crime de estupro, que requer o uso da violência ou de grave ameaça. Para Laurita, o caso analisado se enquadra na situação descrita pelo recém-criado artigo 215-A do Código Penal, que tipificou o crime de importunação sexual.

Seguindo o voto da relatora, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu, a turma readequou a classificação do tipo penal e fixou a condenação em um ano e dois meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Ocorre que o art. 215-A é, na realidade, *novatio legis in pejus*, pois tornou criminosas condutas antes restritas à Lei de Contravenções Penais. É princípio básico de Direito Penal – e direito fundamental estabelecido no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal – que a lei penal não retroage a não ser para beneficiar o réu. No caso julgado, o STJ considerou não caracterizado o crime de estupro porque a conduta, cometida antes da entrada em vigor da Lei 13.718/18, não trouxera

elementares do tipo do art. 213: violência ou grave ameaça. Ora, se a inexistência de elementares faz com que não se caracterize o estupro, analisa-se a lei em vigor à época dos fatos para buscar a tipificação adequada, que, no caso, seria a contravenção. Cotejada a figura da contravenção com a atual disciplina legal, conclui-se que o tratamento dispensado à conduta cometida pelo agente se recrudescer, motivo pelo qual é equivocada a incidência da nova lei na qualidade de retroatividade benéfica.

Se estivéssemos diante de situação em que o tipo do estupro admitisse condutas de importunação, sem violência ou ameaça, e a Lei 13.718/18 tivesse inserido no Código Penal o art. 215-A para conferir a tais condutas tratamento distinto e menos severo, aí sim poderíamos cogitar a retroatividade benéfica. Mas, definitivamente, não é este o caso.

Logo se percebe que a não utilização do tipo penal já existente e à disposição dos “operadores do direito” levou à criação de um crime com pena mais baixa, pois que a “Violação Sexual Mediante Fraude” tem pena prevista de “reclusão de 2 a 6 anos”. Ou seja, as vítimas (com destaque para as mulheres) serão molestadas e os molestadores, devido a uma interpretação distorcida e equivocada do ordenamento, serão punidos com o novo crime, que absolutamente não precisaria existir, com pena mais branda do que a que efetivamente poderia perfeitamente ser aplicada, não fosse a deficiência (com raras exceções) de nossa chamada “elite intelectual” (pois foram sempre pessoas de formação universitária que expressaram suas “abalizadas opiniões”). O grande e verdadeiro entrave em nosso país não é econômico nem social, mas educacional e cultural. Sem a solução dessa situação, estaremos sempre presos num lamaçal no qual quanto mais nos mexemos, mais afundamos. A mudança é urgente e será lenta. Se não iniciar de imediato por uma alteração estrutural, metodológica e de referencial teórico a Lei 13.718/18 é mais uma manifestação do chamado “Direito Penal Simbólico”, especialmente no que se refere ao tratamento dado à “Importunação Sexual”.

O legislador se preocupou em prever uma pena máxima privativa de liberdade maior que quatro anos, com vistas ao disposto no artigo 322, CPP, impedindo, destarte, a liberdade provisória com fiança pelo Delegado de Polícia, o que conferiria uma sensação falsa de punição célere e praticamente imediata dos infratores, quando, na verdade, logo na audiência de custódia, poderão perfeitamente ser liberados com ou mesmo sem fiança pelo Juiz. Seja como for, “legem habemus” e, assim sendo, é preciso interpretá-la e aplicá-la devidamente.

A conduta incriminada é a da prática “contra” alguém de ato libidinoso. Bitencourt critica a redação e afirma que o projeto original previa a prática “na presença de” alguém de ato libidinoso.

Para o autor essa alteração teria sido realizada de forma inconstitucional, eis que o texto levado à sanção presencial era conforme a segunda redação acima exposta. Alega o autor sob comento que a alteração restringe o alcance do tipo penal, tornando atípicas condutas que não forem perpetradas “contra” alguém, mas apenas na sua “presença”. Entretanto, não há, ao menos até o momento da elaboração deste texto, manifestação jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade apontada. Ademais, entende-se que a alteração não tornará absolutamente atípica a conduta daquele que praticar atos libidinosos na “presença” de alguém sem o seu consentimento. Em primeiro lugar, há previsão para atos de exibicionismo, por exemplo, quando realizados em lugar público ou aberto ou exposto ao público.

Trata-se do crime de “Ato Obsceno”, previsto no artigo 233, CP, cuja pena é menor proporcionalmente, eis que não haverá invasão do espaço corporal da vítima. Aliás, se a redação do artigo 215 – A fosse com o uso da expressão “na presença” e não “contra”, tornar-se-ia praticamente inviável a distinção entre os crimes de “Ato Obsceno” e de “Importunação Sexual”. Certamente grande debate iria se abrir, com tendência à conclusão de que o crime do artigo 233, CP teria sido revogado tacitamente. Fica realmente uma lacuna se tais atos forem praticados em local reservado, mas é fato que a maior parte dos atos de exibicionismo são realizados em locais públicos ou ao menos de acesso público. No caso de menores de 14 anos, sem necessidade de que o ato se dê em espaço público, há a previsão do crime de “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, conforme a letra do artigo 218 – A, CP.

A “Importunação Sexual” é crime doloso, não havendo previsão de conduta culposa. Assim, se um indivíduo, por acidente, se desequilibra no metrô e acaba esbarrando numa mulher em uma situação que poderia ensejar a violação, não há crime, pois inexistiu dolo por parte do agente. Ademais, o dolo previsto no tipo penal é “específico”. O agente deve praticar o ato libidinoso com a finalidade especial de “satisfazer a própria lascívia ou de terceiro”.

Embora na maior parte dos casos certamente esse “dolo específico” deva estar presente, não se considera que o legislador tenha adotado o melhor caminho. Entende-se que deveria ter agido como o fez em outros crimes contra a dignidade sexual, para os quais o desejo de satisfazer a lascívia não é elemento do tipo. No “Estupro” (artigo 213, CP), por exemplo, isso não é exigido, de modo que se alguém estupra uma vítima, sem qualquer intuito sensual, mas apenas para fins de humilhação ou vingança, isso em nada afeta a configuração do grave ilícito, o que é, no entendimento deste autor, impecável.

No caso da “Importunação Sexual” se, por exemplo, um sujeito se aproximar de uma mulher num ônibus, esfregando suas partes pudendas em seu

corpo porque não gosta dela e de seu marido, com o objetivo tão somente de submetê-la a uma situação vexatória, o crime do artigo 215 – A, CP não restaria tipificado por falta de elemento subjetivo específico, o que é uma lacuna indesejável. Essa lacuna se torna ainda mais grave porque a contravenção de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP) foi expressamente revogada, não podendo servir como uma espécie de infração penal subsidiária. Restaria tão somente a também contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade (artigo 65, LCP), com a irrisória pena de “prisão simples de 15 dias a dois meses ou multa”. Gilaberte Freitas também chama a atenção para a necessidade do dolo específico, afirmando, com correção, que “falecendo a intenção, o crime muda, ou deixa de existir”. Sugere uma solução diversa da acima exposta para o ato acintoso público que vise humilhação. Para o autor, se “o agente (...), num rompante, levanta a saia de uma mulher para humilhá-la em público, pratica injúria real (artigo 140, § 2º., CP)”. A sugestão do autor em destaque parece realmente defensável e certamente haverá divisão quanto a tal solução ou a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. A tendência deste subscritor é reconhecer, com Gilaberte, a configuração do crime de Injúria Real em havendo ao menos algum ato de violência ou vias de fato contra a vítima, caso contrário, somente restará mesmo a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. Isso porque a Injúria real exige que a conduta seja informada por violência ou vias de fato de natureza aviltante.

Sobre o tema também se manifestam Moraes e Evangelista Júnior, concluindo pela Perturbação da Tranquilidade em casos de incômodo sem violência ou grave ameaça e sem o dolo específico de satisfação da lascívia, bem como, porventura, sem sequer configurar a conduta um ato propriamente libidinoso. De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos e vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do artigo 65 do Decreto – Lei 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém – chegada importunação sexual”.

O ilícito penal em estudo é material, sendo possível a tentativa, desde que o ato libidinoso não se consume por motivos alheios à vontade do agente. Digamos que um indivíduo, que está se masturbando ao lado da vítima que dorme num banco de ônibus, prestes a ejacular, é detido por populares e não consegue seu intento. Sanches Cunha, porém, embora reconhecendo a possibilidade de tentativa, a considera “improvável” porque “se o agente inicia a execução de qualquer ato

libidinoso, há que reconhecer a consumação”, sendo que antes disso somente há “atos preparatórios” impuníveis.

Note-se ainda que o crime de “Importunação Sexual” não se restringe a atos praticados em locais públicos ou transportes coletivos. Os exemplos são dados nessas circunstâncias porque é o mais faticamente comum de ocorrer. Não obstante, o tipo penal não menciona em parte alguma que a conduta deva ser praticada em qualquer local específico, público ou privado. Dessa forma, se um colega de trabalho, estando sozinho num escritório com uma colega, vem por suas costas, quando ela está concentrada no trabalho, e ejacula nela, obviamente sem o seu consentimento, incide normalmente no artigo 215 – A, CP. Ainda que seja um superior hierárquico ou pessoa com ascendência em relação de trabalho, prevalecerá o artigo 215 – A, CP em relação ao crime de “Assédio Sexual” (artigo 216 – A, CP), eis que a pena prevista para o primeiro é maior, não sendo de se aplicar a subsidiariedade. Além disso, o crime do artigo 216 – A, CP é meramente formal, de modo que quando há efetiva prática do ato libidinoso contra o subordinado (a) sem o uso do constrangimento relativo à subordinação, não há falar em assédio. O constrangimento no assédio sexual é somente aquele referente à relação de subordinação, não podendo ser marcado por violência ou grave ameaça, o que também afasta o assédio, desta feita para configuração do crime de estupro consumado ou mesmo tentado.

Todavia, caso se entenda que a lei 13.718/18 trata-se, em verdade, de uma inovação para endurecer a conduta descrita na Lei das Contravenções Penais, tem-se verdadeira *novatio legis in pejus* e, portanto, não retroage, cabendo ao julgador aplicar o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, pois ele estava em vigor ao tempo da conduta do réu. Em uma breve análise, parece que estamos diante da segunda hipótese: o artigo 215-A traz uma roupagem mais “atualizada” e um pouco mais rigorosa do revogado artigo 61 da Lei das Contravenções Penais: é verdadeira *novatio legis in pejus*. Isso porque o crime de estupro exige, para sua tipificação, o emprego da violência ou da grave ameaça e, em nenhum momento, admite a importunação sem estes elementares.

Logo, um novo crime, que traz a possibilidade de importunação sexual sem violência ou grave ameaça, não está excepcionando a regra do estupro, mas sim endurecendo a conduta já existente na Lei das Contravenções. Portanto, o artigo 215-A do Código Penal não haveria de ser aplicado em crimes pretéritos em que o acusado por estupro busca a desclassificação de sua conduta.

Não parece, no entanto, ser este o entendimento do STJ, pois o Tribunal da Cidadania decidiu, recentemente, que o artigo 215-A do Código Penal é norma penal mais benéfica que a do artigo 213, do mesmo diploma legal, e deve retroagir¹. Como se vê, a discussão apenas está começando e, ainda, surgirão incontáveis julgados a respeito, a fim de que nossa jurisprudência possa se normalizar e garantir a segurança jurídica que todos aguardam.

CONCLUSÃO

O artigo 215 – A, CP, somente se caracterizaria o estupro ou o estupro de vulnerável para atos libidinosos invasivos, tais como sexo oral, sexo vaginal ou sexo anal, passando outros abusos a serem tipificados no novo dispositivo. Ao ver deste autor, o que distingue os crimes enfocados não é a natureza do ato libidinoso, mas sim a presença ou não de violência ou grave ameaça. Assim sendo, não importa se o que o agente consegue é um beijo lascivo apenas ou uma carícia nas partes íntimas com as mãos ou mesmo uma ejaculação sem tocar na vítima.

A questão estará em “como” ele conseguiu praticar esses atos libidinosos contra a vítima, quais foram os meios? Se esses meios foram a violência ou a grave ameaça ou se a vítima é vulnerável e em razão disso ele obteve seu sucesso na empreitada, os crimes continuam sendo normalmente os de estupro ou de estupro de vulnerável. Não há desproporção ou “hipocrisia” (sic) como alegam os autores sobreditos, mas tão somente a aplicação adequada da legislação e o respeito e proteção à liberdade sexual e à dignidade das pessoas (homens e mulheres) que não podem ser “constrangidas” a atos sexuais, recebendo o infrator uma resposta penal branda, como se isso não fosse algo de suma gravidade.

Há uma enorme diferença entre o ato de inopino e o emprego de constrangimento violento ou ameaçador ou mesmo o abuso da vulnerabilidade alheia. Entretanto, sendo o consentimento válido, há que aplicar o brocardo latino, segundo o qual “volenti et consentienti non fit injuria” (“Ao que quer e consente não se faz injustiça”). Dessa forma o consentimento do ofendido ou do titular do direito, que dele pode dispor validamente (como acontece com as pessoas maiores, livres e capazes com relação a atos sexuais de toda espécie), enseja o afastamento da tipicidade ou, como dizem alguns, consiste em um “elemento negativo do crime ou do fato”. No caso concreto ocorre que o dissenso do ofendido é “um elemento do fato constitutivo do crime, ou melhor um elemento cuja ausência torna impossível a configuração concreta de um fato típico e, como tal, relevante para o direito penal”.

Trata-se da mesma situação encontrável em crimes como a “Violação de Domicílio” (artigo 150, CP) ou mesmo do “Estupro” (artigo 213, CP). A entrada ou permanência em casa alheia com a anuência do morador não é crime, pois o tipo penal exige que a ação se dê contra a vontade expressa ou tácita deste. Também a prática de atos libidinosos ou conjunção carnal de forma consensual entre adultos conscientes, sem qualquer ato de constrangimento, não configura crime.

O crime em estudo é comum, de forma que qualquer pessoa pode cometê-lo. Também qualquer pessoa pode ser vítima. A maior incidência fática de mulheres como sujeito passivo dessa conduta não implica no fato de que um homem não possa ser vítima também de importunação sexual. Da mesma forma, a maior incidência estatística de violadores homens não significa que uma mulher também não possa ser sujeito ativo do ilícito. Obviamente essa importunação pode ser de natureza heterossexual ou homossexual. Todos, indistintamente, são dotados de dignidade e liberdade sexual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministros-do-stj-aplicam-nova-lei-a-crime-sexual-sem-violencia/>

<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/641989374/sexta-turma-aplica-nova-lei-a-crime-sexual-praticado-sem-violencia-ou-grave-ameaca>

<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI289915,51045-Lei+sobre+importunacao+sexual+retroage+para+beneficiar+reu+acusado+de>

<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2165.html>

<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/importunacao-sexual-agora-e-crime>

<https://jus.com.br/pareceres/70719/breves-consideracoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-o-crime-de-estupro-de-vulneravel>

<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>

<https://brunazevedocastro.jusbrasil.com.br/artigos/614596444/delito-de-importunacao-sexual-distincoes-relativamente-ao-crime-de-estupro-e-estupro-de-vulneravel>

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291131,71043-Estupro+X+Importunacao+Sexual>

<https://www.conjur.com.br/2018-out-25/stj-concede-hc-aplica-lei-importunacao-sexual>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88445-cnj-servico-o-que-e-o-crime-de-importunacao-sexual>

PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA: INCONSTITUCIONALIDADE OU EFICIÊNCIA NA JURISPRUDENCIA DA SUPREMA CORTE

HANNA GABRIELLA DE MAGALHAES GARCIA:

Bacharelada no curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

DORVAL DE ALMEIDA SANTANA

(Orientador)

RESUMO: A prisão após condenação criminal em segunda instância refere-se à imperatividade de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o réu condenado à pena privativa de liberdade inicie o seu cumprimento após decisão de segunda instância. O presente trabalho apresenta uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, na literatura referente ao tema, bem como a posição de doutrina no contexto do Direito Penal contemporâneo. No desenvolvimento do trabalho, foi apresentado o posicionamento da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o a prisão em segunda instância de forma a influenciar a jurisprudência para estabelecer os seus critérios objetivos.

Palavras-chave: Prisão na segunda instância; Inconstitucionalidade ou eficiência; Jurisprudência.

ABSTRACT: The arrest after a criminal conviction in the lower court refers to the imperative that, in the Brazilian legal system, the defendant sentenced to deprivation of liberty begins to comply after a second instance decision. The present work presents a bibliographical and jurisprudential research, in the literature related to the subject, as well as the position of doctrine in the context of contemporary Criminal Law. In the development of the work, it was presented the position of the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts on the imprisonment in second instance in order to influence the jurisprudence to establish its objective criteria.

Keywords: Prison in the Second Instance; Uncontitucionality or Efficiency; Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Em razão do princípio da presunção de inocência, presente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a pena privativa de liberdade por muito tempo passou a ser executada somente após o esgotamento da via recursal. Isto ocorreu porque o modelo brasileiro, contrariamente aos tratados internacionais, elegeu o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência.

A partir de 2016 o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impedia o início da execução da pena após confirmação da sentença condenatória pela segunda instância. Ademais, a Suprema Corte indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade

n. 43 e 44. A partir de então, tornou-se possível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após o exaurimento da via recursal nas instâncias ordinárias.

Diante essa mudança indaga-se sobre quais princípios foram determinantes para fundamentar a alteração da jurisprudência da Suprema Corte, que desconsiderou o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena de prisão depois da condenação pela segunda instância e supõe-se haver uma busca em harmonizar, o mais rapidamente possível, o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência, como forma de garantir a celeridade do processo penal.

Ademais, a pesquisa concluiu que a harmonização entre princípios foi realizada mediante a mitigação da presunção de inocência em benefício da eficiência do processo. Concluiu-se, ainda, que a eficiência constituída na ideia de celeridade processual foi a forma encontrada pela Suprema Corte para dar uma resposta à sociedade acerca da morosidade do processo; e, assim, reduzir os efeitos negativos produzidos pela impunidade.

1. DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

O estudo do tema dos direitos fundamentais é, em essência, de crucial relevo, não só para o estudo acerca dos seus reflexos na temática da execução provisória da pena de liberdade, mas também para uma integral compreensão filosófica e científica da natureza relacional do ser humano, pois sempre foi através deles que poderia se ter uma maior noção do quão desenvolvida e organizada determinada sociedade estaria.

Em outras palavras, os valores que compõem o arcabouço de certa sociedade estruturada representam grande parte do contexto civilizatório daquele grupo político, uma vez que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à evolução do grupo em questão. Realizar a conceituação de Direitos Fundamentais e Humanos não é tarefa fácil.

Segundo Mazzuoli (2014, p.22):

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra a violação e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Os direitos humanos se estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Assim sendo, garantem às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado meia de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção.

1.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO

A função primordial do direito penal e do direito processual penal é a função pacificadora e de efetiva aplicação do jus puniendi, de modo que, consabido, a principiologia penal e processual penal desempenha crucial papel, introduzindo-se neste contexto de proteção dos direitos humanos consolidados ao longo do tempo.

Neste ponto, ensina Oliveira (2011, p.21):

Princípios, então, que se apresentam como normas fundamentais do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional.

Do mesmo modo, o direito processual penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representa, senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado (Tourinho Filho, 2013).

O princípio da presunção de inocência, ou princípio da não-culpabilidade, é um dos princípios mais importantes de um ordenamento democrático, e que deve obrigatoriamente nortear toda a ordem punitiva de um Estado.

O princípio da presunção da inocência determina que “antes de sentença condenatória transitar em julgado, há impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena (Jesus, 2008, p. 221)

Capez (2013) afirma que é possível observá-lo sob três aspectos: momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Registre-se que este é um dos principais basilares no nosso ordenamento e possui status constitucional, atualmente assume especial destaque, visto que uma das problemáticas atuais de todo o processo penal é a ausência de tempestividade no que toca à efetiva entrega da prestação jurisdicional no âmbito criminal por parte do Estado, detentor do monopólio sob o jus puniendi, como alhures visto (Bueno, 2007, p.146).

No processo penal, o problema é análogo, visto que o longo acervo recursal disponível aos jurisdicionados muitas vezes vem a servir para fins de retardamento da efetiva prestação do poder jurisdicional, se transformando em um instrumento

ardilosamente utilizado pelos Acusados abastados, que dispõe de recursos financeiros para arcar com os altos custos que envolvem a advocacia de alto nível, com o intuito de estender o processo criminal pela maior quantidade de tempo possível, muitas vezes atrás de prescrição da pena 26:

Advogado nenhum quer que o processo de seu cliente chegue ao fim, salvo se a absolvição for inevitável. No mesmo sentido se o promotor acha que as provas que existem são suficientes para um decreto condenatório, ele deseja que processo termine logo, mesmo que a pressa signifique a privação da liberdade, pois não é a sua (Rangel, 2015).

No mais, pode-se dizer ainda que o princípio da eficiência da prestação jurisdicional anda de forma muito próxima ao princípio da celeridade processual, ambos oriundos do texto e do espírito da Constituição de 1988, que preza pela ótima prestação jurisdicional, sob as condições ideais de tempo.

1.2 DEMAIS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PENAS APLICÁVEIS

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Devido processo legal, portanto, é aquele procedimento regulado e esmiuçado pela Lei. Uma forma de garantia, portanto, e respeito aos direitos daqueles que, porventura, sejam Acusados pelo Estado.

Com isso, se consagra a necessidade de um procedimento penal tipificado, ou seja, elencado e devidamente explicitado pela legislação, de modo a evitar brechas e falhas, e, “se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois nulla poena sine iudicio” (Távora, 2016).

Conforme leciona José Herval Sampaio Júnior (2009, p.137):

Vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”, porquanto “deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of Law*’.

O princípio do devido processo penal possui duas esferas, que, apesar de integrarem lados opostos de um espectro, se complementam e formam a totalidade do princípio. O primeiro lado é o devido processo legal constituído em sua forma formal, ou processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meio de um

procedimento que siga de forma devida os ditames da legislação aplicável (procedural due process). O segundo lado, o da perspectiva material do princípio, encontra-se no campo da aplicação e elaboração das leis, clamando por uma atuação judicial pautada, motivada e razoável (TÁVORA, 2016).

O princípio do contraditório é outro princípio basilar em nosso sistema processual e que encontra respaldo constitucional (Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988), o qual impõe que a ambas as partes deve ser dada a oportunidade de ciência, participação e influência nos atos processuais e, por consequência, no convencimento do magistrado. Em suma, toda alegação, documento ou prova apresentada por uma das partes em um processo deve resultar em uma oportunização de contradição à parte contrária (daí o nome contraditório), de modo que haja o estabelecimento de um equilíbrio e uma paridade entre os atores do processo.

Diversamente do que ocorre na seara do Processo Civil, no Processo Penal o contraditório não vem estampado em sua acepção meramente formal, onde é tão somente fornecido ao Acusado um direito de informação e reação. Adicionalmente, estatui e legislação processual penal que a Defesa, não só necessária, mas também é obrigatória que seja exercida de forma devidamente fundamentada, de modo que o Acusado não seja considerado indefeso (TAVORA, 2016).

No mais, pode-se dizer que o contraditório é o cerne do sistema acusatório de processo penal, no qual as figuras que compõe o triângulo da relação processual em um processo criminal são bem delineadas e equidistantes uma das outras, onde as partes que falam ativamente, quais sejam, acusado e acusação, dialogam, em grau de paridade, perante o Juízo, na tentativa de convencimento do magistrado. A quebra dessa paridade de diálogo poria em risco o próprio núcleo essencial de valores inerentes ao sistema acusatório, evidenciado sua extrema importância.

1.3 O CARÁTER RELATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os direitos elencados na Carta Magna não se revestem de caráter absoluto, não sendo ilimitados, uma vez que encontram limite frente aos demais direitos elegidos pela própria Carta Maior (princípio da relatividade dos direitos fundamentais). Nem mesmo direitos importantes e cruciais como o da vida safam-se desta regra e encontram, da mesma maneira, limitações e relativizações, como quando o Texto Maior explicitamente permite a pena de morte em determinados casos (artigo 5º, inciso XLVII, a, da Constituição Federal).

Assim, temos que os direitos elencados na Constituição, dentre eles os direitos e garantias individuais consagrados no artigo 5º da Lei Maior, não prestam para ser espécie de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, muito

menos como argumento para elidir eventual responsabilidade civil ou criminal, sob pena de total desvalorização do espírito e essência que permeia nosso Estado Democrático de Direito (MORAES, 2016).

Desta forma, averiguado no caso concreto que há potencial possibilidade de colisão de direitos fundamentais, o magistrado terá de ponderar, e, atendendo à regra da máxima observância dos direitos constitucionais envolvidos, deverá encontrar uma forma de conjugá-los e harmonizá-los, sempre atentando para a necessidade de se causar um menor abalo ou restrição possível no caso sub judice. Esta é a tese que há muito impera no Supremo Tribunal Federal, tendo já assentado em múltiplas oportunidades acerca do caráter relativo e não absoluto dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal. No informativo de número 163 da Corte, inclusive, restou assentado:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, 2019).

Conclui-se, portanto, que a extensão de determinado direito fundamental deve ser aferida caso a caso, de modo que na eventualidade de conflito entre múltiplos direitos, haverá de se realizar um juízo de ponderação a fim de dirimir qual direito deverá sofrer mitigação no caso concreto e em detrimento de qual outro.

2 DA SENTENÇA E MEIOS RECURSAIS

De forma geral, pode-se conceituar a sentença como uma manifestação de lógica e de intelecto formalmente emitida pelo Estado-Juiz, com o intento de encerrar uma lide que se fizer presente no bojo de um processo, qualificada por uma pretensão resistida, via aplicação do que dispor a lei no caso concreto, mediante atuação judicial.

Na sentença consuma-se a função jurisdicional, aplicando-se a lei ao caso concreto controvertido, com a finalidade de extinguir juridicamente a controvérsia. Assim, a Sentença age como remédio administrado no caso concreto, extinguindo um caso controvertido posto a apreciação pelo Poder Judiciário (Capez, 2016).

As sentenças, consideradas em seu sentido amplo, abarcam todos os provimentos jurisdicionais emanados da figura do Juiz que não adentram, de forma direta, no *meritum causae*. De forma diversa, põe fim a uma determinada etapa do processo, dirimindo uma questão eventualmente surgida no decorrer da Ação, solucionando questões que interessem ao passo processual, ou mesmo encerrando por completo uma etapa e dando início a outra, que irá seguir outro trâmite diverso, como ocorre no rito do Júri.

Desta forma, temos que as sentenças em sentido amplo subdividem-se em outras duas, quais sejam: decisões interlocutórias simples e decisões interlocutórias mistas. As primeiras são aquelas decisões que solucionam questões atinentes à regularidade ou marcha processual, sem, contudo, penetrar diretamente no *meritum causae*, a exemplo de decisões que recebem uma denúncia ou queixa, que decretam o sequestro de bens ou até mesmo a prisão preventiva de um acusado.

As segundas, também conhecidas por decisões com força terminativa, são aquelas dotadas de poder terminativo em relação a uma determinada etapa processual ou da própria relação processual existente, sem, contudo, decidir o mérito da Ação nem, tampouco, adentrar nele (CAPEZ, 2016).

A sentença, considerada em seu sentido estrito, é aquela que compõe todo o conjunto de atos materiais proferidos pelo Magistrado que adentram no mérito do embate, subdividindo-se, de acordo com o que leciona a doutrina majoritária, em uma série de ramificações, quais sejam: condenatória, absolutória própria, absolutória imprópria e sentenças terminativas de mérito.

A sentença condenatória é aquela que julga procedente, mesmo que parcialmente, os pedidos exarados na Denúncia pelo representante do Ministério Público, Promotor de Justiça ou Procurador da República, a depender da espécie de jurisdição, em ações penais públicas, ou pela vítima, em sede de queixa, em ações penais privadas (TÁVORA, 2016).

Por fim, tem-se as sentenças absolutórias, consubstanciando-se estas em decisões exaradas pelo magistrado sentenciante que rejeitam a pretensão punitiva estatal, julgando improcedentes os pedidos formulados em sede de Denúncia (ou, como visto alhures, os pedidos formulados em queixa, caso se tratar de ação penal de iniciativa privada), de modo que as razões da improcedência devem estar enquadradas em pelo menos uma das hipóteses elencadas no artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). VI - existirem circunstâncias que excluem o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

As sentenças absolutórias próprias são as sentenças de mérito, fundadas em alguma das hipóteses acima, que reconhecem a improcedência da pretensão punitiva Estatal, gerando, de imediato, a soltura do réu, se preso, bem como o levantamento de quaisquer medidas cautelares porventura aplicado de forma provisória. Tais efeitos decorrem de interpretação *ipsis literis* do parágrafo único, e seus dois primeiros incisos, do artigo de lei acima transcrito.

As sentenças absolutórias impróprias, todavia, diferem em um ponto crucial das sentenças absolutórias próprias. De forma similar, também há aqui um reconhecimento de improcedência da pretensão punitiva estatal, todavia, o acusado, embora não seja a ele imposto pena (privativa de liberdade ou multa), sofrerá, ainda assim, uma sanção penal, qual seja, a medida de segurança, que nada mais é que uma nomenclatura eufemística para uma pena que se impõe a pessoa perigosa que sofra de distúrbios mentais. É o que veio a se denominar absolvição imprópria: casos onde, apesar de haver absolvição, há imposição de sanção penal.

É com a decretação de sentença que o poder jurisdicional do magistrado sentenciante exaure-se, sendo que, a partir de então, a este somente é dada a faculdade processual de correção de erros materiais.

Não havendo *animus* da parte em recorrer, a sentença proferida pelo Magistrado sentenciante é perfeitamente exequível, surtindo os devidos efeitos legais após o trânsito em julgado. Contudo, havendo insurgência quanto à decisão proferida, a legislação processual elenca uma série de recursos que dão à parte insatisfeita a chance de rediscutir a matéria controversa, elevando o embate às instâncias superiores.

2.1 RECURSOS ÀS CORTES EXTRAORDINÁRIAS

Os Recursos que se enquadram nesta categoria especial são dois recursos elencados na Constituição Federal: o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial. Ambos possuem uma peculiaridade que os diferencia das demais espécies recursais, ao passo que precisam de exame prévio, visto que para ser julgados, devem estar contidos na matéria pertinente exigida para cada recurso, bem como, de acordo com jurisprudência sumulada e consolidada nas cortes, não prestam para reexame de matéria fática, tão somente jurídica.

O recurso Extraordinário possui como função impedir o desrespeito de normas Constitucionais, e é de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o artigo 102, III, da Constituição Federal. As hipóteses de cabimento deste recurso estão previstas no artigo 102, inciso III, da Constituição de 1988, e são os seguintes:

Art. 102. [...]

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Desta forma, tem-se que a função desta espécie recursal não é tão somente a de corrigir injustiças de ordem constitucional cometidas por instâncias inferiores, mas, primordialmente, é a de uniformizar a jurisprudência constitucional nos tribunais pátrios, de modo que a autoridade e validade da Constituição da República de 1988 não acabem se perdendo em essência.

O Recurso Especial, também de ordem constitucional, tem como destinatário outra corte extraordinária: o Superior Tribunal de Justiça. É um recurso que devolve ao STJ a competência para julgar questão de ordem federal de natureza infraconstitucional, suscitada e dirimida perante os Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Desta forma, similarmente ao que ocorre com o Recurso Extraordinário, é possível inferir que este recurso, também, possui a função uniformizadora de jurisprudência, porém, neste caso, a jurisprudência infraconstitucional, de modo que haja uma interpretação uniforme das leis, e decisões conflitantes, acerca de

matérias idênticas ao longo do território federado nacional, não coloquem em xeque a credibilidade do poder judiciário.

2.2 EFEITOS PROCESSUAIS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS

Os Recursos Extraordinário e Especial não possuem, como regra, o efeito suspensivo automático, efeito este que obsta a imediata execução da sentença guerreada. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o efeito suspensivo poderia ser concedido tão somente via medida cautelar. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a legislação nova passou a permitir expressamente a formulação de pedido para concessão deste efeito.

O Código de Processo Penal, contudo, em seu artigo 637, veda expressamente o efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, levando a crer, assim, que esta espécie recursal possuiria tão somente o efeito devolutivo.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

Cabe registro que a legislação processual penal nenhuma menção faz ao Recurso Especial pelo fato desta espécie recursal ser criação da Constituição de 1988 e o Código de Processo Penal ser oriundo da década de 1940. Contudo, diante das similaridades compartilhadas por ambos os Apelos extraordinários.

Apesar da clareza da Lei, de 2009 até meados do ano de 2016, este artigo do Código de Processo Penal permaneceu sem aplicabilidade direta, visto que a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, calcada no princípio da não-culpabilidade, obstava a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do esgotamento da via recursal.

Com o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, foi retomado o posicionamento que vigeu até o ano de 2009, revivendo este artigo de lei e dando-lhe novamente aplicabilidade.

Passou-se a interpretá-lo de forma harmônica com os preceitos constitucionais da inocência e não-culpabilidade, de modo que a inexistência de efeito suspensivo nestes Apelos, a permitir a execução provisória da pena, não infringiria qualquer preceito de ordem constitucional. Registre-se que, com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, instituindo o Novo Código de Processo Civil, a temática da suspensividade dos Recursos às instâncias extraordinárias sofreu sensíveis reformulações, sem, todavia, alterar a excepcionalidade que circunda a concessão de efeito suspensivo a estas espécies recursais, sobretudo diante do que dispõe o artigo 995, do mesmo diploma legislativo, que estabelece que “os recursos

não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

Desta forma, conquanto haja previsão expressa acerca da possibilidade de se requerer o efeito suspensivo nos Recursos Extraordinário e Especial⁵², diante de uma leitura sistematizada do diploma processual civil, é possível concluir que eventual concessão há de ser reservada tão somente a casos particularmente excepcionais, tal como era sob a égide do diploma anterior.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E NOVOS CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS NO STF.

3.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ENTENDIMENTO ATÉ O ANO DE 2009.

Entre o período que compreendeu a promulgação da Constituição Federal, no ano de 1988, até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal consolidou um entendimento acerca do tema da execução provisória da pena no sentido de sua compatibilidade com o Texto Maior, não havendo afronta a qualquer garantia ou direito fundamental, máxime o da não-culpabilidade e o da presunção de inocência. (RANGEL, 2015).

Por quase 20 anos, este foi o entendimento que prevaleceu de forma quase dominante no Tribunal Supremo, que reiteradamente assentou, dentre outros, que a inexistência de efeito suspensivo nos Recursos Extraordinário e Especial daria azo à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Confere-se, neste sentido, ementa de Habeas Corpus de relatoria da Min. Ellen Gracie, datado do ano de 2005, que arguia acerca da compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico vigente (MIRANDA, 2007).

Como se vê, a Corte não encontrava dificuldade em harmonizar a execução provisória da pena com o contexto jurídico da época. A argumentação seguia lógica simples: a inexistência de efeito suspensivo nos recursos criminais que chegavam ao Tribunal permitiria a execução prematura da pena antes do esgotamento da via recursal, sem que houvesse aí qualquer afronta a preceitos jurídicos e direitos fundamentais.

Ademais, arguia-se que o exame fático e probatório esgotava-se após o julgamento de apelação pela segunda instância, sendo nesta etapa, assim, que se encerraria o duplo grau de jurisdição em sua verdadeira essência. Este entendimento encontrava respaldo na própria jurisprudência sumulada da Corte, que até os dias atuais veda o mero reexame fático em sede de Recurso Extraordinário (MORAES, 2016).

3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ENTENDIMENTO APÓS O ANO DE 2009.

A alteração deste entendimento que, sob a égide da Constituição de 1988, imperou na Corte por mais de duas décadas, o qual afirmava ser legítima a execução provisória de pena privativa de liberdade antes do esgotamento da via recursal, veio a ocorrer, de fato, após julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus 84.078/MG, ocorrido no dia 05 de fevereiro de 2009, oportunidade esta que, por sete votos a quatro, os Ministros entenderam que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, mostrava-se incompatível com os princípios da não-culpabilidade e presunção de inocência.

O Ministro Joaquim Barbosa ainda atentou para o HC, que contou com a relatoria do Min. Eros Grau, pacificou entendimento minoritário que vinha crescendo na corte nos anos que antecederam esta superação jurisprudencial. No caso posto sob *judice*, atribuiu-se ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciando-se supostamente em virtude de denegação de Habeas Corpus ao paciente impetrante, que se insurgia quanto à expedição de mandado de prisão em razão de confirmação de decisão condenatória na segunda instância. O STJ, com respaldo na jurisprudência dominante da época, denegou a ordem e manteve a prisão do paciente.

Fácil perceber, sobretudo diante do apertado placar que decidiu o Habeas Corpus (sete votos favoráveis à alteração jurisprudencial e 4 contrários), o caso provocou intensos e prolongados debates na corte.

o fato de que condicionar o início da execução penal ao trânsito em julgado, em nossa realidade, que conta com vasto acervo recursal, traduziria, em essência, em um verdadeiro estado de impunidade, sobretudo diante de ardilosas táticas empregadas pelos recorrentes, que buscam a prescrição da pena mediante a exploração do sistema recursal, que permitiria estender o trânsito em julgado quase que indefinidamente.

A Ministra Ellen Gracie, ainda, fez menção ao fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, não assegura um direito irrestrito de recorrer, seja até a "4ª instância", seja até mesmo a recorrer em liberdade, realidade no Brasil. Confira-se excerto do voto da Ministra Ellen Gracie, explanando sua posição:

O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos. Seria demais, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste em extravagância exclusiva deste país.

Ao final, como acima já explicitado, contudo, prevaleceu a tese que a prisão de Omar Coelho Vitor (paciente impetrante do Habeas Corpus), antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, era ilegítima e incompatível com os princípios da presunção de inocência e não-culpabilidade elencados na Constituição Federal. Superou-se, desta forma, antiga jurisprudência, iniciando uma nova era na Suprema Corte.

A execução provisória da pena, agora, não mais encontrava respaldo no ordenamento, e passou a ser interpretada de forma diversa. Os Recursos direcionados às instâncias extraordinárias passaram, de forma indireta, a contar com uma espécie *sui generis* de efeito suspensivo.

3.3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O EQUILÍBRIO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO.

Como se sabe, os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico devem coexistir em harmonia, de modo que todos, com sua parcela, possam participar harmonicamente das relações jurídicas que decorram da atividade humana. Diferente não ocorre com os dois princípios fundamentais mais pertinentes à obra: o princípio da presunção de inocência e o da eficiência da jurisdição.

Assim, submeter o início da execução da pena tão somente após o completo esgotamento da via recursal no Supremo Tribunal Federal, quando já cessada a apreciação fática do caso muitas vezes há anos (sem a qual, consabido, muito difícil uma absolvição criminal), seria o mesmo que desprestigiar por completo o princípio da efetividade da jurisdição penal em benefício do princípio da presunção de inocência, conquanto possuam ambos o mesmo status constitucional.

Da mesma forma como não seria proporcional retirar do acusado a garantia de presunção de inocência após um mero indiciamento pela autoridade policial, um recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público ou até mesmo após uma sentença condenatória exarada na primeira instância, também não seria razoável mantê-la, em sua integral essência, até o julgamento do último recurso possível no Supremo Tribunal Federal, após anos e anos de decisões confirmatórias da primeira decisão condenatória. Este enorme lapso temporal entre delito e punição seria um contrassenso e desserviço à jurisdição penal.

Assim, pode-se arguir que ambos os princípios (e não regras, como partidários de entendimento diverso fazem parecer ser), de ordem constitucional, ressalte-se, devem coexistir harmonicamente. Nenhuma interpretação que tenda a priorizar um deles em detrimento completo do outro pode ser aceita, porquanto inviável em nosso ordenamento, que preza pelo convívio sadio e construtivo entre as regras e princípios existentes.

CONCLUSÃO

Em razão da presunção de inocência, presente na Constituição Federal, a pena privativa de liberdade por muito tempo passou a ser executada somente após o esgotamento da via recursal. Isto ocorreu porque o modelo brasileiro elegeu o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência.

A longa via recursal existente no Brasil e a decisão do STF de 2016 foram determinantes para a elaboração deste trabalho monográfico baseado no aparente embate entre os valores da eficiência processual e da presunção de inocência.

Conclui-se que ambos os princípios aqui em aparente confronto devem ser aplicados, cada qual, na medida do possível e respeitando as particularidades de cada caso. Destacou-se que não é viável a mitigação da presunção de inocência após um mero recebimento de denúncia ofertada pelo Ministério Público em benefício da efetividade da jurisdição. Mas, também, não seria razoável a contínua mitigação da eficiência, mesmo após a interposição de duas dezenas de recursos nas instâncias extraordinárias ao longo de incontáveis anos, em benefício exclusivo do princípio da presunção de inocência.

Deve-se achar um ponto de equilíbrio nesta discussão, de modo que os princípios constitucionais não sofram mitigação desnecessária em um cenário onde ambos poderiam ser aplicados harmonicamente.

A execução da pena privativa de liberdade imposta, após confirmação pela segunda instância se traduz neste ponto de equilíbrio.

Portanto, é preciso admitir que a presunção de inocência poderá ser mitigada após uma condenação oriunda de um juízo monocrático na primeira instância, e da sua confirmação por um colegiado na segunda instância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VICENTE, Luciano Rosa A possibilidade de prisão a partir da condenação em segunda instância: inconstitucionalidade, ou medida imprescindível no combate à corrupção e impunidade dos poderosos? **Disponível em:** < <https://jus.com.br/artigos/65258/a-possibilidade-de-prisao-a-partir-da-condenacao-em-segunda-instancia-inconstitucionalidade-ou-medida-imprescindivel-no-combate-a-corrupcao-e-impunidade-dos-poderosos> > **Acesso em: 12. de mai.2019.**

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. –
_____. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS. Damásio Evangelista de. **Princípio da presunção de inocência**. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**, p. 22, Método, 2014.
MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 32ª ed. 2016.
OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.
RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, p. 137, 2009
STF, Supremo Tribunal Federal, informativo n. 163. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>> acesso em 04 de jun.2019.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/392095806/stf-admite-execucao-da-pena-apos-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em 14 de jun.2019.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paul.: Juspodvm. 2016.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A CRIAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE) E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

DOUGLAS COELHO DOS REIS:

Bacharelado no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: O SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, se constitui em um grande norte organizador das medidas socioeducativas para todos os municípios brasileiros. O presente trabalho busca uma análise acerca da criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e aplicação das medidas Socioeducativas. Em termos de estruturação, o trabalho foi dividido em 03 seções, de forma a construir um arcabouço necessário para a discussão proposta, onde são abordados as políticas de atendimento as Crianças e Adolescentes; o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e por fim, as medidas Socioeducativas e sua aplicação. No tocante a metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem qualitativa do tema.

Palavras-chave: SINASE; Aplicação de medidas; Socioeducativas.

ABSTRACT: SINASE - National System of Socioeducational Assistance, is a great organizing north of the socio-educational measures for all Brazilian municipalities. This paper seeks an analysis about the creation of the National System of Socioeducational Care - SINASE and the application of Socioeducative measures. In terms of structuring, the work was divided into three sections, in order to build a necessary framework for the proposed discussion, which addresses the policies of care for children and adolescents; the National System of Socioeducational Care - SINASE and finally, the Socioeducational measures and their application. Regarding the development methodology, a bibliographic research was carried out in the relevant literature collection, with a qualitative approach to the theme.

Keywords: SINASE; Implementation measures; Social Educational

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. POLITICAS DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. 2. SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE). 2.1 Disposições trazidas pelo SINASE. 3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 3.1 Avaliação e acompanhamento no atendimento Socioeducativo. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

O direito da criança e do adolescente é um ramo jurídico com característica autônoma, de caráter interdisciplinar e permite o estudo aprofundado dos temas

mais variados que envolvem a população infanto-juvenil. Nesse âmbito, Crianças e Adolescentes se tornam sujeitos de direitos e recebem uma proteção especial, pela peculiaridade de ainda serem indivíduos em desenvolvimento, gozando de prioridade da efetivação de seus direitos fundamentais.

O presente trabalho propõe a Analisar a aplicação de medidas socioeducativas no país a partir da criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e sua efetividade. Esta proposta se justifica em sua importância acadêmica ao empreender uma pesquisa de cunho bibliográfico em livros, revistas e publicações científicas, agregando valor teórico a literatura pertinente. Em seu aspecto social, ressalta-se a importância ao abordar um tema que afeta, todas as parcelas da sociedade.

O trabalho foi dividido em 03 sessões, onde são abordados tópicos de relevância para a construção do arcabouço bibliográfico necessário a discussão do tema. No capítulo 01, serão investigadas as Políticas de atendimento a criança e ao adolescente no País; No capítulo 02 será descrito o processo de criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e seu funcionamento e por fim no Capítulo 03, será analisada a aplicação de medidas socioeducativas a partir da instituição do SINASE.

Busca-se, com o desenvolvimento do trabalho, o alcance de uma visão positivista acerca da temática proposta, a qual é demonstrativa de possível inconstitucionalidade, no procedimento dispensado pelo aparato policial do Estado. No tocante a metodologia, está é de grande importância, uma vez que pode alterar os resultados alcançados e constitui-se de pesquisa Monográfica, com abordagem Dedutiva a partir de Coleta de dados indireta no acervo bibliográfico pertinente a área de pesquisa.

1 POLÍTICAS DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Diferentes leis foram elaboradas e instituídas no país, com o objetivo de conter o aumento dos delitos infanto-juvenil, porém, cada uma na sua época. Em 1924, foi criado por juristas o primeiro Juizado de Menores no Brasil, e em seguida, o Direito do Menor foi inaugurado o Código de Menores, em 1927, esta foi a primeira legislação que definiu as medidas de assistência e proteção na área da infância no país (COSTA, 2005, p.129).

O Código Penal (1940) foi promulgado no país no período do Estado Novo, assim, tornou-se necessário a revisão do código de Menores de 1927. Diferentes projetos de lei foram apresentados em substituição à ele, somente em 1979, através da Lei Nº 6.697/79, foi publicado o Novo Código de Menores e reafirmada a Doutrina da Situação Irregular.

Segundo Gomes (2007, p.137) com características similares a versão anterior do Código de Menores, a delinquência, a pobreza e as vítimas de violação de direitos são compreendidas em situação irregular. Crianças e adolescentes também são enquadradas nos parâmetros do Código são tratadas como menores. Outro aspecto que permanece é a manutenção do caráter controlador e repressivo. Desta forma, encobrem-se as reais causas das dificuldades vividas por uma imensa parcela da população infanto-juvenil vítimas das desigualdades sociais

Para Oliveira (2000, p.55) o Código de Menores estabelecia vigilância e funcionava como instrumento de controle, transferindo para o Estado a tutela dos adolescentes, quando estes se encontravam em situação considerada irregular. Com o fim do SAM e a revisão do Código em 1979, foi criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), por meio da Lei nº 4.513 de 01 de dezembro de 1964, e as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor – FEBEM, estas tinham por objetivo desenvolver a Política do Bem-Estar do Menor – PNBEM, por meio do atendimento ao menor abandonado e sua família.

A proposta da FUNABEM não vingou, pois, as suas práticas era semelhante àquelas desenvolvidas pelo SAM, a instituição ficou conhecida pelas fugas dos adolescentes, atos de tortura e superlotação. Dessa forma os projetos idealizados para cessar a criminalidade do público infanto-juvenil no país fracassaram. Já os anos 80 o Brasil foi marcado por lutas da sociedade civil organizada e teve influência direta das normativas internacionais. Em 1989, a Organização das Nações Unidas - ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, um tratado assinado pelos países signatários visando à proteção do público infanto-juvenil (ASSIS, 2009, p.67).

As normativas internacionais foram essenciais para inclusão da Doutrina de Proteção Integral na Constituição Federal de 1988 - CF, cuja regulamentação se deu através da Lei complementar nº 8069/90 de 13 de junho de 2016 - Estatuto da Criança e do Adolescente – Ecriad.

Ainda segundo Assis (2009) a CF/88 legitima a Doutrina de Proteção Integral, pois reconhece que crianças e adolescentes são cidadãos, sujeitos de direitos e que devem ter garantidos seus direitos fundamentais, tornando-se prioridade para o Estado na formulação e execução de políticas públicas.

2 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE)

Tendo em vista as dificuldades no atendimento a criança e ao adolescente, e a gritante necessidade de protegê-los e defendê-los, pois precisam de atenção especial por ainda estarem em formação, em 2004, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, com o apoio da Fundação das Nações Unidas para a Infância (Unicef), apresentaram a proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (VOLPI, 2001, p.96).

O SINASE foi aprovado pela CONANDA em 13 de julho de 2006, e representou um grande avanço no trato dos direitos dos menores que cometem atos infracionais, na busca de uma efetiva reabilitação e reinserção de tais jovens na sociedade. O SINASE foi apresentado como o Projeto de lei ao plenário da Câmara dos Deputados, tendo como relatora a deputada Rita Camata. Trata-se de uma política pública, com o intuito de alcançar a proteger os preceitos pedagógicos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (VOLPI, 2001, p.96).

O que o SINASE propõem é uma ação educativa, com atendimento aos jovens que cometem atos infracionais, em meio aberto ou em casos de restrição de liberdade, ressaltando-se, que há uma expressa preferência para que tal ação educativa seja aplicada em meio aberto, onde, situações de semiliberdade ou de internação são aplicadas apenas em casos extremos, levando-se em consideração os princípios da brevidade e da excepcionalidade (GOMES, 2007, p.98).

Como sistema integrado, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo procura articular os três níveis de governo para obter o melhor atendimento socioeducativo ao adolescente, levando-se em consideração a intersetorialidade e a corresponsabilidade entre o Estado, a família e a sociedade. Seu marco legal é a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como os tratados e convenções internacionais, normatizando como devem atuar as entidades de atendimento aos adolescentes que cometem atos infracionais (COSTA, 2005, p.42).

Há uma previsão da forma política de se elaborar as diretrizes pedagógicas, assim como o quadro de profissionais que atuará em conjunto em cada programa específico, formando um equipe multidisciplinar, a qual é extremamente importante, pois o adolescente, em um cenário de reabilitação, cumprindo sua medida socioeducativa, precisará de apoio concomitante de vários profissionais, como advogados, pedagogos, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais que possam lhe ajudar.

Para Freire (2005, p.87) o SINASE dispõe ainda sobre os aspectos arquitetônicos, ou seja, sobre o espaço físico das instalações onde ficarão os adolescentes que cometerem atos infracionais, determinando a infraestrutura adequada e a capacidade, por vaga, de cada um desses locais, buscando sempre preservar os direitos desses menores. Dispõe ainda sobre a estrutura orçamentária, sendo assim, fica claro que o Sistema Nacional traz um arsenal de disposições na busca de melhor atender o adolescente infrator, com o intuito de evitar sua reincidência e possibilitando-lhe uma nova vida, longe de quaisquer tipos de crimes.

2.1 Disposições trazidas pelo SINASE

Preliminarmente, cumpre mencionar os princípios básicos que delimitam a execução das medidas socioeducativas constantes da lei 12.594/2012, quais sejam:

- a) Legalidade, tendo em vista que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- b) Excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, com o fito de se dar preferência aos meios de autocomposição de conflitos;
- c) Prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- d) Proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- e) Brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito à medida de internação, disciplinada pelo artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- f) Individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- g) Mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- h) Não discriminação, notadamente em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
- i) Fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.
- j) Consoante o disposto no artigo 36 da lei que institui o SINASE, a competência para jurisdicionar a execução das medidas socioeducativas segue o determinado pelo artigo 146 do ECA, ou seja, a autoridade competente é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local.

Impende fixar que a defesa e o Ministério Público devem intervir no procedimento judicial de execução da medida socioeducativa, com as devidas garantias que lhes são asseguradas, podendo requerer as providências necessárias para adequar a execução aos ditames legais e regulamentares. Caso essa intervenção não ocorra, materializar-se-á nulidade (COSTA, 2005, p.97).

Algumas peças são necessárias para a aplicação das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou

internação. São elas: documentos de caráter pessoal do adolescente existentes no processo de conhecimento, especialmente os que comprovem sua idade, bem como as peças indicadas pela autoridade judiciária, sempre que houver necessidade (sendo que as seguintes são obrigatórias: cópia da representação; cópia da certidão de antecedentes; cópia da sentença ou acórdão e cópia de estudos técnicos realizados durante a fase de conhecimento).

A partir do momento em que as supramencionadas peças forem autuadas, a autoridade judiciária deverá encaminhar de forma imediata a cópia integral do expediente ao órgão gestor do atendimento socioeducativo, quando solicitará a designação do programa ou da unidade de cumprimento da medida (VOLPI, 2001).

Com o escopo de conferir efetividade às medidas socioeducativas que serão aplicadas ao adolescente, o SINASE disporá do Plano Individual de Acompanhamento (PIA) como instrumento pedagógico fulcral para garantir a equidade no processo socioeducativo. Com efeito, a ação socioeducativa não pode ser genérica, uma vez que deve considerar as peculiaridades do desenvolvimento de cada adolescente.

Neste cerne, o artigo 41 da lei em comento dispõe que a autoridade judiciária dará vistas da proposta do PIA ao defensor e ao Ministério Público pelo prazo de 3 dias (sucessivos), contados do recebimento da proposta. Destarte, o defensor e o MP poderão requerer, e o Juiz da Execução poderá determinar, de ofício, a realização de qualquer avaliação ou perícia que entenderem necessárias para complementação do plano individual. Ademais, a impugnação ou complementação do plano individual, requerida pelo defensor ou pelo MP, deverá ser fundamentada, podendo a autoridade judiciária indeferi-la, se entender insuficiente a motivação.

A impugnação não suspenderá a execução do plano individual, salvo determinação judicial em contrário. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada seis meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de dez dias, cientificando o defensor, o MP, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável (VOLPI, 2001).

A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do MP do adolescente, de seus pais ou responsável.

Os seguintes motivos justificam o pedido de reavaliação: desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo de reavaliação obrigatória; a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e a necessidade de

modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente.

3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SUA APLICAÇÃO

Na Visão de Liberati (2000, p.44) as medidas socioeducativas são atividades impostas aos adolescentes, quando considerados autores de atos infracionais, tem como fundamento o caráter pedagógico da medida, seu objetivo maior é a reestruturação do adolescente e a reintegração social. O Ecriad, Art. 112, apresenta de forma gradativa as medidas a serem aplicadas, quando verificada a autoria do ato infracional praticada pelo adolescente, são elas:

- I – Advertência;
- II – Obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – Liberdade assistida;
- V – Inserção em regime de semiliberdade;
- VI – Internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a V

As medidas podem ser aplicadas de forma isolada, cumulativa e podem ser substituídas a qualquer tempo (Art. 99, BRASIL, 1990). A Advertência consiste em admoestação verbal, deve ser reduzida a termo e assinado. A obrigação de reparar o dano ocorre quando o ato infracional implica em reflexo patrimonial e o juiz pode exigir que o adolescente “restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima” (BRASIL, 1990 Art. 116).

A medida de Prestação de Serviços à Comunidade - PSC consiste na realização de atividades gratuitas por parte do adolescente autor de ato infracional, não remuneradas, de interesse coletivo, que deve ser realizada em entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos, bem como em programas comunitários ou governamentais, conforme a aptidão do adolescente.

O período de cumprimento da PSC não deve exceder a seis meses e deve ser cumprida em jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em horários distintos da escola ou do trabalho para não prejudicar a frequência a estas (BRASIL, 1990 Art. 117).

A medida de Liberdade Assistida - LA deve ser adotada sempre que se configurar a mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, é fixada pelo Juiz, e poderá ser cumprida pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída. Requer que seja

realizado acompanhamento, auxílio, orientação, inserção em programas oficiais de assistência social, colocação no mercado de trabalho e supervisão do aproveitamento escolar, inclusive realizando a matrícula (BRASIL, 1990, Art. 118 e 119).

Na aplicação de medida Socioeducativa de Semiliberdade o adolescente é afastado do convívio familiar e comunitário durante a semana e permitido o convívio nos finais de semana. É obrigatória a escolarização e a profissionalização, sempre que possível, serão utilizados os recursos existentes na comunidade, sem necessidade de autorização judicial para realização das atividades.

Na medida de Internação o adolescente é mantido em regime fechado, este deve ter a sua situação reavaliada a cada seis meses e o período de internação não comporta prazo determinado, em nenhuma hipótese se excederá a três anos. Assim, esta é a única medida que realiza a escolarização e as demais atividades na própria unidade, mas podem ser realizadas atividades externas, ficando a critério da equipe técnica, salvo determinação judicial contrária (BRASIL, 1990, Art. 121).

3.1 Avaliação e acompanhamento no atendimento Socioeducativo

O adolescente deve ser alvo de um conjunto de ações socioeducativas que contribua na sua formação, de modo que venha a ser um cidadão autônomo e solidário, capaz de se relacionar melhor consigo mesmo, com os outros e com tudo que integra a sua circunstância e sem reincidir na prática de atos infracionais. Ele deve desenvolver a capacidade de tomar decisões fundamentadas, com critérios para avaliar situações relacionadas ao interesse próprio e ao bem-comum, aprendendo com a experiência acumulada individual e social, potencializando sua competência pessoal, relacional, cognitiva e produtiva.

Os parâmetros norteadores da ação e gestão pedagógicas para as entidades e/ou programas de atendimento que executam a internação provisória e as medidas socioeducativas devem propiciar ao adolescente o acesso a direitos e às oportunidades de superação de sua situação de exclusão, de resignificação de valores, bem como o acesso à formação de valores para a participação na vida social, vez que as medidas socioeducativas possuem uma dimensão jurídico-sancionatória e uma dimensão substancial ético-pedagógica. Seu atendimento deve estar organizado observando o princípio da incompletude institucional. Assim, a inclusão dos adolescentes pressupõe sua participação em diferentes programas e serviços sociais e públicos (LIBERATI, 2000).

O Atendimento inicial previsto no ECA, e, portanto, contemplado no SINASE, refere-se aos procedimentos e serviços jurídicos que envolvem o processo de apuração de ato infracional atribuído ao adolescente. Esses diferentes atos que compõem a ação judicial socioeducativa realizados por diferentes órgãos

(Segurança Pública, Ministério Público, Defensoria Pública, Juizado da Infância e Juventude e Assistência Social) denominam-se de Atendimento Inicial.

Assim, após sua apreensão em flagrante de ato infracional deverá: ser apresentado à autoridade policial, liberado aos pais ou apresentado ao Ministério Público, apresentado a autoridade Judiciária, encaminhado para o programa de atendimento socioeducativo (internação provisória) para posterior aplicação de medida socioeducativa. O adolescente acusado de prática de ato infracional deve ter o seu Atendimento Inicial agilizado, reduzindo-se oportunidades de violação de direitos, devendo para tanto haver a integração entre os órgãos envolvidos. Contudo, o ECA não exige que esses serviços aconteçam num mesmo local - condição esta que é preferencial -, cabendo aos órgãos envolvidos sua conveniência e oportunidade.

Portanto, em razão da especificidade, limite de tempo e natureza desse atendimento inicial os parâmetros pedagógicos descritos neste capítulo caberão apenas à internação provisória e às medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada a garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica (ASSIS, 2009).

Os programas devem ter, obrigatoriamente, projeto pedagógico claro e escrito em consonância com os princípios do SINASE. O projeto pedagógico deverá conter minimamente: objetivos, público-alvo, capacidade, fundamentos teórico-metodológicos, ações/atividades, recursos humanos e financeiros, monitoramento e avaliação de domínio de toda a equipe. Este projeto será orientador na elaboração dos demais documentos institucionais (regimento interno, normas disciplinares, plano individual de atendimento). Sua efetiva e consequente operacionalização estará condicionada a elaboração do planejamento das ações (mensal, semestral, anual) e consequente monitoramento e avaliação (de processo, impacto e resultado), a ser desenvolvido de modo compartilhado (equipe institucional, adolescentes e famílias).

É fundamental que o adolescente ultrapasse a esfera espontânea de apreensão da realidade para chegar à esfera crítica da realidade, assumindo conscientemente seu papel de sujeito. Contudo, esse processo de conscientização acontece no ato de ação-reflexão. Portanto, as ações socioeducativas devem propiciar concretamente a participação crítica dos adolescentes na elaboração, monitoramento e avaliação das práticas sociais desenvolvidas, possibilitando, assim,

o exercício – enquanto sujeitos sociais – da responsabilidade, da liderança e da autoconfiança (LIBERATI, 2000).

É imprescindível a composição de um corpo técnico que tenha conhecimento específico na área de atuação profissional e, sobretudo, conhecimento teórico-prático em relação à especificidade do trabalho a ser desenvolvido. Sendo assim, os programas socioeducativos devem contar com uma equipe multiprofissional com perfil capaz de acolher e acompanhar os adolescentes e suas famílias em suas demandas bem como atender os funcionários; com habilidade de acessar a rede de atendimento pública e comunitária para atender casos de violação, promoção e garantia de direitos.

As diferentes áreas do conhecimento são importantes e complementares no atendimento integral dos adolescentes. A psicologia, a terapia ocupacional, o serviço social, a pedagogia, a antropologia, a sociologia, a filosofia e outras áreas afins que possam agregar conhecimento no campo do atendimento das medidas socioeducativas (OLIVERIA, 2000).

Para compor a equipe técnica de saúde, a Portaria Interministerial nº 340 de 14/07/2004, que estabelece diretrizes de implementação à saúde do adolescente em conflito com a lei em regime de internação e internação provisória, recomenda como equipe profissional mínima a presença de médico, enfermeiro, cirurgião dentista, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário a fim de garantir os cuidados de atenção à saúde do adolescente. No caso de adolescente em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto as equipes devem ser acessadas dentro da perspectiva da incompletude institucional.

Os programas de atendimento socioeducativo deverão facilitar o acesso e oferecer – assessorados ou dirigidos pelo corpo técnico – atendimento psicossocial individual e com frequência regular, atendimento grupal, atendimento familiar, atividades de restabelecimento e manutenção dos vínculos familiares, acesso à assistência jurídica ao adolescente e sua família dentro do Sistema de Garantia de Direitos e acompanhamento opcional para egressos da internação.

Por fim, para que se possa proceder a uma apropriação e avaliação dos custos dos programas socioeducativos torna-se necessário a construção e incorporação de uma metodologia que contemple indicadores de gastos diretos e indiretos em comparação com a média de lotação dos diferentes programas e serviços. O conhecimento dos custos e gastos dos programas socioeducativos com metodologia própria a ser desenvolvida tem como objetivos centrais: 1) gerar transparência na gestão; 2) embasar avaliações tendo em vista a boa aplicação dos recursos financeiros; 3) estruturar padrões de referência; e 4) subsidiar o

planejamento de políticas públicas voltadas ao atendimento ao adolescente autor de atos infracionais.

CONCLUSÕES

O SINASE, como instrumento de garantia e validação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, se configura como um verdadeiro instrumento de proteção e respaldo dos jovens brasileiros em geral, e da ressocialização dos menores infratores.

As crianças e os adolescentes jamais poderiam ficar em segundo plano, dentro do planejamento social de uma nação, sendo assim, vê, de abraços cruzados a ineficácia e ineficiência do ECA, após a substituição do Estatuto do Menor, seria o mesmo, que enterrar viva, qualquer possibilidade de um futuro socialmente seguro e democrático.

Dentro dessa perspectiva, o SINASE veio fortificar as bases já lançadas com a Lei 8.069, mas que não se aplicavam nos casos concretos de maneira satisfatória, fazendo com que as previsões dos direitos e garantias que envolvem e protegem os menores pudessem, de fato, funcionar como meios protetivos legalmente estabelecidos.

Vale ressaltar que é de extrema importância que cresça a sensibilização dos poderes públicos com a causa dos menores, tratando-os com mais respeito e dignidade e, principalmente, implementando políticas públicas que possam atuar de maneira preventiva, para que essas crianças e adolescentes não adentrem no mundo do crime, e precisem ter sua liberdade limitada de alguma forma. Tal atenção mais detalhada dos governantes também ajudará na melhor aplicação possível das medidas socioeducativas implementadas pelo SINASE, para que de fato, tais menores possam se desvencilhar de quais práticas de atos que contrariem a ordem legal e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, S. Gonçalves de. **Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e de seus irmãos não-infratores**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Levantamento anual SINASE 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015.

BRASIL. **LEI Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 20 de ago.2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 de ago.2019.

COSTA, A.C.G. **O novo direito da infância e da juventude do Brasil: quinze anos de luta e trabalho.** São Paulo: Fundação BankBoston, 2005.

GOMES, V.M.S. *Formação de conselheiros em direitos humanos.* Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Adolescente e ato infracional: consequências da realidade brasileira.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

OLIVEIRA, A. **Curso de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE): Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51212/sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo-sinase-lei-n-12-594-de-18-de-janeiro-de-2012>>. Acesso em: 12 de ago.2019.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo-sinase>>. Acesso em: 12 de ago.2019.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos: A privação de liberdade na percepção do adolescente.** São Paulo: Editora Cortez, 2001.

TEORIA E PRÁTICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ATIVIDADE DE GESTÃO PÚBLICA: ESTUDO DE CASO DA ATIVIDADE SOCIAL DE UMA ORGANIZAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO DO HOSPITAL DELPHINA RINALDI ABDEL AZIZ

MARIA DO CARMO OLIVEIRA GARCIA:

Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

MARIA SUELY CRUZ DE ALMEIDA

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo apresenta o contexto da implementação das Organizações Sociais concebidas a partir da Reforma do Estado de 1995, cujo modelo de gestão teve suas bases na descentralização e publicização, com ênfase na eficiência e gestão de resultados por meio de um contrato de gestão. Em outro momento, identificam-se as razões que levaram o poder público a transferir a execução dos serviços de saúde para as Organizações Sociais (OS), trazendo à reflexão as lacunas existentes na Lei Federal n. 9.637/98 que dispõe sobre a qualificação das OS, a aplicação do modelo ao Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz, em Manaus/AM, e, ainda, as razões que levam a não efetividade das OS em cotejo com os desvios dos recursos públicos.

Palavras-chave: Organizações Sociais. Gestão Pública na saúde. Eficiência. Contrato de Gestão.

ABSTRACT: The present study presents the context of the implementation of the Social Organizations conceived from the 1995 State Reform, whose management model was based on decentralization and publicity, with emphasis on efficiency and results management through a management contract. At another moment, we identify the reasons that led the government to transfer the execution of health services to the Social Organizations (OS), bringing to reflection the gaps in Federal Law no. 9.637/98 about the qualification of the OS, the application of the model to the Delphina Rinaldi Abdel Aziz Hospital in Manaus / AM, and also the reasons that lead to the ineffectiveness of the OS in comparison with the deviations of public resources.

Keywords: Social Organizations. Public Management in health. Efficiency. Management Contract.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Organizações Sociais: Contextualização, Conceito Estrutura e Funcionamento. 2. Lacunas da legislação aplicável às Organizações Sociais. 3. Organizações Sociais: Teórica e a prática tendo como modelo o hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz. 4. Razões da não efetividade dos resultados pelas

Organizações Sociais e os desvios dos recursos públicos. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Uma das questões recorrentes concernentes as Organizações Sociais (OS) é compreender as razões que levaram o poder público a conceder determinados privilégios às entidades qualificadas como OS, cuja base legal é a Lei Federal n. 9.637/98, de 15 de maio de 1988. O tema se torna imprescindível para fomentar uma reflexão, seja na academia ou na sociedade, visto que muitas vezes o legislador cria normas para beneficiar grupos de interesses que por meio de sistemas viciosos desviam os recursos públicos destinados à sociedade, no presente caso, à saúde.

Nesse sentido, o que se pretende inicialmente é mostrar o que levou o governo brasileiro a aderir o modelo das Organizações Sociais (OS), bem como a criação pelo Estado do Amazonas de lei para execução dos serviços de saúde por intermédio de uma OS, tendo como referência o Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz, em Manaus/AM.

Em outro ponto, a ênfase é verificar se a aplicação do modelo da gestão pública ao Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz por meio de um contrato de gestão se mostrou eficiente para inibir ilícitos.

Deste modo, questiona-se: a legislação aplicável às Organizações Sociais para o exercício de atividades de saúde no Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz se mostram eficientes para inibir ilícitos?

À resposta ao questionamento acima, buscar-se-á afirmar que a legislação que regulamenta as Organizações Sociais apresenta lacunas que podem levar a ilícitos, caso não haja um firme propósito de controle pela Administração Pública.

Os objetivos traçados são: Geral - Identificar as razões que levam a não efetividade dos resultados pelas Organizações Sociais e os desvios dos recursos públicos, e específicos: Entender como funcionam as Organizações Sociais; Analisar as lacunas da legislação aplicável às Organizações Sociais; Confrontar a posição teórica (legislação) e a prática tendo como modelo o Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz.

O caminhar desta pesquisa adota-se o Método de Abordagem o dedutivo, uma vez que o caminho a ser traçado iniciará com abordagem geral das

Organizações Sociais à aplicação desse modelo no Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz. O Procedimento será o monográfico com estudo de caso que analisa determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações. A Técnica de Pesquisa utilizada será a documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e documental.

1. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: CONTEXTUALIZAÇÃO, CONCEITO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO.

Nos anos 80, do século passado, o Brasil passava por uma crise econômica de dimensões elevadas, cujo cenário se mostrava com baixa taxa de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), aumento da inflação e crise fiscal, fatores que impediam ou reduziam o investimento do Estado, que aos poucos já não conseguia manter uma política de desenvolvimento econômico e social. Além disso, a década foi marcada pelo fim da ditadura em 1985.

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em fevereiro de 1987, as discussões em torno da reforma do Estado brasileiro se fortaleciam na busca de uma nova estrutura voltada a uma realidade social mais justa, comprometida com os cidadãos.

No campo da saúde, esse processo foi impulsionado pelo movimento da reforma sanitária, que ansiava por mudanças e melhorias para atendimento à população, e que resultou na universalidade do direito a saúde concretizada no art. 196 da Constituição Federal de 1988, bem como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Lei n. 8.080/90.

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

Cabe lembrar que no cenário internacional as propostas neoliberais apresentadas no chamado "Consenso de Washington" de 1989, pregava a abertura comercial, privatização das empresas públicas e a diminuição do tamanho do Estado, por meio do corte de gastos, terceirização dos serviços e a redução das leis trabalhistas ganhava força nos países centrais. Em resposta as demandas do processo de globalização e a fim de enfrentar a crise que assolava o Brasil, foi necessário criar mecanismos e estratégias para reconstruir o Estado.

Desse modo, em 1995 foi editado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que se concretizou com a Emenda Constitucional n. 19/1998, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, que teve como objetivo a criação de uma estrutura organizacional estatal fortalecida para que o país retomasse o desenvolvimento econômico. Além disso, buscava-se melhorar a prestação dos serviços públicos demandados pela sociedade, oferecendo serviços públicos com melhor qualidade e o aumento da eficiência do aparelho estatal.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 21 de setembro de 1995 foi concebido para dar uma resposta à crise econômica que assolava o país, de modo a manter o equilíbrio necessário à economia, prover a população de serviços eficientes, os quais estavam deteriorados, e combater a crise fiscal e a inflação. De outro modo era necessário um novo modelo de gestão com base na eficiência e voltados aos resultados e descentralização, conforme disposto na apresentação do Caderno MARE, apontado pelo Chefe do Executivo:

"A crise brasileira da última década foi também uma crise de Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além de gradual deteriorização dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilidade e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim, será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais."

[...]

"É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de "gerencial" baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralização para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna "cliente privilegiado" dos serviços prestados pelo Estado."

Esse novo modelo de gerenciamento do Estado teve como escopo tornar a administração pública eficiente, utilizando-se de controle dos resultados e da descentralização dos serviços de modo que os cidadãos pudessem receber serviços dignos do Estado, garantindo-se assim, uma sociedade democrática. Além disso, essa reorganização administrativa visava com que as políticas do Estado se voltassem para o mercado, introduzindo novos formatos institucionais a partir da descentralização da estrutura organizacional, vislumbrando-se a ampliação das ações sociais, uma vez que a execução de serviços poderia ser realizada por terceiros, exceto, os serviços executados exclusivamente pelo Estado.

Para Bresser Pereira (2010, p. 114) a sociedade demandava por serviços públicos e era necessário mudar as condições de ofertas dos serviços, além disso, mostrar para a sociedade que o Estado estava gastando bem os recursos oriundos dos impostos pagos, sendo a reforma gerencial uma resposta a essa questão:

"A Reforma Gerencial foi a resposta a esse desafio ao modificar a forma de administrar a oferta dos serviços, (1) ela torna os gerentes dos serviços responsáveis por resultados, ao invés de obrigados a seguir regulamentos rígidos; (2) premia os servidores por bons resultados e os pune pelos maus; (3) realiza serviços que envolvem poder de Estado através de agências executivas e reguladoras; e – o que é mais importante – (4) mantém o consumo coletivo e gratuito, mas transfere a oferta de serviços sócias e científicos para organizações sociais, ou seja, para provedores públicos não estatais que recebem recursos do Estado e são controlados através de contrato de gestão."

Nesse sentido, o Plano Diretor da Reforma do Estado deu origem ao modelo das Organizações Sociais de modo a executar serviços não-exclusivos do Estado, dentro de uma relação de parceria e via um contrato de gestão, sendo tal parceria regida pelo direito público, conforme pode ser observado no item 6 e 6.4 do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

6. Objetivos

[...]

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade e governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa

tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos aos transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as “organizações sociais”.

6.4 Objetivos para os Serviços Não-exclusivos:

- Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização” transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.

- Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social viabilizando o controle social.

- Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.

- Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.”

De outro modo, a Constituição Federal, em seu art. 197, prevê a execução dos serviços de saúde por meios de terceiros, senão vejamos:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução

ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988)

Ademais, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, ao art. 37 da **Constituição** Federal foi incluso o princípio da eficiência, demonstrando que a gestão da administração pública deve-se pautar nos resultados.

Para DI PIETRO (2015, p. 117) o princípio da eficiência não se sobrepõe aos demais princípios e se apresenta sobre a forma em que atua o agente público, bem **como** a forma de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública.

“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”

Segundo MEIRELLES (2002, p.360-361), o objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa da com a criação figura das Organizações Sociais foi **encontrar** um instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo poder público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

Dessa maneira, com base nos objetivos traçados no Plano da Reforma do Estado, foi elaborada a Lei federal n. 9.637/98 que dispõe sobre a qualificação das entidades como organizações sociais, cria o Programa Nacional de Publicização e extingue os órgãos a serem absorvidos por organizações sociais.

O art. 1º da Lei n. 9.637/98 estabelece que para a obtenção de tal qualificação, a entidade deverá ser uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e suas atividades sociais irão contemplar o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, atendidos os requisitos previstos nesse mesmo diploma.

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à

pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Pelo disposto no artigo supra as Organizações Sociais não representam uma nova figura jurídica, pois é a qualificação concedida pelo poder público que torna a pessoa jurídica de direito privado, regida pelo Código Civil, como tal.

Para PAES (2000, p.67), as Organizações Sociais são um modelo ou uma qualificação de organização pública não estatal criada dentro de um projeto de reforma do Estado, para que as associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica de lei.

Nas lições de DI PIETRO (2015, p.618), as entidades não nascem com o nome de Organizações Sociais, pois se trata de um título jurídico que é concedido e também cancelado pelo Poder público, ou seja, somente o Poder Executivo poderá qualificar essas pessoas jurídicas de direito privado.

Segundo MAZZA (2017, p.45) a Organização Social é uma qualificação especial concedida pelo governo federal às entidades sem fins lucrativos, permitindo que recebam vantagens peculiares.

O conceito de Organizações Sociais apresentado no Caderno MARE da Reforma do Estado, p. 12, traz os aspectos relevantes do modelo, conforme transcrito abaixo:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o interesse público.

As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercer sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS[1].

Para que a entidade privada possa ser qualificada como Organização Social é necessário atender aos requisitos previstos no art. 2º da Lei 9.637/1998, dentre eles que os atos constitutivos da entidade disponham:

- *Que a entidade seja uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cuja finalidade esteja relacionada ao ensino, à pesquisa, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde;*
- *Existência de um conselho deliberativo composto, inclusive, por representantes do poder público e da comunidade, e diretoria disposta em estatuto;*
- *Que os relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão sejam publicados anualmente;*
- *Que quando se tratar de associação civil, a aceitação de novos associados esteja disposta no estatuto;*
- *Sobre a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido da entidade, em qualquer hipótese.*

Além dos requisitos acima destacados, a entidade necessita de aprovação pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área correspondente ao seu objeto social, bem como do Ministro de Estado competente. Tal aprovação relaciona-se a conveniência e oportunidade da autoridade pública para qualifica-la como Organização Social.

Quanto a discricionariedade da autoridade em qualificar ou não a entidade por meio dos critérios da conveniência e oportunidade, cabe trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) encartada na decisão que julgou a ADI nº 1.923-5, de 16/04/2015, pg. 5.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

[...]

“11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo”

Conforme prevê o art. 3º da Lei nº 9.637/98, a Organização Social é dirigida pelo Conselho de Administração e sua estrutura deve estar formalizada por meio de um estatuto, cuja composição terá um percentual de membros representantes do poder público, membros das entidades da sociedade civil, membros eleitos dentre os membros ou associados, membros eleitos pelos integrantes do Conselho com notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral e membros indicados ou eleitos conforme dispuser o estatuto. Os representantes do poder público e das entidades da sociedade civil correspondem a mais de cinquenta por cento da composição do Conselho, e o dirigente máximo do Conselho não tem direito a voto. Os membros terão mandato de quatro anos, podendo ser reconduzido.

As reuniões ordinárias do Conselho ocorrerão, no mínimo, três vezes a cada ano, e as reuniões extraordinárias poderão ser realizadas a qualquer tempo. Os serviços que os Conselheiros prestarem não serão remunerados, mas terão ajuda de custo por reunião que participarem. Não é permitida a acumulação de funções, motivo pelo qual quando o Conselheiro for eleito ou indicado para integrar a diretoria da entidade, deverá renunciar a condição de Conselheiro.

2. LACUNAS DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A Lei Federal n. 9.637/98 denominada “Lei das OS” abriu um leque de possibilidades para entidades sem fins lucrativos atuarem na execução de diversos serviços por meio de parcerias com o Poder Público, sendo necessário que exista uma fiscalização efetiva para que os resultados pactuados se concretizem, visto que o próprio Estado financia essas organizações almejando a eficiência na prestação de serviços ao cidadão.

Nesse sentido, cabe destacar alguns pontos da Lei Federal n. 9.637/98 que, de certa forma, deixam uma abertura para a ocorrência de irregularidades.

Os requisitos dispostos no art. 2º que tratam da habilitação para obtenção da qualificação como organização social não apresentam qualquer indicação para a comprovação de um tempo mínimo de sua existência, de modo que se possa certificar que a entidade prestou efetivamente os serviços na área de atuação. Além disso, a Lei n. 9.637/98 é silente quanto a comprovação da existência do capital próprio da entidade.

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Observa-se que além dos requisitos formais tratados no inciso I, referentes à comprovação contida no ato constitutivo, existe outro requisito voltado à discricionariedade da autoridade que irá decidir se habilita ou não a entidade como organização social. Essa discricionariedade abre caminho para o favorecimento de entidades a serem habilitadas como OS, podendo prevalecer indicações de cunho pessoal ou política com interesses diversos daqueles dispostos na Lei.

Para SILVA NETO (2002, p. 2) ao administrador caberia somente verificar os aspectos elencados no inciso I, do art. 2º, para que não ficasse nas mãos do administrador decidir se habilita ou não a entidade, evitando-se favorecimentos.

"[...] a Lei não poderia oferecer ao administrador a opção para qualificar, ou não, uma entidade civil, que preencheu todos os requisitos exigidos no art. 2º. Da Lei 9.637/98, ao argumento de não ter atendido o interesse público. Deveria a autoridade competente quedar-se manietado às condições formais vertidas à qualificação. Todavia, ainda que preenchidos todos os elementos contidos no art. 2º, o dispositivo não está imune a críticas, pois a redação do artigo não confere nenhuma margem de segurança ao poder público [...]"

Na mesma linha, PAES (2000, p.70) entende que existe um elevado grau de discricionariedade para se qualificar uma entidade como organização social.

"... Percebe-se, portanto, o elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade. Não está prevista sequer uma consulta que seja a algum órgão colegiado ou conselho de representantes da sociedade civil. Difícil é vislumbrar que decisões de tamanha envergadura e com reflexos importantes em áreas tão sensíveis e carentes da sociedade dependem exclusivamente do bom senso de alguns poucos mandatários do poder executivo..."

Outro ponto a ser destacado é que o art. 7º da Lei n. 9.637/98 não prevê a necessidade de critérios objetivos para a contratação de pessoal, com uma seleção

de pessoal aberta a todos aqueles que desejem participar, deixando transparente que as pessoas contratadas possuem o conhecimento e experiência necessários na área de atuação, e atendem aos demais critérios estabelecidos para integrarem na OS.

7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

[...]

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

[...]

Da mesma forma entende SILVA NETO (2002, p.2) ao observar que a seleção de pessoal das organizações sociais deveriam seguir o mesmo tratamento dado às contratações reguladas via licitação, em observância aos princípios de direito público.

"[...] a Lei deveria dispensar à seleção de pessoal o mesmo tratamento para contratação de obras, serviços, compras e alienações, ou seja, o conselho de administração deveria aprovar normas reguladoras, estabelecendo critérios objetivos para a contratação de pessoal celetista, evitando-se eventuais privilégios ou favoritismos. Em suma, da mesma forma que se dá na licitação, devem ser observados na seleção de pessoal princípios de direito público."

3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: TEÓRICA (LEGISLAÇÃO) E A PRÁTICA TENDO COMO MODELO O HOSPITAL DELPHINA AZIZ.

Seguindo o modelo da Lei Federal n. 9.637/98, foi aprovada no âmbito do Estado do Amazonas a Lei n. 3.900, de 12 de junho de 2013, que dispõe acerca da qualificação das Organizações Sociais, sendo regulamentada por meio do Decreto n. 34.039, de 4 de outubro de 2013.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei n. 3.900/2013, ao dispor acerca da qualificação ampliou as áreas de atuação exercidas pelas entidades a serem

qualificadas como organizações sociais, incluindo atividades voltadas ao trabalho, à ação social, ao desporto e à agropecuária:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional, à proteção e preservação do meio ambiente, bem como à saúde, ao trabalho, à ação social, à cultura, ao desporto e à agropecuária. (AMAZONAS, 2013)

Assim como no diploma federal, no âmbito estadual os requisitos para que a entidade possa se qualificar também apresentam aspectos formais (I) e discricionários (II):

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas aquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes de membros da comunidade de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da Diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial do Estado, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Estado, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Estado, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

II - ter a entidade recebido aprovação em parecer favorável, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Secretário de Estado da área correspondente. (AMAZONAS, 2013)

A cooperação entre poder executivo estadual e a entidade se dá mediante contrato de gestão que contem as especificações necessárias para que os resultados sejam alcançados, dentre eles estão os objetivos, metas e prazos, direitos e obrigações, o exercício do controle, regulação e fiscalização, os recursos humanos, orçamentários e financeiros disponíveis, os indicadores de qualidade e produtividade.

Destaca-se que o contrato de gestão está previsto no art. 37, § 8º da Constituição Federal/88, para o estabelecimento de metas de desempenho:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a

fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- o prazo de duração do contrato;
- os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- a remuneração do pessoal.

Nesse prisma, entende-se que o contrato de gestão é um importante instrumento de controle para que o poder público possa acompanhar as atribuições e responsabilidades das OSs, uma vez que estarão inseridos os planos de trabalhos, as metas e prazos estabelecidos, os critérios da avaliação de desempenho juntamente com os indicadores de qualidade e produtividades e as despesas com a remuneração dos dirigentes. Ademais, é no contrato de gestão que constam as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da Organização Social, conforme prevê o art. 6º da Lei 3.900/2013.

Quanto à estrutura das organizações sociais, o Decreto n. 34.039/2013, em seu art. 3º, prevê a estrutura mínima a ser considerada para fins de qualificação das entidades:

Art. 3º As entidades que tiverem interesse em se qualificar como Organização Social deverão possuir a seguinte estrutura básica mínima:

- I - Assembleia Geral, como órgão de deliberação superior;*
- II - Conselho Delegado de Administração, como órgão técnico e de controle básico;*
- III - Diretoria Executiva, como órgão de gestão; e*
- IV - Conselho Fiscal, como órgão de fiscalização da Administração contábil e financeira da Entidade.*

O controle é realizado pelo Conselho Delegado de Administração, e caso a entidade descumpra a legislação vigente e os termos do contrato de gestão será cancelada a sua qualificação. Verifica-se aqui que a Lei Estadual não deixa margem para a não aplicação do cancelamento contratual caso ocorra o seu descumprimento.

A supervisão, acompanhamento e avaliação das ações são realizadas pela área correspondente, pelos órgãos normativos e de controle interno e externo estadual, nos termos do art. 8º da Lei 3.900/2013.

Com a aprovação da Lei n. 3.900/2013, regulamentada pelo Decreto n. 34.039/2013, o Governo do Amazonas adotou esse modelo de gestão na área da saúde e, por intermédio da Secretaria de Estado de Saúde, celebrou o contrato de gestão n. 001 de 28 de dezembro de 2015, com o Instituto de Medicina, Estudos e Desenvolvimento (IMED), associação civil, sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social por meio do Decreto Estadual n. 35.589, de 12/02/2015, publicado na mesma data, visando o gerenciamento, operacionalização e execução das ações e serviços de saúde do Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz.

De acordo com o Relatório de Fechamento do IMED - período de 2015 a 2018 - foram investidas estratégias de gestão, voltando-se ao atendimento humanizado e de tecnologia, bem como estudos para monitorar e avaliar os resultados e impactos referentes ao aumento e qualidade na prestação dos serviços.

Dos dados e informações extraídas do Relatório de Fechamento, no ano de 2015, devido a qualidade do atendimento do Pronto-Socorro Delphina Rinaldi Abdel houve um número maior de pacientes tanto locais como de outras localidades do estado do Amazonas. Ao longo dos 12 meses de 2015 foram realizados 163.406 atendimentos, com 13.617 atendimentos mensais, ao que superou em 19% da meta estabelecida pela IMED. Ademais, com a implantação de 98% do prontuário eletrônico ocorreu uma redução de 40% no consumo de materiais de expediente e de 100% das rotinas manuais. Entre julho a dezembro de 2015, houve uma redução do tempo médio dos atendimentos de urgências de 9 para 6 minutos, por paciente. Na emergência também houve uma redução de 9 para 3 minutos. No ano de 2016 foram realizados 184.175 atendimentos, com uma média mensal de 15.348, ao que superou o ano anterior em um percentual aproximado de 13%. Em 2017 houve um aumento expressivo do número de pacientes em razão da inauguração do Centro de Diagnóstico e o Centro Cirúrgico, chegando ao total de 316.280 atendimentos.

O Relatório de Encerramento do IMED indica que houve avanços nos atendimentos e cumprimentos das metas estabelecidas, os quais geraram impactos sociais positivos, resultados que vão ao encontro das justificativas apresentadas para a aplicação desse novo modelo de gestão. Porém, é necessário registrar que a coleta de dados ficou prejudicada devido a falta de dados e informações no Portal de Transparência do Governo do Estado do Amazonas (Secretaria de Saúde) relacionados ao efetivo acompanhamento (*accountability*) e fiscalização que são realizados pelo Conselho de Administração via programa de trabalho anexado ao contrato de gestão, impossibilitando o cotejo entre os dados fornecidos pelo IMED

com a análise e avaliação realizada pela comissão fiscalizadora e de avaliação, em atendimento ao previsto no art. 8º da Lei Estadual n. 3.900/2013:

Art. 8º *A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.*

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Constata-se que a falta de dados e informações, inclusive da contratação de pessoal e financeira, limita ou impede o efetivo controle social indireto realizado pelo cidadão, que é um dos instrumentos importantes para dar transparência à gestão das Organizações Sociais, situação que se apresenta em descompasso com um dos propósitos de sua criação.

Corroborando com a constatação acima, o Ministério Público de Contas do Estado Amazonas – MPC/AM, como órgão de controle, identificou irregularidade no processo de escolha do IMED e ingressou com representação, cuja ação demonstra a ilegalidade da terceirização da gestão, falta de impessoalidade e transparência, falta de qualificação técnico-operacional e ainda a falta de estudos relacionados à economicidade para a escolha da OS.

4. RAZÕES DA NÃO EFETIVIDADE DOS RESULTADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS DESVIOS DOS RECURSOS PÚBLICOS

As entidades (associações ou fundações) pessoas jurídicas de direito público privado e sem fins lucrativos, ao se qualificarem como Organizações Sociais, estão habilitadas a receberem determinados benefícios concedidos pelo poder público. Dentre os benefícios destacados no Caderno MARE como *Vantagens das Organizações Sociais* está a dispensa de licitação nas contratações de serviços para

atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, inciso XXIV a Lei 8.666/93) e os recursos das Organizações Sociais, que fazem parte do orçamento da União, tem sua execução realizada sem passar pelo registro no Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), sistema que controla toda a execução orçamentária, financeira e contábil do Governo Federal.

Se por um lado a justificativa para a dispensa de licitação é proporcionar maior agilidade na contratação de serviços, por outro dá margem para contratações impróprias indo de encontro com os princípios esculpidos no art. 37 da Constituição Federal/88. Do mesmo modo, quando a Lei n. 9.637/98 desobriga a OS de registrar no SIAFI a execução dos recursos públicos transferidos para seus gastos, levando em muitos casos aos desvios de recursos públicos.

O Tribunal de Contas a União – TCU, em auditorias operacionais realizadas com o objetivo de verificar a transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde às organizações sociais, identificou diversas irregularidades, a exemplo do que consta no Relatório de Auditoria TC 018.739/2012-1, que auditou as Secretarias de Saúde da Bahia, de São Paulo, da Paraíba e nas Secretarias Municipais de Saúde de Salvador, de Araucária, de Curitiba, de São Paulo e do Rio e Janeiro, constatou-se inexistência de motivação acerca da transferência do gerenciado da unidade de saúde para as Organizações Sociais, bem como estudo que permitisse avaliar que essa escolha fosse a melhor opção para se obter o desempenho esperado na prestação dos serviços ou ainda que os custos fossem menores àqueles comparados aos do poder público. Além disso, inexistência de indicadores para que a avaliação do desempenho das OSs fosse efetiva.

Outro ponto destacado pela auditoria do TCU é que os Estados e Municípios ao transferirem para as Organizações Sociais o gerenciamento das unidades de saúde devem se preparar para supervisionarem a execução do contrato de gestão, a fim de que os serviços possam tender a população e os recursos não sejam desviados e desperdiçados.

CONCLUSÃO

O presente estudo mostrou que com a reforma do Estado ocorrida em 1995, utilizada com estratégia para combater a crise que assolava o país no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, implantou-se um novo modelo de gestão pública voltada para o setor não-estatal, que possibilitou a este a execução de serviços não exclusivos do Estado, com enfoque para a gestão por resultados. Nesse cenário, com a edição da Lei n. 9.637/98, as entidades privadas, sem fins lucrativos, com atuação em áreas reguladas no citado normativo puderam habilitar-se para obter a qualificação como Organizações Sociais.

Embora na área da saúde a justificativa para a transferência da execução dos serviços de saúde do poder público para as Organizações Sociais

tenha sido o discurso de uma gestão mais eficiente, avaliada por resultados obtidos a partir de metas estabelecidas, foi possível por meio da presente pesquisa confirmar que a Lei n. 9.637/98 e a Lei Estadual n. 3.900/2013, apesar de apresentarem uma série de requisitos e regras que norteiam a qualificação e o contrato de gestão, não inibem a incidência de ilícitos, os quais refletem nos resultados almejados. Isso porque existe uma deficiência do controle e fiscalização, bem como a falta de transparência, aliada a inexistência de estudos que antecedem a tomada de decisão na transferência da execução dos serviços de saúde para a Organização Social.

Em outro momento, foi possível verificar que na gestão do Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz, o controle e fiscalização também foram deficitários, fato que levou o Ministério Público de Contas do Amazonas detectar irregularidades que culminou no pedido de cancelamento do Contrato de Gestão com a Organização Social IMED.

Desse modo, o poder público deve ter a responsabilidade e entender que a solução para o problema da gestão da saúde não está na decisão pela transferência da execução dos serviços para uma Organização Social, e sim nas ações de fiscalização com rigor e acompanhamento, utilizando-se instrumentos de transparência que permitam qualquer cidadão fiscalizar, principalmente porque os recursos repassados para as Organizações Sociais são gerados por toda a sociedade, tendo aquelas o dever de dar o retorno para quem as mantem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado, 20. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

_____. Resumo de Direito Administrativo Descomplicado. 4. Ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Senado, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José, Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 140 out./dez. 1998.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVO, L.C.C. As Organizações Sociais e o novo espaço político. [ps://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99641/livro_as_organizacoes_sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99641/livro_as_organizacoes_sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y) – Acesso em: 15 de agosto de 2019.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PEREIRA, L.C.B. Democracia, Estado social e reforma gerencial - Revista de Administração de Empresas, v. 50, n. 1, p.112-116, Jan/mar. 2010. <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=3829> - Acesso em 15 de agosto de 2019.

POLÍTICA & SAÚDE. Brasília, 2017, Boletim Política & Saúde <http://altacomplexidade.org/boletim-politica-e-saude/> - Acesso em: 23 de julho de 2019.

SILVA NETO, Belarmino José da. Organizações Sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada. <https://jus.com.br/artigos/3254/organizacoes-sociais> - Acesso em: 15 de agosto de 2019.

<http://imed.org.br/hps-delphina-aziz/hospital-aziz.php>

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf> - Acesso em: 20 de Março de 2019.

<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/OS/caderno2.pdf> - Acesso em: 20 de março de 2019.

[https://www.econodata.com.br/lista-](https://www.econodata.com.br/lista-empresas/AMAZONAS/MANAUS/I/19324171000285-IMED-INSTITUTO-DE-MEDICINA-ESTUDOS-E-DESENVOLVIMENTO)

[empresas/AMAZONAS/MANAUS/I/19324171000285-IMED-INSTITUTO-DE-MEDICINA-ESTUDOS-E-DESENVOLVIMENTO](https://www.econodata.com.br/lista-empresas/AMAZONAS/MANAUS/I/19324171000285-IMED-INSTITUTO-DE-MEDICINA-ESTUDOS-E-DESENVOLVIMENTO) - Acesso em: 18 de agosto de 2019.

<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/11/mpc-representa-ao-tce-para-apurar-fraudes-em-contratos-de-hospital.html> - Acesso em: 14 de março de 2019.

<http://imed.org.br/hps-delphina-aziz/hospital-delphina-aziz.php> - Acesso em: 14 de março de 2019.

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=256542> – Acesso em 15 de março de 2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm - Acesso em: 15 de março de 2019.

<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/janeiro/34/15.Regulamentacao-da-Lei-de-OS.pdf> – Acesso em: 14 de março de 2019.
http://www.saude.am.gov.br/docs/pes/pes_2016-2019_ver_ini.pdf - Acesso em: 20 de agosto de 2019.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf - Acesso em: 14 de agosto de 2019.

<http://www.transparencia.am.gov.br/> - Acesso em: 20 de agosto de 2019.

[1] <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/OS/caderno2.pdf>

BUSCA E APREENSÃO

RONALDO NASCIMENTO COSTA:

Bacharelado no curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

Resumo: O presente artigo trata da expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, sem a individualização de pessoas, objetos e locais específicos, como um meio de combater os problemas de segurança pública. A dificuldade da polícia em atuar em áreas com crescimento desordenado e a clandestinidade de construções sem cadastramentos dominadas pela difusão das facções criminosas. O objeto de mandados coletivos de busca e apreensão em bairros pobres acaba por causar distinção, preconceito e marginalização das periferias; por outro lado, pode-se observar que em áreas nobres da cidade, não há a determinação acima mencionada para busca e apreensão coletiva.

Palavras-chave: Mandado. Busca e apreensão. Segurança Pública. Facções criminosas.

Sumário: 1. A busca e apreensão como medida cautelar e meio de prova; 2. Princípios norteadores das medidas cautelares; 3. Da busca e apreensão; 4. Proporcionalidade entre o constrangimento ao sujeito passivo e a prova obtida; 5. Devido processo legal; 6. Presunção de inocência; 7. Excepcionalidade; 8. Exceções ao ingresso a domicílio; 9. Busca e apreensão e garantias constitucionais; 10. Escritório de advocacia e a busca e apreensão; 11. Execução da busca e apreensão; 12. A forma procedimental da apreensão; 13. Do mandado de busca e apreensão coletivo; 14. Da utilização do mandado de busca e apreensão pelo Estado.

Introdução

O presente artigo apresenta um estudo acerca do cumprimento de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos em áreas periféricas e como a referida medida vai de encontro aos direitos e garantias fundamentais.

A busca e apreensão é medida cautelar ou instrumental que visa à obtenção de elementos probatórios, bem como evita o perecimento das provas arrecadadas.

A medida tem a incumbência de, além de prender criminosos e apreender objetos que sejam materiais de crimes, tornar o Estado presente em determinadas localidades tomadas pela delinquência.

Além disso, é importante salientar que a novel legislação, de fato, está em consonância com os tempos atuais. Hodiernamente, a preocupação é garantir às crianças, adolescentes e moradores em geral de bairros extremamente perigosos, uma ampla e (talvez) irrestrita atuação do Estado.

A busca e apreensão como medida cautelar e meio de prova

A busca e apreensão é uma medida cautelar e, como tal medida, para sua concessão deve-se analisar a presença dos pressupostos permissivos, quais sejam: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito: indícios que é plausível a medida que se pede) e o *periculum in mora* (perigo na demora da concessão da medida: risco de que as provas pereçam se a medida for concedida em momento posterior), aferidos, legitimamente, por meio de uma longa investigação, com a conseqüente exposição lógica, técnica e jurídica, devendo sempre serem observados os requisitos de existência válida e da futura ação penal, logo, as condições da ação, que são possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva.

Como dito no parágrafo anterior, o mandado de busca e apreensão é tido na doutrina como medida de natureza cautelar e tal medida como prova somente pode ser deferido no curso do Inquérito policial, destinada a evitar o desaparecimento das provas. É bem verdade também que, como medida cautelar e probatória, pode ser autorizada mesmo antes do Inquérito Policial, em caráter de urgência, e dispensa anterior instauração de procedimento investigatório pela Autoridade Policial.

As medidas cautelares, como todo o processo penal, estão submetidas aos princípios constitucionais orientadores do processo. Ademais, estão também regidas por princípios específicos, alguns deles previstos na própria legislação infraconstitucional.

Princípios norteadores das medidas cautelares

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do Direito Brasileiro, em razão da igual dignidade de todas as pessoas. Diante de tal princípio, não é possível ponderar, restringir ou relativizar a dignidade com qualquer outro interesse, só encontrando limite na igual e concreta dignidade do outro. A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta, como homem e como mulher, cuja dignidade lhes é própria, e não da comunidade, embora nela vivam. A dignidade não pode ceder a interesses comunitários, não podem as medidas cautelares, cujo interesse é a preservação de um processo de conhecimento ou de execução, justificarem a restrição, limitação ou aniquilamento da dignidade humana.

As medidas cautelares, analisadas de acordo com o devido processo legal, por vezes, podem afetar severamente a esfera individual, agredindo o direito

de ir e vir e também o patrimônio do indiciado ou acusado, sem que haja a consumação de todas as etapas que legitimam a privação da liberdade ou dos bens, motivo pelo qual as medidas seguem condicionamentos como a tipicidade ou taxatividade, em seguida a limitação temporal, por fim, a atuação que mais interessa ao estudo das cautelares, a presunção de inocência, pois, embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.

No processo penal, o *due process of law* se estrutura a partir da legalidade, sendo uma de suas dimensões o respeito às formas legais, que funcionam como limite ao poder e garantia para o réu.

Na excepcionalidade, as restrições às liberdades públicas só podem ocorrer de forma excepcional, sendo inadmissível sua vulgarização. As medidas cautelares, por serem restrições aos direitos fundamentais, se regem pela excepcionalidade, no Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. Para Kant, o primeiro e único direito inato do homem é a liberdade, a qual detinha com plenitude no estado de natureza. Uma vez conduzido ao seio do Estado, este deve procurar manter o máximo de liberdade possível aos indivíduos.

Na perspectiva de Kant, a justiça consiste em afastar obstáculos à liberdade, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, em resumo, criar uma esfera de não impedimento. Enfim, para Kant, justiça é liberdade.

Da busca e apreensão

Busca é diligência da persecução penal com intuito específico de localizar, procurar, pessoa ou coisa, podendo restringir direitos fundamentais constitucionais, como o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada ou até mesmo do domicílio.

Apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de lugar com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.

A natureza jurídica da busca e apreensão é mista, como medida cautelar assecuratória e como meio de prova, para a lei, indica meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, para a doutrina é apresentada como medida acautelatória que visa impedir o perecimento das coisas. A medida cautelar quando recair sobre a coisa, é de natureza real, e quando o objeto da diligência for a pessoa, é de natureza pessoal.

Acerca do tema, o Código de Processo Penal dispõe em seu Título VII, Capítulo XI que:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

A busca e apreensão dos instrumentos do crime e de outros objetos que interessem à prova poderá ser levada a efeito ou no próprio *locus delicti* (lugar onde o delito foi cometido), ou em domicílio, ou até mesmo na própria pessoa.

Em se tratando de busca domiciliar, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XI, prescreve que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia por determinação judicial”.

Assim, as buscas domiciliares somente poderão ser realizadas com autorização do juiz as medidas cautelares devem respeitar a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal

Proporcionalidade entre o constrangimento ao sujeito passivo e a prova obtida

Não concordamos com tal distinção, uma vez que os limites entre a norma material e processual são muito tênues em matéria probatória. Uma escuta não autorizada tanto viola o direito à intimidade como a regra procedimental da Lei 9.296/1996. A prova, uma vez admitida, será declarada nula e sua renovação será impossível. A busca e apreensão determinada por autoridade incompetente também será declarada nula por violação de regra processual e eventual material apreendido não poderá ser reintroduzido no processo simplesmente renovando-se a diligência com ordem da autoridade competente, que na altura já terá conhecimento dos elementos colhidos na apreensão ilegítima.

As medidas cautelares, como todo o processo penal, estão submetidas aos princípios constitucionais orientadores do processo. Ademais, estão também regidas por princípios específicos, alguns deles previstos na própria legislação infraconstitucional.

A harmonização, relativização ou ponderação da dignidade, para nós, só é concebível no plano concreto, diante de tensão entre dignidade e dignidade, ou seja, em razão da igual dignidade de todas as pessoas. Não é possível ponderar, restringir ou relativizar a dignidade com qualquer outro interesse, só encontrando limite na igual e concreta dignidade do outro.

Como bem destaca Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta, como homem e como mulher, cuja dignidade lhes é própria, e não da comunidade, embora nela vivam.²⁸ O sacrifício será sempre inadmissível, da mesma forma que será repudiável qualquer ponderação ou relativização em razão de interesse comunitário, público ou da ordem pública, que seriam verdadeiras abstrações.

Neste contexto já é possível extrair uma conclusão importante na relação entre dignidade humana e medidas cautelares, a saber: se a dignidade não pode ceder a interesses comunitários, não podem as medidas cautelares, cujo interesse é a preservação de um processo de conhecimento ou de execução, justificarem a restrição, limitação ou aniquilamento da dignidade humana.

Devido processo legal

Por outro lado, a prisão cautelar submete a pessoa humana, presumidamente inocente, ao mesmo sofrimento, em caráter provisório, sumário, sem um juízo de certeza, sem que tenha havido o esgotamento do devido processo legal.

Da mesma forma, as demais medidas cautelares, também afetam severamente a esfera individual, agredindo o direito de ir e vir e mesmo o

patrimônio do indiciado ou acusado, sem que haja a consumação de todas as etapas que legitimam a privação da liberdade ou dos bens.

Por conseguinte, extrai-se alguns importantes condicionamentos em relação às medidas cautelares. Primeiramente a tipicidade ou taxatividade, em seguida a limitação temporal (duração razoável), por fim, a atuação da presunção de inocência como regra de tratamento não tem como presumir a inocência entrando na cada das pessoas.

Em razão do *due process*, bem como do fato de as cautelares representarem restrições a direitos fundamentais, no processo penal, não se pode falar em poder geral de cautela do juiz, havendo verdadeira taxatividade no rol de medidas cautelares.

No processo penal, o *due process of law* se estrutura a partir da legalidade, sendo uma de suas dimensões o respeito às formas legais, que funcionam como limite ao poder e garantia para o réu.

Presunção de inocência

A dimensão que mais interessa ao estudo das cautelares é a sua feição como regra de tratamento. Embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.

Excepcionalidade

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. O Estado, deve procurar manter o máximo de liberdade possível aos indivíduos, a justiça consiste em afastar obstáculos à liberdade, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, em resumo, criar uma esfera de não impedimento.

Desta maneira, as restrições às liberdades públicas só podem ocorrer de forma excepcional, sendo inadmissível sua vulgarização. As medidas cautelares, por serem restrições aos direitos fundamentais, se regem pela excepcionalidade. Dentre elas, merecem destaque as prisões cautelares, que só podem ser decretadas quando todas as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes (§ 6.º do art. 282 do CPP).

Note-se que as teorias relativas da pena sustentam exatamente que o fundamento da pena é a necessidade de evitar a prática futura de delitos, ou seja, a pena é instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos, trata-se de prevenção geral e específica. Percebe-se assim, que a necessidade de evitar a prática de infrações penais previstas no inc. I do art. 282 do CPP é o objetivo da pena, não podendo ser perseguido por via cautelar. Tal dispositivo antecipa os

objetivos da pena, o que viola a presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional.

Exceções ao ingresso a domicílio

Por sua vez, a Constituição autoriza o ingresso no domicílio, independentemente de mandado, nas situações de flagrante (art. 5.º, XI, da CF/1988). A posição corrente na jurisprudência ¹⁰⁴ é no sentido de que havendo ingresso no domicílio, sem mandado, com apreensão de droga, não há falar em ilegalidade, pois há uma situação de flagrante de crime permanente. Aliás, este entendimento foi consagrado pelo STF com força de repercussão geral (RE 603616).

Entendemos que neste caso a questão não é bem compreendida pelos órgãos julgadores. Não se pode confundir o fato de estar cometendo um crime com a situação de flagrante. O flagrante significa visibilidade material do delito. ¹⁰⁵ Não existe flagrante quando não há um mínimo de aparência perceptível aos sentidos relativamente à existência de um crime, nos termos do art. 302 do CPP. Quando se ingressa em uma residência sem o mínimo de visibilidade do delito, há violação do domicílio e a superveniente apreensão de droga passa a ser ilícita por força dos incs. XI e LVI do art. 5.º da Constituição e do art. 157 do CPP. O que autoriza o ingresso no domicílio é a percepção do cometimento do crime (flagrante) e não o simples cometimento sem que ninguém perceba pelos sentidos.

Busca e apreensão e garantias constitucionais

O tema busca e apreensão, pressupõe a observância do Código Penal, Código de Processo Penal, bem como da Constituição da República Federativa Brasileira, no art. 150, caput, Código Penal, define como crime a violação ao domicílio, logo, tutelando-se a inviolabilidade da casa do indivíduo, em ação múltipla de entrar ou permanecer no imóvel, a entrada ou permanência, segundo dispositivo legal, pode ser clandestina, astuciosa, com emprego de algum artifício e *ostensiva*. Nos inc. I, II e III, do § 4º, do art. 150, do Código Penal compreende-se "casa" como qualquer compartimento habitado, aposento habitado de ocupação coletiva, compartilhamento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. O Código Penal se preocupou em definir as possíveis ocupações em que o indivíduo possui inviolabilidade e segurança de moradia, estando estas bem definidas.

O Código de Processo Penal delimita a busca entre pessoal e domiciliar nos termos do art. 240. No que se refere ao domicílio, este tem sentido amplo de residência, casa onde alguém viva ou trabalhe, diz respeito ao local onde o indivíduo reserva sua vida íntima.

A condição de legitimidade prevista no art. 240, esta vinculada a autorização judicial, de ofício ou a requerimento das partes ou autoridade competente, conforme art. 242, com a expedição de respectivo mandado de busca e apreensão, quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar

pessoalmente, nos termos do art. 243, indicando com precisão o lugar físico onde devera ser realizada a diligência ou suas características, com indicação do nome do proprietário ou do individuo que ira sofrê-la, todos os atos devidamente fundamentados pelo juiz, segundo assunto do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Em relação à busca pessoal, diferente da domiciliar, não exige fundadas razões, mas sim, fundadas suspeitas, de apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso, apreender informações postais destinadas ao acusado útil a elucidação dos fatos, ou colher qualquer elemento de convicção para elucidação do crime, presentes no § 2.º, do art. 240, do Código de Processo Penal.

No Código de Processo Penal são delimitadas as possibilidades e exigências para o cumprimento de uma decisão de busca e apreensão, conforme art. 245, do Código de Processo Penal, as buscas domiciliares serão com posse de mandado e posteriormente intimando o morador a abrir a porta, no § 5, do mesmo artigo, esclarece que se for determinada a coisa ou a pessoa, o morador será intimado a mostrá-la, observa-se que em determinados mandados genéricos ao qual são determinados exclusivamente pelo conhecimento de determinadas áreas de exacerbada violência, o individuo o qual sofre a diligência, não terá como determinar-se, pois terá que ser interrogado a esclarecer se possui material ilícito, ou se esta sobre a posse deste, bate de encontro com o direito de não produzir prova contra si mesmo, O princípio "*nemo tenetur se detegere*" está consagrado pela Constituição, assim como pela legislação internacional, como um direito mínimo do acusado, sendo de fundamental importância seu cumprimento, pois este é um direito fundamental do cidadão.

A Busca e apreensão segundo os ditames constitucionais, pressupõe a observância dos direitos individuais previstos na Constituição Federal, na carta magna em seu artigo 5.º, XI e X, à inviolabilidade de domicílio, intimidade e a vida privada. A proteção à casa do indivíduo só pode ser violada em situações excepcionais previstas na Constituição, o termo casa deve considerado de forma ampla, tal como definido no artigo 150 §§ 3.º e 5.º, do Código Penal, compreendendo qualquer local que sirva de abrigo, residência ou moradia ou aquele não aberto ao público onde o indivíduo exerce profissão ou atividade. A Constituição, no artigo 5.º, X, define serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O indivíduo ao ter sua vida devassada indevidamente. Assim, mesmo no curso de busca domiciliar, se esta for ilegal, ao individuo é assegurado devida indenização.

Escritório de advocacia e a busca e apreensão

O escritório de advocacia, em virtude da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, c/c o art. 243, § 3.º, do CPP). O Estatuto da OAB determina

que, em escritório de advogados, a busca ou apreensão deve ser acompanhada por representante da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7.º, da Lei 8.906/94). Mas a inviolabilidade do escritório de advocacia não é absoluta, pois, o escritório jurídico não pode armazenar ilícitos ou produtos derivados do crime.

Em decorrência de um mandado de busca e apreensão coletiva, ainda que esteja dentro dos limites impostos pelo juiz, o executor da decisão não poderá adentrar escritório de advocacia sem a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7.º, da Lei 8.906/94).

Execução da busca e apreensão

A busca pode ser realizada pela autoridade policial ou seus agentes (artigos 241, 245, §1.º, e 250), inclusive os membros da polícia militar, na fase de inquérito e por oficiais de justiça, na fase processual. O cumprimento do mandado deve pautar-se pelas orientações contidas nos artigos 245, 247 e 248, do Código, antes da busca, o executor deve exibir e ler o mandado de busca, exceto a autoridade judiciária, ou policial, intimar o morador a abrir porta e mostrar o que se procura, declarar sua qualidade e o objetivo da diligência, caso seja necessário o executor poderá arrombar a porta e forçar a entrada, em caso de desobediência à ordem judicial por parte do morador empregar a força contra as coisas ali existentes, intimar um vizinho para assistir a diligência, em caso de ausência do morador, determinar o que for necessário também em relação aos moradores, porém molestando-os o menos possível. Após a busca, o executor deverá apreender a pessoa ou coisa que procura, lavrar auto a respeito da diligência, arrolando duas testemunhas, se a busca resultar infrutífera, informar ao sujeito passivo as razões de sua realização, se penetrar em território de outra jurisdição, apresentar-se à autoridade local.

A forma procedimental da apreensão

A apreensão pode ser realizada tanto na fase inquisitorial, como no decorrer da ação penal, e até mesmo durante a execução da pena. O apossamento pode ser decorrente de busca ou mediante exibição. A apreensão decorrente de busca acha-se vinculada aos limites constitucionais e processuais da busca. Podem requerer a autoridade policial, o Ministério Público, o ofendido, na fase do inquérito conforme art. 14 do Código de Processo Penal ou como assistente de acusação, nos termos dos arts. 268 a 273 do Código de Processo Penal, o suspeito, indiciado ou acusado e o condenado ou respectivos defensores.

Do mandado de busca e apreensão coletivo

Pois bem, fica claro que, inicialmente, a ideia é criar uma “nova” modalidade coletiva do “mandado de busca e apreensão”, justificada falhas que o mandado pessoal e domiciliar comum possui, tais como a dificuldade que a polícia tem, junto a a inteligência, de realizar um levantamento preciso de residências

utilizadas pelas facções criminosas, como esconderijo de drogas, armas de fogo, impedindo, com isso, a atuação do estado nessas localidades inacessíveis.

Quando a polícia vai realizar uma operação, é analisado diversas possibilidades de êxito, um mandado individualizado não abrange locais com mata extensa e fechada, comum no Brasil, a qual serve de rota de fuga de traficantes em meio a operação, outro grande problema é o emaranhado de residências num determinado local, com ausência de numeração específica ou qualquer outro sinal de identificação, causando a impossibilidade de nortear o presente pedido de busca e apreensão.

Entende-se que em casos específicos somente um mandado de busca e apreensão é eficaz no combate a criminalidade organizada que assola a população.

Da utilização do mandado de busca e apreensão pelo Estado

Com o aumento da criminalidade no Brasil, os mandados de busca e apreensão começaram a serem utilizados como forma de ocupação territorial intensiva, o objetivo dos mandados coletivos era a diminuição dos índices de criminalidade, recuperar a capacidade operativa dos Órgãos de Segurança Pública, articular de forma coordenada as instituições dos entes federativos, fortalecer o caráter institucional da Segurança Pública e do Sistema Prisional.

Ao iniciar a execução dos mandados de busca e apreensão coletivos em áreas onde o índice de criminalidade está no vermelho, além de questões acerca da legitimidade do ato pelo poder judiciário, levantaram-se questões acerca da discriminação aos moradores de áreas periféricas, pois a medida só seria aplicado frente aos mais vulneráveis socialmente, moradores de favelas, conjuntos habitacionais entregues pelo governo. Embora os grupos de inteligência estudem a melhor área de atuação para desordenar facções que controlam áreas residenciais, boa parte da população de bem, trabalhadores, estudantes, pais de família, teriam suas residências violadas, defasadas por morarem em espaços dominados pelo crime.

Conclusão

O presente trabalho abordou a aplicação identifique quais as lacunas da lei para aplicação do mandado de busca e apreensão coletivo, além de verificar as possíveis soluções para aplicação do instituto jurídico da busca e apreensão coletiva sem ferir direitos constitucionais. Ademais, verificou as possíveis soluções para aplicação do instituto jurídico da busca e apreensão coletiva sem ferir direitos constitucionais. Explicando sempre as consequências no caso concreto de acordo com a realidade da criminalidade brasileira, aclarando o que acontece de positivo e negativo quando a busca for possível.

Referências Bibliográficas

COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 839 A 843 DO CPC - Da busca e apreensão». Páginas de direito. 24 de novembro de 2007. Consultado em 12 de julho de 2016

Alessandra Borba Vieira e Ariane Fernandes de Oliveira (2013). A BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO CIVIL

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil, disponível em Internet: www.mundojuridico.adv.br, acesso em 22.5.2019.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. A desfuncionalização da busca e da apreensão.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 717.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

PETRÔNIO PENA DE ARAUJO JUNIOR:
Bacharelado no Curso de Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

DOUGLLAS KHRISHNA DE LIMA DE ABREU
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da reforma trabalhista no que tange aos danos extrapatrimoniais. Utilizou-se o método de pesquisa exploratório, abordagem hipotético-dedutivo e procedimento de pesquisa bibliográfica e documental para apresentar conceitos de empregado e empregador, reparação civil, danos extrapatrimoniais, para analisar as mudanças promovidas pela Reforma Trabalhista e sua pertinência, considerando os princípios constitucionais e trabalhistas que devem ser o norte para a edição de novas normas. Palavras-Chave: Direito do Trabalho; Dano Extrapatrimonial; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article aims to analyze the unconstitutionality of the labor reform with respect to off-balance sheet damages. The exploratory research method, hypothetical-deductive approach and bibliographic and documentary research procedure were used to present concepts of employee and employer, civil reparation, off-balance sheet damages, to analyze the changes promoted by the Labor Reform and their relevance, considering the constitutional principles. and labor that should be the north for editing new standards.
Keywords: Unconstitutionality, Civil reparation, Labor Reform.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a repercussão da Lei 13.467/17, conhecida como “Reforma Trabalhista”, que foi publicada no dia 14/07/2017, além de acrescentar novos artigos, fez inúmeras mudanças no texto dos atuais dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Uma das mais questionáveis mudanças foi ao artigo 223-G, parágrafo 1º da CLT, que trata a respeito do dano extrapatrimonial, tal reforma apresenta aparentemente afrontas tanto à princípios constitucionais, quanto à princípios trabalhistas .

Na referência, o legislador limitou e classificou as ofensas de cunho extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho em de natureza leve, média, grave e gravíssima, ou seja, algo semelhante ao que é encontrado no Código de Trânsito Brasileiro.

Não parece existir fundamento jurídico, lógico, social para uma mudança tão repentina, tendo em vista a celeridade no processo de aprovação da reforma, sem o devido debate sobre as futuras consequências para os reclamantes e para o Judiciário, que passará a analisar incidentalmente questões constitucionais.

O propósito da reforma era frear os processos aventureiros perante a Justiça do Trabalho, porém, uma lei que foi freneticamente redigida, sem a devida participação democrática, com *vacatio legis* brevíssimo e ainda com inúmeras anomalias, não obstará o acesso aos órgãos judiciários, trará em um primeiro momento divergências jurisprudenciais e, portanto, insegurança jurídica aos jurisdicionados.

1. RELAÇÃO DE EMPREGO E A DECORRENTE RESPONSABILIDADE CIVIL

Existem diversas formas de trabalho, em seu sentido *lato sensu*, que é conforme ensinamentos de JÚNIOR (2012) o trabalho realizado em proveito de outra pessoa, podendo ser um trabalho de meio ou fim.

Na sociedade, com o passar dos anos e a latente evolução nas relações trabalhistas, foi necessário que o legislador formulasse algumas soluções para evitar exploração semelhante com a que ocorreu durante a Revolução Industrial, que fora um grande marco de desvalorização do trabalho.

Durante o período supracitado os trabalhadores se viam sem amparo jurídico, trabalhando em condições sub-humanas, durante longos períodos de tempo e com remuneração muito aquém do que atualmente se consideraria justo. Sendo que esta condição não era exclusiva para adultos, conforme descreve CUSTÓDIO (1999, p. 04).

O trabalho infantil tem registros que remontam à própria história da humanidade, sua utilização sempre variou conforme o grau de desenvolvimento civilizatório. No entanto, considerando a história recente da humanidade, com o início da Revolução Industrial o tema passou a ganhar maior importância em função da evidente degradação física que estava ocorrendo na infância, que alarmava, até mesmo, os mais conservadores.

A Constituição Federal (CF/88) em seu texto restringiu a carga horária dos trabalhadores em geral e proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho para menores de 16 anos que não estejam na condição de aprendizes, coibindo a exploração de crianças e adolescentes e indicando quem deveria para o ordenamento jurídico brasileiro ser sujeito ativo da relação de trabalho.

Art. 7º, XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho

Art. 5º, XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

O trabalho é o gênero que congloba as diversas relações existentes no âmbito trabalhista, sendo parte o autônomo, o eventual e o avulso que são caracterizados pela ausência de alguns requisitos essenciais ao emprego. Restringir-nos aos empregados, parcela de trabalhadores que respeitam alguns requisitos específicos, "trata do trabalho subordinado, do empregado em relação ao empregador" (MARTINS, 2002, p. 90).

No entanto, a relação de emprego pode surgir dos fatos, sem que se encontre devidamente registrada. O dispositivo legal para proteger aqueles que laboram de maneira informal não obriga que o contrato seja escrito, podendo a força de trabalho ser reconhecida como relação de emprego, caso preenchidos os parâmetros legais, em evidente respeito ao princípio da proteção.

Os requisitos se encontram positivados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seus artigos 1º e 2º, que dizem:

Art. 2º - Considera-se Empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se Empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

É possível extrair na leitura que os aspectos essenciais da relação empregatícia são o trabalho ser realizado por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, subordinação, onerosidade, e para alguns autores, é essencial que a figura da alteridade, "devem estar presentes de forma cumulativa para que haja o reconhecimento do vínculo empregatício". (DELGADO, 2015, p.299).

A CLT destaca como requisitos cinco pontos presentes na relação de emprego, denominados na doutrina como requisitos essenciais, com destaque a alteridade que não é unanimidade. É a necessidade de o empregador no caso concreto assumir os riscos da atividade econômica, sendo omissa em um primeiro momento quanto aos empregadores que não exploram atividade lucrativa, tal

controvérsia foi discutida pela doutrina que entende a intenção do legislador, DELGADO (2009) defende que o que está expresso no art. 2º não é a intenção do legislador, que sua intenção foi responsabilizar o empregador por seu empreendimento econômico, bem como pelos custos e resultados do trabalho ao qual o empregado se prestou. Sendo assim, a alteridade é aplicada a qualquer tipo de empregador, independente se este exerça alguma atividade lucrativa ou não.

O conceito de empregador teve de ser ampliado a fim de contemplar os empregadores por equiparação, que não exploram atividade econômica, pondo fim à possibilidade de se falar em risco da atividade lucrativa, assumindo o empregador o risco integral da atividade, conforme art. 2º, §1º da CLT.

§ 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Substancial se faz ao abordar alguns pontos da perspectiva da relação de emprego, como surge e quem é sujeito, compreender que dentro das relações humanas existem atitudes que geram danos a outrem e que devem ser repudiadas e desestimuladas, pois são indesejáveis pela sociedade como um todo.

A responsabilização civil é a reparação do prejuízo causado pelo não cumprimento de obrigação tida como sua, é claro para a doutrina que quem deu causa ao dano deve repará-lo sempre que possível, atendendo ao princípio da reparação total do dano. Através de NETO (2010) compreende-se que, ao se pensar em responsabilidade civil, a referência que se faz é à reparação de um dano, sem que haja um dano não surge o dever de indenizar. O dever de reparar já estava presente no Direito Romano, com a ideia de que todos são livres para tomar decisões, mas que algumas delas são lesivas aos outros e, uma vez praticadas, as consequências devem ser reparadas.

Ainda se falando em Direito Romano, a vingança se tratava de instituto bastante comum, sendo a expressão olho por olho, dente por dente uma máxima na época. A lei de Talião era a concretização da vingança privada. Tal comportamento não encontrou respaldo com a evolução da sociedade e a decorrente impossibilidade no exercício arbitrário das próprias razões, que é incompatível com o *ius puniendi* do Estado, que é o dever-poder de punir quem comete ato ilícito, cabendo ao ente à legitimidade de defender os interesses da sociedade e solucionar as suas lides.

A responsabilidade civil para DINIZ (2011) decorre de três elementos. São Eles: A existência de uma ação; A ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima e nexo de causalidade, o que constitui o fato gerador da

responsabilidade civil, sendo preenchidos, surge ao ofendido o direito subjetivo de buscar a compensação.

FERREIRA (1999) nos define o sentido de dano que é tido como “mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral; prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus; estrago, deterioração, danificação”.

O dano pode ser dividido em material e moral, sendo o primeiro a lesão concreta que afeta o patrimônio de alguém, que tem seus bens avariados de forma total ou parcial (DINIZ, 2011), já os danos morais são os contratemplos que perturbam contundentemente o ser, abalando-o psicologicamente, afetando os seus direitos à personalidade, conforme VENOSA (2019, p.52)

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS

As relações empregatícias são protegidas por diversos princípios, entre eles cabe nesse primeiro momento destacar algumas figuras importantes como o princípio da proteção, irrenunciabilidade de direitos e da primazia da realidade, pois o nosso ordenamento jurídico entende que o empregado de forma presumida é hipossuficiente, seja financeira ou tecnicamente, o colocando em evidente desvantagem na relação, comparando seus poderes com o do empregador.

Pode esta relação ser estabelecida de forma tácita ou expressa, conforme o artigo 442 da CLT, em virtude da própria primazia da realidade, que busca implementar e aperfeiçoar a visão de que no Direito do Trabalho os fatos devem ser analisados sob o prisma da verdade real, na inteligência de MARTINS (2019), os fatos são imprescindíveis, sendo mais relevantes à resolução do processo do que as provas documentais, que podem apresentar situações que não condizem com a forma que a situação fática acontecera.

Adentrando os princípios da área trabalhista e posteriormente os constitucionais, temos o princípio da proteção que se manifesta como uma base, que direciona as normas, em regra, a favor do trabalhador que é parte hipossuficiente, gerando uma vantagem que o coloca em igualdade com o empregador, SUSSEKIND (2000) indica que o princípio resulta de normas de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica necessária e esperada do Estado nas relações de trabalho, visando apresentar alguns obstáculos à autonomia da vontade

das partes, empregadora e empregada. Este princípio ainda pode ser subdividido em outros três que são: in dúbio pro operário, aplicação da regra mais favorável e condição mais benéfica, parte da doutrina como RODRIGUES (2015) coloca este princípio como norteador de todo o Direito do Trabalho.

O princípio da primazia da realidade determina que a realidade se sobrepõe às disposições contratuais escritas. Deve-se, portanto, verificar a verdade real, pois prevalece sobre a verdade formal, ou seja, devemos aferir a realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos formais e ou documentais.

Para RODRIGUEZ (2000) a primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos, tem como fundamento legal o art. 90 da CLT que indica:

Art. 90 - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação

Dentre os princípios constitucionais alguns merecem um maior destaque, como o princípio da isonomia, que garante a igualdade entre todos os cidadãos brasileiros sem distinções de classe, credo, cor, etnia, conforme BARBOSA (apud BULOS, 2009 p. 17).

“a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem”.

Existem dois prismas neste princípio, formal e material, o primeiro é nos ensinamentos de FERREIRA (1983), a igualdade perante a lei vigente e as futuras, sendo restrição aos privilégios de classes específicas, já na igualdade material o enfoque é na concretização, como uma meta ou objetivo de retirar da letra da lei e viabilizar a aplicação prática do referido princípio, ROSSEAU (2009) entendia que o prisma material era o real objetivo do governo, “precisamente por sempre tender a força das coisas a destruir a igualdade, a força da legislação deve sempre tender a mantê-la”.

Do mesmo modo, nos é apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana que SARLET (2001, p.60) conceitua:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Não deve existir diferenciação baseada em posição social ou reconhecimento que o indivíduo detenha perante a sociedade, está determinada a igualdade entre todos, não havendo que se falar em pessoas com mais direitos, privilegiadas. A dignidade é um direito que pertence a qualquer cidadão, inerente ao ser humano. KANT (1986, p. 23) já deixa claro que o humano não poderia ser visto como uma coisa, pois é único, digno, não é substituível, não pode ser alienado, pois é acima de qualquer valor em pecúnia.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade... Essa apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

A visão Kantiana se demonstrou muito relevante para a construção do que temos como dignidade, que parte do pressuposto de que todo ser humano é importante e merece respeito por parte de seus semelhantes, por sua própria qualidade de ser humano, SARLET (2001, p.60).

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 ato 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 corresponsável 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.

Os princípios elencados não podem ser analisados em separado, observa BOBBIO (1999, p.21) que “[...] o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo [...]”, o sistema deve ser coerente, interligado e completo. Princípios são objetivos da República Federativa do Brasil, que atuam como critério para verificação da constitucionalidade e consequente pertinência da norma colocada em confronto com estes, pois se tratam de direitos irrenunciáveis, que não permitem transações e devem ser tratados com prioridade, visto que são o caminho que o legislador originário deixou ao derivado para restringir a sua autonomia na edição de leis, para que as normas supervenientes continuem a buscar a igualdade, dignidade e proteção aos mais frágeis.

O trabalho tem função essencial, sendo o seu valor social indiscutível, a própria CF/88, indica a sua importância em seu primeiro artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Sem o trabalho não há como se falar em igualdade de oportunidades e em dignidade da pessoa humana.

Após a análise do que é trabalho, sua função na sociedade para concretização de princípios norteadores e fundamentais e a responsabilidade civil que pode decorrer do labor, mister se faz verificar as importantes mudanças que ocorreram com o advento da lei 13.467/2017, norma instituidora da Reforma Trabalhista, que modificou exponencialmente a forma como ocorre a reparação do dano extrapatrimonial e verificar se a norma é adequada aos seus referenciais constitucionais e trabalhistas.

3. REFORMA TRABALHISTA EM RELAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Antes da reforma trabalhista com o advento da lei 13.467/2017, a nomenclatura extrapatrimonial não existia, sendo utilizado apenas dano moral, mas a mudança não é por acaso, o legislador pretendeu aumentar o alcance, pois o dano extrapatrimonial alcança o dano estético e moral.

O dano estético se caracteriza pelo dano que deixa marcas, sequelas, que tragam profunda insatisfação, sentimento de inferioridade perante outras pessoas. Em outras palavras, o dano estético é aquele que gerou uma modificação duradoura ou permanente na aparência da pessoa.

Marcas, defeitos, cicatrizes, ainda que mínimos, podem significar um desgosto para a vítima, acarretando, segundo SILVA (1999), em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos, proporcionando a quem os sofre consideráveis danos a sua própria imagem e em determinados casos à visão de terceiros sobre si.

O dano moral é a ofensa que ultrapassa os limites patrimoniais e afeta direitos de personalidade do ofendido, que são o direito à integridade física, psíquica e moral. Dentro do conceito de integridade moral, também denominado direito à reputação, temos o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais.

VENOSA (2015, p.52) esclarece:

[...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...]

Não existe um modo de quantificar exatamente o dano sofrido pela pessoa, porque o dano moral se comporta no sentido contrário do dano material, que deixa rastros visíveis, requer certa subjetividade do aplicador do direito, para dentro da razoabilidade e do caráter pedagógico/punitivo da indenização, indicar um valor para reparar o dano, que encontra marcas em diversos momentos invisíveis.

A reparação do dano assume duas funções: a de compensar a vítima pela lesão sofrida, dando-lhe alguma espécie de satisfação, e a de impor ao ofensor uma sanção. O STJ no ano de 2009 por meio da Súmula nº 387 entendeu que nada obsta a cumulação do dano estético e dano moral.

Em tese, o dano estético não tem uma reparação total, por mais que tenha sido uma reparação estética considerável, pois deve-se levar em conta o sofrimento e angústia que a pessoa teve e terá durante os momentos da sua vida, convivendo diariamente com a lesão. É importante caracterizar a gravidade e a intensidade da ofensa, o sofrimento da pessoa, as suas condições pessoais, o grau de culpabilidade do agente, a repercussão do fato danoso, a extensão e a localização do dano e a

condição socioeconômica do ofensor e do ofendido, para estabelecer uma reparação mais justa possível.

No período pré reforma não se falava em limitação do quantum indenizatório, não ao menos no texto legal, apenas dentro da jurisprudência e doutrina, visto que o dispositivo que tarifava o antigo dano moral na lei de imprensa fora declarado inaplicável, segundo Súmula 281 do STJ. O Código Civil nos diz em seu art. 944 que o valor deve ser proporcional à extensão do dano, combinado com o caráter pedagógico/punitivo da medida defendido por diversos autores, por desestimular atitudes lesivas reiteradas.

Conforme VÓLIA (2014, p.960)

“[...] A natureza da indenização decorrente do dano moral é de punição educativa ao agressor, de forma a inibir a repetição do mesmo ato no futuro. Por isso, deve levar em conta a intensidade do ato, os antecedentes e a capacidade econômica do empregador. Não tem finalidade de enriquecer a vítima. TRT, 1ª Reg. Proc.02801-2001-243-01-00-8 (RO), Rel. Vólia Bomfim Cassar, sessão do dia 29/06/05[...]”.

De fato, mesmo dentro da relação de trabalho as normas do Código Civil eram aplicadas de forma subsidiária, em especial os arts. 927 e 944, a fim de proporcionar a reparação integral do dano, não detendo nenhuma relação com o salário contratual do trabalhador que fora ofendido.

Em julho de 2017 foi aprovada a reforma trabalhista, que mudou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, entre eles foi inserido um ponto muito controverso, alvo de diversas críticas, que é a tarifação imposta pelo art. 223-G. Durante o período de 14/11/2017 à 22/04/2018 esteve vigente a Medida Provisória 808/2017, a referida MP mudou o limite indenizatório para o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, porém, após o decurso do tempo perdeu a sua eficácia, em virtude da inércia legislativa.

O art. 223-G da CLT em seu §1º indica que:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Antes da Reforma Trabalhista a reparação por danos extrapatrimoniais seguia a regra do Código Civil, que apresenta conforme exposto, como principais requisitos a extensão do dano e a reparação total, ante a não existência até 2017 de norma específica regulando o assunto na área trabalhista.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 223-G DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.

Ademais, a discussão durante a vigência da norma supracitada é diretamente ligada à suposta ofensa de princípios trabalhistas e constitucionais, princípios que são a manifestação da intenção da sociedade que por meio de seus representantes indica quais bens e valores são imprescindíveis.

Esse conjunto de princípios não deve ser analisado à parte e são de suma importância para a análise da (in)constitucionalidade da reforma no que tange aos danos extrapatrimoniais, visto que estes são norte para a edição de novas normas e os direitos não podem sofrer restrições ou sofrer reversão, voltando a um status já superado.

A discussão sobre a ofensa ou não dos princípios supracitados é atual e ainda não encontra resolução, diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) foram interpostas por vários de seus legitimados, dentre elas estão a ADIN 5870, sendo esta a principal e as ADINs 6050, 6069 e 6082, apensadas à ADIN 5870. Tal constatação reforça o sentimento de vários grupos sociais que consideram a reforma um verdadeiro retrocesso social, sendo este entendido para BUHRING (2015) como um princípio implícito do ordenamento jurídico, que veda o retrocesso, com a proteção e promoção dos direitos sociais em âmbito interno.

No momento em que apresentamos limitações ao quantum indenizatório na Justiça do Trabalho, estamos estabelecendo uma diferenciação em relação aos danos ocorridos na esfera cível, que presume que as partes litigantes são iguais. O desastre de Mariana é um caso que merece ser ressaltado, tendo em vista, que segundo a reforma, o trabalhador que sofreu danos extrapatrimoniais durante o incidente, terá sua indenização limitada a uma quantidade de seu salário contratual qualificado pela gravidade da lesão sofrida, no limite de 50x, enquanto que uma pessoa que sofreu danos reflexos ou em ricochete, no momento em que ingressar com uma ação na esfera cível, não estará restringida à estes valores, mas deverá levar em consideração a extensão do dano, sendo um parâmetro muito mais subjetivo do que o primeiro.

Outrossim, é valioso buscar o espírito da norma, compreendendo os motivos que ensejaram a edição da mesma. É notório que no período pré-reforma ante a falta da sucumbência, os reclamantes de modo geral se aventuravam periodicamente nos processos, diante a inexistência de algum mecanismo que desestimulasse tal comportamento, portanto, as indenizações pedidas eram absurdas. O contexto fático estimulou o legislador a limitar os valores, a fim de gerar maior clareza, objetividade e menos flexibilidade no julgamento de mérito, evitando assim a insegurança jurídica ocasionada pela subjetividade dos parâmetros extensão do dano e reparação total.

Comparando as duas visões, é necessário retornar ao próprio motivo de existência da Consolidação das Leis do Trabalho, à luz da Constituição Federal, a norma atual beneficia apenas o empregador, pois reduz significativamente os valores a serem pagos e desvirtua o próprio caráter pedagógico da pena, que não busca só a satisfação do dano e traz diferenças no tratamento de pessoas que deveriam ser iguais, pois o trabalhador não é figura inferior em nenhum aspecto ao que não figura nesta posição, seja por não ser trabalhador ou por não estar vinculado diretamente à respectiva empresa geradora do dano.

CONCLUSÃO

A discussão da Constitucionalidade da Reforma Trabalhista no que se refere ao dano extrapatrimonial não deverá ser sanada brevemente, pois além da pendência nos julgamentos das ADIn's supracitadas, há que ser estimulado o amplo debate na comunidade jurídica acerca dos seus possíveis efeitos negativos.

Os Juízes do Trabalho devem ter uma postura firme na condução de seus processos, não existindo como meros executores do legislativo, uma vez que a independência e a autonomia do Poder Judiciário são valores muito caros para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

É notório que somente com o tempo será possível dizer se a limitação à subjetividade do Juiz do Trabalho trará bons frutos e se a doutrina, jurisprudência e as demais fontes do Direito acompanharão a latente discussão, pacificando os pontos controvertidos da Reforma Trabalhista.

É certo que o artigo 223-G da CLT fere gravemente inúmeros dispositivos constitucionais, notadamente o princípio do livre convencimento motivado, arraigado no ordenamento jurídico, ao delimitar parâmetros objetivos a situações que requerem uma análise muito mais profunda.

Vale ressaltar, que para solucionar a litigância social, principalmente na área trabalhista, o Poder Legislativo tem papel fundamental, pois é este que ao se deparar com os inúmeros casos que advêm das grandes cidades Brasileiras, tem o

dever de editar e reformar leis, para que elas sejam a concretização da busca pelo avanço social.

REFERÊNCIAS PRELIMINARES

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell ordenamento giuridico, p.21.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5869, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do Trabalho. Presidência da República, Brasília, DF, 01 de maio de 1943.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasil, DF, 10 de janeiro de 2002.

BULOS. Uadi Lammego. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7, p. 53-54.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7, p. 84.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito de trabalho. 3. Ed. São Paulo: Ltr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do Direito do trabalho e a constituição de 1988, revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 8, n.8, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: direito de Família. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15º ed. Atlas, p.52.

Verbete "dano". FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio século XXI – Dicionário Eletrônico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

DAIANE LUIZA FREITAS SILVA:

Bacharelada do curso de Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas,

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo abordar os principais aspectos do financiamento de campanha eleitoral no sistema brasileiro. Em termos metodológicos, foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo, através de documentação indireta. Constatou-se que o financiamento das campanhas eleitorais é um tema de grande relevância quando se trata de Democracia e de seu equilíbrio, pois o fator financeiro interfere significativamente nos resultados dos pleitos e conseqüentemente no sistema democrático. Observou-se algumas mudanças e inovações significativas que foram aprovadas e positivadas pela Emenda Constitucional n.º 97/17, e pelas Leis 13.487/17 e 13.488/17, que tratam especificamente sobre regras de financiamento de campanha eleitoral. É importante frisar que este trabalho partiu dos pressupostos de que o processo de custeio da política é bastante complexo e permeado de assimetrias ensejadoras de vícios diversos, imune a modelos e ferramentas entendidos como eficazes em outros sistemas. Com todas as mudanças ocorridas, pode-se concluir que apesar de o Fundo Especial de Financiamento de Campanha pudesse até coibir ou dificultar a ocorrência de alguns desvirtuamentos nocivos à isonomia na concorrência entre candidatos, não seria capaz, por si só, de se contrapor à influência do poder econômico, tampouco promover maior igualdade nas disputas eleitorais, porque “o dinheiro é como água, sempre acha um caminho” independentemente do modelo de financiamento perfilhado.

Palavras-chave: Direito Eleitoral, Campanha Eleitoral, Financiamento de Campanha Eleitoral.

ABSTRACT: This paper aims to address the main aspects of election campaign financing in the Brazilian system. In methodological terms, it was elaborated according to the deductive approach method, descriptive procedure, through indirect documentation. It was found that the financing of electoral campaigns is a matter of great relevance when it comes to democracy and its balance, because the financial factor significantly interferes in the results of the elections and

consequently in the democratic system. There were some significant changes and innovations that were approved and approved by Constitutional Amendment 97/17, and Laws 13.487 / 17 and 13.488 / 17, which deal specifically with election campaign funding rules. It is important to emphasize that this work was based on the assumptions that the policy costing process is quite complex and permeated by asymmetries that lead to various vices, immune to models and tools understood as effective in other systems. With all the changes, it can be concluded that although the Special Campaign Financing Fund could even curb or hinder the occurrence of some distortions detrimental to the equality of competition between candidates, it would not be able, in itself, to counteract the economic power, nor promote greater equality in electoral disputes, because “money is like water, always finds a way” regardless of the model of financing.

Keywords: Electoral Law, Electoral Campaign, Financing Electoral Campaign.

Sumário- 1. Introdução - 2. Campanha Eleitoral – 2.1 Conceito – 3. Financiamento de Campanha – 3.1 Financiamento Público de Campanha Eleitoral – 3.2 Financiamento Privado de Campanha Eleitoral – 3.3 Financiamento Misto de Campanha Eleitoral – 4. O Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanha Eleitoral – 4.1 Minireforma Eleitoral de 2017 – 4.2 Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – 4.3 O Problema do Sistema Brasileiro – 5. Conclusão – 6. Referencias Bibliográficas

1.INTRODUÇÃO

A escolha pelo tema em questão se deu pela necessidade, enquanto acadêmica de Direito, aprofundar os conhecimentos no âmbito do Direito Eleitoral, bem como devido, a influência de algumas mudanças e inovações significativas que foram aprovadas e positivadas pela Emenda Constitucional n.º 97/17, e pelas Leis 13.487/17 e 13.488/17, que tratam especificamente sobre regras de financiamento de campanha eleitoral.

Entende-se por campanha eleitoral o período anterior às eleições destinado a ações de divulgação dos aspirantes aos cargos em disputa e de veiculação de suas propostas de trabalho, com vistas à obtenção de votos bastantes para alçá-los a tais cargos. Já o financiamento de campanha, trata-se dos recursos materiais empregados pelos candidatos com vistas à captação de votos dos eleitores.

A escolha dos representantes incumbidos da persecução do bem-comum materializa-se por meio de eleições e se afigura, por excelência, como procedimento central de um regime político próspero. Nisto, o artigo 14 da

Constituição Federal Brasileira, alinhando-se a essa máxima, determina expressamente que a soberania popular será praticada nos termos da lei, por meio de um processo universal de escolha por eleição, em que o voto, direto e secreto, terá igual valor para todos (BRASIL, 1988).

Essa preferência deve ser livremente exercida não somente sob o aspecto formal (mera participação política), mas em sua essência: a existência de “representantes produtos da vontade verdadeiramente livre dos representados [...]” (LIMA, 2016. p. 17-18).

Todavia, não é novidade a constatação de que a participação política, sob a principal de suas facetas, oportunizada pelas campanhas eleitorais, é tema reconhecidamente problemático, rodeado por desafios que ultrapassam fronteiras (QUEIROGA, 2018, p. 12).

Neste sentido, este artigo trará pontos relevantes, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando a compreensão tanto pela comunidade acadêmica quanto pela comunidade em geral. Visa ainda explicar as modalidades de financiamento de campanha eleitoral no âmbito nacional, bem como a origem dos recursos utilizados nelas, quais sejam: o sistema de financiamento público, o privado e o sistema de financiamento misto, que mescla as duas espécies anteriores.

Este trabalho tem como objetivo abordar os principais aspectos do financiamento de campanha eleitoral no sistema brasileiro.

Em termos metodológicos, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo, através de documentação indireta.

2. CAMPANHA ELEITORAL

2.1 CONCEITO

Campanha eleitoral é o período anterior às eleições destinado a ações de divulgação dos aspirantes aos cargos em disputa e de veiculação de suas propostas de trabalho, com vistas à obtenção de votos bastantes para alçá-los a tais cargos (TAVARES, 2013, p. 7).

Gomes (2013, p. 7) reforça o principal motivo da existência desse período, que é a “captação, conquista ou atração de votos”, destacando ainda a submissão

que todos os atos a ele inerentes têm diante das diretrizes ético-jurídicas do sistema.

De acordo com Gomes (2011, p. 277) se compreende por campanha eleitoral “o complexo de atos e procedimentos técnicos empregados por candidato e agremiação política com vistas a obter o voto dos eleitores e lograr êxito na disputa de cargo público-eletivo.”

Siqueira (2004, p. 101) por sua vez a define como: “projeto cujo objetivo é legitimar, através do voto, um candidato que representa um partido ou coligação de partidos”.

Alvim (2013, p. 7) imputa à campanha eleitoral o status de “elemento indispensável à realização do aspecto procedimental da democracia”, porquanto a aquisição do poder político deve se dar de forma racional, por meio do convencimento, da divulgação de ideias e de debates de programas de governo, o que pode/deve ser viabilizado/garantido em momentos de campanha.

3. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

Diante de um contexto global de declínio ou ausência dos partidos de massas e de enfraquecimento da participação dos eleitores nas urnas, as disputas eleitorais brasileiras têm girado, em grande medida, em torno da competição entre personalidades/candidatos, deixando em segundo plano o aspecto ideológico dos partidos políticos a que as candidaturas são ligadas (MARENCO, 2010).

O financiamento das campanhas eleitorais é um tema de grande relevância quando se trata de Democracia e de seu equilíbrio, pois o fator financeiro interfere significativamente nos resultados dos pleitos e conseqüentemente no sistema democrático (SANTOS, 2019).

Conforme Taurines (2016, p. 08), “o fortalecimento da democracia no Brasil depende do combate à corrupção, tendo como um dos maiores desafios o financiamento irregular de campanhas, que vicia todo nosso sistema político na dependência vergonhosa do poder econômico”.

O financiamento de campanha é caracterizado pela grande influência de capital no resultado das eleições. O dinheiro exerce grande influência no pleito eleitoral gerando conseqüências como a desigualdade de oportunidades entre os candidatos, o abuso de poder econômico nas eleições,

corrupção, caixa dois, favorecimento de doadores de campanha, dentre outros (BACELAR, 2011, p. 01).

3.1 FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHA ELEITORAL

O financiamento público de campanha eleitoral é um modelo em que as formas de financiamento decorrem exclusivamente das atividades estatais, com recursos públicos oriundos das arrecadações tributárias. Com o término da Segunda Guerra Mundial, os partidos políticos começaram a figurar como instituições enraizadas do Estado, garantindo sua manutenção e, para isso, passaram a receber recursos financeiros deste (SILVA, 2017).

Segundo Gomes (2016, p. 413), "o financiamento público exclusivamente não porá fim à corrupção, por esta encontrar na leniência e na impunidade suas mais entusiásticas aliadas e apoiadoras".

Kannan (2012) ressalta que não há relatos de experiências bem-sucedidas em nenhum país, quanto a manutenção de um modelo de financiamento exclusivamente público de campanha eleitoral. Tal percepção decorre da fragilidade de um modelo que encontra, no limitado orçamento público, uma barreira ao sustento das despesas partidas e da campanha eleitoral.

Importante ressaltar que ao se utilizarem recursos advindos do Estado resta facilitado o controle e a transparência dos gastos feitos, tenham sido estes recursos públicos disponibilizados de forma direta ou indireta para as campanhas eleitorais.

A forma dita direta de financiamento público consiste no envio direto de dinheiro, bônus ou empréstimos do Estado para as agremiações, seja como forma de reposição de recursos gastos nas campanhas, caso em que os recursos são repassados após o pleito eleitoral ou como envio anterior ao início da disputa, de modo a viabilizar os gastos de campanha já com os recursos estatais (VIDAL, 2018).

Já o repasse de recursos públicos de modo indireto geralmente consiste nas situações em que o Estado financia a utilização de serviços, infraestrutura, utilização de horários nos meios de radiodifusão para veiculação de propaganda eleitoral, por exemplo, ou quando os partidos são beneficiados com isenções de impostos (VIDAL, 2018).

Ainda sobre a forma indireta, Araújo (2012, p. 322), sustenta que:

O financiamento público indireto consiste numa ação positiva do Estado, voltada para a concessão de uma vantagem aos

partidos e candidatos, como forma de reduzir os custos e facilitar o desenvolvimento das campanhas eleitorais. Diz-se indireto o financiamento, porque não implica a transferência de recursos públicos para o beneficiário, mas sim uma prestação in natura, a exemplo da cessão de espaços públicos para convenções partidárias e comícios e do subsídio para determinados tipos de atividades, como é o caso do horário eleitoral gratuito. Nessa categoria se insere, ainda as medidas de incentivo ao financiamento privado que acarretam redução da arrecadação estatal, cujo o exemplo é a aplicação de sistemas de deduções fiscais, não existentes no Brasil.

Uma das formas de financiamento público é o Fundo Partidário, normatizado pela Lei 9.096 de 1995, o qual é constituído por:

Art. 38. O Fundo Partidário de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;

III - doações de pessoa física jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;

IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995 (BRASIL, 1995).

3.2 FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHA ELEITORAL

O financiamento exclusivamente privado de campanha eleitoral é o modelo que se contrapõe ao exclusivamente público. Nele, as campanhas seriam financiadas integralmente por particulares, sejam eles pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas e dar-se-iam por recursos do próprio candidato, de seu partido político por terceiros (SILVA, 2017).

Com a ampliação do eleitorado por conta da extensão do sufrágio e, posteriormente, com a crise dos partidos de massas, foi preciso buscar também o aumento quantitativo nos recursos financeiros das agremiações de modo a garantir o funcionamento cotidiano e, em especial, a participação nas disputas eleitorais. É especialmente a partir desse momento que as doações de empresa ganham centralidade e se generalizam no financiamento dos partidos e campanhas eleitorais (BORGES, 2016).

Ao buscar recursos na sociedade, o modelo privado estimula a participação política dos cidadãos, na medida em que além de inseri-los no debate político e nas questões públicas, também, fortalece o pluralismo e a representatividade. Essa visão é compartilhada por Sanseverino (2012, p. 259):

Em uma sociedade pluralista, deve haver, em decorrência, o pluralismo político, um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, V). Os diferentes grupos sociais devem estar representados nos partidos políticos, os quais cumprem o papel de intermediários entre sociedade civil e o Estado. A necessidade de arrecadar recursos pode ter efeito colateral positivo, pois constitui incentivo para recrutar novos filiados, além de criar novos grupos simpatizantes.

Por outro lado, o modelo de financiamento privado privilegia os interesses políticos dos agentes que dispõem de grandes montantes financeiros para contribuir com a atividade político-partidária, como é o caso de parte considerável das pessoas jurídicas que o fazem, em especial as grandes empresas e corporações financeiras (GOMES, 2012).

Segundo Gomes (2016, p. 413):

[...] Com efeito, ninguém (sobretudo pessoas jurídicas que doam expressivos recursos) contribui financeiramente para uma campanha sem esperar retorno do agraciado, caso seja eleito. Der sorte que, uma vez eleito, fica o donatário comprometido com o doador que o apoiou concreta e significativamente.

Corroborando, Fonseca (2017), a partir de dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral acerca das doações de campanha de 2006 e valores contratuais extraídos do Portal da Transparência do Governo Federal, os valores contratuais recebidos por empresas antes das eleições estão associados de modo

expressivo às doações feitas por elas. O estudo demonstra a hipótese de que se há algum pacto entre empresas e candidatos, estes acordos podem ser estabelecidos e cumpridos antes das eleições. Essa pesquisa agrega uma nova hipótese à literatura sobre recompensa contratual dos doadores, que de modo geral investiga que os financiadores privados de campanha são recompensados após a vitória de seus candidatos.

Devido à capacidade financeira que possuem, as empresas têm um maior poder de negociação em comparação com os cidadãos individualmente de modo que, como produto do poder econômico de determinar grande parte do alcance das campanhas eleitorais, resta distorcido o princípio democrático de “um cidadão, um voto” (FONSECA, 2015).

3.3 FINANCIAMENTO MISTO DE CAMPANHA ELEITORAL

O modelo de financiamento misto de campanha eleitoral, agrega pontos dos dois modelos exclusivos, havendo recursos disponibilizados tanto pelo Estado, como por agentes privados. Por se tratar de um modelo misto, existem inúmeras formas de configurações e adaptações em cada caso concreto (SILVA, 2017).

Esta modalidade é utilizada pela larga maioria dos países que adotam o sistema democrático-eleitoral. O que diferencia a aplicação desse modelo de financiamento país a país são os termos e regulamentos adotados, que influenciam na predominância de uma ou outra origem para os recursos utilizados (BOURDOUKAN, 2009).

4. O MODELO BRASILEIRO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

4.1 MINIREFORMA ELEITORAL DE 201

Especificamente sobre regras de financiamento, algumas mudanças e inovações significativas foram aprovadas e positivadas pela Emenda Constitucional n.º 97/17, e pelas Leis n.os 13.487/17 e 13.488/17:

- a) Modificação nas chamadas “cláusulas de barreira”, as quais orientam o acesso aos recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), e também o tempo de propaganda em rádio e TV;
- b) criação de um fundo eleitoral com recursos públicos para financiamento de campanha;

c) permissão para a arrecadação, prévia e on-line, de recursos para campanha, prática denominada *crowdfunding*, antes vedada pelo TSE (BRASIL, 2014);

d) alteração no limite para doações por pessoas físicas; e fixação de limites de gastos de campanhas (BRASIL, 2017).

Com o impedimento das pessoas jurídicas, quanto ao financiamento de campanha eleitoral, duas alternativas sobressaíram, a fim de manter o aparato eleitoral: a ampliação da participação dos recursos públicos para as campanhas; e a transformação criativa dos meios de contribuição de pessoas físicas (FALCÃO, 2015).

4.2 FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC)

Em 2017, com a aprovação da Lei 13.487/2017 que alterou a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos Políticos, foi criado o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), também chamado como Fundo Eleitoral.

De acordo com Vidal (2018), o Fundo Eleitoral consiste em um fundo de recursos públicos que será disponibilizado aos partidos em eleitorais com a finalidade exclusiva de financiar campanhas eleitorais. A sua regulamentação prevê inclusive a devolução ao Tesouro Nacional das quantias não utilizadas na campanha.

Os defensores de sua criação afirmaram que este fundo busca solucionar a necessidade dos partidos políticos e candidatos em ter recursos financeiros para a realização das campanhas eleitorais, tendo em vista a proibição de doações de empresas (VIDAL, 2018).

É um fundo constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, cujo montante, cerca de R\$ 1,7bilhão em 2018, será equivalente ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos pela Lei n.º 13.487, e será rateado nos seguintes moldes:

Figura 1 – Rateio do Fundo Especial de Financiamento de Campanha



Fonte: Adaptado de Brasil, 2017.

4.3 O PROBLEMA DO SISTEMA BRASILEIRO

O artigo 1º da constituição, em seu parágrafo único nos diz: todo poder emana do povo. Mas, se formos avaliar, por exemplo, como foram financiadas as campanhas dos deputados eleitos em 2014, percebemos que o poder que deveria estar na mão do povo repousa nas das grandes empresas. A bancada da JBS, ou seja, os deputados que receberam algum recurso proveniente da empresa de Joesley Batista, tem 162 cadeiras, mais que o dobro da maior bancada de partido, que é do PT. Nosso sistema estava quebrado. O poder não emana do povo.

É nítida a tensão existente entre o dinheiro e a democracia, quando se trata de campanha eleitoral. A possibilidade que o dinheiro tem de afetar a igualdade de condições entre os candidatos pode levar a uma democracia distorcida, favorecendo o surgimento de espaços privilegiados de acesso ao poder, é marcante. Nesse contexto, o dinheiro torna-se uma das maiores ameaças ao regime democrático, já que se eleger sem o acesso aos recursos privados é uma tarefa difícil, em um quadro de eufemismo (LETERME, 2014).

Conforme Samuels (2003) existem três fatores que tornam caras as eleições no Brasil. Em primeiro lugar, destaca-se o sistema eleitoral proporcional de lista aberta, que estimula os candidatos a traçarem estratégias individualistas, já que estão competindo com todos os demais candidatos, inclusive os da mesma legenda.

O segundo fator é a crescente competitividade dos pleitos eleitorais após a redemocratização, fomentando um aumento dos gastos. Além disso, muitos partidos promovem candidaturas fadadas ao fracasso, mas com o objetivo de agregar votos à legenda no sistema proporcional, bem como fortalecer a base na

disputa do Executivo. O último fator apresentado pelo autor versa sobre a baixa capacidade de construção programática e ideológica dos partidos. Essa deficiência termina por criar campanhas voltadas a retratar a vida e a imagem do candidato, com a finalidade de convencer o eleitorado sobre as ideias dele. Tal falta de agenda político-ideológica dos partidos não simplifica, portanto, o trajeto eleitoral dos candidatos (SAMUELS, 2003).

Com a facilidade para angariar recursos privados antes da proibição, formou-se um espécie de consortismo entre os partidos políticos, acomodados com a abundância de recursos, e o empresariado, estabelecendo seus canais de acesso ao poder. Destarte, em pouco mais de uma década, o fluxo financeiro de doações empresariais cresceu em dez vezes e a tendência era de aumento, se não fosse a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, proposta pela OAB e julgada em 2015. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio de Mello afirmou que:

Em síntese, revelada a influência do poder econômico no processo político, os articulistas apontam que a disciplina jurídica atual do financiamento eleitoral transgride princípios fundamentais da ordem constitucional, os da democracia, da igualdade, da República e da proporcionalidade – artigos 1º, cabeça e parágrafo único, 3º, incisos I e IV, e 5º, cabeça, da Carta.

[...] A participação política no Brasil, considerado o estágio atual de desigualdade de forças socioeconômicas, apenas pode ser elevada, do ponto de vista tanto quantitativo como qualitativo, se for limitada acentuadamente a participação daqueles que buscam cooptar o processo eleitoral por meio do “dinheiro”. A comunidade jurídica nacional não pode acreditar no patrocínio desinteressado das pessoas jurídicas, ao contrário, deve evitar que a riqueza tenha o controle do processo eleitoral em detrimento dos valores constitucionais compartilhados pela sociedade. A pretensão formulada nesta ação mostra-se, a mais não poder, passo largo e indispensável para colocar um fim no monopólio financeiro das empresas e grandes corporações sobre as eleições e alcançar-se a equidade do processo eleitoral exigida pela Constituição de 1988 (STF, BRASIL, 2015).

Corroborando, a ministra Cármen Lúcia apontou para o artigo 1º, Parágrafo Único da CF, em que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. Dessa maneira, em uma democracia representativa, o povo é quem, de fato, exerce a cidadania. Salientou também a importância da igualdade de oportunidades na campanha, além de atentar que a influência do poder econômico modifica esse cenário (STF, BRASIL, 2015).

5. CONCLUSÃO

Com este trabalho, entende-se que a conquista do poder político deve se processar de modo racional, no contexto de um processo eleitoral que dê ensejo à escolhas feitas a partir da oportunidade real de conhecer todas as opções disponíveis.

Isto reforça o caráter essencial das formas de financiar campanhas eleitorais para o funcionamento democrático, porquanto seu custeio poderá garantir igualdade entre os aspirantes aos cargos em disputa e assegurar que os reais detentores do poder político possam exercer seu arbítrio da maneira mais efetiva possível; ou, de maneira oposta, predispor o processo eleitoral à contaminação pela vontade política de determinados grupos organizados, cuja penetração, no sistema político, sucede-se na forma de abusos de poder político e econômico, fraudes e corrupção, outorgando-lhes poder legitimado para convencionar a estrutura aos seus escusos desideratos.

Com base nisto, este trabalho visou abordar os principais aspectos do financiamento de campanha eleitoral no sistema brasileiro, bem como a origem dos recursos utilizados nelas, quais sejam: o sistema de financiamento público, o privado e o sistema de financiamento misto, que mescla as duas espécies anteriores

É importante frisar que este trabalho partiu dos pressupostos de que o processo de custeio da política é bastante complexo e permeado de assimetrias ensejadoras de vícios diversos, imune a modelos e ferramentas entendidos como eficazes em outros sistemas.

Por fim, constatou-se que apesar de o Fundo Especial de Financiamento de Campanha pudesse até coibir ou dificultar a ocorrência de alguns desvirtuamentos nocivos à isonomia na concorrência entre candidatos, não seria capaz, por si só, de se contrapor à influência do poder econômico, tampouco promover maior igualdade nas disputas eleitorais, porque “o dinheiro é como água, sempre acha um caminho” independentemente do modelo de financiamento perfilhado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Frederico Franco. Campanha eleitoral: prestação de contas. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Bibliografia selecionada: prestação de contas de campanha eleitoral**. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, Coordenadoria de Editoração e Publicações, 2013. p. 7.

ARAÚJO, S. M. **O financiamento público nas eleições brasileiras**. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). Temas de Direito Eleitoral no século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União: 2012, p. 315-354

BACELAR, V. C. **O Financiamento de Campanha Eleitoral**. Salvador, BA. 2011.

BOURDOUKAN, A. Y. **O bolso e a urna: financiamento político em perspectiva comparada**. 152f. – Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 setembro de 2019.

BRASIL. **Lei N° 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Lei dos Partidos. Diário Oficial da União de 20 de setembro de 1995. Brasília, DF. 1995.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n.º 208-87.2014.6.00.0000**. Rel.: Ministro Henrique Neves da Silva. Julgada em: 22 maio 2014. Publicada no DJe em: 13 jun. 2014. Tomo 110, p. 44. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123323679/consultacta20887df?ref=juri-stabs>. Acesso em: 20 setembro de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.487, de 6 de outubro de 2017**.

BRASIL. **Lei n.º 13.488, de 6 de outubro de 2017**.

FALCÃO, J. (Org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FONSECA, T. N. Doações de campanha implicam em retornos contratuais futuros? Uma análise dos valores recebidos por empresas antes e após as eleições. **Revista de Sociologia e Política**, v. 25, n. 61, p. 31-49, 2017.

GOMES, J. J. **Direito Eleitoral**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, J. J. Campanha, financiamento e prestação de contas eleitorais. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Bibliografia selecionada: prestação de contas de campanha eleitoral**. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, Coordenadoria de Editoração e Publicações, 2013. p. 7.

GOMES, J. J. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KANAAN, A. **Financiamento público, privado e misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo**. In: RAMOS, André de Carvalho (coord.). Temas de direito eleitoral no século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2012.

LETERME, Y. **Funding of political parties and election campaigns: a handbook on political finance**. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014, p. V. Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/funding-of-political-parties-and-election-campaigns.pdf>. Acesso em: 09 outubro de 2019.

LIMA, S. M. P. **Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARENCO, André. Quando leis não produzem os resultados esperados: financiamento eleitoral em perspectiva comparada. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 4, p. 821-853, out. 2010.

QUEIROGA, R. S. **Fundo Especial de Financiamento de Campanha e isonomia na disputa eleitoral**. 130 f. – Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de

Direito Público – IDP, Brasília, 2018.

SAMUELS, D. **Financiamento de campanha e eleições no Brasil**. In: BENEVIDES, M. V.; VANNUCHI, P.; KERCHE, F. (Orgs.). Reforma política e cidadania. São Paulo: Instituto da Cidadania, 2003.

SANSEVERINO, F. A. V. **Financiamento de campanha eleitoral – entre o público e o privado**. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). Temas de Direito Eleitoral no século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União: 2012, p. 251-270.

SANTOS, E. S. **Financiamento eleitoral com o advento do fundo especial de financiamento de campanhas: paralelo entre as eleições para o governo do estado de Mato Grosso de 2014 e de 2018**. 49f. – Monografia (Curso de Ciências

Contábeis) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Administração e Ciências Contábeis, Departamento de Ciências Contábeis, Cuiabá, 2018.

SILVA, C. V. **Financiamento de campanha eleitoral no Brasil: uma análise do modelo de financiamento misto na atual conjuntura do País**. 56f. – Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2017.

SIQUEIRA, C. A. **Planejamento básico de campanha eleitoral**. In: _____. Manual prático de campanha eleitoral. Rio de Janeiro: Gramma, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 setembro de 2019.

TAURINES, D. R. **Transparência e Controle Externo dos Financiamentos de Campanhas Fortalecem o Combate à Corrupção**. Cuiabá, MT. 2016.

TAVARES, A. R. Campanha eleitoral. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Bibliografia selecionada: prestação de contas de campanha eleitoral**. Brasília: Secretaria de Gestão da Informação, Coordenadoria de Editoração e Publicações, 2013. p. 7.

VIDAL, L. G. **Financiamento de campanhas eleitorais no Brasil**. 56f. – Monografia (Curso de Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

A RESSOCIALIZAÇÃO DE CRIANÇAS, JOVENS E ADOLESCENTES

ARIEL ALENCAR LOPES:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do
Amazonas – CIESA

DOUGLLAS KHRISHNA DE LIMA DE
ABREU

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a hipótese de que crianças e adolescentes, em tempos remotos, não eram merecedores de proteção e atualmente são e as suas possíveis consequências para o Estado. Utilizou-se o método de pesquisa exploratório, abordagem hipotético-dedutivo e procedimento de pesquisa bibliográfica e documental para apresentar conceitos que suportem a ideia contrária a esta hipótese, tais como a Constituição Federal e os discursos à legislação de amparo ao menor, considerando os mesmos princípios constitucionais dessa proteção, que devem ser o norte para a edição de novas trabalhos.

Palavras-Chave: Crianças; Constituição Federal; Amparo ao Menor.

ABSTRACT: This article aims to analyze the hypothesis that children and adolescents, in ancient times, were not worthy of protection and currently are and their possible consequences for the state. The exploratory research method, the hypothetical-deductive approach and the bibliographic and documentary research procedure were used to present concepts that support the idea contrary to this hypothesis, such as the Federal Constitution and the discourses of child protection legislation, considering them constitutional principles of this protection, which should be the north for the editing of new works.

Keywords: Children; Federal Constitution; Child protection.

INTRODUÇÃO

Diante da triste realidade que se reflete na sociedade moderna, cresce constantemente o número de adolescentes que se envolvem na marginalidade, o fato é que essa realidade já existe há muito tempo, e pode ser considerado um assunto que não se trata apenas de escolas, e igrejas, trata-se de uma obrigatoriedade também do Estado intervir e atuar com medidas preventivas e corretivas.

Apesar de já existirem muitas campanhas de combate e conscientização acerca de drogas e a violência, essa tentativa ainda hoje não obteve um resultado tão estimado quanto o esperado. Baseado nisto, entende-se que se faz necessário insistir e prosseguir neste propósito, para que seja possível alcançar resultados mais favoráveis, tornando-se necessário desenvolver novos métodos, abordagens e

medidas preventivas e corretivas que possam alcançar esses adolescentes e devolver além dos que conheciam anteriormente.

Decorrente dessa realidade de jovens infratores que gira na sociedade, o trabalho em destaque tem por objetivo demonstrar algumas considerações sobre as medidas socioeducativas e os atos infracionais listados no ECA, relacionados quanto ao objeto de responsabilização do adolescente em conflito com a lei, sem livrar a classificada Doutrina da Proteção Integral, na Constituição Federal.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nas Palavras do Pós-Doutor, Sr. Vinício Martinez, a Constituição Federal de 1988 é um legado democrático e humanista, como Constituição Democrática, que permite ver mais longe, porque ela própria, como Carta Política, subiu nos ombros de gigantes da História constitucional. Como Carta Política Programática, a Constituição de 1988 resguarda os direitos fundamentais individuais e sociais, como fundamento da afirmação do “Animal Político”, plenamente socializado, em condições mínimas de fruição da interação Social.

Aristóteles analisou a política de forma racional e histórica: tudo em que há razão é melhor. Mas, exemplificando, é claro: deve-se subordinar a guerra à paz; o trabalho ao repouso; o necessário ou útil, ao honesto. Também é claro que o necessário deve estar subordinado ao honesto, ou seja, não há Estado de Necessidade que subverta a virtude e a honestidade. É como se dissesse: de que adianta viver sem honra alguma, indignamente? Seguindo este preceito de que o Estado também deve conhecer as virtudes, Aristóteles dizia que o legislador que não ensina seu povo a viver em paz deve ser criticado. De acordo com ARISTÓTELES (1991) “O Estado precisa de temperança, mas ainda mais de coragem e de paciência”.

A educação, por sua vez, deveria acompanhar as formas de governo, tanto quanto os costumes interferem na Política: a Polis, que eleva a Emancipação do cidadão ao marco do que, hoje, denominaríamos de Dignidade Humana. Disso também decorre que a educação deveria ser única: “a educação deve ser feita em público”. O que corrobora a ideia de que a vida deve servir ao curso natural: a natureza procura a “exatidão das ações” e a “dignidade no repouso”.

A educação é voltada às virtudes e é capaz de celebrar essas virtudes - a primazia da educação não é a ferocidade, mas sim a honestidade. Vai nos dizer em outra metáfora: “Não será nem o lobo, nem algum outro animal feroz que vai expor-se ao perigo pela glória; isto só se vê num homem educado para a virtude” (ARISTÓTELES, 1991, p. 70). Do que certamente decorre que uma lição para a guerra também serve à vida: “Raramente se tenta atacar os que estão bem preparados para resistir” (ARISTÓTELES, 1991, p. 79). Ou seja, cabe-nos reconhecer o grau de necessidades envolvidas e ao governo suprir a todos do básico. Garantir que “a

ninguém falte o pão” é parte da arte de governar (as necessidades do Estado não podem subjugar a sociedade).

De modo específico, a Constituição Federal de 1988 tem herança legal – como legitimidade inerente ao reconhecimento do direito (HONNETH, 2003) – derivada da Constituição Portuguesa (1976), saída da Revolução dos Cravos, e da Constituição Espanhola (1972): quando se deu início aos “pressupostos” do chamado Estado Democrático de Direito Social. Neste curso da história, atrelava-se constitucionalmente o socialismo à democracia (Miranda, 2000).

Com base nisso, a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, por abranger vários direitos sociais e ter como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana, da data da sua promulgação, passa a considerar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, com atenção especial por serem consideradas pessoas em desenvolvimento.

Em seu artigo 227, nossa Constituição traz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O que em tempos remotos não era considerado necessário, cito a proteção e cuidado da criança e do adolescente, da data de promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, é base para toda uma nação construir o seu futuro e trabalhar os princípios norteadores do Governo, em suas premissas mais básicas.

2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Foi promulgado em 13 de julho de 1990 regulamentando o citado artigo 227 e em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - aprovada pela Assembleia Geral da ONU e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA representou um marco no nosso ordenamento jurídico ao garantir a proteção integral às nossas crianças e adolescentes. Algo bem diferente do que se tinha até então com o Código de Menores (Lei 6.667/79), que tratava apenas de menores em situação irregular.

O Código de Menores de 1979 (Lei 6.667, de 10 de outubro de 1979) adotou a doutrina jurídica de proteção do “menor em situação irregular”, que abrange os

casos de abandono, prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal, entre outros. Vale lembrar que a lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos.

Nas palavras de Robeti Junior, as crianças e os adolescentes, desde os tempos mais remotos, nos egípcios e mesopotâmicos, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais e europeus, não eram considerados como merecedores de proteção especial (ROBERTI JUNIOR, 2012, p. 3).

A Constituição Federal trouxe elementares alterações em nosso sistema jurídico, esclarecendo um novo dogma na proteção dos interesses da criança e do adolescente, associou-se ao processo da Doutrina da Proteção Integral às crianças e adolescentes, o qual elevou à condição de sujeitos de direitos.

Em seu artigo 5º, A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990:

Art. 5º -Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais

Com o estabelecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, o contexto infância e juventude começou a ter um cuidado técnico processual e estabeleceu-se um preceito dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em permutação a Doutrina da Situação Irregular.

3. O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Lei Federal nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), introduziu uma legislação processual especializada no âmbito da Justiça da Infância e Juventude (art. 152 do ECA), a partir da prática de um ato infracional e da exigência de subordinação à medida socioeducativa prevista em lei. Isto impõe o reconhecimento da necessidade da promoção socioeducativa do adolescente envolvido na prática delitiva, com o propósito de dotá-lo de mecanismos psicossociais que permitam o rompimento com a trajetória infracional, por meio do conhecimento, apropriação e exercício salutar dos direitos e deveres inerentes à cidadania.

As medidas socioeducativas não visam somente à retribuição pela violação à lei, mas são, precipuamente, estabelecidas para socializar o adolescente e viabilizar o desenvolvimento de todas as suas potencialidades psicossociais.

Os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e das diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, instituído pela Lei Federal nº

12.594/2012, têm como objetivo materializar os princípios do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e da prioridade absoluta sem, contudo, descuidar da imperiosidade de uma resposta eficaz e tempestiva à conduta delitiva.

O ECA define por ato infracional “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” praticada por criança ou adolescente, para o qual se poderá determinar, a depender da gravidade do ato e das condições pessoais do adolescente, as seguintes medidas socioeducativas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Quatro das medidas socioeducativas do ECA não importam na privação de liberdade do/a adolescente: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida.

A internação em estabelecimento educacional é uma medida socioeducativa de privação de liberdade do/a adolescente e a semiliberdade é uma medida de restrição, e deverão ser aplicadas naqueles casos mais graves, pelo período estritamente necessário à conclusão do processo de responsabilização do adolescente, conforme avaliação da autoridade judiciária, atentando-se ao prazo máximo de 03 anos.

A reavaliação do caso do/a adolescente internado/a pela autoridade judiciária deve ser conduzida no prazo (máximo) de seis meses. Portanto, o/a adolescente interno não sabe a data de sua saída do sistema, sendo que, a cada seis meses, será reiterada (pelo prazo de até três anos) ou extinta a internação. A semiliberdade pode ser aplicada de forma autônoma ou como meio de transição para o meio aberto. O/a adolescente pode esperar até 45 dias pela aplicação de medida, e chama-se de internação provisória (internação antes da sentença, artigo 108 do ECA). Se o município não tiver local adequado, o/a adolescente pode permanecer até cinco dias em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas (artigo 185).

Portanto, apesar de as medidas terem origem numa infração, a sua natureza socioeducativa impõe, o desenvolvimento de um programa de consistentes ações pedagógicas.

A advertência e a obrigação de reparar o dano são medidas impostas pelos juízes na sentença e não necessitam de outros agentes públicos para sua execução. As demais medidas que não privam de liberdade - a prestação de serviços à comunidade (PSC) e a liberdade assistida (LA) - são executadas por agentes públicos em unidades públicas ou por meio de convênios entre entidades sociais e órgãos

governamentais. A PSC consiste na prestação de serviços comunitários gratuitos nas dependências de entidades parceiras, considerando que a tarefa tenha uma proposta educativa; e a LA consiste em uma metodologia de acompanhamento sistemático ao cumprimento da medida pelo adolescente, que deve comparecer ao órgão indicado na sentença. A consecução desse objetivo só é possível por meio da atuação efetiva de cada política setorial na execução daquilo que lhe é pertinente. Nesse sentido, garantir o Atendimento Socioeducativo na perspectiva da proteção integral passa necessariamente pela atuação intersetorial.

O sistema de responsabilização e as medidas socioeducativas têm sofrido diversas desaprovações, especialmente em razão da influência desempenhada através dos meios de comunicação, que diariamente noticiam o envolvimento de adolescentes em crimes de certa complexidade, propondo a infundada ideia de não ressocialização.

4. DESAPROVAÇÕES DAS MEDIAS SOCIOEDUCATIVAS E A RESSOCIALIZAÇÃO

As medidas socioeducativas não têm caráter punitivo, mas sim a intenção de proteger, socializar, educar e orientar o adolescente, levando em consideração sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, a medida de internação, aplicada de forma desnecessária, pode ter um impacto negativo na educação e no desenvolvimento do adolescente.

O grande problema é que o modelo funciona na teoria, ou seja, no papel, porém na prática, não. Basta olhar para os pequenos levantamentos estatísticos frequentemente apontados em jornais, revistas e televisões. O aumento da criminalidade nessa faixa etária, a ausência de educação, o não provimento do mínimo de recursos do Estado e demais situações, colocam em risco o que está desenhado na Constituição.

Não há como saber o que seria o pensamento de uma sociedade ou o que seria de fato, pensamentos assertivos sobre a ressocialização de adolescentes.

De acordo com o Artigo 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Outra fonte que corrobora com a Constituição Federal, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado com base na lei 8069/90, que afirma que Crianças e adolescentes são sujeitos de Direitos, ou seja, Sujeitos de Direitos são pessoas que têm os seus direitos garantidos por lei. No entanto, ainda é um pensamento empírico quando nos baseamos nos dados de abusos, crimes, analfabetismos e

demais indicadores relacionados a juventude, logo, caracterizando um tema de controvérsia universal.

Por outro lado, mesmo possuindo instrumentos de lei de alto patamar e de acordo com uma pesquisa realizada pelo Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE) e um artigo publicada no site vermelho.org.br, existem Estatísticas que mostram que quase 50% dos homicídios no Brasil são de pessoas com menos de 25 anos de idade e a quantidade de homicídios é superior a 40 mil pessoas por ano. O que pode nos remeter a péssima qualidade da educação, ausência de possibilidade de colocação no mercado de trabalho e consequente desemprego, sendo um dos geradores dos altos índices de criminalidade no Brasil.

Quando comparamos as ferramentas de amparo a juventude, com as estatísticas de campo desses mesmos jovens, vemos que o Estado não está cumprindo com sua obrigação, ou olhando por outro lado, as ações tomadas pelo Estado não atendem com absoluta prioridade às necessidade estabelecidas pelo próprio instrumento jurídico de proteção à Criança e ao Adolescente, nos fazendo refletir como Ressocializar crianças, jovens e adolescentes.

CONCLUSÃO

De modo Geral, muito se discute sobre a temática da ressocialização, bem como, suas medidas socioeducativas e respectivos efeitos, as causas e diferentes impactos que geram, dependendo do modo como é discutida e abordada, ocasionam diversos sentimentos como dúvida e curiosidade, além de possíveis julgamentos e preconceitos. Isto tudo causa certas barreiras entre uma melhor abordagem, reflexão e conhecimento a respeito deste assunto tão importante para a sociedade atual.

Destacam-se também, o excessivo crescimento de adolescentes que praticam atos infracionais. Da mesma forma, a sociedade brasileira apresenta controvérsias acerca das punições, conhecidas tecnicamente como medidas socioeducativas, trazidas pela lei 8.069/90 em seus artigos 112 ao 125.

Há também questionamentos quanto a aplicação das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com Laurindo (2013), há uma diferenciação muito grande no tratamento dado ao adulto que pratique um ato ilícito penal e a criança ou adolescente que pratique esse mesmo ilícito, demonstrando com isso uma sensação de impunidade.

Existem várias ferramentas para ajudar na ressocialização de crianças, jovens e adolescentes, da mesma forma como há o amparo legal para tal, porém, não há concordância se essas métricas realmente são eficazes, pois não há qualquer medição sendo realizada de forma crítica, a fim de encontrar o verdadeiro cerne da

questão, e dessa forma, tratar a causa raiz dos problemas e não somente os sintomas.

REFERÊNCIAS PRELIMINARES

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasil, DF, 10 de janeiro de 2002.

BULOS. Uadi Lammego. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

ECA: Conheça o Estatuto da Criança e do Adolescente! **Childfundbrasil.org**, 2019. Disponível em: <<https://www.childfundbrasil.org.br/blog/eca-estatuto-da-crianca-e-adolescente/>>. Acesso em 29 de ago. de 2019.

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). **Adolescencia.org**, 2019. Disponível em: <<http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/eca/>>. Acesso em 30 de ago. de 2019.

Dados do Ipea mostram tragédia para a juventude. **Vermelho.org**, 2018. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/editorial.php?id_editorial=1891&id_secao=16/>. Acesso em 30 de ago. de 2019.

MARTINEZ, Vinício; SCHERCH, Vinícius. Constituição Federal de 1988: filosofia e positividades. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5463, 16 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66502>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE. **Mdg.gov**, 2019. Disponível em :<<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/atendimento-socioeducativo/>>. Acesso em: 23/08/2019.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E GARANTIA DO DIREITO À SEXUALIDADE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A (APARENTE) ANTINOMIA ENTRE AS NORMAS QUE CONFEREM PROTEÇÃO E AUTONOMIA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO QUE SE REFERE À LIBERDADE SEXUAL

FLAVIA BALDINI KEMPER: Graduação em Direito pelo Centro Universitário Barriga Verde - UNIBAVE (Orleans-SC); Especialização em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá

RESUMO: O presente artigo objetiva o estudo dos direitos sexuais conferidos às pessoas deficientes por parte do Estatuto da Pessoa Deficiente (Lei n. 13.146/2015) e das elementares que caracterizam o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) contra esse grupo de pessoas. Além disso, pretende-se verificar se há contradição/conflito entre as normas citadas e as dificuldades dos operadores do direito na ponderação dos valores em questão. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo e a técnica de pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, apresentando-se jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Assim, faz-se a análise da tutela dos direitos da pessoa deficiente no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, discorre-se sobre o crime de estupro de vulnerável, averiguando-se a pessoa vulnerável para o Direito Penal e o bem jurídico protegido. Após, passa-se ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a (aparente) antinomia do crime de estupro de vulnerável e do direito à sexualidade das pessoas com deficiência. Nesse sentido, o discernimento é o elemento preponderante para a ocorrência ou não no crime de estupro de vulnerável, de modo que é possível, a um só tempo, assegurar a liberdade sexual da pessoa deficiente e proteger as pessoas que, por esta condição, são vítimas de estupro.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Direitos Sexuais. Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade. Discernimento. Antinomia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the sexual rights conferred on persons with disabilities by the Statute of the Disabled (Law No. 13.146 / 2015) and the elementary elements that characterize the crime of rape of the vulnerable (article 217-A of the Penal Code) against this group of people. In addition, it is intended to verify whether there is a contradiction / conflict between the abovementioned rules and the difficulties of legal operators in weighing the values in question. To this end, we use the deductive method and the exploratory, bibliographical and documentary research technique, presenting the jurisprudence of the Brazilian Courts. Thus, we analyze the protection of the rights of persons with disabilities in the Brazilian legal system. It then discusses the crime of rape of the vulnerable, finding out the vulnerable person for criminal law and the protected legal property. Then, we move to the doctrinal and jurisprudential position on the (apparent) antinomy of the crime of rape of vulnerable and the right to sexuality of

people with disabilities. In this sense, discernment is the preponderant element for the occurrence or otherwise of the crime of rape of the vulnerable, so that it is possible, at the same time, to ensure the sexual freedom of the disabled person and to protect the persons who, by this condition, are rape victims.

Keywords: Disability Status. Sexual rights. Vulnerable rape. Vulnerability. Discernment. Antinomy.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1.1 Conceito de pessoa com deficiência. 1.2 A tutela constitucional da pessoa com deficiência. 1.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015). 2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 2.1. Tipo penal. 2.1.1. Conceituações relevantes. 2.1.2. Conduta. 2.1.3. Tipo subjetivo. 2.2. Sujeitos do crime. 2.2.1. A pessoa vulnerável para o Direito Penal. 2.3. Bem jurídico protegido. 2.4. Estupro de vulnerável e direito à sexualidade das pessoas com deficiência. 3. A (APARENTE) ANTINOMIA ENTRE AS NORMAS QUE CONFEREM PROTEÇÃO E AUTONOMIA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO QUE SE REFERE À LIBERDADE SEXUAL. 3.1 Posicionamento doutrinário. 3.2 Posicionamento jurisprudencial. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) consolida uma luta cujo fundamento está no reconhecimento da dignidade humana a todos os indivíduos. No plano existencial, o Estatuto é enfático ao asseverar, em seu artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, que pode, entre outros aspectos, exercer direitos sexuais, reprodutivos, à família e à convivência familiar, escolher o número de filhos que desejar e possuir igualdade de oportunidades, seja no trabalho ou em qualquer outra área.

No entanto, ainda que tal garantia pareça estar hoje bem esclarecida, observa-se que a legislação brasileira, à primeira vista, ainda não conseguiu se fazer clara em determinados aspectos, especialmente no que toca aos direitos sexuais, tendo que se recorrer ao entendimento do Judiciário para solução dos casos concretos.

Isso porque, de outro lado, o Código Penal traz, no § 1º do artigo 217-A, um texto normativo aparentemente contraditório, tendo em vista que classifica como estupro de vulnerável ter conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário

discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”[1].

Desse modo, o presente artigo tratará da questão da (aparente) antinomia das normas jurídicas referidas, a partir dos seguintes questionamentos: há como conciliar o direito ao próprio corpo/à sexualidade das pessoas com deficiência à legalidade penal? Em que medida se pode verificar/dimensionar que não há discernimento necessário para a prática de atos existenciais, quando o Estatuto da Pessoa Deficiente devolve ao indivíduo com limitações intelectuais o controle, ainda que relativo, sobre sua vida civil?

Com isso, no primeiro momento será abordada a questão da pessoa deficiente, sua delimitação conceitual, como também a tutela constitucional da pessoa com deficiência. Na sequência, passa-se a fazer referência sobre o Estatuto da Pessoa Deficiência e a posição doutrinária sobre os direitos dos deficientes.

Em seguida, será analisado o crime de estupro de vulnerável, no que consiste o tipo penal, para, posteriormente, aferir-se os elementos caracterizadores da conduta. Com isso, tratar-se-á no que consiste a pessoa vulnerável para o Direito Penal e o bem jurídico protegido pelo tipo.

Por fim, examinar-se-á, a par das considerações na doutrina brasileira contemporânea e no atual entendimento jurisprudencial, a aparente antinomia entre as normas que conferem proteção e autonomia às pessoas com deficiência no que refere à liberdade sexual, identificando-se o parâmetro utilizado para se aferir a existência ou não do referido conflito entre as normas, bem como a solução apontada para a avaliação dos casos concretos.

1. A TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 Conceito de pessoa com deficiência

O conceito de pessoa com deficiência foi inicialmente previsto no artigo 4º do Decreto 3.298/1999, baseado no modelo médico e que estabelecia rol de impedimentos suficientes e necessários ao reconhecimento de alguém como pessoa com deficiência. Em seguida, o Decreto n. 3.298/1999 foi alterado pelo Decreto n. 5.296/2004, que surge para regulamentar as Leis n. 10.048/2000 e 10.098/2000, passando a definir quem seria a pessoa com deficiência, com hipóteses de que as caracterizariam.

Em que pese este tipo de definição favoreça a aplicação clara da norma, não se pode olvidar que colabora para o fechamento do sistema, inviabilizando a extensão do conceito a outros grupos que nele poderiam estar inseridos[2].

Este modo de percepção foi superado pelo novo conceito de pessoas com deficiência trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e internalizada pelo direito brasileiro na forma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988[3] - equivalente a emenda constitucional, portanto[4] – ratificada e promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Apesar de considerar que a deficiência é um conceito em evolução[5], o artigo 1 da Convenção estabelece:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Introduziu-se, portanto, um modelo social de deficiência. Assim,

a partir do novo conceito de pessoas com deficiência, o ordenamento jurídico não mais ficará satisfeito apenas com a assistência à saúde de tais pessoas, com a busca de sua habilitação ou reabilitação, mas impõe a adoção de práticas de efetiva inclusão das pessoas com deficiência, com a atuação visando à eliminação das barreiras ambientais e sociais. Em suma, reconhece-se que a política dirigida às pessoas com deficiência não poderá ser pautada apenas na busca de seus cuidados, mas deverá pautar-se pela adaptação da sociedade ao acolhimento desse grupo vulnerável.[6]

Prosseguindo-se,

agora não basta a existência de um impedimento para que alguém seja considerado como pessoa com deficiência, mas também, e principalmente, os fatores contextuais e relativos à inclusão social deverão ser considerados. A análise para o enquadramento como pessoa com deficiência sempre deverá ser feita diante do caso concreto, considerando não apenas os impedimentos como também a sua interação com as barreiras de forma a resultar um prejuízo à inclusão.[7]

O conceito de pessoa com deficiência “deixa de ser meramente um problema médico e passa ser percebido como o resultado da opressão oriunda do binômio normalidade/anormalidade”[8].

Pelo viés do modelo social, pode-se considerar a deficiência como a soma de duas condições inseparáveis: as sequelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que é portador dessas sequelas[9].

A normativa serviu de norte à elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no ano de 2015, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, e que trouxe conceito de pessoa com deficiência com texto praticamente idêntico ao instituído pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em suma, tem-se por vigente hodiernamente o conceito social de pessoa com deficiência, cuja caracterização vai muito além da verificação de uma mera anormalidade médica.

1.2 A tutela constitucional da pessoa com deficiência

Historicamente, as pessoas com deficiência, quando não vítimas de infanticídio ou abandono, eram deixadas à margem da sociedade, muitas vezes excluídas do próprio convívio familiar e vistas, até mesmo, como feitiças.

Um novo olhar às pessoas com deficiência se deu na Era Moderna, em especial após o término da Segunda Guerra Mundial, em razão dos saldos deixados pela beligerância, que incorporaram à sociedade milhares de pessoas com deficiência física e intelectual[10]. A partir daí, surgiram vários documentos internacionais de proteção das pessoas com deficiência que passaram a ser incorporados pelos Estados.

No Brasil, a primeira Constituição, outorgada no período imperial, em 25 de março de 1824, previa uma forma de exclusão das pessoas com deficiência ao estabelecer a suspensão dos direitos políticos por incapacidade física ou moral.

Lentas e paulatinas evoluções foram promovidas nos diplomas constitucionais posteriores. Logicamente, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, ampliou o espectro da inclusão da pessoa com deficiência. Conforme pontuam Nishiyama e Teixeira, não o fez, porém, em um capítulo específico, mas de forma dispersa, por meio de vários dispositivos em diversos capítulos[11].

Apesar de a Constituição de 1988 conferir maiores garantias às pessoas com deficiência e de trazer algumas diretrizes para ajudar na conceituação, vinculando o legislador infraconstitucional, o texto constitucional não traz definição

expressa de quem seria a pessoa portadora de deficiência, de forma que “cumpre aos operadores do sistema jurídico, entretanto, delimitar qual é esse grupo, ou seja, quais são os integrantes de tal grupo reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como merecedor de especial proteção”[12].

Prosseguindo, Araujo e Maia[13] destacam que o ideal diante do atual cenário

(...) é reconhecer que o critério para a inserção de alguém no grupo das pessoas com deficiência é aquele aberto e social estabelecido pela Constituição, alterada pela Convenção da ONU, interpretando-se o rol trazido no decreto como um rol meramente exemplificativo, como uma espécie de zona de certeza em que o administrador (e o aplicador do sistema jurídico em geral) já pode entender que muito possivelmente estará presente a deficiência sem que, no entanto, possa ser excluída *prima facie* nenhuma situação, tudo a depender do grau e da dificuldade de inclusão da pessoa em questão.

1.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência surge como uma forma de regulamentação da Convenção da ONU, destinando-se, nos termos do seu artigo 1º, a “assegurar e a promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania”. Para tanto, asseveram Nishiyama e Teixeira[14] que “a liberdade de escolha, a autonomia e a independência são fundamentais”.

O advento do Estatuto gerou profundas mudanças na teoria das incapacidades previstas no Código Civil, limitando a incapacidade absoluta para os atos da vida civil apenas aos menores de dezesseis anos (artigo 3º do Código Civil).

Em referência a estas alterações, Sirena[15] destaca:

Se até então (...) o Código Civil e legislação esparsa ainda reconheciam a figura da pessoa com deficiência como limitada na sua capacidade de exercício dos seus direitos e deveres, o Estatuto sacramentou um novo tempo na perspectiva jurídica dessas pessoas, agora reconhecidas como plenamente capazes para os atos da vida civil.

Neste viés,

Não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência

compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, sobremaneira às que digam respeito as suas crenças, valores e afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o *status personae* não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, posto funcionalizada à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades.[16]

Diante desta realidade, abriu-se às pessoas com deficiência um leque de garantias antes não positivadas. Exemplo disso é o artigo 6º do estatuto que prevê:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No mesmo sentido o artigo 8º:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal,

da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

No que tange ao direito de exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, Barboza[17] lembra que o preconceito pousado sobre as pessoas com deficiência é ainda mais acentuado. Segundo ele,

na área da deficiência intelectual enfrentamos um duplo preconceito: a deficiência em si e a aceitação da sexualidade dessa pessoa. A compreensão da deficiência intelectual como um rebaixamento na inteligência que gera limitações no desenvolvimento de sua maturidade emocional e social, mantém essa pessoa em um "status" infantilizado. Considerada como a "eterna criança" sua sexualidade é negada ou suas manifestações percebidas como comportamentos patológicos, reforçando os mitos de que são "seres assexuados" ou "agressivos sexualmente ou "hipersexuados".

A partir da previsão quanto à possibilidade (e até mesmo o fomento) do exercício de direitos sexuais e reprodutivos pelas pessoas com deficiência, garantia até então inédita no ordenamento jurídico de forma expressa, é que exsurge certo contrassenso (e o desenvolvimento da pesquisa visa demonstrar se se trata de antinomia real ou aparente) entre uma lei que incentiva as pessoas com deficiência à prática de atos sexuais e reprodutivos e outra, de caráter penal, que pune com rigor a prática de atos sexuais com pessoas consideradas vulneráveis.

2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1. Tipo penal.

O crime de estupro de vulnerável é atualmente previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.[18]

A redação atual e acima citada já conta com as alterações da Lei 12.015/2009.

2.1.1. Conceituações relevantes

De acordo com Luiz Régis Prado[19], as expressões “conjunção carnal” e “ato libidinoso” constituem elementos normativos extrajurídicos do tipo[20]. O primeiro consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica natural; o segundo é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência, isto é, todo ato com conotação sexual mas que não constitua conjunção carnal.

2.1.2. Conduta

A conduta típica, sem que haja maiores controvérsias, consiste em ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal.

Vale destacar que, diferentemente da hipótese do estupro praticado contra vítima não vulnerável, previsto no artigo 213 do Código Penal[21], não se exige o emprego de violência física ou grave ameaça para a configuração do crime.

É o que destaca Luiz Rogério Greco[22] ao alertar que “basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso”.

Com efeito “mesmo que a vítima eventualmente afirme que consentiu no ato, estará configurada a infração penal, pois tal consentimento não é válido”[23]. Conforme leciona Damásio de Jesus[24]:

Cuida-se, portanto, da realização de qualquer contato sexual, vale dizer, que vise à satisfação da concupiscência do autor. Não importa que a vítima não compreenda a natureza do ato (até porque, na maioria dos casos, isso será impossível em razão da condição do ofendido), bastando que o comportamento possua, segundo o senso médio e a intenção do agente, natureza libidinoso.

2.1.3. Tipo subjetivo

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, expresso pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal, de sorte que o desconhecimento quanto à condição de ser a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental que lhe impeça de possuir necessário discernimento para a prática do ato ou, ainda, de oferecer resistência, configura erro de tipo[25] e isenta o agente de pena, excluindo o próprio crime, nos termos do artigo 20 do Código Penal. É inadmissível a modalidade culposa face a ausência de disposição legal expressa neste sentido.

Luiz Regis Prado[26] defende que a caracterização do tipo subjetivo exige também o elemento subjetivo do injusto “consistente em particular tendência ínsita no sujeito ativo, que se identifica com a tendência de envolver a outra pessoa em um contexto sexual”, consubstanciando-se na especial finalidade de constringer à conjunção carnal ou ao ato libidinoso.

Na mesma linha, Bitencourt[27] defende tratar-se de crime de tendência[28]. Para o autor, é necessária a presença do elemento subjetivo especial do injusto, correspondente ao especial fim de possuir sexualmente a vítima, sabendo que essa é considerada vulnerável, sob pena de não restar configurada a infração penal.

2.2. Sujeitos do crime

Não há controvérsia quanto ao fato de que se trata de crime comum e que, portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa.

O sujeito passivo, nos termos do artigo 217-A do Código Penal, é a pessoa vulnerável, assim considerada a menor de 14 anos ou a acometida de enfermidade ou deficiência mental, desprovida do discernimento necessário para a prática do ato ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

2.2.1. A pessoa vulnerável para o Direito Penal

Tem-se como fundamento da incriminação do estupro de vulnerável a presumida incapacidade da vítima de se autodeterminar, em consequência, de consentir, relativamente ao exercício da sexualidade[29]. Em outras palavras, “busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual”[30].

Conforme já se destacou, a vítima tampouco necessita ter consciência da libidinosidade do ato praticado, até mesmo porque, em razão de sua condição de vulnerável, em regra não o terá. Ou seja:

basta que o ato ofenda o pudor do homem médio, independentemente da capacidade da vítima de entender o seu caráter libidinoso, seja por falta de capacidade psíquica, seja por extrema depravação moral. É suficiente, pois, que contrarie o pudor mediano, pouco importando que a vítima consiga, ou não, compreender sua finalidade sexual.[31]

A identificação dos vulneráveis exige maior esforço e ponderação dada a falta de objetividade na definição. Em conceito mais voltado à área da Medicina,

compreende-se por *enfermidade mental* toda doença ou moléstia que implique comprometimento do funcionamento adequado do aparelho mental, aí consideradas as neuroses, psicopatias e demências mentais. *Deficiência*, de sua vez, relaciona-se à insuficiência, imperfeição, carência fraqueza, debilidade, de forma que, por *deficiência mental*, pode-se entender o atraso no desenvolvimento psíquico[32].

Conforme lição de Luiz Regis Prado[33]:

O conceito de vulnerabilidade é pouco preciso em por isso, deve ter em princípio seus contornos delimitados pelo legislador. Dessa forma, o próprio tipo penal determina quem são as pessoas consideradas vulneráveis, e o faz de modo mais taxativo quanto ao *caput* do artigo 217-A – menores de catorze anos. Em relação ao parágrafo primeiro, a determinação da vulnerabilidade pela situação de enfermidade, deficiência mental, ou qualquer outra causa que exclua capacidade de resistência da vítima, implica maior conteúdo axiológico.

A *vulnerabilidade*, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

(...)

Essa condição de vulnerabilidade emerge da incapacidade de compreensão por parte da vítima, que se encontra privada de sua razão ou sentido de forma permanente, temporária ou mesmo accidental.

Assim, na primeira parte do aludido parágrafo do artigo 217-A do Código Penal, para que a vítima receba a tutela penal há necessidade de se apresentar praticamente nas mesmas condições psíquicas do artigo 26 do Código Penal, não tendo nenhuma capacidade de discernimento sobre o ato atentatório à sua liberdade sexual. Compreende-se aqui não só a loucura, isto é, o processo patológico ativo, como também outros casos de processos patológicos estacionários ou crônicos.

Em face dessas enfermidades pode a vítima apresentar deficiências múltiplas, atinentes à memória, percepção, associação, imaginação, juízo, afetividade, autocontrole e outras. Protegem-se ainda os fronteiros, cuja capacidade mental, superior à do idiota e à do imbecil, encontra-se entre a imbecilidade e a sanidade ou higidez psíquica.

No que se refere à hipótese de a vítima, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência, o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização; em decorrência de enfermidade; idade avançada; sono; hipnose; embriaguez completa; inconsciência pelo uso de drogas e anestésicos, entre outros. (...)

Segundo Guilherme de Souza Nucci[34], a vulnerabilidade contida no artigo 217-A: “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir”.

Não se deve confundir a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior às modificações introduzidas pela Lei 12.015/2009. Neste sentido, destaca Fernando Capez[35] que:

São vulneráveis os menores de 18 anos mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade e violência. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações.

É preciso ter em mente, consoante observa Rogério Sanches Cunha[36], que “no caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso de menor de quatorze anos”. Neste caso, pontua o autor, só haverá o crime se, da enfermidade ou deficiência mental, decorrer a ausência do necessário discernimento para a prática do ato por parte da vítima. Sobre este aspecto ponderam Mirabete e Fabbrini[37]:

Na primeira parte do § 1º, prevê-se como sujeito passivo a pessoa que padece de enfermidade ou deficiência mental que a priva do discernimento necessário a respeito das questões sexuais. Não se trata aqui de presunção legal absoluta em relação a qualquer pessoa que tenha enfermidade ou

deficiência mental, mas de condição que deve ser examinada no caso concreto, em geral por perícia psiquiátrica, para se aferir se de uma ou de outra resulta a ausência do discernimento exigível para consentir na prática do ato sexual. Referindo-se a lei ao discernimento necessário para a prática do ato, no exame deve-se não somente aquilatar o grau da doença ou deficiência mental, mas também verificar como esta afeta a capacidade de compreensão do sujeito passivo em relação às questões de natureza sexual, considerando-se, ainda, as especificidades do ato sexual praticado. Tratando-se, porém, de enfermidade ou deficiência mental de fácil constatação, a perícia pode se tornar desnecessária, comprovando-se o estado de vulnerável por outros meios como atestados ou documentos emitidos por médicos oficiais.

Consoante já se destacou, a caracterização do crime pressupõe que o agente tenha ciência de que age em face de pessoa vulnerável, qualidade que, quando não *espetacular*, deve ser ao menos aparente, passível de ser reconhecida por leigo em psiquiatria[38], cuja ausência autoriza o reconhecimento da figura do erro de tipo. A dúvida quanto à idade ou à enfermidade ou doença mental da vítima, porém, é abrangida pelo dolo eventual[39].

2.3. Bem jurídico protegido

No caso do estupro de vulnerável, a tipificação da conduta “visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis”[40].

Para Greco[41], o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo é tanto a liberdade quanto a dignidade sexual, além do desenvolvimento sexual. Em outras palavras, a lei tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa possui de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. Acrescenta o autor, ainda, que “o estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”.

Enfim, embora não conste no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, doutrina majoritária sustenta que se protege também a liberdade sexual das pessoas vulneráveis justamente por não possuírem capacidade de discernimento para externar consentimento válido sobre o ato sexual[42]. Em sentido contrário, Bitencourt[43] sustenta que “não se pode falar em *liberdade sexual*, como bem

jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*".

2.4. Estupro de vulnerável e direito à sexualidade das pessoas com deficiência

Como visto o Código Penal pune a prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso praticado com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, enquanto, de outro lado, o Estatuto da Pessoa Deficiente assegura o direito à sexualidade aos deficientes, inclusive afastando a incapacidade absoluta.

Com efeito, se a pessoa com deficiência mental, plenamente capaz considerada pelo Código Civil, em razão do que consta no Estatuto da Pessoa com Deficiência, não poder exprimir sua vontade será considerada relativamente incapaz e para que se satisfaça o requisito de validade em qualquer área, tanto quando da realização de um contrato, quanto para manter uma relação sexual, que deve ser livre e consciente, isenta de erro, fraude, coação e violência.

No entanto, para a configuração do delito de estupro de deficiente avalia-se justamente o grau de discernimento e vulnerabilidade da vítima deficiente. Assim, a doença mental não confere ao seu portador incapacidade para os atos da vida civil e também nem sempre vulnerabilidade como vítima criminal ou mesmo enseja a ultrapassada presunção de violência nos crimes sexuais.

Com efeito, o Código Penal não especificou que deficiência mental é essa ou até que grau de deficiência configura crime de estupro de vulnerável.

Segundo Bitencourt:

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, vulnerabilidade absoluta e a outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-A). Em outros termos, o legislador consagra uma vulnerabilidade real e outra equiparada. Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas

respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Nos dois dispositivos, por fim, o legislador cria hipóteses de interpretação analógica (ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência) que, no entanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.[44]

Em contrapartida, o legislador não pretendeu deixar os enfermos mentais desprotegidos, pelo contrário a ideia foi conferir maior autonomia e inclusão ao à pessoa doente ou deficiente, garantindo-se maior liberdade, física, moral, patrimonial e sexual.

Aduzem Barboza e Almeida:

O exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade – reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do § 2º acrescido ao art. 1.550 do Código Civil, pelo Estatuto, segundo o qual “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Permita-se repetir aqui as ressalvas feitas no sentido de que o respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe, não haver, evidentemente condições de tomá-las por causas físicas ou mentais.[45]

Há uma necessária intersecção entre as normas para se chegar a uma conclusão razoável, sem que o enfermo mental sem discernimento seja prejudicado, perdendo a proteção legal que, necessariamente, deve lhe ser conferida, mas também, reconhecendo a autonomia e liberdade inerentes às pessoas deficientes, mesmo mentais, detentoras de capacidade decisória suficiente para dar ou não seu consentimento em atos de natureza sexual[46].

3. A (APARENTE) ANTINOMIA ENTRE AS NORMAS QUE CONFEREM PROTEÇÃO E AUTONOMIA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO QUE SE REFERE À LIBERDADE SEXUAL

3.1 Posicionamento doutrinário

Conforme o pensamento de Guilherme de Souza Nucci é nítida a liberação sexual na atualidade, não podendo o legislador ficar alheio ao mundo e

sua evolução, devendo garantir a satisfação dos desejos sexuais, de forma digna e respeitada, desde que não incorra em exploração, violência ou grave ameaça[47].

Para Rogério Sanches Cunha[48] o conflito entre as disposições do Estatuto da Pessoa com deficiência e a caracterização do crime de estupro é meramente aparente, ressaltando que

(...) o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. As disposições do art. 6º do Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo.

Ao ressaltar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos, Victor Eduardo Rios Gonçalves observa que esta previsão normativa “reforça a conclusão de que pessoas com doença mental têm também direito de exercer sua sexualidade, exceto – de acordo com o Código Penal – se a enfermidade lhe retirar por completo a capacidade de entendimento”. Desta forma, prossegue o autor “só haverá crime de estupro de vulnerável se a doença mental retirar *por completo* a capacidade de discernimento quanto ao ato sexual e houver prova idônea neste sentido”[49].

Rogério Greco[50], por sua vez, defende que “não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido”. E prossegue: “O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual”. Ressalta, além disso, que pessoas com deficiência não deixaram de constituir família, tanto que podem, tranquilamente, engravidar, ser mãe, cuidar de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalhar, estudar, etc. Por fim, alerta que “não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental”, pois “somente aquele que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual é que pode ser considerado como vítima do delito de estupro de vulnerável”.

Marcão e Gentil questionam e explicam: O deficiente mental que tenha vida marital, ou um relacionamento sexual decorrente de uma união séria e duradoura, está sendo vítima de estupro de vulnerável, um crime hediondo? Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá o delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade.[51]

Assim, pode-se compreender que, para ser considerada uma conduta típica, é necessário que a vítima não possua discernimento para a prática de atos sexuais, devendo ser feito exame pericial para a constatação da vulnerabilidade.

Nessa senda explica Capez: Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. Vejam que pela própria redação do tipo penal, não há como não se exigir uma análise concreta acerca da caracterização ou não da situação de vulnerabilidade da vítima.[52]

Desse modo, pode-se dizer que há possibilidade da prática de relação sexual, desde que o enfermo ou doente mental possua, comprovadamente, discernimento para consentir com o ato.

Igualmente, Bitencourt explica que as pessoas com deficiências mentais também possuem desejos, sentimentos, necessidades (sexuais ou não) como qualquer outra pessoa, não devendo ser considerado o artigo 217-A do Código Penal um óbice ou um castigo na vida dessas pessoas, mas tão somente um proteção para casos em que haja abuso, ou evidente falta de discernimento para a prática de atos sexuais.[53]

Eugênio Raúl Zaffaroni, em sua principal obra, trabalha as bases da teoria da tipicidade conglobante lecionando que:

A ordem jurídica se estabelece mediante um funcionamento harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos, todos expressos em lei. Para que a aspiração ética do direito se realize, é necessário que essas normas e preceitos se operem de modo não contraditório, pois contradições representam arbitrariedade e não se prestam a assinalar padrões de conduta

[...] A norma proibitiva do tipo não é uma norma isolada, mas sim que se comporta como um neurônio que integra um farto tecido normativo, ou seja, que está submersa em um universo normativo jurídico, cujos componentes estão postos em ordem[54].

Pela teoria da tipicidade conglobante, conforme as palavras do próprio autor, se passa um “corretivo da tipicidade legal”, visando à harmonia do direito penal com todo o ordenamento jurídico. De acordo com a referida teoria, o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico, como um todo, globalmente considerado. O direito é um só e deve ser analisado como um todo, um bloco monolítico, não importando a sua esfera (a ordem é conglobante)[55].

Nessa perspectiva, considerar a prática do ato sexual consentido com um deficiente mental como algo tolerado e até, de certo modo, estimulado pelo ordenamento jurídico, estar-se-á diante de um ato plenamente normativo e, portanto, atípico do ponto de vista conglobante, já que, para Zaffaroni, não é possível conceber-se a situação de um determinado ramo do direito incentivar e outro, simplesmente, condenar a mesma conduta juridicamente relevante.

Inobstante, como visto, a doutrina é esclarecedora e pacífica no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável, sem violência real, no sentido que, à luz do atual cenário normativo, necessariamente, a configuração do delito em questão passa pela análise das condições da pessoa portadora da enfermidade, a fim de a um só tempo assegurar à liberdade sexual e proteger os deficientes desprovidos do indispensável discernimento para a prática do ato.

Dessarte, uma vez constatado que o deficiente praticou o ato com a compreensão devida, certo será, que naquele caso deve ser reconhecido o fenômeno da *abolitio criminis*, visto que a conduta é atípica, inclusive do ponto de vista conglobante[56].

3.2 Posicionamento jurisprudencial

A partir do que apontado pela doutrina se buscou na jurisprudência dos Tribunais Superiores decisões que enfrentasse o tema, a fim de se verificar o atual posicionamento.

Com efeito, a pesquisa feita com os termos “estupro de vulnerável”, “estatuto do deficiente”, “abolitio criminis”, “laudo pericial”, “vulnerabilidade”, trouxe os seguintes julgados, mesmo após a modificação legislativa feita pelo Estatuto da Pessoa Deficiente:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA INTERDITADA – APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.146/15 – RECONHECIMENTO DE “ABOLITIO CRIMINIS” – ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.- **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei nº 12.015/09 em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento.**- As disposições do art. 6º do referido Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo, **razão pela qual, não se trata, no caso em comento, de reconhecer o “abolitio criminis” (art. 217-A, § 1º, do CP), tampouco a atipicidade da conduta do condenado.** (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0637.14.001814-3/001, Relator (a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2016, publicação da sumula em 25/01/2017) (MINAS GERAIS, 2017). (grifou-se).[57]

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. Apelante que foi condenado por estupro de vulnerável, por ter tido relação sexual com duas mulheres de 19 e 21 anos, portadoras de deficiência mental. Necessidade de comprovação de que as vítimas, apesar de possuírem transtorno mental, não tinham o necessário discernimento para a prática de atos sexuais. Incidência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que expressamente, ainda que afetada a capacidade civil, a possibilidade de exercer direitos sexuais e reprodutivos, ainda que submetida à curatela. **Deficiente tratado de forma objetiva, cuja vulnerabilidade deduzida tão-somente da enfermidade mental. Impossibilidade de inferir que quem pratique ato sexual com parceiro com alguma enfermidade ou deficiência mental, se não comprovada a falta de discernimento para a prática de ato sexual. Prova psiquiátrica insuficiente. Mera demonstração de que as vítimas necessitavam de assistência para complexas operações matemáticas e de assistência para gerir sua pessoa.** Depoimentos das vítimas que descrevem os atos sexuais em linguagem, ainda que de forma simples, porém, descrevendo as práticas libidinosas, como qualquer adulto capaz, de qualquer conduta do acusado a demonstrar que se aproveitou da falta de discernimento sexual. Impossibilidade de confundir a proibição legal, constante do § 1º, do art. 217-A, do Código Penal, com a simples presença de enfermidade ou deficiência mental não avaliada psiquiatricamente. Recurso não PROVIDO (TJRJ. Apelação n. 0001160-02.2014.8.19.005. Des. Antônio Carlos

Nascimento Amado. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 25/6/2019) (grifou-se).[58]

APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. LEI Nº 13.146/2015. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, A UMA PENA DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, SENDO CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

PRETENSÕES RECURSAIS:

I) ABSOLVIÇÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO, PRINCIPALMENTE QUANTO À QUESTÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS PELO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INDÍCIOS COLHIDOS NA FASE INQUISITORIAL RATIFICADOS PELOS LAUDOS PERICIAIS E OITIVAS REALIZADAS EM JUÍZO. EXAMES PERICIAIS QUE APONTARAM A EXISTÊNCIA DE RUPTURAS HIMENAIAS ANTIGAS, BEM COMO PRESENÇA DE PERFIL GENÉTICO MASCULINO ENCONTRADO NO VESTIDO DA VÍTIMA PERTENCENTE AO RÉU OU A OUTRO HOMEM DA MESMA LINHAGEM PATERNA. **VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EMBASADA POR EXAMES MÉDICOS ACOSTADOS AOS AUTOS, ATESTANDO SER ESTA PORTADORA DE RETARDO MENTAL GRAVE E NÃO POSSUIR O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO ATO, OU QUE POR OUTRA CAUSA, NÃO PODE OFERECER RESISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DA PERICIA BIOPSISSOCIAL DIANTE DA COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA MENTAL POR OUTROS LAUDOS PERICIAIS.** DELINEADA A CONDUTA DO APELANTE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. (...) (TJBA. Classe: Embargos Infringentes e de Nulidade, Número do Processo: 0000818-48.2016.8.05.0010. Relator(a): JOAO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 21/03/2019).[59]

Do teor do acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia citado, cumpre destacar:

Na hipótese dos autos, **frisa-se, a vulnerabilidade da vítima restou sobejamente demonstrada, mediante relatórios**

médicos e, ainda, depoimentos testemunhais, os quais atestam que a vítima é portadora de retardo mental grave e não possuía, à época dos fatos, o necessário discernimento, sendo, portanto, dispensável a realização de perícia complexa para comprovar o grau de deficiência mental da vítima, como alegado pela Defesa. Nesta linha de inteligência, mostra-se bastante esclarecedor o depoimento prestado, em Juízo, pelo médico Psiquiatra Enock Luz Souza, referido no julgamento da Apelação Criminal nº 0006688-77.2012.8.05.0022, segundo o qual "o desejo sexual aflora em deficientes mentais, especialmente em razão da falta de controle, mas seu discernimento para a prática de atos sexuais é via de regra comprometido". Assim, embora não se questione a existência do direito à sexualidade das pessoas portadoras de deficiência, o reconhecimento deste não pode ensejar que aquelas sejam desamparadas, permitindo-se que venham a ser vítimas de violência sexual.

Corroborando o referido entendimento, colacionam-se os seguintes julgados da jurisprudência pátria, que vem decidindo pela desnecessidade de elaboração do laudo pericial específico em casos semelhantes, senão vejamos:

(...) (grifou-se).

Ademais, o Tribunal Baiano já acolheu pedido de revisão criminal para o fim de absolver o agente do crime de estupro de vulnerável, haja vista que na ação penal não havia atestado médico, com devido registro do profissional, ressaltando que a deficiência mental deve ser aferida por complexo laudo pericial biopsicossocial. Além disso, destacou-se o coerente depoimento da vítima. Veja-se:

REVISÃO CRIMINAL. PROCESSO PENAL. ART. 217-A, §1º, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. PENAS DEFINITIVAS DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM BASE EM ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE DA CONDENAÇÃO À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ART. 621, INCISO I, DO CPPB. ACOLHIMENTO. A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO DA VÍTIMA POR SUPOSTA DEFICIÊNCIA MENTAL DEVE SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, POR COMPLEXO LAUDO PERICIAL BIOPSIKOSSOCIAL, QUE CONSIDERE AS POSSIBILIDADES DE SE EVITAR O PROCESSO DE MARGINALIZAÇÃO SOCIAL,

CONJUGANDO-SE A ANÁLISE TÉCNICA À ANÁLISE DAS FUNÇÕES E ESTRUTURAS DO CORPO E ATIVIDADES DE PARTICIPAÇÃO. ATESTADOS E LAUDOS PERICIAIS JUNTADO AOS AUTOS QUE NÃO PREENCHEM OS REQUISITOS LEGAIS E NOS QUAIS SE ENCONTRAM APOSTAS RUBRICAS ILEGÍVEIS, SEM CARIMBO CONTENDO O NOME E SEM O NÚMERO DE INSCRIÇÃO DO PROFISSIONAL MÉDICO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, SENDO DIGNO DE REGISTRO QUE O RELATÓRIO MÉDICO REGULARMENTE ASSINADO COM NOME E NÚMERO DO CREMEB DO EMITENTE APENAS FOI JUNTADO AOS AUTOS PELO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. **INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). DECLARAÇÕES DA VÍTIMA QUE NÃO APONTAM, DE FORMA PATENTE, O SEU DÉFICIT COGNITIVO OU A SUA FALTA DE DISCERNIMENTO DIANTE DO FATO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.** REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA, AFASTADA A ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE NULIDADE, SENDO, NO MÉRITO, JULGADA PROVIDA. (TJBA Classe: Revisão Criminal, Número do Processo: 0015284-43.2017.8.05.0000, Relator(a): SORAYA MORADILLO PINTO, Publicado em: 23/07/2018) (grifou-se).[60]

De outro lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já entendeu ser dispensável o laudo médico, estando notoriamente demonstrada a debilidade intelectual da vítima por outras provas colhidas nos autos. Segue:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR NAMORADO DA AVÓ DA VÍTIMA CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL (ARTS. 213, C/C ART. 224, "B", E ART. 226, INC. II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA DA DEBILIDADE MENTAL DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. FATO NOTÓRIO E CONHECIDO PELO APELANTE E TESTEMUNHAS. LAUDO PSICOLÓGICO E DOCUMENTOS DA APAE CONFIRMANDO DEFICIÊNCIA. **AUSÊNCIA DE PERÍCIA A RESPEITO DA DEBILIDADE INTELECTUAL DA VÍTIMA QUE NÃO CONDUZ À ABSOLVIÇÃO NO CASO DE A DEFICIÊNCIA ESTAR CABALMENTE COMPROVADA POR OUTRAS PROVAS.** POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC,

Apelação Criminal n. 0001639-21.2000.8.24.0063, de São Joaquim, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 21-05-2019) (grifou-se).[61]

Não obstante, a mesma Câmara Criminal Catarinense, um mês depois, determinou a conversão do julgamento em diligência para o fim de que fosse realizado exame pericial na vítima, a fim de se constatar seu discernimento para consentir com o ato e, por conseguinte, para viabilizar a análise no caso concreto do crime de estupro de vulnerável. Segue:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, § 1º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. VÍTIMA ACOMETIDA DE DOENÇA MENTAL. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DA MOLÉSTIA E DO SEU GRAU. AFERIÇÃO DA CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO ATO SEXUAL. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTOS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS (CPP, ART. 616). **Considerando que o crime previsto no art. 217-A, § 1º, do Código Penal tutela a dignidade sexual da pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui o necessário discernimento para a prática de atos libidinosos, revela-se conveniente que o laudo pericial esclareça qual é a doença mental que acomete a vítima, o grau da enfermidade e a sua influência na capacidade de discernimento dela.** JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA, DE OFÍCIO, SOBRESTADA A ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002011-88.2015.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 25-06-2019) (grifou-se).[62]

Prossegue-se com a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. MÉRITO. VÍTIMA COM DEFICIÊNCIA MENTAL. DÚVIDA QUANTO A AUSÊNCIA DE *DISCERNIMENTO* PARA A PRÁTICA DO ATO SEXUAL. ABSOLVIÇÃO DECLARADA. Preliminar de inépcia da denúncia. (...) Mérito. **Para a configuração do tipo penal previsto no art. 217-A, § 1º do Código Penal, é necessário que, além da enfermidade ou deficiência mental, esteja comprovado, modo idôneo, que a vítima não possuía o necessário discernimento para a prática do ato sexual.** Caso em que o laudo psiquiátrico não

atesta, com precisão e de forma objetiva, se vítima apresentava ou não discernimento suficiente acerca do fato ocorrido. De outra banda, a prova oral produzida é uníssona no sentido de que os atos praticados eram consensuais, e que as partes envolvidas possuíam relacionamento amoroso estável, além de ter o apelante assumido a paternidade do filho gerado. Absolvição declarada. APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME.(TJRS, Apelação Criminal, Nº 70077799914, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019) (grifou-se).[63]

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR REJEITADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA INALTERADA. Preliminar. Não evidenciadas parcialidade ou defecções no laudo pericial e seus complementos, elaborados por profissional capacitada e habilitada. Inconformidade com o resultado obtido pela experta que não deve se confundir com invalidade da perícia técnica. Prefacial rejeitada. Mérito. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Acervo probatório suficiente quanto à prática de estupro de vulnerável pelo acusado. **Vulnerabilidade da ofendida atestada por laudo pericial, consignando-se a sua incapacidade de discernir para a prática do ato sexual, não havendo falar em consentimento.** Tese de erro quanto à ilicitude do fato refutada. Juízo condenatório mantido. Dosimetria. Basilar mantida justificadamente acima do mínimo legal, tornada definitiva, a ser cumprida em regime inicial fechado. Sentença condenatória confirmada na íntegra. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Criminal, Nº 70079722518, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019) (grifou-se).[64]

Destaca-se ainda:

APELAÇÃO CRIME. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. ERRO MATERIAL. Corrigido erro material no dispositivo da sentença condenatória para constar que o acusado foi condenado pelo crime de *estupro de vulnerável* previsto no artigo 217-A, parágrafo 1º, do Código Penal. MÉRITO. Restou comprovada a materialidade e a autoria dos fatos, em que pese a negativa do apelante. O caderno processual indica que o réu manteve

conjunção carnal com a ofendida, fato que vem comprovado pelo depoimento de J.M.L e pelos demais elementos de prova. PALAVRA DA VÍTIMA. Nos crimes contra a dignidade sexual, o depoimento da vítima assume especial relevo, pois geralmente é a única prova do acontecimento do delito, como no caso em tela. **VULNERABILIDADE. A questão que emerge dos autos é se a vítima, na época dos fatos, era vulnerável, requisito indispensável para a configuração do tipo legal imputado. É certo que a ofendida é portadora de Síndrome de Down. Contudo, ainda deve ser analisado se a vítima, na data dos fatos, tinha o discernimento necessário para a prática dos atos sexuais. O único laudo pericial existente nos autos não foi conclusivo a respeito, de modo que não se pode afirmar, portanto, que a vítima não tinha o discernimento necessário para a prática de atos sexuais. Por fim, deve ser lembrado que o artigo 1550, § 2º, do Código Civil estabelece que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio...”. E, assim sendo, se considerarmos estupro de vulnerável todo e qualquer relacionamento de pessoa com deficiência mental com alguém que goza de suas faculdades mentais, seria o mesmo que tolher, ilegal e injustificadamente, a possibilidade de os enfermos mentais terem vida sexual, o que seria verdadeira punição àqueles que sofrem dessa deficiência. Absolvição decretada, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. (...) (Apelação Criminal, Nº 70080094121, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em: 29-08-2019) (grifou-se) [65]**

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. Extrai-se dos substratos probatórios amealhados em ambas as fases persecutórias a existência material do crime de estupro de vulnerável e a respectiva autoria, que recai de forma segura sobre o apelante, o qual, aproveitando-se do transtorno psíquico que acomete a vítima, com ela manteve conjunção carnal, que resultou em gravidez. Tal conduta se subsume ao disposto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal. VULNERABILIDADE. INCAPACIDADE DE CONSENTIMENTO

PARA A PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS. **A vulnerabilidade decorrente de transtorno mental e, pois, a impossibilidade de resistir à prática de atos libidinosos, deve ser atestada por meio de perícia psiquiátrica específica. No caso concreto, tal exame foi realizado por médico perito, o qual constatou ser a vítima total e permanentemente incapaz aos atos da vida civil, não tendo condições de *discernimento* a respeito da prática de ato sexual.** Verificada a incapacidade, o crime previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal existe com ou sem a concordância da vítima, com ou sem violência ou grave ameaça, uma vez que tanto o consentimento como a violência – seja moral, seja física – não são elementos essenciais, mas acidentais deste tipo penal. (...) (Apelação Crime, Nº 70080115066, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 24-04-2019) (grifou-se). [66]

Percebe-se que os julgados recentes de todo país não têm enfrentado a problemática trazida neste artigo, ou seja, se há conflito entre as normas referidas.

As decisões dos Tribunais Pátrios reconhecem a configuração do delito de estupro de vulnerável em desfavor do deficiente mental, quando as provas apontam causa que impeça a resistência e/ou demonstram a falta de discernimento para consentir com o ato.

Há julgados, ademais, dispensando a prova pericial na vítima deficiente, quando o cotejo probatório já evidencia a ausência de discernimento diante da conduta, acolhendo como suficiente, inclusive, somente a prova oral.

No entanto, é possível verificar da jurisprudência colacionada que o exame pericial por profissional médico devidamente habilitado é, cada vez mais, requisito indispensável à configuração do delito do estupro de vulnerável, haja vista que é, a partir dele, que se poderá verificar a capacidade/discernimento da vítima para o consentimento com o ato.

Desse modo, a jurisprudência comunga com o entendimento doutrinário no sentido de que deve haver uma harmonização entre as normas – Estatuto da Pessoa Deficiente e art. 217-A do Código Penal, de modo que uma vez evidenciado que a vítima tinha discernimento, sabia o que estava acontecendo e fazendo, situação a ser avaliada em cada caso concreto, por meio de exame pericial específico, não haverá o delito de estupro de vulnerável e se prestigiará o direito à liberdade sexual do portador de deficiência. Todavia, caso demonstrado o contrário,

haverá a configuração do delito mencionado, e, por conseguinte, justamente com vista à preservar, proteger, o deficiente deverá ser repudiada a conduta do agente.

Em face de tudo o que apresentado, conclui-se que não há antinomia entre as normas que conferem proteção e autonomia às pessoas com deficiência no que se refere à liberdade sexual, pois, ao contrário, as normas se harmonizam de modo a garantir e proteger a eficácia desse direito.

CONCLUSÃO

A pessoa com deficiência era rechaçada na sociedade, que a tratava como pessoa, de fato, doente, desconsiderando, em qualquer hipótese, a vontade e o discernimento.

A superação desse modo de percepção das pessoas deficientes adveio com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que passou a estabelecer que a pessoa deficiente é aquela que tem algum impedimento, a longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou setorial, que pode, de alguma forma, obstruir sua plena e efetiva participação da vida em sociedade, nas mesmas condições que as demais pessoas.

O Brasil, como signatário da Convenção Internacional referida, regulamentou os direitos e garantias da pessoa deficiente com a Lei n. 13.146/2015. Dentre os vários direitos reconhecidos, está reconhecimento aos direitos relacionados à sexualidade da pessoa com deficiência, tais como previstos nos artigos 6º, inc. II, e 8º, todos do Estatuto Protetor.

Com isso, reconheceu-se autonomia da pessoa com deficiência nos aspectos relacionados à sua vida sexual, tais como a escolha de parceiros, bem como pela possibilidade de escolha dos rumos de um relacionamento afetivo ou familiar.

Em contrapartida, o art. 217-A do Código Penal prevê o crime de estupro de vulnerável quando praticada conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com a pessoa deficiente, restando saber se essa autonomia da pessoa deficiente esvaziou o conteúdo da norma protetora citada.

O Código Penal não apresenta expressamente o conceito de vulnerabilidade e até que grau de deficiência se poderia enquadrar a vítima do tipo penal previsto no art. 217-A. A doutrina esclarece que se trata da compreensão e aquiescência no que se refere ao ato sexual.

Com efeito, diante do que previsto no Estatuto da Pessoa Deficiente surgiu a indagação sobre a (aparente) antinomia entre as normas. No entanto, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que não há antinomia, devendo ser analisado cada caso concreto. Deve-se partir da premissa, agora reconhecida legalmente, que a vítima – pessoa deficiente – possui autonomia e direito à liberdade sexual, passando-se, em seguida, a averiguar a sua vulnerabilidade, a partir da existência de alguma enfermidade ou doença mental, que deve ser constatada mediante exame pericial médico, aferindo-se então se ela possuía capacidade/discernimento para consentir validamente para ato sexual.

Com base nessa concepção, não há prejuízo da aplicação do art. 217-A do CP com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visto que o caso concreto poderá revelar que a pessoa realmente não possuía condições para que sua autonomia para o ato sexual fosse validamente reconhecida. Porém, a presunção inicial será da capacidade de consentimento da pessoa portadora de deficiência e, por exceção (e prova em sentido contrário), haverá por se entender pela incapacidade para consentir.

Dessarte, o crime só ocorrerá se a patologia (enfermidade ou deficiência mental) retirar o discernimento necessário para a prática de relação sexual da pessoa deficiente.

Por derradeiro, conclui-se que há compatibilidade entre o Estatuto Protetor e a Norma Penal Repressora, de maneira que o crime de estupro de vulnerável, tendo como sujeito passivo um enfermo mental sem discernimento continua em vigor.

O reconhecimento da capacidade civil plena dos deficientes mentais, no campo do “estupro de vulnerável”, reforça a noção de que o simples critério biológico ou de constatação clínica da presença de uma anomalia mental não é suficiente para tornar uma pessoa vulnerável ou desprovida de discernimento para atos existenciais, inclusive sexuais. Em cada caso concreto essa capacidade deverá ser avaliada, verificando-se a presença de uma vítima manipulada/violentada ou simplesmente de uma pessoa que exercita com autonomia e dignidade seus direitos sexuais. Não é, portanto, a mera existência da enfermidade ou da doença mental que atrairá o crime, mas sim a ausência de consentimento para o ato sexual.

Nesse cenário, o conflito das normas que conferem proteção e autonomia às pessoas com deficiência no que se refere à liberdade sexual é aparente.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 22, n. 86 (jan/mar 2004).

ARAUJO Luiz Alberto David. **Em Busca de Um Conceito de Pessoas Com Deficiência.** In Gugel, Maria Aparecida; Costa Filho, Waldir Macieira da; Ribeiro, Lauro Luiz Gomes (Org.). Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** In: MENEZEZ, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das Pessoas com Deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto 6.949/2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Classe: **Embargos Infringentes e de Nulidade, Número do Processo: 0000818-48.2016.8.05.0010.** Relator(a): JOAO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Classe: **Revisão Criminal. Número do Processo: 0015284-43.2017.8.05.0000.** Relator(a): SORAYA MORADILLO PINTO, Publicado em: 23/07/2018. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **Apelação Criminal n. 0001639-21.2000.8.24.0063,** de São Joaquim, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 21-05-2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **Apelação Criminal n. 0002011-88.2015.8.24.0080**, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 25-06-2019. Disponível

em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº 1.0637.14.001814-3/001**. Relator Des. Wanderley Paiva. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0001160-02.2014.8.19.005**. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 25/6/2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.4.1> Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70077799914**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70079722518**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70080094121**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, Julgado em: 29-08-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70080115066**, Oitava Câmara Criminal, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 24-04-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, 4. 9 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de Vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista Síntese Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./maio, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial** – arts. 213 a 359-h. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial** (arts. 184 a 359-H) – volume 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: v. 8**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. **Primeiras análises sobre o tema de (in) capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e código de processo civil de 2015**. Revista de Direito Civil Contemporâneo.- RDCC, São Paulo, v. 2, n. 8. Jul./set. 2016.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial arts. 213 a 359-h**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; COSTA, Eliton de Souza; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Souza Rosso. **Dos direitos das pessoas com deficiência: um passar de olhos pelos diversos ramos do direito na construção de um plexo normativo**. Revista de direito constitucional e internacional, ano 25, vol. 100, mar-abr./2017.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Nogueira. **A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação**. Revista de direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 68, ago./2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência**. *Revista de direito constitucional e internacional*. vol. 47, ano 12, abril-junho de 2004. Editora Revista dos Tribunais.

SIRENA, Hugo Cremonez. **A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo estatuto das pessoas com deficiência: (Lei 13.145/2015)**. *Revista de direito privado*, ano 17, vol. 70, outubro/2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo *apud* ROSENVALD, Nelson. **As alterações da teoria das incapacidades à luz do estatuto da pessoa com deficiência**. *Revista síntese direito civil e processual civil*, v. 17, n. 99, jan./fev. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Tomo III. p. 233/234 Buenos Aires: Ediar, 1981.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

[2] ARAUJO, Luiz Alberto David. **Em Busca de Um Conceito de Pessoas Com Deficiência**. *In* Gugel, Maria Aparecida; Costa Filho, Waldir Macieira da; Ribeiro, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 20.

[3] “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

[4] Conforme destacam Nelson, Costa e Nelson, “em decorrência do processo de constitucionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não apenas no seu aspecto material, mas também, em seu aspecto formal, a presente convenção não estar suscetível ao processo de denúncia, ou seja, de retirada do Brasil da Convenção, compondo esses direitos e garantias da pessoa com deficiência conteúdo de cláusula pétrea (...)” *In*: NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; COSTA, Eliton de Souza; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Souza Rosso. **Dos direitos das pessoas com deficiência: um passar de olhos pelos**

- diversos ramos do direito na construção de um plexo normativo.** Revista de direito constitucional e internacional, ano 25, vol. 100, mar-abr./2017. p. 196.
- [5] BRASIL. **Decreto n. 6.949/2009.** Preâmbulo, item "e". Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.
- [6] ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 22, n. 86 (jan/mar 2014). p. 168.
- [7] ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 22, n. 86 (jan/mar 2014). p. 174.
- [8] LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. **Primeiras análises sobre o tema de (in) capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e código de processo civil de 2015.** Revista de Direito Civil Contemporâneo.- RDCC, São Paulo, v. 2, n. 8. Jul./set. 2016. p. 48-49.
- [9] NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; COSTA, Eliton de Souza; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Souza Rosso. **Dos direitos das pessoas com deficiência: um passar de olhos pelos diversos ramos do direito na construção de um plexo normativo.** Revista de direito constitucional e internacional, ano 25, vol. 100, mar-abr./2017. p. 187-218.
- [10] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Nogueira. **A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação.** Revista de direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 68, ago./2016, p. 225.
- [11] Os autores destacam que a proteção se deu em oito artigos: art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II e § 2º, e art. 244. Pontuam, ainda, que "o art. 40, § 1º, I, da CF/1988 (com a alteração promovida pela EC 41, de 19.12.2003) estabelece que os servidores públicos serão aposentados por *invalidez* permanente, e o art. 201, I, da CF prescreve também a cobertura dos planos de previdência social, mediante contribuição, a cobertura, entre outros, dos eventos de *invalidez*" Cf. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Nogueira. **A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação.** Revista de direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 68, ago./2016, p. 232.
- [12] ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 22, n. 86 (jan/mar 2014). p. 166.

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 22, n. 86 (jan/mar 2014). p. 174.

³⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Nogueira. **A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação.** Revista de direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 68, ago./2016, p. 235.

[15] SIRENA, Hugo Cremonez. **A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo estatuto das pessoas com deficiência: (Lei 13.145/2015).** Revista de direito privado, ano 17, vol. 70, outubro/2016. p. 135-150.

[16] VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo *apud* ROSENVALD, Nelson. **As alterações da teoria das incapacidades à luz do estatuto da pessoa com deficiência.** Revista síntese direito civil e processual civil, v. 17, n. 99, jan./fev. 2016.

[17] BARBOZA, Renato. *apud* GUERPELLI. **Sexualidade e reprodução como direitos das pessoas com deficiência intelectual e suas interfaces com as políticas públicas nacionais de educação e saúde: lacunas e possibilidades.** R. Pol. Públ., São Luís, v. 17, n. 2, p. 467-477, jul./dez. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271766956_Sexualidade_e_reproducao_como_direitos_das_pessoas_com_deficiencia_intelectual_e_suas_interfaces_com_as_politicas_publicas_nacionais_de_Educacao_e_Saude_lacunas_e_possibilidades.

Acesso em 18 set. 2018.

[18] BRASIL. **Código Penal.** Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

Acesso em: 30 ago. 2019.

[19] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.045.

[20] Para o mesmo autor, os elementos normativos "são aqueles que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento" e os elementos normativos extrajurídicos (ou emírico-culturais) são "juízos de valor fundados na experiência, na sociedade e na cultura", de forma que "exigem um juízo de valor de cunho não jurídico (valoração extrajurídica), de ordem social, econômica, política, biológica, etc." *In*: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 294.

[21] Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Cf. BRASIL. **Código Penal.** Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

Acesso em: 30 ago. 2019.

- [22] GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 817.
- [23] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial** (arts. 184 a 359-H) – volume 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 123.
- [24] JESUS, Damásio de. **Direito penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.
- [25] Baseado em JohannessWessels, Eugênio Pacelli define: “O erro de tipo é o lado inverso do dolo do tipo: o atuante “não sabe o que faz”; falta-lhe a imagem representativa exigível para o dolo do tipo”. *In*: PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 305.
- [26] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1047.
- [27] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 950.
- [28] Baseado em Welzel, o autor explica que, no crime de tendência, “a ação encontra-se envolvida por determinado ânimo, cuja ausência impossibilita a sua concepção. Em tais crimes não é a vontade do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes”. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 950.
- [29] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 948.
- [30] JESUS, Damásio de. **Direito penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159.
- [31] JESUS, Damásio de. **Direito penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.
- [32] GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 818.
- [33] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1045.
- [34] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- [35] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.
- [36] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 519.

- [37] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155-1560.
- [38] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: v. 8**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 226.
- [39] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1566.
- [40] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1045-1046.
- [41] GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 820.
- [42] AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família**. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 498.
- [43] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 946.
- [44] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, 4. 9 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015. p. 101.
- [45] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: MENEZEZ, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das Pessoas com Deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 225-226.
- [46] CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de Vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. *Revista Síntese Direito Penal e Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./maio, 2000. p.10.
- [47] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- [48] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 519.
- [49] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial** (arts. 184 a 359-H) – volume 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 124.
- [50] GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 819.
- [51] MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.
- [52] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial** – arts. 213 a 359-h. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v. p. 67.
- [53] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 106. 130 Ibidem, p. 111-112.

- [54] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Tomo III. p. 233/234 Buenos Aires: Ediar, 1981.p. 71.
- [55] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Tomo III. p. 233/234 Buenos Aires: Ediar, 1981.p. 73.
- [56] CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de Vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista Síntese Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./maio, 2000. p.15.
- [57] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº 1.0637.14.001814-3/001**. Relator Des. Wanderley Paiva. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- [58] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0001160-02.2014.8.19.005**. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 25/6/2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.4.1>Acesso em: 21 jun. 2019.
- [59] BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Classe: **Embargos Infringentes e de Nulidade, Número do Processo: 0000818-48.2016.8.05.0010**. Relator(a): João Bosco de Oliveira Seixas. Publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 7 set. 2019.
- [60] BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Classe: **Revisão Criminal. Número do Processo: 0015284-43.2017.8.05.0000**. Relator(a): SORAYA MORADILLO PINTO, Publicado em: 23/07/2018. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 7 set. 2019.
- [61] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **Apelação Criminal n. 0001639-21.2000.8.24.0063**, de São Joaquim, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 21-05-2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 30 ago. 2019.
- [62] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **Apelação Criminal n. 0002011-88.2015.8.24.0080**, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 25-06-2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 30 ago. 2019.
- [63] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70077799914**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

[64] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70079722518**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-08-2019 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

[65] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal, Nº 70080094121**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, Julgado em: 29-08-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 6 set. 2019.

[66] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70080115066**, Oitava Câmara Criminal, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 24-04-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 30 ago. 2019.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL O RISCO DE ATRIBUIR O VALOR PROBANTE À PALAVRA DA VÍTIMA

WANDERLEY SAN DA CRUZ BARBOSA:

Bacharelado em Direito vinculado ao Centro de Ensino Superior do Estado do Amazonas – CIESA

DORVAL DE ALMEIDA SANTANA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar como é aplicado a valoração da palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável e o risco de condenar uma pessoa usando como meio de prova unicamente a palavra da vítima, bem como os critérios utilizados para a valoração da palavra da vítima. O presente artigo fora elaborado utilizando o método indutivo. Para alcance do objetivo o trabalho retrata a história do crime de estupro, a aplicação da pena no passado, a tipificação do crime na sociedade brasileira e suas alterações até os critérios de meios utilizados para atribuição de valor probante a palavra da vítima e o modus operandi do crime.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Processual Penal; Estupro; Estupro de Vulnerável; Art. 217-A CP; Modus Operandi do Estupro; Tipificação do Crime de Estupro; Palavra da Vítima; Valor Probante a Palavra.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the victim's word valuation is applied in the crime of rape of a vulnerable person and the risk of convicting a person using only the victim's word as evidence, as well as the criteria used to value the victim's word. This article was written using the inductive method. To reach the objective, the paper portrays the history of the crime of rape, the application of the penalty in the past, the typification of the crime in Brazilian society and its alterations until the criteria of means used for assigning probative value to the victim's word and the modus operandi of crime.

Keywords: Criminal Law; Criminal Procedural Law; Rape; Vulnerable rape; Article 217-A CP; Modus Operandi of Rape; Typification of Rape Crime; Victim's Word; Probing Value the Word.

INTRODUÇÃO

O crime de Estupro, sempre foi punido em diversas sociedades passadas, tendo como penas de castração, morte e de reclusão, ocorre que o crime de estupro é um tipo misto, o qual abrange tanto a conjunção carnal como a prática de ato libidinoso, possui seu modus operandi de forma clandestina, podendo não existir testemunhas e não possuir vestígios quando for praticado ato libidinoso, dessa forma existe uma complexibilidade para punir o infrator da ação.

Visto que não seria possível deixar um infrator impune, por ausência de provas da materialidade do delito, fora atribuído grande valoração à palavra da vítima aos crimes praticados na clandestinidade, mas para isso se faz necessário que a palavra

da vítima seja inalterada no curso da ação penal, estável, uniforme, segura, coerente e harmônica com o conjunto dos fatos, para que não ocorra a inequívoca punição de uma pessoa inocente.

Ocorre que atribuir o valor probante a palavra da vítima é muito arriscado, podendo ocorrer uma prisão injusta, haja que existe uma grande quantidade de denúncias caluniosas, pois muita das vezes ocorrem façãs denúncias para prejudicar outrem devido a grande reprovabilidade do ato pela sociedade e conseqüente mancha de reputação social.

Devendo ainda esclarecer, que a atribuição valoração da palavra da vítima, pode ser prejudicada quando se tratar de falsas lembranças, lembranças superficiais ou até mesmo que não sejam tomadas as devidas cautelas de petrificação de profissional técnico ao processo, quando se tratar de menor idade, que possuir uma imaturidade psicológica.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há um reconhecimento normativo explícito quanto a valoração da palavra da vítima, porém, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência que determinam quanto a forma de aplicação.

1 ABORDAGEM SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

1.1 A História do Crime de Estupro

A legislação é meio utilizado pelo homem para buscar uma convivência harmoniosa em sociedade, onde é previsto deveres e obrigações, o seu descumprimento recai em sanção a parte que agiu em desconforme com a lei.

Em sociedades passadas os crimes contra a dignidade sexual eram punidos por meios severos, sendo a pena máxima a de morte. Nesse entendimento menciona Prado (2017, P.189):

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.

A palavra estupro é derivada da expressão *struprum*, utilizada pela primeira vez no direito Romano, porém, essa expressão significava desonra, vergonha, compreendendo as relações carnis, conforme menciona Prado (2017, P.199):

O termo *struprum*, no Direito Romano, representava, em sentido lato qualquer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia.

Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.

Fora diante a influência do pensamento Cristão que o estupro passou a ser considerado um delito sexual, deixando de ser visto como um delito patrimonial, ainda assim as vítimas desses atos ainda eram vistas diante de olhares reprovadores.

1.2 A História da Tipificação do Crime de Estupro no Brasil

O crime de estupro surgiu no Brasil através do Código Criminal do Império do Brasil, sendo esse o primeiro código penal do País em 16 de Dezembro de 1830, a tipificação se enquadrava para o sexo feminino, tinha pena prevista de 3 a 12 anos de detenção mais o dote, no caso de se tratar de prostituta a pena de prisão era reduzida de 1 mês a 2 anos, pois nesse caso não era considerada mulher honesta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

No caso de não ocorrer conjunção carnal e apenas violência com intuito libidinoso, a pena de prisão era de 1 a 6 meses e multa.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Nesse período a sedução poderia ser considerada crime, no caso de se tratar de mulher honesta, menor de dezesseis anos e ter conjunção carnal, a pena era de 1 a 3 anos.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

No caso dos Artigos 222, 223 e 224 não haveria pena caso o ofensor se cassasse com a ofendida, vejamos:

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Em 11 de outubro de 1890 com a mudança na legislação fora promulgado o Código Penal Republicano, durante esse período a tipificação do crime ainda não previa a possibilidade de o crime ocorrer entre pessoas do mesmo sexo, trazendo definição no Art. 269 o qual tipificava o crime sendo ocorrido por homem com violência contra mulher virgem ou não, cuja a pena era de 1 a 6 anos, caso a mulher fosse

prostituta ou mulher pública a pena era de 6 meses a 2 anos, no caso de o crime fosse praticado em concursos de duas ou mais pessoas existia aumento de pena.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

O Código Penal de 7 de Dezembro de 1940, ainda tipificava o crime de estupro podendo ser cometido somente contra a mulher no polo passivo conforme o Art.213, em demais casos o crime poderia ser enquadrado como atentado violento ao pudor.

A pena para constranger mulher a ter conjunção carnal sob grave ameaça ou violência passou a ter pena superior da tipificação anterior, passando a ser de 3 a 8 anos, no caso de se tratar de menor de 14 anos a pena passou a ser de 4 a 10 anos, vejamos:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito annos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze annos

Pena - reclusão de quatro a dez annos.

Aos demais crimes sexuais quando não podendo se enquadrar na tipificação do Art. 213 poderiam ser enquadrados na tipificação de Atentado Violento ao Pudor, previsto no Art. 214, cuja pena era de 2 a 7 annos de reclusão, caso a vitima fosse menor de 14 annos a pena era de 3 a 9 annos de reclusão.

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete annos.

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze annos:

Pena - reclusão de três a nove annos.

No Código Penal de 1940, a expressão de mulher honesta, fora enquadrada somente sob o Art.215 que se tratava de conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude, cuja pena de reclusão era de 1 a 3 annos, e quando praticado contra mulher virgem e menor de 18 annos e maior de 14 annos a pena de reclusão era de 2 a 6 annos.

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.

Pena - reclusão, de um a três annos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

A expressão de “mulher honesta” se manteve na redação original do Código Penal de 1940, sendo retirada com a mudança legislativa da Lei 11.106 de 2005, pois realizava julgamento quanto ao comportamento da mulher quando vítima.

O legislador Nelson Hungria, lecionava sobre o elemento normativo “mulher honesta” (Hungria e Lacerda 1980):

Como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, multorum libidini patet, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (cum vel sine pecúnia accepta).

1.3 Atual Tipificação do Crime de Estupro no Brasil

O Código Penal atual, no Título VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, cuja redação adveio da Lei. 12.015 de 2009 aumentou a pena de estupro para 6 a 10 anos de reclusão, não sendo o crime tipificado somente para a mulher no polo passivo, tratando-se de pessoa de qualquer sexo, no caso de a conduta resultar em lesão corporal ou se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos a pena de reclusão é de 8 a 12 anos, caso resulte em morte a pena é de 12 a 30 anos de reclusão, vejamos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

A mudança do Título VI do Código Penal teve grande impacto positivo no direito penal, sendo preenchido as lacunas deixadas pela redação anterior do código penal, com a Lei. 12.015 de 2009 o crime de estupro passou a ter a tipificação para ambos os sexos no polo passivo, sendo revogado o Art.214 que se tratava do crime de Atentado Violento ao Pudor.

Dessa forma se entende que com a redação da lei 12.015 de 2009 o bem jurídico protegido passou a ser a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a liberdade individual de escolha, ou sinônimo de expressão utilizado por alguns doutrinadores o direito a intimidade e a privacidade.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A tipificação do crime de Estupro de Vulnerável previsto no Art.217-A foi acrescido com a lei 12.015 de 2009, prevê que se torna crime a conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, com pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não tem discernimento para praticar o ato ou que por qualquer outra causa a pessoa não puder oferecer resistência na pratica do ato, sendo a pena de 8 a 15 anos de reclusão, no caso do ato resultar lesão corporal de natureza grave a pena passar a ser de 10 a 20 anos de reclusão, no caso de resultado morte a pena é de 12 a 30 anos de reclusão, vejamos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

2.1 Da Vulnerabilidade Absoluta x Relativa

A vulnerabilidade da tipificação do crime de Estupro de Vulnerável previsto no Art.217-A, pode ser relativa ou absoluta, haja vista do tipo penal prever a vulnerabilidade pela idade (menor de 14 anos) ou pessoa com enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Em se tratando da vulnerabilidade em razão da idade, o STJ e STF possuem entendimento já pacificado, que se trata de vulnerabilidade absoluta.

O STJ sumulou em 2017 a súmula 593, que trata do assunto, alegando ser irrelevante o consentimento da vítima para ato, se tratando de menor de 14 anos, vejamos:

Súmula 593 – O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

Porém, esse já era o entendimento majoritário do STJ, pois leva em consideração a imaturidade psicológica, sendo presunção de violência absoluta, vejamos:

STF:O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10)

STJ:A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta." (HC 200916/MG, 5º T., rel. Jorge Mussi, 08.11.2011, v. U.).

O legislador entendeu pelo tipo penal à violência absoluta, aquela que não recebe prova em contrário.

Em casos de pessoa com enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, não basta a condição da vítima, é imprescindível comprovar que a vítima não tinha discernimento para pratica do ato, logo a vulnerabilidade podendo ser relativa, caso o ato fora consentido não se trata de infração penal, porém, se tratar de ato não consentido e o uso de emprego de violência ou ameaça, a tipificação para o ato é de Estupro, prevista no Art.213 do CP.

Nesse entendimento, Nucci (2015) corrobora com seu entendimento:

No sentido de incapacidade biopsíquica de entender o ato sexual e de se autorreger com base nesse entendimento. Em outras palavras, crime só ocorrerá se provada a imaturidade

biopsicoética, que afeta a livre determinação no plano das atividades sexuais. E não basta isso, o crime só ocorrerá quando o agente conhecer e se aproveitar dessa situação.

3 DO CURSO DA AÇÃO PENAL

O curso da ação penal do crime de estupro de vulnerável previsto no Art.217-A é de ação pública incondicionada conforme redação do Art. 225 do CP alterado pela Lei 13.718 de 2018.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

No caso a ação penal dos crimes nos capítulos I e II, que trata-se de Crimes Contra a Dignidade Sexual do Código Penal não possui mais exceções, não possui distinção de idade, não se faz necessário representação e não precisa de manifestação da parte ofendida para o interesse no prosseguimento da ação.

Sabe-se que no curso de ação penal, deve ser juntado nos autos do processo o exame do corpo de delito no caso de infrações que deixam vestígios, que pode ser feito por perito oficial, portador de diploma superior ou na falta do mesmo poderá ser realizado por 2 pessoas idôneas, portadoras de diploma superior, de preferência na área técnica relacionada com a natureza do exame, podendo ser realizada preferencialmente na fase de inquérito policial ou no curso da ação penal, a falta do exame de corpo de delito pode causar nulidade ao processo.

Na falta do exame de corpo de delito, os fatos poderão ser provados por outros meios, seja a própria confissão do acusado, depoimento da vítima ou de testemunhas, bem como por outros meios de provas documentais ou ainda por meios que possam ligar o acusado ao crime.

Ocorre que o tipo penal de estupro de vulnerável não compreende exclusivamente a conjunção carnal, que é meio que deixa vestígios possíveis de comprovação através de exame de corpo de delito, compreende ainda no mesmo tipo penal a prática de atos libidinosos, que possui um conteúdo aberto e sua definição não está prevista no Código Penal, mas sim na doutrina e entendimento jurisprudencial.

Faz-se necessário realizar a distinção entre conjunção carnal e ato libidinoso, vejamos entendimento do nobre jurista Hungria (1981), quanto a conjunção carnal:

Por conjunção carnal, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula secundum naturam, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal. Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal e a fellatio in ore, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais

Salim e Azevedo (2017) conceitua conjunção carnal da seguinte forma:

Conjunção carnal significa coito vagínico, ou seja, introdução do pênis, completa ou incompleta, na cavidade vaginal,

Outros atos sexuais sexuais estão fora do conceito de conjunção carnal.

Quanto ao ato libidinoso, podemos entender da seguinte forma, como conceitua Hungria (1981):

Ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência. Como elemento constitutivo do atentado violento ao pudor, porém, não deve ter por fim a conjunção carnal (ato libidinoso por excelência), que, quando ilícita e obtida “vi aut minis”, constitui como já vimos o crime de estupro, mais severamente punido. Ora tende à satisfação do apetite sexual, representando um equivalente (fisiológico ou psicológico) ou sucedâneo do coito normal, ora traduz mera depravação moral, sem outro móvel que a indecência por amor à indecência, nada mais significando, como dizia Crisólito de Gusmão, que uma “solicitação autônoma do vício”. Ou seja, a vítima no caso de conjunção carnal está presente no polo ativo da ação.

Bitencourt (2012), conceitua de forma semelhante, mas se aprofunda em dizer que a cópula vagínica também é ato libidinoso, sendo juridicamente entendido como conjunção carnal.

Libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem que envolve também a conjunção carnal. Embora a cópula vagínica também seja ato libidinoso, não é, juridicamente, concebida como ato libidinoso diverso, sendo abrangida pela primeira figura antes examinada. Aliás, as duas figuras — conjunção carnal e ato libidinoso diverso — são espécies do gênero atos de libidinagem.

Prado (2017) em seu conceito de ato libidinoso trás de forma exemplificativa, vejamos:

“Fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.”

Enquanto na conjunção carnal a vítima está no polo ativo, no caso de prática de ato libidinoso se encontra em uma situação onde a vítima pode ser pessoa ativa, passiva

e paralelamente pode ser pessoa ativa e passiva ao mesmo tempo, tendo em vista abranger qualquer ato de lascivo análogo ao coito vaginal.

4 A PALAVRA DA VÍTIMA UTILIZADA COMO MEIO DE PROVA E A CONCORDANCIA DA JURISPRUDENCIA E DOUTRINARIA SOBRE O CASO

O crime de estupro de vulnerável, é mais um tipo penal em que seu modus operandi ocorre de forma clandestina, muitas das vezes não existindo testemunhas do fato e não possuindo vestígios pela pratica de ato libidinoso análogo da conjunção carnal, devendo assim a palavra da vítima ter enorme privilegio e valoração como prova dos fatos.

Ocorre que para o uso de prova da palavra da ofendida, deve-se ser segura, coerente e harmônica com o conjunto dos fatos, para que não ocorra a inequívoca punição de uma pessoa inocente, o que corriqueiramente acontece, a vítima por muita das vezes por questão de um fim de relacionamento buscando vingança, ou a vontade desenfreada de punir alguém por fato praticado por outrem, leva-se uma pessoa inocente a ser presa.

Ou seja, se a palavra da vítima for conflituosa com os fatos, possuir controvérsias, não for convincente, claramente se tratara de uma prova fraca a qual pouco poderá se basear o magistrado para a condenação do acusado.

Já se tornou precedente do STJ, o entendimento de relevância da palavra da vítima ser utilizada como meio de prova plena para a condenação. Vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA.** RELEVANTE IMPORTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DECOTE DO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Tribunal local, ao analisar os elementos constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável em continuidade delitiva. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnano pela absolvição ou o mero redimensionamento da pena referente à continuidade delitiva não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise vedado a esta Corte Superior de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ. 3. **Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima adquire especial importância, mormente porque quase sempre ocorrem na clandestinidade.** 4. Agravo regimental improvido"(AgRg no

AREsp 578.515/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/11/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 213 DO CP. ESTUPRO. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO NO ACERVO DE PROVAS DOS AUTOS. O STJ NÃO É SUCEDÂNEO DE INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISUM EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. 1. **A teor da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima tem validade probante, em particular no delito de estupro, crime executado de forma clandestina, por meio da qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios (art. 217-A do CP).** 2. **No caso, o Tribunal a quo, ao conceder especial relevo à palavra da vítima, que, no inquérito policial e na fase judicial, expôs os fatos delitivos com riqueza de detalhes, concluiu pela condenação do réu, mesmo que, em razão das circunstâncias do caso, possa ter havido pronunciamento precipitado por parte da vítima, fato justificável em decorrência da tenra idade da menina (12 anos) e do inegável impacto emocional da situação de violência a que foi submetida.** 3. Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, assim sendo, aplica-se ao caso vertente a Súmula 83/STJ. 4. O decisum exarado pelo Tribunal de origem assim como os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória; logo, para se aferir a suposta fragilidade dos testemunhos colhidos e a alegada ausência de provas para condenação do réu, ter-se-ia de reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 5. Regime inicial mais rigoroso que se impõe em razão dos diversos registros criminais, inclusive condenação do réu. 6. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 7. Agravo regimental improvido"(AgRg no REsp 1431590/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/12/2014).

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS. READEQUAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA DETERMINADA. 1. A instância antecedente apontou a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas, com base, principalmente, nos precisos depoimentos da vítima, que estão em consonância com as demais provas dos autos, a saber, o depoimento de sua genitora e os relatórios psicológicos. 2. **Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos.** 3. Para entender-se pela absolvição dos recorrentes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 4. Afastada a valoração negativa da personalidade, pois alicerçada em elementos ínsitos ao tipo penal e que configuram bis in idem com a agravante do art. 61, II, f, do CP. [...] 10. Recurso especial parcialmente provido. Execução imediata da pena determinada. (REsp 1699051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.) Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 25 de junho de 2018. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator (STJ - AREsp: 1301026 CE 2018/0126843-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 28/06/2018)

Gonçalves (2016) já se manifestou a respeito da relevância da palavra da vítima como meio de comprovação do ato delitivo, vejamos:

Nos crimes sexuais, a palavra da vítima se reveste de especial importância na medida em que essa espécie de crime normalmente é cometido às escondidas, sem a presença de testemunhas. Assim, caso seja prestado com convicção e de forma coerente, seu depoimento é suficiente para o decreto condenatório.

4.1 DOS RISCO DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR PROBANTE A PALAVRA DA VÍTIMA

Como já dito, o crime de estupro tem seu modus operandi na clandestinidade, termo defendido na jurisprudência e doutrina, muitas das vezes não deixando vestígios como no caso da modalidade tentada ou a existência de testemunhas que tenham presenciado os fatos, o que pode causar enorme prejuízo caso o ofendido não seja autor da infração penal ou que ainda ela não exista.

Quando a modalidade delitiva for de conjunção carnal consumada, ainda que o acusado não tenha ejaculado, através do exame de corpo de delito claramente poderá ser verificado que houve o coito vaginal, porém, o exame pode ser prejudicado no caso de decurso do tempo, comum em municípios pequenos onde não possui profissionais técnicos para realização do exame, ou pelas próprias peculiaridades pessoais e físicas, e ainda a característica da forma que se deu o abuso. No caso de ter ocorrido ejaculação dentro das partes intimadas da vítima, poderá ainda ser comprovado através de exame de DNA.

Porém, quando o caso se tratar da prática de ato libidinoso, claramente o caso está se deparando com uma problemática, pois o ato de tocar as partes íntimas, considerado ato libidinoso não deixa vestígios, mas sua prática é punível como estupro, pois se trata de um crime misto.

Ressaltasse que o STJ já possui precedentes quanto ao sentido de que diante da ausência de exame de corpo de delito conclusivo não afasta a caracterização do estupro, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL ESTUPRO PALAVRA DA VÍTIMA VALOR PROBANTE ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. **A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante**, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. Desta feita, inexistindo motivos para desacreditar na versão da vítima e da testemunha, deve-se manter incólume a condenação pela prática delituosa do art. 217-A, do Código Penal." (e-STJ, fls. 347-351). Destaque-se que a jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Neste sentido: "[...] 4. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num 'contexto de prevalência de relações domésticas (...), atraindo, portanto, a

competência de juizado especial de violência doméstica' (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 7/10/2015)

Para que a palavra da vítima tenha valor probante, se faz necessário ter certeza que seja confiável, segura e harmônica com o conjunto dos fatos, caso contrário se trata de uma prova pouco robusta de certeza da verdade real.

Logo o crime pode ou não deixar vestígios, e existe enorme risco de atribuir valor probatório a palavra da vítima, vista que propositalmente a suposta parte ofendida pode faltar com a verdade, se equivocar com o reconhecimento do acusado, está presente de falsa memória ou ainda ser influenciada por outrem a realizar falsa acusação.

Nesse Sentido leciona Gonçalves (2016):

É evidente, entretanto, que existem falsas vítimas que simulam o estupro com a intenção de prejudicar outra pessoa (um parente, ex-marido, uma pessoa abastada a fim de lhe exigir dinheiro etc.). Por isso, é sempre relevante que o juiz analise com cuidado as palavras da vítima a fim de verificar eventuais contradições com os depoimentos anteriores por ela prestados ou a existência de alguma razão concreta para querer prejudicar o acusado, hipóteses em que a análise das provas deverá ser feita ainda com mais cautela, para se evitar eventuais injustiças. Em suma, é possível a condenação de um esturador com base somente nas palavras e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que suas palavras são verdadeiras, sendo, contudo, relativa tal presunção.

Logo o magistrado diante de contradição do depoimento da suposta vítima, devesse se acautelar quanto a admissão da palavra como meio exclusivo para condenação do acusado. Devesse deixar claro que ainda diante de precedentes do STJ quanto ao uso a palavra da vítima como meio probatório, logo prevalece ainda o princípio do livre convencimento do juiz, haja vista que contraditório as alegações, não pode uma pessoa inocente ser condenada diante de uma grave incerteza, ainda mais diante de meios que possa-lhe inocentar em ação penal.

5 A SÍNDROME DA MULHER DE POTÍFAR

A Síndrome da Mulher de Potifar, se trata de uma teoria a qual a mulher faz imputação falsa quanto a prática de crime relacionada à dignidade sexual, diante de uma rejeição amorosa do acusado, se trata de um ensinamento bíblico no livro de Gênesis, capítulo 39, trata-se da história de José, décimo primeiro filho de Jacó, conforme leciona Greco (2017):

Diz a Palavra de Deus que Jacó amava mais a José do que aos outros irmãos, o que despertava neles ciúmes e inveja. Certo dia, a pedido de seu pai, José foi verificar como estavam seus irmãos, que tinham levado o rebanho a pastorear. Ao avistarem José, seus irmãos, destilando ódio, resolveram matá-lo, depois de o terem jogado em um poço, mas foram dissuadidos pelo irmão mais velho, Rúben. No entanto, ao perceberem que se aproximava uma caravana que se dirigia ao Egito, resolveram vendê-lo aos ismaelitas por 20 barras de prata. Ao chegar ao Egito, José foi vendido pelos ismaelitas a um egípcio chamado Potifar, um oficial que era o capitão da guarda do palácio real.

Como era um homem temente a Deus, José logo ganhou a confiança de Potifar, passando a ser o administrador de sua casa, tomando conta de tudo o que lhe pertencia. Entretanto, a mulher de Potifar, sentindo forte atração por José, quis com ele ter relações sexuais, mas foi rejeitada. José sempre rejeitou suas investidas por ser temente a Deus e a seu dono, até que certa vez, a mulher de Potifar o agarrou pela capa que vestia e o convidou para ir para a cama com ela, como já vinha fazendo há tempos, ocasião em que José se desvencilhou da situação e conseguiu fugir, deixando, contudo, a capa nas mãos da mulher.

Imediatamente, em posse da capa, a esposa de Potifar chamou os empregados da casa, aos gritos, e acusou José de tê-la estuprado, o que despertou grande ira em Potifar, que o prendeu onde ficavam os demais presos do rei.

Evidentemente no caso concreto está se deparando diante de uma denúncia caluniosa, onde a única intenção é prejudicar uma pessoa. Logo o magistrado ao se deparar ao caso em que a palavra da suposta vítima é contraditória, deve redobrar sua atenção para que não recaia em erro diante da falsa percepção da realidade trazida pela ofendida.

Nesse mesmo entendimento corrobora Greco (2017):

Mediante a chamada síndrome da mulher de Potifar, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja,

comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente.

A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.

6 DA DECLARAÇÃO DA CRIANÇA (MENOR DE 14 ANOS) E ATRIBUIÇÃO DE VALOR PROBANTE

Conforme já exposto, o depoimento da vítima, em crimes contra a dignidade sexual assume grande relevância para o caso, principalmente pela prática se dar na maioria das vezes por meio clandestino, sem a presença de testemunhas e muitas das vezes sem vestígios.

Ocorre que para atribuição de valor probante a declaração da criança ou adolescente, o Magistrado deve agir com bastante cautela, principalmente quando o meio alegado não deixou vestígios, principalmente pelo fato da criança ou adolescente ser facilmente manipulado, principalmente no caso de alienação parental.

Nucci (2015) esclarece que deve a palavra da criança ou adolescente ser recebida o seu valor probante relativo, devendo ser comparada com as demais provas dos autos bem como o fatos, assim, leva-se em consideração que o depoimento da criança precisa ser firme e plausível, não se deve mudar corriqueiramente a cada depoimento, caso contrario claramente o valor probatório pode inadmitido.

Sabe-se que a criança costuma fantasiar e criar histórias, fruto natural do amadurecimento, motivo pelo qual, eventualmente, pode encaixar a situação vivida com o acusado nesse contexto, aumentando e dando origem a fatos não ocorridos, mas também narrando, com veracidade, o acontecimento. Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. Por isso, deve o magistrado considerar a declaração fornecida pelo infante como prova relativa, merecendo confrontá-la com as demais existentes nos autos, a fim de formar a sua convicção.

Ainda nesse cenário, há pais ou responsáveis pela criança, que a induzem a narrar eventos não ocorridos ou a apontar o réu como autor de crime sexual, quando, na verdade, inexistiu malícia ou libidinagem entre eles. O infante, para agradar o adulto, termina confirmando os fatos induzidos, embora não corresponda à realidade.

Muitos Juristas defendem o entendimento que a problemática de um adulto em explicar os fatos está ligado diretamente ao constrangimento sofrido, o que não ocorreria com uma criança ou adolescente, pois se subtende que não se poderia inventar algo que não conhece, e caso sejam expostos solidas riquezas de detalhes

dos fatos, de forma harmônica e não conflitante, obviamente se terá grande valor probatório.

7 DEPOIMENTO SEM DANO

O depoimento Sem Dano é o meio utilizado pelo Magistrado para ouvir a vítima ou testemunha de abuso sexual, sendo ela criança ou adolescente de forma menos gravosa, tendo em vista que o trauma gerado, logo os crimes de abuso sexual não deixam apenas os traumas físicos como também os psicológicos, que são marcas muitas das vezes que jamais iram desaparecer, tendo a vítima conviver eternamente com as lembranças de um trágico momento vivenciado em sua vida.

Claramente se trata de uma modalidade diferente da convencional, no caso o depoimento da criança ou adolescente é colhido em sala especial, diante de um psicólogo ou assistente social, transmitido por meio de vídeo para as partes.

Nucci (2015) leciona seu entendimento quanto ao Depoimento Sem Dano, a meio eficaz para buscar a verdade e esclarecer os fatos, pois se trata de um meio com resultado positivo de obter a verdade e que evita trazer prejuízo a criança ou adolescente, vejamos:

Outro elemento é o trauma gerado pelo crime, que pode reproduzir-se em juízo, novamente, quando a vítima for obrigada a relatar, em ambiente formal, ao juiz, o drama pelo qual passou. Em relação a isso, aponta-se, como solução, o denominado depoimento sem dano (DSD), que seria colhido em sala especial, por psicólogo ou assistente social, acompanhado, por vídeo, em tempo real, pelo magistrado e pelas partes. As perguntas à criança (ou adolescente) seriam feitas por intermédio de outro profissional, poupando a vítima de exposição pública ou, pelo menos, de estar diante do ambiente austero da sala de audiências.

Pode ser um método criativo de contornar o problema, evitando que a criança (ou adolescente) sofra a pressão natural do depoimento formal, em ato processual solene. Entretanto, não cremos deva se tornar regra obrigatória aos juízes, dependendo de cada caso concreto. Uma criança em tenra idade (5 anos, por exemplo) pode abrir-se mais facilmente diante do profissional de psicologia; uma criança com 11 anos, entretanto, pode ter condições de se manifestar diretamente ao juiz. Ademais, a eventual obrigatoriedade do sistema estaria em desarmonia com a capacidade do Judiciário, em todas as Comarcas, de adotar os mecanismos para a sua concretização.

Tanto a Constituição Federal em seu Art.227 como o Estatuto da Criança e do Adolescente no Art.28, § 1 e Art. 100, parágrafo único, inciso XII, resguardam o

direito de serem ouvidas, respeitando seu grau de desenvolvimento, devendo sua palavra ter valor considerado, vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

O próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, já se manifestou por meio da Recomendação N° 33 de 23/11/2010, firmando entendimento que os Tribunais de Justiça devem implantar sistema de depoimento especial para as vítimas ou testemunhas de violência em processo judicial, devendo esse instituir assegurar os direitos da criança ou adolescente com prioridade absoluta sobre os demais, vejamos:

I – a implantação de sistema de depoimento videogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;

a) os sistemas de vídeogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;

b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

II – os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.

III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do conseqüente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

IV – os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

V – devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial

O entendimento dos Egrégios Tribunais de Justiça é favorável quanto a utilização da aplicação do depoimento especial para a obtenção da verdade real, ainda que diante de conflitos na área da psicologia, psiquiatria e a jurídica, vejamos:

Ainda que não haja base científica sólida que ateste a eficácia do denominado Depoimento sem dano (DSD), o qual ainda é objeto de controvérsias nos meios acadêmicos da psicologia, psiquiatria e mesmo nos meios jurídicos, não se pode desconsiderar os bons resultados obtidos com sua prática levada a efeito no JIJ da Capital, o que recomenda, em princípio, sua execução. Nada obstante, no caso concreto,

onde a vítima está com 12 anos de idade, maior a controvérsia sobre a eficácia da utilização do DSD, razão pela qual deve-se deixar à livre escolha do magistrado que conduz a instrução criminal sua utilização ou não” (Correição Parcial 70047175625/RS, 7.ª C.C., rel. José Conrado Kurtz de Souza, 08.03.2012).

A sistemática do chamado ‘depoimento sem dano, com a ouvida das vítimas através de profissionais da área social e psicológica, tem fundamento e empresta concretude à proteção integral da criança e do adolescente ditada pela Constituição Federal e pelo ECA. Prevalência do direito fundamental das crianças e adolescentes à proteção, em detrimento do direito fundamental a um processo mais célere. Princípio da ponderação dos direitos fundamentais em conflito. Entendimento que aceita temperamentos, devendo a necessidade da ouvida pela sistemática do ‘depoimento sem dano ser aferida no caso concreto” (Ap. 70043626472/RS, 8.ª C.C., rel. Fabianne Breton Baisch, 07.12.2011, m.v.).

8 DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DO IN DUBIO PRO REO

O Princípio da Proporcionalidade busca trazer juízo de ponderação entre a relação existente com o bem lesionado, que se trata de gravidade do fato e a aplicação da pena, ocorrendo um desequilíbrio entre o bem tutelado, a gravidade do fato e a pena está claramente diante de desproporção.

O Princípio da Proporcionalidade não aceita a tipificação objetiva abstrata do tipo penal e a pena abstrata ao caso, devendo se analisado o caso concreto para devida aplicação da tipificação ao caso bem como a pena proporcional ao caso concreto.

Rogério Greco leciona:

A aplicação do princípio da proporcionalidade ela não é complicada, devido ao art. 68 do Código Penal, ao assegurar o critério trifásico de aplicação de pena, concedeu ao Magistrado meios para que ele pudesse, individualizar a pena do agente, julgando assim a proporcionalidade do fato cometido por ele e a pena correspondente.

Rogério Greco, traz em sua obra o pensamento do jurista Silva Franco, que leciona:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O

princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (SILVA FRANCO, 1997, p. 67 apud GRECO, 2010, p. 73).

O Princípio do In Dubio Pro Reo está previsto no ordenamento jurídico penal brasileiro, cujo significado é “na dúvida, a favor do réu”, ou seja, é a possibilidade de absolvição de um acusado de um crime, cujo as provas estão em desencontro com que é alegado pela acusação e defesa, ou ainda que não existem provas desfavoráveis em face ao réu.

No caso de Estupro de Vulnerável, onde a palavra da vítima é valorada e podendo ser atribuído o valor probante, o princípio do in dubio pro reo, possui grande importância, caso o depoimento da vítima não for seguro e em desacordo com demais provas no processo.

Tanto a Constituição como os Pactos Internacionais possuem entendimento claro que todo acusado possui presunção de inocência até que se prove o Contrário, vejamos:

Inciso LVII do Art.5º da Constituição Federal:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Item 2 do Art.8 do Pacto de São José da Costa Rica:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

O entendimento jurisprudencial é claro da possibilidade da aplicação do princípio in dubio pro reo em crime sexuais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO ABSOLVIÇÃO NECESSIDADE - FRAGILIDADE DO CONTEÚDO PROBANTE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - APELO PROVIDO.

1. **A prova produzida no decorrer da instrução criminal não se mostra conclusiva quanto à prática do crime por parte do réu, até porque as declarações da vítima em alguns trechos se mostram contraditórios.**

Cumpra esclarecer, que embora nos crimes sexuais se deva dar relevante valor probante à palavra da vítima, no caso em tela, as palavras das mesmas se mostram eivadas pela contradição, não bastando, ao meu sentir, para manter a condenação do recorrente. A sentença condenatória se baseia exclusivamente no depoimento da vítima, ocorre que tais depoimentos não apresentam uma versão coesa dos fatos. Pela análise dos depoimentos entendo não ser possível chegarmos a um grau de certeza necessário para a manutenção da condenação de delito tão grave, e de pena tão severa. Quanto mais grave o crime e mais severa a pena, maior prudência e maior grau de certeza se deve ter para se condenar o acusado.

(TJRS, Recurso de Apelação, Processo nº 0000933-33.2013.8.08.0029, Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Relator : ADALTO DIAS TRISTÃO, Data do Julgamento: 31/07/2019)

9 DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE FORMA SOCIAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PELO FATOR IDADE E DISCERNIMENTO PARA PÁTRICA DO ATO.

A tipificação do crime de estupro de vulnerável, prevê como vítima o fator a idade, discernimento mental e capacidade de oferecer resistência, porém, quanto a estipulação do fator idade e discernimento mental, são fatores altamente criticados e objetos de grande discussão na seara jurídica e social.

Vejam, em séculos passados a prática de casamento era comum ser feita entre jovens com idade entre 10 a 18 anos, com um companheiro/companheira mais velho, principalmente pelo fato de prever no Código Criminal do Império do Brasil a possibilidade de exclusão da ilicitude do fato caso o ofensor cassa-se com a menor de idade quando ocorresse a tipificação de estupro, o que se alterou com o tempo, diante mudanças do Código Penal.

No ano de 2014, fora feito um estudo pelo Banco Mundial com apoio da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, com título de "Casamento na Infância e Adolescência: o Impacto da Educação e da Legislação Brasileira", tendo como resultado a informação de que o Brasil ocupa a 4º posição do ranking Mundial de Mulheres que se casam com menos de 18 anos, ficando atrás somente da Índia, Bangladesh e Nigéria.

Logo diante do presente resultado, pode ser visto que na questão social e de costume é algo a ser observado ao caso concreto, o que já fora defendido em julgados recente, mesmo não sendo o entendimento majoritário.

No primeiro semestre de 2019, fora julgado pela Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, Recurso de Apelação contra Sentença de 1º Grau que Absolveu Réu de acusação de Estupro de Vulnerável, inconformado com decisão do juiz a quo, o Parquet recorreu da Sentença, não logrando êxito no TJ, que decidiu por manter a decisão pontuando que a vítima mantinha relacionamento com acusado desde os 13 anos, resultando uma gravidez, logo afastando a hipótese de violência presumida e autorizando a flexibilização da regra do Art.217-A do CP, em juízo fora declarado pela vítima que jamais foi forçada a manter um relacionamento com acusado, e passou a conviver com o mesmo por escolha própria, sendo a relação consentida pela mãe e avó da vítima. O Juiz Convocado e Relator Carlos Eduardo Leite Lisboa, esclareceu que há casos em que se torna inevitável a relativização do conceito de vulnerabilidade, ressaltando:

“Ora, a vulnerabilidade não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo pois ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades”

Vejamos ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 13 (TREZE) ANOS DE IDADE. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RELAÇÃO DURADOURA DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. GRAVIDEZ. COABITAÇÃO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. DESPROVIMENTO. 1. A situação em que a vítima mantém relacionamento amoroso com o réu desde os 13 (treze) anos de idade, do qual resultou gravidez, afasta a hipótese de violência presumida, o que autoriza a flexibilização da regra do art. 217-A do CP. 2. "A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. - Devidamente comprovada a relação de namoro, a anuência dos genitores e a coabitação com fins de constituição de entidade familiar, não há, sob este prisma, qualquer tipo de violação ao bem juridicamente tutelado, sendo o fato em questão materialmente atípico" (TJPB - ACÓRDÃO do Processo Nº 00001351720118150201, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR, j. em 21-03-2017).

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002168220178152002, Câmara Especializada Criminal, Relator CARLOS EDUARDO LEITE LISBOA, j. em 30-05-2019)

O mesmo Tribunal de Justiça (TJPB), já havia anteriormente se manifestado favorável a relativização da vulnerabilidade, em Julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Parquet, em virtude de Sentença Absolutória por juízo de 1º Grau, o Relator Luiz Sílvio Ramalho Júnior, pontuou em seu voto que a:

“A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento.”

“Devidamente comprovada a relação de namoro, a anuência dos genitores e a coabitação com fins de constituição de entidade familiar, não há, sob este prisma, qualquer tipo de violação ao bem juridicamente tutelado, sendo o fato em questão materialmente atípico.”

Vejamos ementa do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - Crime contra a liberdade sexual. Estupro de Vulnerável. Atipicidade da conduta imputada. Absolvição. Apelação Criminal. Relação de namoro entre acusado e vítima. Coabitação. Conhecimento e anuência dos genitores de ambos. Conjunção carnal consentida pela vítima. Particularidades do caso concreto. Acerto do decisum a quo. Manutenção da sentença absolutória. Desprovemento do recurso. - Para que haja uma condenação penal, não basta que o fato se amolde formalmente a um dos tipos incriminadores descritos pelo legislador. É mister que haja a adaptação ao tipo material ali descrito, verificando-se, sobretudo, se houve lesividade ao bem juridicamente tutelado. - A presunção de vulnerabilidade do art. 217-A, do Código Penal, é relativa, admitindo prova em contrário. - A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. - Devidamente comprovada a relação de namoro, a anuência dos genitores e a coabitação com fins de constituição de entidade familiar, não há, sob este prisma, qualquer tipo de violação ao bem juridicamente tutelado, sendo o fato em questão materialmente atípico.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001351720118150201, Câmara Especializada Criminal,

Relator DES. LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR , j. em 21-03-2017).

No Presente caso, ressaltou-se que o Relator já havia se manifestado no mesmo sentido, bem como a Corte do Tribunal de Justiça da Paraíba por esse entendimento, vejamos:

PENAL. Apelação criminal. Dos crimes contra a liberdade sexual.

Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade relativa. Menor de catorze anos. Plena consciência acerca da sua sexualidade. Iniciação precoce da vida sexual. Direito de liberdade da menor. Dignidade da pessoa humana. Princípio fundamental constitucional. Inexistência de constrangimento, sedução ou corrupção da menor. Atipicidade da conduta. Absolvição. Provimento.

– O crime previsto no art. 217_A do CP, pune qualquer pessoa que mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Acontece que se deve aferir a vulnerabilidade do menor, não se podendo considerá-la absoluta, sobretudo, nas hipóteses de que a vítima menor de catorze anos, por livre e espontânea vontade, sem a incidência de qualquer constrangimento, corrupção ou sedução, resolve iniciar sua vida sexual precocemente.

– A liberdade de dispor do seu próprio corpo é um direito que lhe é garantido constitucionalmente, e limitá-lo afronta o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º.III, do CP).

– Dessa forma, verificando a ausência da vulnerabilidade, que é elementar do crime de estupro de vulnerável, deve-se considerar o fato atípico e, por consequência, absolver o réu.

– Provimento.

(TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00016771320128150241, Câmara Especializada Criminal, Relator DES LUIZ SILVIO R. JUNIOR, j. em 02-12-2014).

APELAÇÃO INFRACIONAL. Estupro DE VULNERÁVEL, AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. AFASTADA A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. PLEITO PELA REFORMA DO JULGADO. RELAÇÃO AMOROSA PÚBLICA. CASAL DE NAMORADOS. Vulnerabilidade relativa. Menor de catorze anos. Plena consciência acerca da sua sexualidade. Iniciação precoce da vida sexual. Direito de liberdade da menor. Dignidade da pessoa humana. Princípio fundamental constitucional. Inexistência de constrangimento, sedução ou corrupção da

menor. Atipicidade da conduta. Absolvição.
DESPROVIMENTO DO RECURSO.

– A vulnerabilidade da menor deve ser aferida, no caso concreto, não se podendo considerá-la absoluta, sobretudo, nas hipóteses de que há uma relação amorosa pública, entre casal que convivia maritalmente, inclusive, morando junto sobre o mesmo teto.

– Para a configuração do tipo penal, há a necessidade da confluência da tipicidade formal, vale dizer, a adequação dos fatos à norma, bem como da tipicidade material, plasmada em juízo de valor sobre a ofensividade da conduta e do resultado produzido, de sorte que não existe crime sem que estejam presentes indissociavelmente esses dois requisitos. (grifamos). (TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00000226920138150241, Câmara Especializada Criminal, Relator DES CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, j. em 16-02-2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MENOR COM 13 ANOS DE IDADE NA DATA DO FATO. CONVIVÊNCIA MARITAL ESPONTÂNEA E COM CONSENTIMENTO DOS GENITORES POR CERCA DE TRÊS ANOS. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO RECURSAL.

1. "A vulnerabilidade da menor deve ser aferida, no caso concreto, não se podendo considerá-la absoluta, sobretudo, nas hipóteses de que há uma relação amorosa pública, entre casal que convivia maritalmente, inclusive, morando junto sobre o mesmo teto.

– Para a configuração do tipo penal, há a necessidade da confluência da tipicidade formal, vale dizer, a adequação dos fatos à norma, bem como da tipicidade material, plasmada em juízo de valor sobre a ofensividade da conduta e do resultado produzido, de sorte que não existe crime sem que estejam presentes indissociavelmente esses dois requisitos." (TJPB, AC nº 0000022-69.2013.815.0241, Câmara Especializada Criminal, Relator Des. Carlos Martins Beltrão Filho, j. 16/02/2016).

2. Provimento do apelo, com a conseqüente absolvição do acusado.

(TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002572920128150481, Câmara Especializada

Criminal, Relator DES. JOÁS DE BRITO PEREIRA FILHO, j. em 13-12-2016).

No ano de 2018, foi julgado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo o Recurso de Apelação Absolvendo um Réu em caso de Estupro de Vulnerável, que tinha como Relator o Desembargador Adalto Dias Tristão, em seu voto que fora acompanhando pelos demais Desembargadores, ressaltou-se que se tratava de uma decisão excepcional, em vista do entendimento jurisprudencial e doutrinário contrário, bem como da Súmula 593 do STJ, pontuou-se que efetivamente a vítima não se encontrava de situação real de vulnerabilidade, bem como pouca diferença de idade entre suposta vítima e o réu, cujo mantinham um relacionamento amoroso que do fruto da relação originou-se uma criança, ambos chegando a morar juntos e tendo o relacionamento sido consentido pelos genitores da suposta vítima,

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A, do Código Penal - 1. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - CONSENTIMENTO DOS ASCENDENTES - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA - DIFERENÇA DE IDADE NÃO MUITO ELEVADA - BOA CONVIVÊNCIA COM A VÍTIMA, SEUS ASCENDENTES E COM A FILHA - REGULAR PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS - ATIPICIDADE MATERIAL - RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE - POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA - 2. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NEGATIVO - APELO PROVIDO.

1. Embora efetivamente não seja um entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, convém ressaltar que a postura adotada por este relator, no tocante ao ato supracitado, é de que a presunção de violência exercida contra o menor de 14 (quatorze) anos nos delitos de cunho sexual, em casos excepcionais, atentando-se às peculiaridades do caso concreto, deve ser relativizada, desde que plenamente demonstrado nos autos que a suposta vítima não se adequa à condição de vulnerável - expressão eleita pelo legislador para definir os menores de quatorze anos expostos a práticas sexuais. Em outras palavras, abre-se nova perspectiva, que passa pela análise do alcance do conceito de vulnerabilidade. Esta não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Em análise

pormenorizada às particularidades do caso, é possível verificar que a adolescente, apesar da pouca idade, não se demonstrava incapacitada de externar um consentimento pleno, seguro e racional acerca de questões sexuais, tendo em vista que a mesma e o ora apelante se envolveram afetivamente de forma voluntária e espontânea, sem oposição dos ascendentes da suposta vítima. Registra-se, por oportuno, que não desconheço o teor da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, mas o caso se trata de questão deveras singular. Considerando as versões declinadas pela adolescente e levando-se em conta o restante dos depoimentos colhidos, possível concluir que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva entre jovens, valendo registrar ainda que a prova colhida não aponta qualquer presença de violência ou grave ameaça, tanto física quanto psíquica. Além da diferença de idade entre ambos não ser tão elevada, reпрiso que o réu não se furtou com suas obrigações como pai, inclusive morando por um período com a adolescente, registrando a sua filha, pagando prestação alimentícia após o fim do relacionamento, o qual era perfeitamente consentido pelos ascendentes da menor.

2. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NEGATIVO. APELO PROVIDO

(TJES, Processo nº 0016498-47.2016.8.08.0024, Recurso de Apelação, Relator. Des. Adalto Dias Tristão, Segunda Câmara Criminal, Data do Julgamento: 19/12/2018)

Pelo exposto em que pese, a jurisprudência e doutrina majoritária acompanhada da Súmula 593 do STJ, tenha um entendimento de objetivação do direito penal, deve-se observar que o direito deve ser aplicado de forma social, devendo-se ter cautela ao caso concreto, devendo ser analisado de forma humanística. Assim, quando for o caso, deve ser aplicada a relativização da vulnerabilidade, quando observado os critérios necessários como o fator idade não tão distante entre as partes, consentimento, relação mansa e pacífica e fator social da relação.

Muito ainda é discutido quanto a relatividade do menor de 14 anos trazida pelo Código Penal, pois, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, coloca como a relatividade de vulnerabilidade o menor de 12 anos, vejamos:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A partir desse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, já se manifestou entendendo que a tipificação do Art. 217-A do CP deve ser interpretado de

forma sistemática a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos julgado:

O art. 217-A do CP deve ser interpretado sistematicamente com a Lei 8.069/90 (ECA), sendo desarrazoado que o adolescente menor de 14 anos, não obstante detenha maturidade reconhecida em lei para ser apenado com medida socioeducativa, caso venha a praticar ato infracional, seja presumido destituído de capacidade de autodeterminação sexual (...) a adolescente menor de 14 anos praticou a relação sexual de maneira espontânea, consciente e consentida, porquanto o Direito Penal, como última ratio da intervenção estatal da dignidade humana, objetiva tutelar a liberdade, e não a moralidade sexual (TJGO, 1º Câ. Crim., Ap. 365244-53.2011.8.09.0141, rel. Des. Jairo Ferreira Jr., j. 2.7.2013, public. 7.8.2013).

Quanto o ato praticado em face de pessoa com enfermidade ou deficiência mental, deve ser comprovado que não tinha real discernimento no momento da prática do ato, haja vista pela interpretação lógica do § 1º do Art. 217-A do CP, como o entendimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que tem como objetivo minimizar as diferenças e trazer para todos o livre convívio social.

Logo somente ao caso concreto poderá se dizer se o deficiente mental possui ou não as condições psíquicas para manter relações sexuais com outra pessoa, nesse entendimento a jurisprudência é pacífica, vejamos julgado de Recurso de Apelação interposto no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO VULNERÁVEL. VÍTIMA DEFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. REFORMA. CONDENAÇÃO. NEGA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA MENTAL DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. 1) O tipo penal previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal exige que a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. 2) Se não foi realizada durante a instrução processual perícia para comprovar a ausência do necessário discernimento pela vítima para a prática do ato, que possui três filhos, sendo que consentiu na proposta efetuada, não está configurada a tipicidade do delito previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, uma vez que as palavras da ofendida não deixam claro que o crime se perpetrou pela presunção absoluta de vulnerabilidade, devendo ser mantida a medida

absolutória operada na sentença atacada. 3) APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

(TJ-GO - APR: 570977220168090065, Relator: DR(A). LILIA MONICA DE CASTRO BORGES ESCHER, Data de Julgamento: 06/11/2018, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2634 de 26/11/2018)

A final, diz o jurista Cleber Masson Em sua obra:

Afinal, não se pode tolher daquele que possua uma enfermidade ou deficiência mental, o direito de amar e ter uma vida sexual. Assim, inclusive, prevê o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 6º II da Lei 13146/2015).

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos.

CONCLUSÃO

A valoração da palavra da vítima no crime de estupro, possui grande importância, fazendo com que muitos acusados do crime fossem devidamente punidos, em vista da dificuldade de apresentação de provas, haja vista que possui seu modus operandi de forma clandestina, ocorrendo em locais que impossibilitem a presença de testemunhas ou ainda que não deixem vestígios, por se tratar de um crime misto que tem sua consumação com a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso.

Ocorre que a valoração da palavra da vítima pode ser um risco, podendo levar um inocente a prisão, pois em muitos momentos não se é observado critérios específicos para atribuir o valor probante, e tão somente se acredita na palavra e não se leva em observância aos demais fatos, o que vem ocorrendo diariamente no curso de ações penais, como ato ilícito o Estupro de Vulnerável.

O presente trabalho tenta demonstrar critérios que deveriam ser observados antes da valoração da palavra da vítima, tais como depoimento inalterado no curso da ação penal, estável, uniforme, seguro, coerente e harmônica com o conjunto dos fatos, bem como o respeito aos Princípios do In Dubio Pro Reo e da Proporcionalidade. Devendo ainda chamar a atenção para a presença de profissionais técnicos no monitoramento da vítima no curso da ação penal, para que não ocorra dúvidas quanto ao valor probante da palavra.

Buscando ainda trazer à tona, que o Direito deve ser aplicado de forma pedagógica social ao caso concreto, e não de forma objetiva na letra da lei, devendo ser reconhecida a depender do caso concreto a relativização da vulnerabilidade, caso contrário, o que demonstra é que os Magistrados estão fazendo tão somente uma aplicação objetiva da lei, não se atentando ao caso concreto, buscando tão somente a minimização de recursos.

Em suma, concluiu-se que, que atribuição ao valor probante da palavra da vítima é meio de extrema importância, mas que precisão ser adotados critérios harmônicos

para sua aplicação, devendo ainda ter participação de psicólogos ou psiquiatras no curso da ação penal, para acompanhamento da vítima e aconselhamento do Magistrado, para tomada da melhor decisão cabível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOMINGUES, José. As ordenações Afonsinas. Três séculos de Direito Medieval – 1211 a 1512. Tese de doutoramento. Universidade de San Tiago de Compostela, 2007. Orientador Científico: Prof Droutor Pedro Ortega Gil. Portugal: Edições e Atividades Culturais, Unipessoal Lda. 2007.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. VIII. 5ª ed. Forense – RJ, 1981.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Especial, Esquematizado, 6ª Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALIM, Alexandre e AZEVEDO, Marcelo André. Direito Penal, Parte Especial – Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família, 6ª ed, Salvador/BA, Editora JusPODIVM, 2017.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Parte Especial. Vol. 3. 5ª ed. Método, 2015.

BITECOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, 6ª ed, São Paulo/SP, Editora Saraiva, 2012.

SANCHES, Rogério Cunha, Manual de Direito Penal – Parte Especial (Arts.121 ao 361), Volume Único, 8ª ed, Salvador/BA, Editora JusPODIVM, 2016.

GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal, Parte Especial, Artigos 213 a 361 do Código Penal, Volume 3, 14ª ed, Niterói-Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. Impetus: Niterói, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual, 5ª Ed, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. 'Mulher honesta': conheça a origem da expressão Diponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/> acesso em 19 de Junho de 2019.

_____. <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=estupro+de+vulner%C3%A1vel%2C+palavra+da+v%C3%ADtima&idtopico=T10000002>, acesso em 22 de junho de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça, Recomendação N°33 de 23/11/2010. <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194> acesso em 25 de junho de 2019.

_____. Súmula 593 do STJ anotada (estupro de vulnerável) <https://canalcienciascriminais.com.br/sumula-593-do-stj-anotada/> acesso em 08 de agosto de 2019.

_____.Brasil é o 4º país do mundo com maior número de casamentos infantis, segundo Banco Mundial, <https://www.camara.leg.br/noticias/550082-brasil-e-o-4o-pais-do-mundo-com-maior-numero-de-casamentos-infantis-segundo-banco-mundial/> acesso em 15 de Setembro de 2019.

_____.Decisão excepcional absolve acusado de estupro, http://www.editoramagister.com/noticia_24480896_DECISAO_EXCEPCIONAL_ABSOLVE_ACUSADO_DE_ESTUPRO.aspx, acesso em 15 de Setembro de 2019.

_____.Decisão excepcional absolve acusado de estupro, <http://www.tjes.jus.br/decisao-excepcional-mantem-absolvicao-de-acusado-de-estupro/>, acesso em 15 de Setembro de 2019.

_____.Câmara Criminal relativiza vulnerabilidade da vítima e absolve acusado de estupro de vulnerável, <https://www.tjpb.jus.br/noticia/camara-criminal-relativiza-vulnerabilidade-da-vitima-e-absolve-acusado-de-estupro-de>, acesso em 15 de Setembro de 2019.

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7277941499486199>

AS LACUNAS NA REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL E AS CONSEQUENTES DIFICULDADES DE SUA UTILIZAÇÃO NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

LIGIA CARDOSO CORREIA SALES:

Delegada de Polícia Civil/ PE, Chefe da Unidade de Inteligência de Sinais da Diretoria de Inteligência da PCPE. Especialista em Direito Público.

A Constituição Federal traz o direito à intimidade como garantia fundamental para o cidadão. Essa regra, porém, pode ser relativizada em prol de um objetivo mais importante, como proteger a sociedade de quem estiver praticando crimes e pondo em risco a paz social. As organizações e modalidades criminosas estão em constante evolução, e o Estado necessita acompanhar as mudanças de forma eficaz.

Por tais motivos, trouxe o legislador hipóteses em que podem ser utilizadas técnicas que contribuirão para uma eficaz persecução criminal, ainda que privando da garantia de sigilo o indivíduo. Porém, ao sopesar os bens em jogo em determinadas situações, verifica-se a total razoabilidade de infringir uma medida restritiva a alguém em prol de um bem maior. Uma das técnicas que podem se prestar a essa finalidade é a interceptação ambiental, sobre a qual teceremos breves considerações.

A Interceptação Ambiental é a captação de sinais ópticos, acústicos ou eletromagnéticos de determinado ambiente, por terceira pessoa judicialmente autorizada. Ou seja, um terceiro, de maneira dissimulada, irá inserir em determinado ambiente algum instrumento que viabilize a captação das imagens, sons ou sinais eletromagnéticos, a fim de demonstrar a prática de crimes. Dispõe o art, 3º da Lei nº 12850, *in verbis*:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

...

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

No texto legal já vislumbramos a clara diferenciação entre a interceptação ambiental e a interceptação telefônica, sendo esta a captação de conversas por terceira pessoa sem conhecimento dos interlocutores. Na interceptação telefônica, apenas as conversas havidas ao telefone e os dados por ela abrangidos, conforme o alcance da autorização judicial, serão captados, ao passo em que na interceptação ambiental serão captados quaisquer sinais que se detecte no ambiente objeto da ordem judicial. Por tal motivo, existe entre os doutrinadores o entendimento que a Interceptação Ambiental excetua o Art. 5º, X da Constituição Federal, o qual trata da intimidade e vida privada das pessoas:

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:

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.

A Interceptação Telefônica, por sua vez, seria exceção ao Inc. XII, que trata de sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas:

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

A previsão legal para utilização do instrumento investigatório da interceptação ambiental está na Lei nº 12.850, que em 2013 trouxe avanços para impulsionar a prevenção e repressão às organizações criminosas. Em seu art. 3º, traz a previsão da "captação de sinais óticos, acústicos ou eletromagnéticos", em quaisquer crimes praticados por organizações criminosas e em qualquer fase de persecução criminal.

Porém, o diploma legal, conquanto traga a previsão da utilização dessa ferramenta investigativa, silencia quanto a algumas questões que, quando não

inviabilizam seu uso, dificultam bastante a atuação da Polícia Judiciária no que diz respeito ao meio de prova.

Primeiramente, a lei não trata de prazo para que o juiz decida em relação à concessão da Interceptação. A demora na apreciação do pedido pode levar a prejuízos na produção da prova e impossibilitar a obtenção de dados que seriam válidos apenas se oportunos. Havendo a perda do momento ideal, os dados produzidos correm grande risco de se mostrarem inúteis, resultando em perda de tempo, trabalho e recursos.

Silencia também a lei em relação ao prazo da medida, ficando a critério da Autoridade Judicial a ponderação em relação ao prazo durante o qual irá perdurar a restrição do sigilo. Fica ao arbítrio do juízo dimensionar o período que considera razoável para utilização da medida. Essa ausência deixa brechas para possíveis questionamentos futuros quanto à proporcionalidade da manutenção da construção por um período mais longo, o que não ocorreria caso houvesse, como existe na Lei nº 9296/96, a delimitação do prazo.

Também ficou sem regulamentação a questão da forma para operacionalizar a medida. A lei não fala em entrada, técnica operacional para acesso ao ambiente que será objeto da interceptação, deixando a critério do responsável a decisão quanto à melhor forma de implementar o equipamento para viabilizar a captação dos sinais. Porém, como será invariavelmente necessário adentrar em ambiente privado para instalação de equipamento dissimulado, a pormenorização do método a ser utilizado para essa entrada seria de fundamental importância para evitar possíveis excessos.

Ademais, silencia ainda a legislação quanto ao auto circunstanciado. O auto seria a forma de apresentar todo o resultado obtido com as interceptações, apresentando a ocorrência ou não de crimes, eventos relevantes para a investigação, vínculos entre os investigados, enfim, demonstrando todo o material probatório colhido através da medida. Sem parâmetros legais, fica a critério do utilizador a forma de elaborar o auto.

Ocorre que, no início de 2019, foi apresentado pelo Ministério da Justiça o pacote anticrime, conjunto de mudanças legislativas que, se aprovadas, viabilizarão um combate mais eficaz ao crime organizado. No projeto, estão previstas diversas alterações ao instituto da interceptação ambiental, dentre as quais listaremos algumas.

Primeiramente, a interceptação ambiental, a exemplo da disciplina da lei nº 9296/96 acerca da interceptação telefônica, será prova subsidiária; ou seja, só poderá ser admitida caso a prova não possa ser produzida por outro meio. Essa é uma importante medida para evitar a “banalização” da interceptação, tratando-a devidamente como ferramenta excepcional. Como medida cautelar que é, também só será concedida na presença de indícios razoáveis de autoria e participação na infração penal, e no caso de crimes com pena máxima superior a 04 (quatro) anos e infrações penais conexas.

Além disso, traz agora regulamentada a entrada, com requerimento descrevendo circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação dos sinais.

Quanto ao prazo, a captação não poderá exceder 15 (quinze) dias, renovável por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. Além disso, vem prevista a possibilidade de que a captação ambiental seja usada como prova de infração criminal, mesmo que feita sem o prévio conhecimento da Autoridade Policial ou do MP, desde que comprovada a integridade da gravação. O pacote também traz positivada a desnecessidade de autorização judicial para captação de sinais em locais públicos, o que já se verificava nos casos concretos.

Ressaltamos também a previsão de aplicação subsidiária da Lei de Interceptação Telefônica (9296/96), quando omissa a lei específica.

Portanto, no que tange à potencial legislação, verificamos que, conquanto ainda não contemple a integralidade das questões atinentes à Interceptação Ambiental, o pacote de medidas anticrime, caso aprovado, tornará bem mais viável

a utilização da ferramenta investigativa, importando em relevante avanço no combate às organizações criminosas.

A interceptação ambiental é uma ferramenta importante e eficaz no combate ao crime organizado, e deve ser utilizada de forma criteriosa. Tem sido importante aliada, em diversos países, na desarticulação de organizações criminosas. Cabe aos operadores sua utilização com parcimônia, o que terá ainda mais viabilidade caso tenhamos uma legislação mais completa, pormenorizada e específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOTA, Luig Almeida. O fenômeno da interceptação ambiental. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3618, 28 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24546>. Acesso em: 15 set. 2019.

GRECO FILHO, Rogério. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v.1, 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**, v. 1. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FAKE NEWS E OS DANOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DOS CRIMES CONTRA A HONRA

KATIA CRISTINA DA SILVA FERREIRA NASCIMENTO:
Bacharelada do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino
Superior do Amazonas- CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS.

(Orientadora)

RESUMO: O objetivo deste artigo é fazer críticas das Fake News e os danos psicológicos causados as vítimas provenientes de tais crimes. No Brasil, há escassez de leis para repressões de infrações virtuais. Desta forma, o judiciário expõe recursos imediatos que não sanam as dificuldades de forma constante e ativa. O aspecto disso são as concepções de leis adequadas que são imprescindíveis para diminuições de tais delitos, pois seus motivadores não são culpados nas extensões de suas condutas. Crimes desta espécie originam-se implicações graves, principalmente para quem está na mira das notícias falsas. Logo, as ocorrências, os impactos e constrangimentos gerados ao ofendido pelas notícias falsas, extrapolarem o mero dissabor habitual, em seu ambiente social, e estarem evidenciados os atos ilícitos cometidos, obrigando-se o ofensor a corrigir não somente os danos causados nos termos da lei, como ao mesmo tempo tentar de alguma forma amenizar os danos psicológicos que muitas vezes são irreversíveis. Destarte, trata-se de um tema atual e de extrema relevância na seara do Direito Penal. Para a incubação do presente artigo aplicam-se os procedimentos de pesquisas, bibliográficas, explicativas, documentais e qualitativas.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes virtuais; Infrações virtuais; Danos psicológicos; Fake News; Internet.

ABSTRACT: The purpose of this article is to criticize the Fake News and the psychological damage caused to victims from such crimes. In Brazil, there is a shortage of laws to reprimand virtual offenses. In this way, the judiciary exposes immediate resources that do not remedy the difficulties constantly and actively. The aspect of this is the conception of adequate laws that are essential for diminishing such offenses, as their motivators are not guilty in the extent of their conduct. Crimes of this kind originate serious implications, especially for those who are aiming for false news. Therefore, the occurrences, impacts and embarrassments generated by the offended by false news, extrapolate the mere habitual misconduct, in their social environment, and the illicit acts committed are evidenced, forcing the

offender to correct not only the damages caused under the law. law, while at the same time trying to somehow alleviate the psychological damage that is often irreversible. Thus, it is a current and extremely relevant theme in the area of Criminal Law. For the incubation of this article the research, bibliographical, explanatory, documentary and qualitative procedures are applied.

KEYWORDS: Virtual crimes; Virtual infractions; Psychological damage; Fake News; Internet.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2.PREVISÃO LEGAL. 2.1 Princípios. 2.2. Princípio no Direito Constitucional. 2.2.1. Dignidade da Pessoa Humana. 3. A HONRA E O DIREITO BRASILEIRO. 3.1. O Entendimento Jurisprudencial. 4. DIFAMAÇÃO, CALÚNIA E INJÚRIA: CONCEITOS E DIFERENÇAS. 4.1. Difamação. 4.2. Calúnia. 4.3. Injúria. 5. AS FAKE NEWS E SEUS IMPACTOS NA SAÚDE DAS VÍTIMAS. 5.1. O Caso Guarujá. 6. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

As disseminações de notícias falsas são tão antigas quanto à própria língua falada. Atualmente, a internet faz parte diariamente da vida dos seres humanos, adentro desse ambiente, uma forma de se noticiar que ganharam bastante evidência, foram às redes sociais. Onde cada pessoa pode alastrar seu conteúdo, sem a precisão de passar por quaisquer tipos de curadorias. As acepções de Fake News indicam histórias desleais que, ao sustentarem o feito de notícias jornalísticas, são divulgadas pela internet ou por diferentes mídias. Geralmente geradas para influenciar pontos de vistas políticos ou como uma piada (CAMBRIDGE, 2019).

Lemos (2010) afirma que com o avanço tecnológico os processos sociais ditam hoje os ritmos das transformações sociais, culturais e políticas. Nesse sentido, Levi (1996) diz que a oscilação geral de virtualização afeta hoje, não apenas a informação e a comunicação, como também os corpos, o funcionamento econômico, os grupos coletivos e o exercício da inteligência. Por ser um tema novo, o mau uso da internet para propagar as Fake News, vem causando problemas que vão além da desinformação. E suas consequências referentes a esses danos causados resultantes dessas disseminações, acarretam traumas temporários ou permanentes na saúde psicológica das vítimas.

Hirigoyen (2002 p.28), afirma que comportamentos abusivos, gestos, expressões ou caráter que atente, contra a integridade física ou psíquica de um

indivíduo, degradando seu nome e saúde psicológica, vai ao encontro, por exemplo, ao que diz o artigo 129 do Código Penal Brasileiro:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

O objetivo deste artigo é revelar à gravidade dos danos psicológicos causados as vítimas, pela dispersão das Fake News. O Brasil não tem uma legislação particular sobre o tema. Todavia, é aceitável procurar a reparação pelos danos causados tanto na esfera civil quanto na criminal. O transgressor poderá ser punido com apoio nas penas previstas para os crimes de calúnia, injúria e difamação, que são tipificados no Código Penal Brasileiro como crimes contra a honra.

2. PREVISÃO LEGAL

2.1. Princípios

De acordo com Michaelis (2019), a palavra princípio pode ser abrangida como: a abertura, o que advém ou permanece inicial aos demais ou em uma extensão de conhecimento o conjunto de proposições fundamentais, que servem de base, a qual todo desenvolvimento posterior deva ser subordinado.

Em termos jurídicos o significado de princípios é complexo, compreende-se que os princípios são genéricos e calham às direções jurisdicionais, convindo de base do ordenamento para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, há numerosos conceitos para o termo, como distintas classificações (MELLO, 1986):

O princípio é por acepção o mandamento nuclear de uma lei, apropriado embasamento dele, acomodação básica que se irradia sobre desiguais normas opondo-lhes o íntimo e convindo de critério para sua perfeita inclusão e inteligência, precisamente por deliberar a coerência e a racionalidade da lei normativa, no que lhe adjudica a tônica e lhe dá ao ofendido harmônico (MELLO, 1986, p. 230).

De acordo com Figueiredo (2001), o direito vigente está repleto de princípios até suas últimas ramificações, pode-se afirmar que os princípios dão coerência ao Direito. Os princípios são: normas gerais, abstratas, não positivadas expressamente, contudo às quais todo ordenamento jurídico se edifica com o desígnio de ser um Estado Democrático de Direito.

Diz Carrazza (1997), que é aceitável finalizar que o princípio move a concepção da norma, ou consisti na função de doutrinar o legislador ou outro administrador sobre os seus pretextos. O princípio jurídico é:

Um enunciado lógico, implícito ou específico, por sua ampla generalidade, toma posição de prioridade nos amplos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, junta, de modo implacável, o entrosamento e o aproveitamento das cláusulas jurídicas que com ele se juntam (CARRAZZA, 1997, p. 31).

2.2. Princípio no Direito Constitucional

Araújo (2016) e Rodrigues (2016) afirmam que os princípios constitucionais são as principais normas fundamentais de comportamentos das pessoas mediante as leis já conferidas, além de declarações básicas ou fundamentos para tratar uma determinada situação e podem até ser qualificados como a base do próprio Direito.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 enumera uma extensa série de direitos e garantias fundamentais. Rodrigues (2016) afirma que são direitos privados fundamentais, que necessitam serem acatados como conteúdos mínimos para garantirem a boa convivência dos seres humanos.

Segundo Júnior (1993), os princípios são pautas genéricas, que demonstram um roteiro a ser seguido pelo legislador e para o intérprete. O princípio é mais genérico porque permite uma série indefinida de aplicações.

Afirma Brasil (1988), com a Constituição de 1988, os princípios fundamentais são enumerados logo no começo do texto constitucional, após o preâmbulo. Permanecem antecipados no Título I da Constituição Federal, em quatro artigos. Cada dispositivo proporciona um tipo de princípio fundamental.

Artigo 1º. Aborda os fundamentos da República Federativa do Brasil;

Artigo 2º, do princípio da separação de Poderes;

Artigo 3º, dos objetivos fundamentais;

Artigo 4º, dos princípios da República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

Afirma Nunes (2003), que os princípios constitucionais dão base e coesão ao ordenamento jurídico, necessitam ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper, adicionando em outra obra que:

“O princípio jurídico constitucional influi na interpretação e até mesmo nas próprias normas magnas. Se um comando constitucional apresentar pluralidade de ofendidos, a interpretação precisará ser improvisada com vistas a fixar o sentido de permitir um acordo mútuo com a abertura que lhe consisti em ser mais adjunto. Da mesma forma, se aparecer uma ilusória antinomia entre os documentos normativos da Constituição, ela será determinada pelo aproveitamento do princípio mais acentuado no contexto. Na realidade, o princípio funciona como um vetor para o intérprete. E o jurista, na análise de algum problema jurídico, por mais corriqueiro que ele possa ser, necessita, preliminarmente, erguer ao nível dos amplos princípios, a conclusão de averiguar em que adereço eles distinguem. Qualquer anotação será tida por jurídica se atritar com um princípio constitucional” (NUNES, 2002, p. 37).

Deste feito, admite-se a importância da terma, pois com o entendimento dos princípios é admissível realizar uma perfeita analogia entre a Constituição Federal de 1988 e as demais normas infraconstitucionais (BRASIL, 1988).

2.2.1. Dignidade da Pessoa Humana

De acordo com Soares (2019), a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos do artigo 1º, inciso III, atribui-se como discernimento para o conceito e abrangência de todo o código jurídico vigente. Ele se depara na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo efetivo de cada um deles.

Conforti (2012) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, se expande por todas as ramificações do direito, vinculando todo o ordenamento jurídico e a atividade jurisdicional, no dever expresso de promover e garantir as condições necessárias à pessoa humana para o essencial exercício de seus direitos fundamentais. O Código Civil Brasileiro constitui em seus artigos 20 e 21 que:

Art.20 A divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a requerimento do autor e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra,

a boa fama, a respeitabilidade ou se destinarem-se a fins comerciais.

Art.21 A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002, p. 159).

O dispositivo em combinação com o artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, envolve todos os aspectos da intimidade da pessoa:

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:

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 (BRASIL, 1988, p. 6).

Segundo Sarlet (2004), o decoro do indivíduo humano, na categoria de valor e princípio normativo fundamental, "exige e implica a proteção de direitos fundamentais de todas as dimensões". Para ele, a dignidade da pessoa humana abrange múltiplos princípios.

3. A HONRA E O DIREITO BRASILEIRO

A honra, derivada do latim honor, lembra a própria dignidade de uma pessoa, que convive com integridade e probidade, tendo seu modo de vida nos pareceres morais (MARQUES, 2010).

De acordo com Noronha (1998) o direito à honra tem estreita ligação com a intimidade, sendo assim, a honra protege a intimidade, garantindo ao indivíduo o direito à reparação pelos danos causados a sua reputação.

Capez (2012) divide do ponto de vista a conceituar a honra "como o complexo ou conjuntos de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria." Segundo ele a doutrina conceitua a honra objetiva honra subjetiva, honra dignidade, honra decoro, honra comum e honra profissional.

Greco (2009) afirma que embora possamos identificar os conceitos de honra objetiva e subjetiva, onde a honra individual, precipuamente, afeta o conceito que o agente faz de si mesmo, e a honra objetiva, envolve a honra do agente em seu meio social. Ele diz que, “não podemos considerá-las de forma estanques, completamente compartimentadas”, mas que exclusivamente podemos avaliar a grandeza entre honra objetiva e honra individual.

De acordo com Bittencourt (2015), analisando a honra do aspecto objetivo, refere-se ao julgamento de terceiros à cerca de algum indivíduo, já a de caráter subjetivo refere-se ao julgamento que o indivíduo faz de si mesmo. Independentes do conceito dado à honra são penalmente resguardados os direitos e os interesses em relação aos conjuntos de atributos ou qualidades da pessoa humana contra a sua reputação.

Tanto Gonçalves (2016 apud CAPEZ, 2009), nos acarretam o que se dispõe na Constituição Federal em seu artigo 5º:

X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, p. 6).

De acordo com Greco (2009) a honra é um bem considerado constitucionalmente inviolável. O Código Civil Brasileiro em seus artigos 186 e 927 preceituam que aquele que causar danos a terceiros, mesmo que seja apenas moral, cometerá ato ilícito e ficará obrigado a repará-lo, como consta no artigo 953 do Código Civil:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (BRASIL, 2002, p. 214).

Destarte, a reparação moral é necessária para garantir a eficácia dos direitos fundamentais dos homens.

3.1. O Entendimento Jurisprudencial

É necessário que façamos uma observação jurisprudencial e percorramos o que está sendo definido no caso concreto sobre o tema: Caso ocorrido no Tribunal

de Justiça do Mato Grosso do Sul (2004), em que o julgador afirma que o descuido na revelação de notícias falsas, sem adotar as necessitadas prudências para averiguar as informações sendo noticiadas, é suficiente para ferir a moral da vítima e provocar dano indenizável:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA FALSA EM JORNAL, CORREIO DO ESTADO - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA JORNALÍSTICA PELA FALTA DE CAUTELA NA BUSCA PELA VERACIDADE DA NOTÍCIA - CONDUTA CULPOSA - ARTS. 49 DA LEI 5.250/67, 159 DO CC E 5.º, V, X, CF - OFENSA À IMAGEM, À HONRA E À REPUTAÇÃO DO AUTOR-APELADO - DANOS MORAIS DEMONSTRADOS - PREQUESTIONAMENTO - AFASTADOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - AFASTADOS - RECURSO IMPROVIDO (TJ-MS, 2004).

O entendimento da jurisprudência brasileira, apesar de não haver amplas quantidades de casos julgados, consistiu em que o abalo de notas desleais causa dano indenizável. Desse feito, destacam-se para o presente artigo os tipos de consequências movidas pelos delitos contra a honra em relação à psicologia humana. O Código Penal Brasileiro tipifica três delitos contra a honra: calúnia (artigo 138), difamação (artigo 139) e injúria (artigo 140). A calúnia e a difamação abordam a honra objetiva do sujeito, já a injúria abrange a honra de caráter individual (TJ-MS, 2004).

4. DIFAMAÇÃO, CALÚNIA E INJÚRIA: CONCEITOS E DIFERENÇAS

4.1. Difamação

Afirma Capez (2012), que a difamação, incide em amputar a vítima fato injurioso à sua honra, não definitivo como delito, mas que suje a honra da vítima em seu meio social. O episódio, por exemplo, de uma pessoa que cometeu adultério. Neste episódio, ainda que o caso exposto seja verdadeiro, divulgá-lo estabelece delito. A única exceção de verdade é se a difamação se der contra funcionário público e a ofensa for relativa ao exercício de suas funções. A pena para este crime é detenção de três meses a um ano e multa.

O delito de difamação está previsto no Código Penal no artigo 139:

Artigo 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua honra:

Pena: retenção de três meses a um ano e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (BRASIL, 1940, p. 525).

Será acrescentado um terço da pena, nos contornos do caput do artigo 141 do Código Penal, se a própria for executada:

I- Contra o Presidente da República, ou contra o chefe de governo estrangeiro;

II- Contra funcionário público, em razão de suas funções;

III- na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

IV- Contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria (BRASIL, 1940, p. 525).

Logo, a afronta necessita chegar à informação de outros indivíduos, pois a honra do indivíduo que é resguardada, sendo de tal modo que precisa manchar sua reputação. Constituindo assim, quem propaga a difamação não pratica crime algum, entretanto o preceito abrange que quem divulga na realidade comete nova difamação.

Afirma Bittencourt (2015), que:

“Ora, divulgar ou propalar a difamação produz uma danosidade abundantemente superior à imputação, sendo essa ação ao mesmo tempo muito mais desvaliosa. A nosso juízo, acima a ação de propalar mesmo quando — e até com mais pretexto — se ignora quem é o autor da difamação original. E não se diga que esse entendimento fere o princípio da reserva legal ou da tipicidade, pois propalar difamação de alguém é igualmente difamar e, quiçá, com mais eficiência, mais intensidade e maior dimensão” (BITTENCOURT, 2015, p. 349).

4.2. Calúnia

Greco (2009) afirma como, “o mais grave dos crimes contra a honra”. E incide em acusar falsamente uma pessoa a autoria de um delito. Para que se conforme o delito de calúnia é conciso que seja descrito publicamente um acontecimento criminal. Um exemplo seria sujeitar, na internet, o nome e o retrato de um indivíduo como causador de um homicídio, sem ter provas disso.

O delito de calúnia está positivado no artigo 138 do Código Penal Brasileiro, onde explanado:

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§1º. Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§2º. É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade:

§3º. Admite-se a prova da verdade, salvo:

I – Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no. I do art. 141;

III – Se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (BRASIL, 1940, p. 524).

Desse feitio, a calúnia tem seu andamento consolativo quando alguma pessoa, que não seja a vítima, toma conhecimento da falsa imputação. É nessa hora que ocorre o abalo a honra e a dignidade. Capez (2012) afirma que existem três espécies de calúnia, sendo elas:

a) explícitas, em que o administrador assegura explicitamente a infiel censura e assegura que algum indivíduo é buscado pela polícia por adimplir diversos estupros (CAPEZ, 2012).

b) implícitas, em que o acometimento não é conduzido, aplicando-se o conteúdo de uma passagem que acaba por ser um insulto de feitio indireto. Por

exemplo, "não fui eu que por múltiplos anos desfrutei dos bens agregados dos cofres públicos" (CAPEZ, 2012).

c) reflexas, imputa o crime a determinado indivíduo, contudo, empregando de um meio que revogue por delatar outro indivíduo e assegura que "um promotor deixou de denunciar um indiciado porque foi por ele subordinado" (CAPEZ, 2012).

Logo para que se diferencie a calúnia, é conciso que no ato permaneçam contidos três condicionantes que se adota: imputação de acontecimento mais distinto como delito mais falsidade de imputação (CAPEZ, 2012).

4.3. Injúria

De acordo com Siqueira (2007), o delito de injúria acha-se no artigo 140, o qual preceitua que a injúria incide no insulto à dignidade ou o decoro de outras pessoas. A injúria, em seu feitiço fundamental, isto é, aquele antevisto pelo artigo supramencionado é das modalidades de delito contra a honra do indivíduo, o menos grave como podemos observar na previsão de sua pena: detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º – O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – Quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – No caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940, p. 525).

Afirma Bruno (1979 apud PRADO, 2006), que abordar a respeito dos elementos gerais do crime de injúria, isto é, ponderando o caput do artigo 140, apresentaremos que o procedimento peculiar e nuclear que incide em afrontar um indivíduo qualquer, de caráter a afrontar a dignidade ou o decoro. Note que não são atribuídos acontecimentos concisos, e sim adjudicadas aos atributos negativos, de modo que a honra abordada é designada pela honra pessoal, e basta lembrar que fazem parte da honra individual ou particular o decoro e a dignidade.

De acordo com Bruno (1979 apud PRADO, 2006), os delitos contra a honra podem abranger tanto a honra objetiva, ou incidir em a honra do indivíduo, quanto à honra individual, que seria o feito como o indivíduo se vê. Na calúnia há imputação de fato determinante como crime, e os fatos devem ser infieis, na difamação o fato atribuído não tem a obrigação de ser crime, mas que afronte a reputação do indivíduo. Na calúnia abrange a honra objetiva, na injúria abrange a honra individual, e se consuma quando a vítima toma ciência do fato, e seguidamente na calúnia, se consuma quando terceiro toma conhecimento da infiel imputação. Na injúria não possui censura de eventos, mas de atributos. A calúnia e a difamação envolvem a honra utilitária, enquanto a injúria abrange a honra particular.

Portanto, por mais que estas condutas estejam tipificadas no Código Penal vigente, nos artigos 138, 139 e 140, as penas são brandas e quando ocorrem no ambiente virtual, sua reparação se torna complexa. Sanches (2018) e Ângelo (2018) afirmam que, uma vez que, cessar por completo algo que está na rede beira a impossibilidade. Assim, é necessário majorar as penas em uma lei específica, e detalhar condutas quando tratar-se de crimes contra a dignidade cometidos na internet.

5. AS FAKE NEWS E SEUS IMPACTOS NA SAÚDE DAS VÍTIMAS

Com o progresso tecnológico e a popularização da rede mundial de computadores, as notas falsas ou Fake News, tornaram-se um caso difícil ao que diz respeito do convívio humano. Um epidemiologista abordou a proliferação das notas falsas com o desenvolvimento e transmissão de doenças infecciosas (KUCHARSKI, 2016).

Ponderamos que, para tratarmos do tema, é de fundamental importância compreender o significado de Fake News. As Fake News são um fruto da moderna

comunicação, nascida através dos meios de comunicação sociais, que foi designado para conceber a exposição de conteúdos equívocos com o desígnio de desestabilizar o domínio de outra pessoa. Em proeminência desde 2016, a sua popularização se deu por delinear as eleições norte-americanas que determinaram Donald Trump como o 45º presidente dos Estados Unidos (CELI, 2019).

Jaber (2014) alega que o resultado deste tipo de prática é que o conteúdo do pensamento humano, que tem se desenvolvido através de milênios para que o homem usufrua melhor da vida, fica contaminado, determinado até mesmo a manifestação de doenças mentais.

Tungendhat (1996), diz que atualmente as pessoas perderam o respeito para com o outro, respeito significa o prestígio do outro como subordinado de direitos e dotado de intrínseca dignidade. Tungendhat (1996, p. 301) alega que “o contrário do respeito não é o ódio, mas a humilhação e a indiferença”. Sem equívoco, não há nada mais contrário ao respeito do que a afronta, nas suas mais variáveis formas ou costumes, e pelo visto, a humanidade é bastante criativa na ação de humilhar.

Alguns pesquisadores têm conceituado a prática da humilhação como calamitosa, uma vez que ela acarreta consequências psíquicas danosas (NESBIT e KARAGIANIS, 1987; KLEIN, 1991; LEWIS, 1992).

Essa exterioridade é ainda mais grave no episódio da afronta pública e são consequências possíveis desse tipo de humilhação: o sentimento de vergonha, o abalo na estrutura afetiva, timidez, revolta, crises de ansiedade, depressão etc. (LA TAILLE; BEDOIAN; GIMENEZ, 1991).

Afirma La Taille; Bedoian; Gimenez (1991), que:

O sentimento de humilhação refere-se ao episódio de ser e sentir-se inferiorizado, humilhado por alguma pessoa ou uma multidão de pessoas, sem que se abrigue essencialmente (intensamente, poderíamos dizer) o “malvado juízo” que esses anseiam impor. O que há de ordinário entre ambas [humilhação e vergonha] são exatamente o episódio de opinião inferiorizado (como no caso da vergonha e exposição), contudo, na vergonha, dividi o conceito impresumível cominada, enquanto na humilhação ela pode não ser aceita. E, se for aceita, incluiremos os anseios de rebaixamento e de vergonha somados (LA TAILLE; BEDOIAN; GIMENEZ, 1991, p. 95).

De acordo Jaber (2014), nesse aspecto, constata-se, presentemente, um acréscimo de incidência de comportamentos nocivos à honra perpetradas na internet, acham-se inúmeros modelos concretos, às vezes expostos na mídia, alguns são, claramente, classificados como lesivos.

Afirma Jaber (2014), psiquiatra com especificação na Universidade de Harvard, e membro da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), o bem-estar intelectual é caracterizado pelo bom funcionamento do aprendizado, abrangendo a memória, pela essência de procedimentos saudáveis que possam poupar a vida, pela integridade do pensamento e pela modulação adequada dos sentimentos. Toda vez em que as emoções habituais como medo, tristeza, alegria, raiva, ansiedade se manifestam de feitiço demasiadamente intenso há uma forte tendência ao adoecimento mental.

O pânico psicológico ocasiona para as vítimas consequências, que estão abertamente ligadas com fatores que se alistam com a intensidade da agressão (LA TAILLE; BEDOIAN; GIMENEZ, 1991).

De acordo com Hirigoyen (2002), afirma que:

As consequências especificam, em curto prazo, pelas vítimas são o estresse e a ansiedade, combinado com um sentimento de impotência e humilhação. Destes danos derivam perturbações físicas, como cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaqueca, distúrbios digestivos, dores na coluna, entre outros. Dizemos que “tais perturbações seriam uma autodefesa do organismo a uma hiperestimulação e a tentativa de a pessoa adaptar-se para enfrentar a situação” (HIRIGOYEN, 2002, p.77).

As decorrências contornam-se mais graves, e a confusão, começa a se tornar um choque, transformando-se em ansiedade, perturbações psicossomáticas, ou a um estado depressivo (HIRIGOYEN, 2002).

Segundo a vitimóloga Hirigoyen (2002):

Os estados depressivos estão unidos ao esgotamento, e ao excesso de estresse. Porém, as vítimas sentem-se vazias, cansadas, sem energia. Coisa nenhuma, mas lhe interessa, não conseguem mais pensar ou concentrar-se, mesmo nas atividades mais banais. Podem sobrevir ideias de suicídio em

alguns casos, sendo o risco máximo de momento em que elas admitem consciência de que foram lesadas e que nada lhes dará a possibilidade de serem reconhecidas suas razões. Quando há um suicídio, ou tentativa de suicídio, isso alivia os perversos em sua certeza de que o outro era fraco, louco, perturbado, e que as agressões que lhe eram atribuídas eram justificadas (HIRIGOYEN, 2002, p.77).

Logo, os distúrbios psicológicos, são um dos riscos invisíveis que acontecem pelo desenvolvimento dessas notícias infieis. Os principais sintomas são choro, insegurança, ansiedade e baixa autoestima.

O passo consequente é o desenvolvimento enfermidades psíquicas, entre as quais a depressão, o estresse patológico e as síndromes do pânico e de Burnout, constituindo como uma das mais ameaçadoras, a vítima atinge um estágio de depressão que pensa em tirar a própria vida (BARRETO, 2000).

5.1. O Caso Guarujá

O caso Guarujá pela Folha de São Paulo (2014), diz que Fabiane Maria de Jesus com aproximadamente 33 anos de idade, foi linchada por moradores de Morrinhos, um dos bairros mais pobres do Guarujá situado em São Paulo no dia 3 de maio de 2014. Ela faleceu dois dias depois, carecidos dos danos físicos. O motivo da violência foi uma postagem publicada na folha Guarujá alerta, em uma rede social, sobre uma sequestradora de crianças que agiria na região determinada por cerimoniais de magia negra. Fabiane foi confundida com o retrato falado divulgado na postagem. A Polícia Civil do Estado de São Paulo confirmou, no entanto, que a história sobre o suposto sequestro de crianças na região era falsa.

O administrador da página da rede social, responsável pelo noticiário falso, passou ileso, já que a legislação da época ainda não previa punição a quem incitasse a violência por meio da internet. Segundo o policiamento, não havia nem um caso de sequestros de crianças na cidade. Há um projeto de Lei 7.544/2014 que foi criado, após o assassinato do Guarujá, com o desígnio de tipificar o crime de incitação virtual ao crime, fixando-se no Código Penal do decreto de Lei nº 2.848, 07 de dezembro de 1940. O artigo 286-A, prevendo, como núcleo do tipo, o ato de publicar, por meio de rede social ou de quaisquer veículos de informações virtuais, conteúdos que estimule a prática de crimes ou violência ao indivíduo, com pena de detenção, de três a seis meses, e multa (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014).

Segundo a Folha de São Paulo (2014), as implicações das notas falsas ou “Fake News” podem ser calamitosas para a vida dos indivíduos, como foi o caso da morte da senhora Fabiane Maria de Jesus, onde esta estritamente unida aos fatores aludidos acima. Em uma ocasião em que a ausência de precisão das notícias divulgadas nas redes sociais chega a uma consequência tão extrema, tornando-se necessário refletir sobre a qualidade dessas informações e, da mesma forma, sobre o papel da imprensa neste processo.

6. CONCLUSÃO

Diante do artigo estudado sobre notícias falsas, podemos compreender que as Fake News, são frutos da moderna comunicação, surgida através das mídias sociais. Não é um fenômeno novo, na verdade, é mentiras que no passado eram chamadas de fofocas maledicentes, uma adaptação da fofoca unida à má-fé.

Esclarecendo que as Fake News são agressões que podem acarretar sérios danos psicológicos as vítimas, ao seu convívio social e moral e a sua autoestima, e que carece de medidas específicas a fim de desestabilizar tal prática, bem como promover seu enfrentamento e logo a repreensão do agressor. Ainda não há uma norma exclusiva para tratar as Fake News, a norma que é aplicada aos episódios é o Código Penal, na parte de crimes contra a honra. Portanto, precisamos nos conscientizar de nossos atos, para que possamos proteger a própria dignidade das pessoas, este artigo pode ser aplicado a vários outros estudos sobre Fake News, notados e mostrados em redes sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, A. F. P; RODRIGUES, N. B. F. Direitos da personalidade. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, jan. 2016. Acesso em 26 ago. 2019.

BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação de Mestrado, PUC/SP. 2000. Acesso em: 26 jul. 2019.

BINTECOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial 2**, dos crimes contra a pessoa. 15 ed. São Paulo: Saraiva 2015. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **Artigo 1º: Rep. Federativa do Brasil: estabelecida pela adesão indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, arranja em Estado Democrático de Direito e tem como embasamentos: III - a decência do indivíduo humano, 1988. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **A Constituição da República Federativa Do Brasil**. p. 6. Brasília, 1988. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. **Lei de Nº 10.406, de 10 de jan. 2002.** Lei de Admissão às Normas do Direito brasileiro. p. 171-212. Brasília - DF: Diário Oficial da União, 2002. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei de Nº 2.848, de 7 de dez. 1940.** Código Penal. P. 524-525. Brasília – DF: Diário Oficial da União, 1940. Acesso em 31 jul. 2019.

BRUNO, A. **Crimes Contra a Pessoa.** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. Acesso em: 02 ago. 2019.

CAMBRIDGE. **Fake News.** Dictionary Cambridge, 2019. Acesso em: 20 jun. 2019. Acesso em: 05 ago. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal.** 13^a. ed. vol.1. 2 e 7. São Paulo: Saraiva 2009. Acesso em: 08 ago. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal.** Parte específica: dos delitos contra o individuo a dos delitos contra o anseio religioso e contra o conceito aos mortos (Artigos 121 a 212). Fernando Capez. p. 186. 12. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva 2012. Acesso em: 10 ago. 2019.

CARRAZZA, A. R. **Curso de direito tributário.** 10. ed. p. 31. São Paulo: Malheiros, 1997. Acesso em: 21 ago. 2019.

CELI, R. **Fake News: o que é implicações e escrita: stodi.** 2019. Acesso em: 13 de ago. 2019.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. p. 38. Revista atualizada e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. Acesso em: 14 ago. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **MULHER foi espancada até a morte no Guarujá por causa de boato na internet.** 2014. Acesso em: 23 de ago. 2019.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal esquematizado: parte especial (coleção esquematizada).** Coordenação Pedro Lenza. 6. ed. p. 247. São Paulo: Saraiva 2016. Acesso em: 22 ago. 2019.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial.** V. II. 6. ed. p. 421. Niterói: Impetus, 2009. Acesso em: 15 ago. 2019.

HIRIGOYEN, M. F. **Assédio moral: A violência perversa do cotidiano.** 2. ed. p. 28. São Paulo: Bertrand, 2002. Acesso em: 01 set. 2019.

JABER, J. **CID 10 CAPÍTULO V: Transtornos Mentais e Comportamentais.** Acesso em 12 set. de 2019.

JÚNIOR, A. do A. **A Sinceridade e o Domínio das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Dispêndio**. In: BENJAMIN, Antônio Herman de V. Folha de Direito do Consumista, vol. 6. p. 27. São Paulo: RT, 1993. Acesso em: 16 ago. 2019.

KLEIN, D. The mortification forceful: an indication. **The academic journal of principal preclusion**, v. 12, n. 2, p. 93-121, 1991. Acesso em: 19 ago. 2019.

KUCHARSKI, A. "**Post-Truth: Study Epidemiology of Fake News**," 540 Nature 545, 2016. Acesso em: 21 ago. 2019.

LA TAILLE Y. J. J. M. R. de; BEDOIAN, G.; GIMENEZ, P. A. **organismo do perímetro moral do contubérnio: o ambiente da admissão na categoria de valores éticos em subordinados de 6 a 14 anos**. Psicologia, Conjectura e Análise, Brasília, v. 7, n. 2, p. 91-110, 1991. Acesso em 02 set. 2019.

LEMOS A.; LEVY, P., **O Destino da Internet: em gerência a uma cibe democratismo planetário**. São Paulo: Paulus, 2010. Acesso em: 15 ago. 2019.

LÉVY, P. **O que é virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo, Ed. 34, 1996. Acesso em: 27 ago. 2019.

LEWIS, M. **Shame: the exposed self**. New York: The Free Press, 1992. Acesso em: 01 set. 2019.

LOPES, M. A. R. **Garantia de Acesso à Justiça: subsídio judiciário e sua representação constitucional**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e coordenação. Afiançavam fundamentais do processo civil. p. 55. São Paulo: Folha dos Tribunais, 1999. Acesso em: 03 set. 2019.

MARQUES, A. N. G. **Direito à Honra**. Artigo TJDFT, Brasília, 2010. Publicado por ACS. Acesso em: 25 ago. 2019.

MELLO, C. A. B. de. **Elementos de Direito Administrativo**. 230. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. Acesso em: 05 set. 2019.

MICHAELIS. **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa**, 2019. Acesso em: 27 de ago. 2019.

NESBIT, W. C.; KARAGIANIS, L. D. **Psychological abuse in the home and in the school**. Canadian Journal of Education, v. 12, n. 1, p. 177-183, 1987. Acesso em: 06 set. 2019.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva 1998. Acesso em: 08 ago. 2019.

NUNES, R. **Prontuário de ingresso ao estudo do direito**. 5. ed. p.170. São Paulo: Saraiva 2003. Acesso em: 07 set. 2019.

NUNES, L. A. R. **O princípio fundamental da decência do indivíduo humano: princípio e legalidade**. p. 37. São Paulo: Saraiva 2002. Acesso em: 08 set. 2019.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial** – Art. 121 a 183. 5. ed. vol. 2. São Paulo: Ed. Folha dos Tribunais, 2006. Acesso em: 08 set. 2019.

SANCHES, A.G; ANGELO. A. E. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, 5 de maio 2018. Acesso em 12 set. 2019.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 88 a 89. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Acesso em: 06 set. 2019.

SIQUEIRA, J. P. F. H. de. Considerações sobre os delitos contra a honra do indivíduo humano. Folha Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina- PI. ed. 12, n. 1299, 21 jan. 2007. Acesso em: 12 set. 2019.

TJ-MS. AC: 3168 MS 2003.003168-5, **Relator: Des. Hamilton Carli**, Data de Julgamento: 05/04/2004, 3ªTurma Cível, Data de Publicação: 16/04/2004. Resp. 1.297.567 (-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/5/2013). Acesso em: 15 ago. 2019.

TUGENDHAT, E. **Emendas sobre moral**. Rev. e disposição da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 3. ed. p. 301. Petrópolis: Vozes, 1996. Acesso em: 10 set. 2019.

O CRESCIMENTO E A ADMISSÃO DA POPULAÇÃO IDOSA FRENTE AO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

RENNAN ANDRIO DE SOUZA MENDONÇA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA)

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: Com o crescimento gradativo da expectativa de vida, o fator envelhecer estar se tornando uma problemática social que vem abalando também a estrutura produtiva do país. Objetivo: O presente estudo teve por objetivo analisar o crescimento e a admissão da população idosa frente ao mercado de trabalho brasileiro, a colaboração do idoso no mercado de trabalho brasileiro e as políticas públicas relacionadas. Métodos: A metodologia adotada para a elaboração desta pesquisa foi o Método Dedutivo, que partiu do geral para o específico, através de argumentos e do pensamento lógico. A presente pesquisa adotou como procedimentos a análise de documentos e revisão bibliográfica, baseando-se em artigos, livros, monografias, revistas e afins.

Palavras – Chaves: idoso; envelhecimento; mercado de trabalho; aposentadoria; políticas públicas.

ABSTRACT: With the gradual increase in life expectancy, the aging factor is becoming a social problem that has also shaken the productive structure of the country. Objective: This study aimed to analyze the growth and admission of the elderly population in the Brazilian labor market, the collaboration of the elderly in the Brazilian labor market and related public policies. Methods: The methodology adopted for the elaboration of this research was the Deductive Method, which started from the general to the specific, through arguments and logical thinking. The present research adopted as procedures the analysis of documents and literature review, based on articles, books, monographs, magazines and the like.

Keywords: elderly person; agings; labour market; retirement; public policies.

SUMÁRIO:INTRODUÇÃO. 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS IDOSOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 1.1. O crescimento da população idosa brasileira. 1.2. A inclusão do tema envelhecer nas políticas públicas. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ESTENDIDAS

AOS IDOSOS. 2.1. No Estatuto do Idoso. 2.2. O idoso no mercado de trabalho. 2.2.1. Aposentadoria. 2.2.2. A relevância da família. 3. POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO. 3.1. A Política Nacional do Idoso. 3.2. Estatuto do Idoso. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O número de pessoas idosas está crescendo consideravelmente no Brasil e em todo o mundo. Cada vez mais nos deparamos com pessoas envelhecidas, sejam nas ruas ou em nossos lares.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) em 2012, constatava-se certa de 25,4 milhões de idosos em todo território nacional, muito mais que o dobro do registrado em 1991. Já entre 2012 a 2018, foram acrescentados mais 4,8 milhões, respondendo a um crescimento de 18% do grupo etário, que torna-se cada vez mais representante no Brasil.

Conseqüentemente, o mercado formal de trabalho brasileiro entre 50 a 64 anos aumentou cerca de 30% entre 2010 e 2015. Conforme dados da Relação Anual de Informações Sociais (Rais), divulgados pelo Ministério do Trabalho, em 2010 havia 5,8 milhões trabalhadores com carteira assinada nessa faixa etária, e o número passou para 7,6 milhões em 2015.(Agência Brasil, EBC, 2015)

A Rais (2017) divulgou ainda que o número de idosos com 65 anos ou mais com carteira assinada aumentou, saindo de 484 mil em 2013 para 649,4 mil em 2017, uma ampliação de 43% em quatro anos.

De acordo com Mariana Almeida, coordenadora do observatório do trabalho da Secretaria de Trabalho, com a busca maior por emprego por parte das pessoas idosas houve um aumento do desemprego.

Segundo levantamentos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua o desemprego nessa faixa etária saiu de 18,5% em 2013 para 40,3% em 2018. (PNADC, 2018).

Portanto, esse fator alimenta um problema que vem afetando diretamente os idosos que tentam ingressar ou continuar com a sua vida laboral.

Para o jornal Folha de São Paulo, em cada 10 brasileiros, 9 acreditam que existe preconceito contra os mais velhos, e 6 relataram que já testemunharam. (S. PAULO, JORNAL FOLHA, 2017).

Acima dos 60 anos, 31% já se sentiram discriminados por causa idade e a principal queixa é a falta de respeito: para 12% existiu falta de respeito em geral, com apelidos, deboches e xingamentos. (S.PAULO, JORNAL FOLHA, 2017).

Nessa perspectiva, diante desse fato, percebe-se a necessidade de avaliar o crescimento e a admissão da população idosa frente ao mercado de trabalho brasileiro, pois não afeta somente a classe mais velha em si, mas também a economia do país.

Portanto, indaga-se: quais as dificuldades enfrentadas pelo idoso no mercado de trabalho brasileiro? Quais as medidas fornecidas pela política nacional do idoso e o estatuto do idoso? Quais os incentivos e medidas de proteção que promovem a inclusão social do idoso no mercado de trabalho?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar o crescimento e as dificuldades enfrentadas pelo indivíduo idoso frente ao mercado de trabalho na atualidade.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: a pontar a evolução histórica dos direitos dos idosos na legislação brasileira; Apresentar os direitos fundamentais constitucionais e as medidas de proteção estendidas aos idosos e Verificar se o Poder Público dispõe de Políticas Públicas específicas e eficazes para a efetivação dos direitos do idoso dentre eles a sua inclusão no mercado de trabalho.

Parte-se da hipótese buscar assegurar os direitos das pessoas idosas igual ou superior a 60 anos de idade, através da Lei nº 8.842, de janeiro de 1994, que trata da política nacional do idoso, e a Lei 10741/03- Estatuto do Idoso e da Constituição Federal Brasileira. Pois Entende-se que a atribuição do Estado é solucionar conflitos e promover a integração da pessoa independentemente de raça, cor, gênero e idade no mercado de trabalho, através de incentivos e sempre resguardar os direitos já garantidos, cuidando da integridade física e moral.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa com o Método Dedutivo, que partirá do geral para o específico, através de argumentos e do pensamento lógico.

No primeiro capítulo, é apontada a evolução histórica dos direitos dos idosos na legislação brasileira.

No segundo capítulo, apresenta-se os direitos fundamentais constitucionais e as medidas de proteção estendidas aos idosos .

No terceiro capítulo, faz-se um levantamento de dados disponíveis se o Poder Público dispõe de políticas públicas específicas e eficazes para a efetivação dos direitos do idoso dentre elas a sua inclusão no mercado de trabalho.

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta sobeja respondida com a confirmação da hipótese, indicando que fica atribuído ao Estado a solucionar conflitos e promover a socialização de qualquer pessoa, seja por idade, cor, raça ou gênero, assegurando também os direitos de garantia da pessoa humana.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS IDOSOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 O crescimento da população idosa brasileira

O crescimento da população idosa é um acontecimento mundial. As Nações Unidas avaliam que aproximadamente 1 milhão de pessoas excedam a barreira dos 60 anos de idade a cada mês no planeta. Entre 1980 a 2025, a expansão da população idosa será de 217%, no Brasil, no mesmo intervalo, o aumento deverá atingir 412%, elevando o país ao 6º lugar no mundo em número de pessoas idosas. Todavia, diferentemente dos países europeus, que demoram mais de um século para envelhecer, no Brasil ocorre na metade do tempo. (MINISTERIO DA SAUDE, 2014)

Entre as causas que motivaram a mudança demográfica brasileira, mencionam-se a progressiva atuação da mulher no mercado de trabalho, a colaboração para adiminuição considerável da taxa de fecundidade e a criação da pílula anticoncepcional, onde o planejamento familiar em relação a quantidade de filhos tornou-se possível. Além do mais, com a evolução da Medicina, especialmente com o descobrimento dos antibióticos e desenvolvimentos nas condições de saneamento básico, acarretou a redução da mortalidade infantil e ao aumento da longevidade (CHAIMOWICZ, 2013)

A elevação de pessoas idosas no mundo e em um país como o Brasil, que por logos anos contou com a predominância de jovens, leva a novas necessidades, principalmente de trazer políticas protetivas e asseguradoras de direitos a pessoa da terceira idade.

1.2 A inclusão do tema envelhecer nas políticas públicas

A partir da década de 80, a agenda política começou a abordar a questão da velice. Em 1982, a Organização das Nações Unidas, decidiu promover um fórum

intergovernamental em Viena, que marcou o debate sobre políticas públicas em prol da população idosa, que foi intitulada de "I Assembleia Mundial sobre Envelhecimento". Nessa cerimônia foi definido que: nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, o marco cronológico da velhice era de 65 anos, e a pessoa com 60 anos ou mais seria considerada idosa.(ONU, 1945)

Da mesma forma, foi idealizado um projeto de ação para garantir oportunidades de integração da pessoa idosa tanto na sociedade quanto na economia, visando não deixá-los de fora nos aspectos de desenvolvimento dos países.(PAIV, 1982)

No Brasil, a partir de 1970 ocorreu várias iniciativas sobre o tema, criou-se o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Já em 1976 foi elaborada a Política Nacional para a Terceira Idade, que arquitetou orientações sobre a política social para a velhice.

A Constituição Federal em 1988 inseriu a pessoa idosa na parte que trata sobre seguridade social e no artigo 230 disserta que:

"A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

Outro acontecimento de grande relevância ocorreu em 1994, onde foi criado o Conselho Nacional do Idoso. Por fim, em 2003, o Estatuto do Idoso foi sancionado, lei representativa que em seu artigo 4º prescreve que "nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei".(EI, 2003)

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ESTENDIDAS AOS IDOSOS

Os Direitos fundamentais, conforme o professor José Afonso da Silva, são prerrogativas e instituições onde o direito positivo materializa-se em garantias de uma comunhão honesta, livre e igual de todas as pessoas, sendo o Estado o responsável por positivar tais direitos. Com isso, podemos conceituar que os direitos fundamentais são todos aqueles necessários a uma vida digna. (SILVA, José, 2005)

2.1 No Estatuto do Idoso

A elaboração dessa lei foi de vasta relevância, pois tornou-se referência significativa para políticas que englobam a classe idosa. Com o Estatuto, a terceira idade ganhou notoriedade e pôde firmar atribuições e garantias para esse grupo, possibilitando proporcionar maior segurança e a tentar mudar a crença que rodeia a sociedade de que o idoso é incapaz de continuar exercendo as atividades laborais e não podendo entrar no mercado de trabalho. (PAOLINI, 2015)

No Estatuto do idoso, Lei Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003, no artigo 2º diz que: "O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade". Sendo assim, resguardado os seus direitos. (ESTATUTO DO IDOSO, 2003)

O primeiro direito que está claramente visível no Estatuto do Idoso é o Direito à Vida. Podendo ser classificado como o direito principal de todos. Viver bem e plenamente guarda relação com políticas sociais de proteção a esta fase da vida. Por meio de sua intervenção e de políticas voltadas a esta população, o Estado tem a obrigação de intervir nas indagações que interferem no envelhecimento. (MP Pernambuco, 2012)

Envelhecer com decência refere-se ao acesso à saúde e a melhor condição de vida, o que engloba o aproveitamento de outros direitos:

"Do Direito à Vida

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade." (ESTATUTO DO IDOSO, 2003)

A pessoa idosa sofre preconceito e rejeição em várias situações do seu cotidiano, principalmente quando não se tem a devida atenção em questões importantes de sua vida, é excluído de decisões familiares ou quando até mesmo são tomadas medidas em seu lugar. A habilidade de escolher, de andar livremente, de votar, de demonstrar suas opiniões sobre qualquer assunto, de preservação do seu espaço físico, seus objetos e bens pessoais são direitos de cidadania, assegurados pela Constituição.

Podemos encontrar tais direitos e medidas de proteção no capítulo II, que aborda os aspectos do direito a liberdade, ao respeito e à dignidade. Como diz no Art. 10:

“No Art. 10 É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”

No parágrafo primeiro e seu § 3º diz que;

“§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

A Constituição Federal (1988) nos traz alguns elementos, essencialmente os relacionados à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, reforçando em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei”, independentemente de idade, frustrando seja qual for o tipo de discriminação.

A Política Nacional do Idoso (1996) ressalta o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar os direitos do idoso, além disso para agregá-lo na sociedade e conceder sua colaboração onde vive, sem marginalização.

O Estatuto do Idoso (2003) foi gerado com propósito de validar as garantias da pessoa idosa assegurados anteriormente, corroborando a atuação e a coabitação do idoso na sociedade, até mesmo com outras gerações, através de meios acessíveis e possíveis em diversas áreas, incluindo o trabalho

2.2 O idoso no mercado de trabalho

O ato de envelhecer acontece em todas as regiões do mundo, o quer dizer que a mão de obra está envelhecendo também. Junto da constante queda da natalidade nota-se um crescimento na média de idade da população economicamente ativa em todos os países (VIÇOSA, 2015)

Existe uma tendência de ocorrência mundial, onde os idosos permanecem ativos mesmo após a aposentadoria, contradizendo o fato de muitos trabalhadores se aposentarem e saírem do mercado de trabalho (LOPES, 2010, apud, XIMENES, 2015).

No Art 26 do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003 (BRASIL, 2003) certifica que; o idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas. “O trabalho é um direito essencial para a vida do homem, que não deve esbarrar com obstáculos em seu tempo de existência. A idade apenas pode ser julgada como um barreira ao exercício do trabalho quando for em prol do idoso. Portanto, está assegurado o direito ao trabalho para a pessoa

idoso quando atendida as peculiaridades e as necessidades em função da sua condição. As atividades a serem realizadas pelo idoso em sua vida profissional devem ser compatíveis as suas condições físicas e mentais". (WELL, 2015)

No aspecto internacional há várias investigações sobre a participação dos idosos no mercado de trabalho. Todavia, no Brasil tais estudos ainda são escassos. As condições realçadas pela literatura com mais significativas para a atuação dos idosos no mercado de trabalho associam-se às circunstâncias de saúde, educação, expectativa de vida, idade, posição na família e renda domiciliar (QUEIROZ et al., 2012).

O aumento do número de indivíduos em idade ativa contribui para o aumento das riquezas do Brasil, na medida em que essas pessoas são absorvidas pelo mercado de trabalho (AGOSTINHO; MÁXIMO, 2006).

A participação do idoso no mercado de trabalho é suma importância pois, ajuda na melhoria da qualidade de vida, proporcionar o aumento da renda familiar e possivelmente o poder aquisitivo, influenciando no consumo; na autoestima, autonomia e independência, das pessoas idosas.

No Brasil, na área de trabalho e previdência social, elaboram-se leis que garantem procedimentos que dificultam à discriminação do idoso quanto a sua participação no mercado de trabalho (PLANALTO, 2015). Destaca-se que, no Brasil, não há nenhum impedimento legal para que o idoso continue ou se insira novamente no mercado de trabalho, sendo a aposentadoria feita independentemente do desligamento do emprego (CARRERA-FERNANDEZ; MENEZES, 2001).

2.2.1 Aposentadoria

Parar com a rotina laboral poderá simbolizar uma interrupção nos referenciais do sujeito, e o não convívio com o trabalho será capaz de ocasionar, eventualmente, obstáculos emocionais e angústias. Contudo, planejamentos relacionados a ocupações agradáveis e de horários flexíveis influenciam o trabalhador atingir uma aposentadoria mais serena e prazerosa, dando mais tempo para família e amigos (BRESSAN et al. 2012 apud. PETRY, 2017).

Seguindo esse raciocínio, Leite diz:

"esse afastamento pode causar efeitos desastrosos aos idosos, efeitos estes, psicológicos, pois muitas pessoas se sentem perdidas, não sabendo o que fazer; domésticos, devido à presença permanente do aposentado em casa,

podendo perturbar a rotina da mesma; e familiares, pois o contato maior com os familiares pode provocar ou agravar conflitos. (LEITE, 1993, apud, J.B, L.O, C.M, 2017)”

No Brasil, como um meio de garantir a sobrevivência dos trabalhadores mais idosos, a aposentadoria foi aplicada como uma alternativa. O intuito era ameizar a pobreza, situações em que muitos se encontravam, pois apenas poucas pessoas conseguiam chegar à idade de 70 anos para aposentar-se. A princípio a aposentadoria foi cogitada como uma “esmola”, e atualmente é um direito legal, adquiridos pelos trabalhadores por meio da luta dos sindicatos, o que leva os aposentados a alcançar um novo estágio de suas vidas (FONTOURA; DOLL; OLIVEIRA, 2015).

Soares e Costa (2011) torna-se mais difícil o acomodamento na aposentadoria, para os aposentados que não se organizaram em relação à sua saída da rotina laboral, pois não conseguem enxergar grandes perspectivas de vida. Diante desse novo cenário, precisam refazer aspectos individuais, para poder, daí por diante, enfrentar os novos desafios relacionados ao envelhecimento e à aposentadoria.(COSTA, 2011)

2.2.2 A relevância da família

A relevância da família Segundo Gomes (2015), a recongnção da importância da família na vida social do idoso está consolidado no Art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos (1948), que declara que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. Este pensamento é assegurado no Estatuto do Idoso, que declara, em seu artigo 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003).

Além disto, para Gomes (2015) a intromissão da assistência social na família possui a finalidade de prevenir a quebra dos vínculos, reforçando as relações afetivas, de forma que o idoso continue em seu núcleo familiar, sinta-se parte dele, e possua papel ativo. (GOMES, 2015)

Sendo assim, para a família prevenir, proteger, promover e incluir seus membros, é preciso garantir condições de sustentabilidade.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO

3.1 A Política Nacional do Idoso

A Lei nº 8.842, que elaborou a Política Nacional do Idoso (PNI), foi legitimada em 4 de janeiro de 1994 e regulamentada pelo Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996. Ela garante os direitos sociais e determina as condições para impulsionar sua integração, autonomia e atuação efetiva na sociedade. Pretende atender às necessidades básicas da população idosa referente à educação, saúde, habitação e urbanismo, esporte, trabalho, assistência social e previdência, justiça (BRASIL, 1994, art. 1).

A lei mencionada confere jurisdição a órgãos públicos, em concordância com suas funcionalidades específicas, motivando que cada ministério efetue proposta orçamentária, objetivando o financiamento de programas compatíveis e integrados voltados à população idosa, e proporcione cursos de capacitação, estudos, levantamentos e pesquisas relativos ao tema, em suas inúmeras dimensões.

Além disso, a PNI estabeleceu algumas maneiras de atendimento às necessidades do idoso, como os Centros de Convivência e Centros de Cuidado Diurno (BRASIL, 1994, art. 10, I, b).

Além do que, assinala que a atenção ao idoso deve ser interposto por sua família, em agravo da internação em instituições de longa permanência para idosos (ILPI).

3.2 Estatuto do Idoso

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto de Idoso (EI), estabelece ações de proteção a todos os cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos, definindo direitos, deveres e medidas de punição. É a base legal de maior potencial de regulamentação dos direitos da pessoa idosa.(BRASIL, 2003).

A princípio, o Estatuto preocupa-se em ratificar a obrigação da família, comunidade, da sociedade e do Estado em garantir à pessoa idosa a concretização dos direitos à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, proibindo qualquer tipo de discriminação, violência, negligência ou crueldade que atinja ou afronte os direitos do idoso, seja por ação ou omissão (BRASIL, 2003, art. 3 e 4).

Nos Arts. 8º e 9º estabelecem a obrigatoriedade do Estado de garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, por meio de Políticas Públicas que permitam um envelhecimento digno (BRASIL, Lei 10.741, 2003).

No tocante às obrigações alimentícias, indicam no Arts. 11 a 14, em conformidade com o Código Civil, que é preciso garantir, que as necessidades básicas do idoso sejam supridas pela família, englobando alimentação, vestuário, habitação e saúde (BRASIL, Lei 10.741, 2003).

Desse modo, a pessoa idosa que necessita de ajuda e não consegue de maneira espontâneo, deve acionar a justiça. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso escolher a quem demandar seu direito. Contudo, se a família não possui condições de lhe prestar alimentos, vale ao poder público, competindo tal responsabilidade à assistência social, de acordo como dispõe a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, a LOAS (BRASIL, 1993).

Da mesma forma, Estatuto atende o direito de atenção integral à saúde do idoso, por mediação do Sistema Único de Saúde (SUS). Garante o acesso universal e igualitário para prevenção, promoção e proteção, bem como recuperação da saúde, designando o atendimento preferencial à pessoa idosa (BRASIL, 2003).

É indispensável salientar, ainda, que cabe ao poder público guarnecer gratuitamente à pessoa idosa: medicamentos, inclusive aqueles de uso continuado, próteses, órteses, reabilitação ou habilitação. Ainda, é proibida a cobrança de valores diferenciados em decorrência da idade nos planos de saúde, caracterizando discriminação, abarcando até mesmo os idosos que possuem contratos anteriores à vigência do Estatuto (BRASIL, 2003, art. 15º, parágrafo 3º).

Sobre discriminação, presente em nosso dia a dia, prescreve o Estatuto que o idoso poderá e deverá ser admitido em qualquer emprego. Em concursos públicos, a única ressalva é em relação à complexidade e/ou natureza do cargo (ESTATUTO DO IDOSO, art. 27, 2003).

A respeito do transporte, nos arts. 39 a 42, garante aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos (mediante a apresentação de qualquer documento que prove sua idade) e a reserva de 10% dos assentos em veículos de transporte coletivo. (BRASIL, Lei 10.741, 2003)

No transporte interestadual, o estatuto determina que sejam reservadas, por ônibus, duas vagas gratuitas para idosos com renda igual ou inferior a dois salários

mínimos e desconto de 50%, no mínimo, no valor das passagens para aqueles que excederem as vagas gratuitas, com renda inferior ou igual a dois salários mínimo.

Conforme apresentam os arts. 69 a 71, na Justiça, em todos os processos, procedimentos, execução de atos, diligências em que figure como parte ou venha a intervir, em qualquer instância do Poder Judiciário, uma pessoa com 60 anos ou mais, esta terá prioridade, desde que solicite, por meio de documento que comprove sua idade, o benefício à autoridade judiciária, que colocará tarja de preferência nos autos do processo. A prioridade não cessa com o falecimento, estendendo-se ao cônjuge ou companheiro com união estável, maior de 60 anos (BRASIL, Lei 10.741, 2003).

O Estatuto do Idoso acompanha-se de medidas de proteção ao idoso, com o propósito de punir qualquer um que violar ou ameaçar seus direitos por ação ou omissão. Essas sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, objetivando sempre à proteção da classe mais vulnerável. Não sendo cumpridas, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), intervêm, no intuito de salvaguardar a integridade individual do idoso. O próprio estatuto estabelece, nos Arts. 96 a 106, as penas para cada tipo de lesão, seja ela de cunho sexual, financeiro, psicológico, medicamentoso, de assistência médica ou alimentar, entre outros (BRASIL, Lei 10.741, 2003).

Por todos essas questões, o Estatuto do Idoso é dispositivo legal de suma importância para buscar a efetivação e defesa dos direitos do idoso, pois determina direitos e deveres não só do público em questão, mas também de sua família, Estado e sociedade como um tripé responsável pela sustentação da população mais velha, discorrendo inclusive sobre sanções para quem violá-los.

CONCLUSÃO

Em virtudes dos fatos mencionados, observar-se o aumento significativamente do numero de pessoas idosas no país, e que mesmo desfrutando de políticas públicas em favor do andamento de envelhecimento e da velhice em si, estas ainda se constatarem insuficientes para cobrir de forma igualitaria toda a população idosa que compõe a sociedade.

Nesse contexto, o envelhecer dos habitantes brasileiros encontra-se abalado, pois, mesmo que esteja acontecendo o acolhimento crescente relacionado aos idosos, vemos muitos deles até então sendo ignorados pela sociedade, demonstrando que a legislação atual tem falhado, pois a forma como são vistos e

tratados perante a população ainda não modificou, estabelecendo uma contínua exclusão no contexto social.

Essa contínua extensão da população geriátrica na sociedade Brasileira solicita uma reorganização e planejamento do país centrados na longevidade a longo prazo, oferecendo serviços integrais à atenção ao idoso e modelos de políticas especializadas que respondam as necessidades patológicas e ocupacionais da população, proporcionando um envelhecimento saudável.

Contudo, não necessariamente os aposentados permanecerão ineptos após sua saída da rotina laboral, todavia, é interessante o indivíduo fazer planejamento para realização de outras atividades conjuntas ao trabalho, simplificando, assim, o enfrentamento da fase da velhice e da aposentadoria, permitindo reorganizar sua nova condição de vida mais tranquilamente.

Diante disto, é necessário um maior aprofundamento e uma atenção maior, na temática que envolve o crescimento da população idosa e atuação das mesmas no mercado de trabalho. Sendo primordial também, uma maior aplicabilidade e participação de políticas públicas já existente e a criação de outras novas ferramentas com o foco voltado para a manutenção da convivência social do idoso, bem como a capacitação profissional, o engajamento em campanhas contra a violência moral, intelectual e física de pessoas da terceira idade, incentivos tributários para empresas para incentivar ainda mais o crescimento no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Agência. **“Total de idosos no mercado de trabalho cresce; precariedade aumenta”**. 2019. Disponível

em: <https://www.metrojornal.com.br/foco/2019/05/01/total-de-idosos-no-mercado-de-trabalho-cresce-precariedade-aumenta.html>. Acesso em: 28/08/2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988.

Brasil. Decreto nº 1.948, de 03 de julho de 1996. **Regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 jul. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1948.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 26 jul. 2019.

CRAIDE, Sabrina. **"Participação de idoso no mercado formal de trabalho cresce 30% em cinco anos"**. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-06/participacao-de-idosos-no-mercado-formal-de-trabalho-cresce-30-em-cinco>. Acesso em: 30/08/2019.

CHAIMOWICZ F. **Envelhecimento populacional e saúde dos idosos.** Belo Horizonte: Nescon UFMG; 2013. 167 p.

GONTIJO, SUZANA. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde.** 1. ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005.

Ministério da Saúde (BR). Secretaria de Direitos Humanos. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa.** Brasília: MS; 2014.

MALLET, Sandra Mendonça. **Violência contra idosos: um grande desafio do envelhecimento.** Rev Med Minas Gerais, v. 8, p. 408-413, 2016.

ONU, Nações Unidas Brasil. **"A ONU e as pessoas idosas"** disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> > Acesso em 20/08/2019

PAOLINI, Karoline Silva. **Desafios da inclusão do idoso no mercado de trabalho.** *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, [s.l.], v. 14, n. 2, p.177-182, 2016. Zeppelini Editorial e Comunicação. <http://dx.doi.org/10.5327/z1679-443520162915>.

PARADELLA, Rodrigo. **"Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017"**. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 30/07/2019.

PINTO, Ana Estela de Souza. **"Para mais de 90%, existe preconceito contra os idosos no Brasil"**. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1938235-para-mais-de-90-existe-preconceito-contra-os-idosos-no-brasil.shtml>. Acesso em: 26/08/2019.

RODRIGUES, Milena, AYABE, Noelle Harumi, LUNARDELLI, Maria Cristina Frollini, CANÊO, Luiz Carlos. **A preparação para a aposentadoria: o papel do psicólogo**

frente a essa questão. Revista Brasileira de Orientação Profissional, v. 6, n 1, p. 53-62, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

WELL, Lívia Van. **“Artigo 26”**. 2015. Disponível em: <https://www.direitocom.com/estatuto-do-idoso-comentado/titulo-ii-dos-direitos-fundamentais-do-artigo-8-ao-42/capitulo-vi-da-profissionalizacao-e-do-trabalho-do-artigo-26-ao-28/artigo-26-8>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MENOR INFRATOR FRENTE AOS DESAFIOS NA SUA REINTEGRAÇÃO NA SOCIEDADE

ELAINE LIMA DE CASTRO: Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa tem por objetivo analisar as ações socioeducativas que visem contribuir para a ressocialização dos menores infratores, buscando compreender e descrever a estrutura e funcionamento e Atendimento Socioeducativo e propor as melhores práticas de intervenções socioeducativas de ressocialização de menores infratores. Abordar os direitos e garantias dos adolescentes, verificar as medidas socioeducativas e seus efeitos para a ressocialização do adolescente e averiguar a eficácia das medidas socioeducativas na ressocialização do menor infrator. A proposta metodológica de abordagem histórica sociológica, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Realizando o levantamento de dados, por meio de arquivos científicos identificando desafios de sua reintegração do menor infrator na sociedade.

Palavras-chave: Menor infrator; ressocialização; reintegração; direitos.

ABSTRACT: This research aims to analyze the socio-educational actions that aim to contribute to the resocialization of juvenile offenders, seeking to understand and describe the structure and operation and Socioeducational Care and to propose the best practices of socio-educational interventions for resocialization of juvenile offenders. Address the rights and guarantees of adolescents, verify the socio-educational measures and their effects on the resocialization of adolescents and ascertain the effectiveness of socio-educational measures in the resocialization of the minor offender. The methodological proposal of historical sociological approach, using, for such, the bibliographical and jurisprudential research. Performing data collection through scientific archives identifying challenges of its reintegration of the minor offender in society.

Keywords: Minor offende; resocialization; reintegration; rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO.1 MENOR INFRATOR. 1.2 O ATO INFRACIONAL. 2. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 2.1. OS DIREITOS E GARANTIAS DAS CRIANÇAS E

ADOLESCENTES. 2.2 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA E SEUS EFEITOS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE. 2.3 EFICÁCIA DAS MEDIDAS NA RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

Os interesses da criança e do adolescente sempre existiram, mas nem sempre tiveram dimensão suficiente para fomentar o reconhecimento de que suas relações pudessem interessar ao Direito, como explica Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, p. 11):

Seus interesses confundiam-se com os interesses dos adultos, como se fossem elementos de uma simbiose onde os benefícios da união estariam contemplados pela proteção jurídica destinada aos últimos. Figuravam, em regra, como meros objetos da intervenção do mundo adulto, sendo exemplificativa a utilização de a velha expressão pátrio poder, indicativa de uma gênese onde o Direito tinha como preocupação disciplinar exclusivamente as prerrogativas dos pais em relação aos filhos, suas crias. Não existia a diferenciação de criança e adolescente, sendo inicialmente feita uma distinção que atualmente conhecemos como sendo de direito civil.

Antes de 1988, o Brasil contava com o Código de Menores, documento legal para a população menor de 18 anos e que visava especialmente à questão de menores em “situação irregular”, de vulnerabilidade social. A visão tradicional da época era de que crianças e adolescentes eram incapazes e consideradas um problema para o Estado e autoridades judiciárias. O ECA foi criado pouco depois da promulgação da nova Carta Magna, a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, por prever novos direitos fundamentais aos brasileiros.

No art. 2, do Estatuto da criança e do Adolescente faz uma distinção entre criança e adolescente: “considera-se criança, para os efeitos da Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquele entre doze e dezoito anos de idade”. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Associando-se ao disposto no Código Civil, torna-se adulto, para fins civis, o ser humano que atinge a idade de 18 anos. O Código Penal fixa em dezoito anos a idade da responsabilidade para fins criminais. O art. 228 da CF diz que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante disso, aplica-se o conteúdo da Lei 8069/90, como regra, à pessoa com até dezessete anos completos.

A Constituição Federal de 1988 proporcionou a criação das condições necessárias para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), afastando-se da doutrina da situação irregular para se vincular à doutrina da proteção integral, pela qual toda criança ou adolescente é considerado sujeito de direitos e por se encontrar em fase especial de desenvolvimento, necessita, portanto, da proteção do Estado, conforme o art. 4º da Lei nº 8.069/90: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Com a publicação do ECA em 1990, surge uma nova doutrina de entendimento com relação ao adolescente infrator, pois essa legislação considerada uma das mais modernas do mundo, institui uma série de mecanismos legais de constituição e formação desse sujeito interligadas entre os vários campos do saber científico, (direito, psicologia, medicina, biologia, pedagogia, educação) os quais produzem as suas próprias verdades diante desse adolescente, gerando efeitos em toda a sociedade.

Os princípios fundamentais do ECA afirmam que crianças e adolescentes são prioridade absoluta, sujeitos de direitos e pessoas em fase especial de desenvolvimento. A prioridade absoluta engloba a primazia de receber proteção e socorro em todas as circunstâncias, a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na criação e execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude.

1. MENOR INFRATOR

É na adolescência que o adolescente se encontra numa fase desorientada pelas diversas transformações sofridas, as quais ocasionarão consequências para o mesmo. É neste contexto que ele desenvolverá a busca da sua identidade, princípios éticos, por meio de influências familiares, sociais e econômicas, desenvolvendo sua relação com o mundo.

Para que haja a apuração do ato infracional, é necessária, a atuação de vários órgãos do Judiciário, Ministério Público, sendo imprescindível uma total integração entre estes, com intuito de que os direitos e garantias do adolescente não sejam violados.

O adolescente autor da prática de qualquer “infração penal” (pois legalmente o ECA atribui esse termo jurídico para o jovem com menos de 18 anos que comete “crimes” assim tipificados pelo código penal) é visto como um

delinquente, um marginal, ou um “anormal” conforme Michel Foucault, como àquele que se desvia da norma, que precisa ser normalizado, controlado, disciplinado por este Biopoder, o qual sujeita os corpos a um tipo de controle determinado pela norma, pela lei.

E para tanto, segundo Foucault, essa governamentalidade estigmatiza e coloca estereótipos nesse jovem delinquente, com o discurso do indivíduo marginalizado socialmente, que mora na favela, não alfabetizado, sem estrutura familiar, pobre, já diagnosticado pelas ciências do saber humano, como um potencial problema a ser corrigido.

1.2 O ATO INFRACIONAL

A fundamentação teórica é embasada na Lei n.º 8.069/9 Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

O ato Infracional pode ser conceituado sobre os aspectos material, formal e analítico. O aspecto material é o que busca estabelecer a essência do conceito, ou seja, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Portanto, sob esta ótica o crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Em seu aspecto formal, o conceito de crime resulta de mera adequação da conduta ao tipo legal, logo, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal. Vale ressaltar que para considerar a existência de um crime, deve-se levar em conta a sua essência ou lesividade material, ao contrário estaria constituída uma afronta ao princípio constitucional da dignidade humana.

O aspecto analítico é aquele que busca estabelecer elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito/antijurídico. Primeiramente deve ser observada a tipicidade da conduta. Conforme Capez, fato típico é

O fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal” e constitui quatro elementos: conduta dolosa ou

culposa; resultado; nexa causal; tipicidade), caso a conduta seja típica, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, tem-se uma infração penal. Depois há de ser apurado se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se o autor deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu.

2. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas encontram-se no artigo 112 da Lei Federal 8.069, de treze de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, e são aplicáveis aos menores que incidirem na prática de atos infracionais. Tal rol é taxativo, sendo vedada aplicação de qualquer medida diversa daquelas enunciadas. O legislador pátrio facultou ainda no inciso VII, do referido artigo, a aplicação, cumulativa ou não, de qualquer uma das medidas protetivas previstas no artigo 101, inciso I a VI.

2.1 OS DIREITOS E GARANTIAS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

As medidas socioeducativas foram criadas com o objetivo educacional e sancionatório quanto aos jovens que se envolvem em ato infracional, quando trata dos cuidados essenciais que devem orientar a aplicação das medidas socioeducativas: em que são estabelecidas regras próprias para o Poder Público lidar com esses jovens sem desprezar os direitos legalmente garantidos, como à vida, educação, dignidade, convivência familiar, tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e diretamente relacionados com a Constituição Federal.

No ECA que se encontra na lei 8069-90 nos fala dos direitos da criança ECA, junto da análise jurisprudencial, afim de verificar se Estatuto está em acordo com os preceitos da Constituição Federal ou não. O método de procedimento foi o monográfico e o de abordagem, o histórico sociológico, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Uns dos artigos mais importante nessa lei e na vida de uma criança e um adolescente são os artigos 3 e 4 do ECA onde fala do convívio familiar que é a maior garantia da criança e do adolescente e aborda um dos direitos fundamentais.

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas,

as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 4º

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Essas garantias são invioláveis;

O art. 5º, caput e inciso I, da CF e art. 100, par. único, incisos I e XII, do ECA. Apesar de dizer aparentemente o óbvio, o presente dispositivo traz uma importante inovação em relação à sistemática anterior ao ECA, na medida em que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e não meros “objetos” da intervenção estatal. Art. 5º, da CF 88, que ao conferir a todos a igualdade em direitos e deveres individuais e coletivos, logicamente também os estendeu a crianças e adolescentes.

O verdadeiro princípio que o presente dispositivo encerra, tem reflexos não apenas no direito material, mas também se aplica na esfera processual, não sendo admissível, por exemplo, que adolescentes acusados da prática de atos infracionais deixem de ter fielmente respeitadas todas as garantias processuais asseguradas aos acusados em geral, seja qual for sua idade (vide comentários aos arts. 106 a 111, do ECA).

A condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos torna ainda obrigatória sua oitiva sempre que em jogo estiver a necessidade de salvaguarda de seus direitos, seja por parte dos pais ou responsável, seja por parte do Estado, em especial quando da aplicação das medidas de proteção relacionadas no art. 101, do ECA desde que, logicamente, a criança ou adolescente tenha condição de exprimir sua vontade, tal qual expresso pelo art. 12, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989 e art. 100, par. único, inciso XII, do ECA. 6 Vide Princípios 1º e 2º, da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 e arts. 1º, 4º, 6º e 15 a 18, do ECA. 665

Sua Lei 12.59410, sancionada em 18 de janeiro de 2012, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional

A Constituição Federal vigente deixa claro sua importância em seus dispositivos, ela tem supremacia legal, mas isso não significa que ela será aplicada de forma isolada. As leis e princípios devem fazer parte da interpretação para que se chegue a uma solução que não traga violação ao mais importante: os Direitos Humanos. A lei SINASE dispõe sobre um levantamento de dados que deve ser feito de forma anual sobre adolescentes em conflito com a lei que busca controlar e fiscalizar o assunto no país, mesmo com essa previsão o último levantamento que foi divulgado no ano de 2018, é referente ao ano de 2016 - o que já é uma falta de

respeito com a previsão legal e com a causa - A responsável por essa divulgação foi a Secretaria Nacional do Direito da Criança e do Adolescente e do Ministério dos Direitos Humanos

Ademais, o SINASE também determina uma atenção do Estado para com a família e a comunidade, trazendo como orientação fundamental, a participação delas durante a aplicação das medidas socioeducativas. Orienta que as atividades sejam programadas para que proporcione momentos objetivando fortalecer os vínculos na medida da realidade familiar BRASIL, 2012. Estas atividades destinadas às famílias, segundo os profissionais entrevistados durante este estudo, ocorrem, mas não com muita frequência, a maioria em datas comemorativas, como a páscoa, o natal, o dia das mães, são momentos gerais. O motivo relatado como principal é a distância, a dificuldade financeira dos parentes e o surgimento das facções no ambiente juvenil, o que obrigou a Unidade a ser mais cautelosa quanto à programação de atividades fora da rotina diária dos meninos (SOCIOEDUCADOR 1, 2 e 3, 2019).

Desta forma, seguido de outros artigos da Constituição Federal e das leis aqui citadas resta comprovado que a revogação destes institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente seria uma medida de garantir ainda o princípio da proteção integral a todos os adolescentes, visto que estes não podem estar à mercê do poder punitivo estatal, do contrário, devem estar amparados de políticas públicas que possibilitem seu desenvolvimento em sociedade.

2.3 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA E SEUS EFEITOS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE.

As medidas socioeducativas são sanções aplicadas aos adolescentes que cometem ato infracional e estão previstas no Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ou seja, o Estatuto não traz apenas os direitos das crianças e adolescentes, mas também seus deveres, devendo os adolescentes serem responsabilizados pelos seus atos.

O adolescente autor de ato infracional é responsabilizado por determinação judicial a cumprir medidas socioeducativas, que contribuem de maneira pedagógica, para o acesso aos direitos e para a mudança de valores pessoais e sociais dos adolescentes. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas podem acontecer em liberdade, em meio aberto ou, com privação de liberdade, por meio de internação. São medidas socioeducativas:

A família é segundo a Constituição Federal a base da sociedade. O dever de proteção previsto nos artigos 226 e 227, não é obrigação exclusiva do Estado e da sociedade, mas, também da família. É na família, que encontramos a vida, o amor, o afeto, a dedicação, lar, itens estes que são indispensáveis e que comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente, quando estes não os encontram.

É sabido que falar sobre família é complexo, mas um assunto necessário. Isso porque, na maioria das vezes, a culpa e responsabilidade são sempre da família. Assim, é válido salientar que, conforme ocorrem as evoluções na sociedade, como a quebra de dogmas colocando hoje a mulher em um papel de empoderamento trabalhista e pessoal, também sofreu alterações o significado de família.

Sendo assim, o jovem infrator encontra no processo de ressocialização, identificando-se como pode ser dado o apoio necessário às famílias para que estas doem o devido suporte à boa e completa ressocialização do menor infrator. Portanto, no decorrer do trabalho, será demonstrada a definição de menor infrator e de ato infracional, além da compreensão sobre o que é a família, sua importância e influência na problemática das infrações e, por fim, as medidas socioeducativas disponibilizadas pelo Estado.

A família constitui grande riqueza social", assim disse o Papa Francisco no Congresso Latino americano da Pastoral Familiar no Panamá em 06 de agosto de 2014. Indubitavelmente essa riqueza social que constitui a família não é proveniente só da "família tradicional", patriarcal, cristã, formada por pai, mãe e filhos e sim por qualquer dos "tipos" de família conhecidos e defendidos pelo direito.

Ter quem abraçar, incentivar, ouvir e repreender no âmbito da família, sem dúvida é um grande passo para a formação do caráter de uma criança ou adolescente. Assim, onde é parco o exemplo e incentivo da família em relação à educação e sua importância é regra o aumento da evasão escolar e o descaso em face da figura do educador e até mesmo de outras autoridades.

Então a família se apresenta como primordial ponto de partida para a ressocialização tendo em vista que é no âmbito familiar que a criança aprende as primeiras normas de convivência e desenvolve suas primeiras capacidades de comunicação. É o no seio familiar que o individuo cresce e desenvolve seus sentimentos, onde tem os primeiros contatos com as recompensas e até mesmo com as punições. É também onde cria as primeiras imagens de si mesmo, onde experimenta os primeiros modelos de comportamento que moldarão seu caráter para o futuro.

Procedimentais aplicados perante a o processo a ser instituído na vara da infância e juventude na apuração de atos infracionais, bem como ainda quanto a atuação do conselho tutelar na comarca em auxílio ao juízo.

A escolha do tema se deu em razão do grande número de questões envolvendo crianças e adolescentes na esfera criminal, onde os jovens estão procurando meios delituosos, seja por acharem que esse é o caminho mais fácil, seja por qualquer outro motivo. Tem como contribuição científica utilizada no trabalho doutrina pertinente ao tema, leis relativas ao menor como Estatuto da Criança e do adolescente, Constituição Federal, bem como artigos e boletins jurídicos.

Nos tempos remotos, as práticas ilícitas do menor foram alvo de grandes discussões em meio à sociedade, pois não haviam leis específicas para sua punição, sendo que estes não poderiam ser punidos sem que tivessem atingido um certo grau de desenvolvimento. Diante de tais acontecimentos, os menores eram castigados sem uma punição específica, chegando por vezes a perderem sua própria vida, até que fosse legalizada tal situação a fim de que se estabelecesse uma penalização compatível com sua idade e o delito praticado.

A primeira legislação penal específica voltada para os menores, teve sua origem no Direito Romano, onde nesta legislação fazia-se uma distinção entre menores púberes e impúberes, sendo que no caso de menores impúberes o juiz deveria aplicar uma sanção mais branda, em razão de sua idade ser inferior COLPANI, 2003

No ano de 1923, Mello de Mattos foi o criador do juizado de menores, tendo sido também o primeiro juiz de menores da América Latina. O primeiro documento legal para estabelecer regras criminais à população menor de 18 anos, foi promulgado em 1927, sendo denominado de Código Mello Mattos, o qual visava estabelecer diretrizes claras no regramento da infância e juventude.

O Decreto nº 17.943 A (Código de Menores), de 12 de outubro de 1927, trazia em seu bojo o seguinte: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código”.

A primeira norma protetora do menor foi regulamentada pela Constituição Federal de 1937 em seu artigo 124, sendo estabelecido como princípio jurídico de defesa da família, o qual colocava a unidade familiar sob a tutela especial do Estado. Já a Constituição de 1946 permaneceu dando amparo à mesma proteção a família e aos filhos, mantendo a obrigação do Estado de prestar assistência à maternidade, à infância, à adolescência e à família de prole numerosa art. 163 a 165 da Constituição Federal de 1946.

Em 01 de Dezembro de 1964, foi criada a Fundação de Bem-Estar do Menor – FUNABEM conforme a Lei 4.513/64. A Fundação do Bem-Estar do Menor tinha como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor. A FUNABEM propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação se baseava na internação, tanto dos abandonados e carentes como dos infratores LORENZI, 2007.

A constituição posterior, ou seja, de 1967, dentre seus artigos manteve a mesma ideia que a constituição anterior e, posteriormente, com a Emenda Constitucional de número 1 de 1969 não fez nenhuma alteração substancial quanto à tutela do menor infrator, apenas determinou que a matéria fosse regulada por legislação especial MARTINS, 1988, p. 42

O ano de 1979 foi considerado o ano internacional da criança, e foi neste mesmo ano que foi promulgado a Lei nº 6.697, vindo ela a apenas a reformular o Código de Menores já existentes, o chamado Código Mello Mattos.

O Código de Menores não exauriu a matéria todo referente aos menores, omitindo, como por exemplo, na condução de educação moral e seu controle junto às escolas, cujas atribuições legais estão hoje vinculadas à legislação estadual sobre ensino, não se contribuindo um corpo de normas de caráter nacional. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 228, traz a condição de inimputável ao menor infrator, fazendo a previsão que este deverá obedecer a regras a serem estabelecidas em legislação especial, a qual foi criada no ano de 1990, sendo ela a atual a regulamentar os atos criminosos praticados por menores.

A legislação atual que estabelece regras relativas aos menores é a chamada ECA que foi promulgada em 13 de Julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira na produção de um documento de direitos humanos em respeito aos direitos da população infanto-juvenil, em seu art. 2, distingue a 'criança' (menor de 12 anos do 'adolescentes' entre 12 e 18 anos Somente para este ultimo é que prevê 'garantias processuais'

art. 110. Para a criança, só fala em 'medida de proteção' arts. 99 a 102 e 105. STJ – 6 T. – O presente estatuto visa tutelar todos os direitos relativos aos menores, não se referindo apenas na esfera penal, mas sim a tudo o que lhe possa se relacionar, observando sempre na sua aplicação a menoridade do indivíduo.(Brasil, 1990)

Dessa forma, acontece que, independentemente de a medida ser cumprida em meio aberto ou fechado, para que o objetivo seja atingido e este jovem não volte a delinquir, o atendimento às famílias é de suma importância, tornando-se na verdade imprescindível. Como já salientado, problemas no âmbito familiar são um

dos principais fatores que levam um menor a cometer um ato infracional e a intervenção estatal deve sempre responsabilizar os pais perante seus filhos no que couberem.

A ausência da família na participação das medidas socioeducativas leva a reincidência, tendo em vista que, quando esses jovens voltam do cumprimento de uma medida os pais não sabem lidar com eles. O que deve ser entendido é que cabe aos governantes criar e desenvolver os projetos destinados à proteção do adolescente em meio aberto, por exemplo prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida.

A partir do momento em que forem implantadas novas propostas de medidas de prestação de serviço à comunidade, essas serão extremamente eficazes e eficientes dentre as outras medidas previstas no ECA. Isso porque, a tendência é que as famílias assistidas evitem que seus filhos menores voltem a cometer novo ato infracional.

No estado de Rondônia no ano de 2009 foi lançado o programa 'Conhecer para Defender' desenvolvido pela Seção de Atendimento lançado pelo Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Velho. Este projeto teve como objetivo a divulgação para a sociedade do funcionamento das medidas socioeducativas previstas no ECA para a sociedade e promover a reflexão do adolescente que cumpre medida socioeducativa em meio aberto de forma a incluir a família do socio educando e ele mesmo na sociedade. O foco principal dessa divulgação foram entidades públicas, igrejas associações, etc.

2.3 EFICÁCIA DAS MEDIDAS NA RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR.

Atualmente podemos ver que os jovens estão na criminalidade cada dia mais cedo e que precisam de certa reeducação com a finalidade de retomarem uma vida saudável e darem continuidade a seu desenvolvimento psicológico e mental.

Quando o jovem entre doze e dezoito anos comete algum delito o termo utilizado não é pena e sim medida socioeducativa, no qual ele tem diversos tipos de medidas a serem adotadas, todas de acordo com a gravidade do ato infracional, isto é existe a advertência, a obrigação de reparar o dano quando o jovem agride algum tipo de patrimônio), prestação a serviço da comunidade medida alternativa à internação, onde o jovem presta serviços gratuitamente à sociedade, a liberdade assistida o jovem é supervisionado por uma autoridade, a semiliberdade reintegra o jovem à sociedade de forma gradual, no qual ele trabalha e estuda durante o dia e à noite recolhe-se ao estabelecimento de atendimento e a internação tem efeito punitivo e pedagógico, principalmente nas medidas restritivas à liberdade.

Com base em todas as informações podemos verificar que o jovem passa por diversas etapas antes de ter sua liberdade privada, inclusive muitos deles tem a

oportunidade de se redimir perante o ato cometido e de ter sua ressocialização. Porém segundo Capani 2003, vai depender muitas vezes da gravidade da situação, o grau de participação as circunstâncias em que ocorreu o ato; sua personalidade, a capacidade física e psicológica para cumprir a medida e as oportunidades de reflexão sobre seu comportamento. O que na prática em alguns casos acaba não ocorrendo, pois o jovem não está aberto a integração social, ou muitas vezes não tem a contribuição da família e da sociedade em que está inserido, acaba tendo até a carência por parte das políticas públicas o que gera uma certa probabilidade de retorno a criminalidade de tal modo que chega à última instância de punição. O objetivo das medidas socioeducativas acaba perdendo o efeito se não tem esse amparo e existe uma grande lacuna a ser preenchida no que se refere a ressocialização do jovem infrator.

Portanto esse projeto tem o objetivo de orientar sobre a possibilidade de adotarem essas medidas de maneira eficaz, principalmente em regiões onde não há o básico, ou seja, em parceria com as Ongs proporcionar oportunidades de auxílio e com isso diminuir os índices de violência praticadas por jovens e tentar garantir a eficácia das medidas sócio-educativas previstas pelo art. 112, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando também a recuperação da autoestima dos jovens e proporcionando a retomada dos vínculos familiares e com a comunidade. Como relatado anteriormente existem diversos tipos de medidas sócio-educativas para os jovens, cada uma adotada diante da gravidade do delito cometido, porém todas com a finalidade de reeducar esse jovem e garantir que o ato infracional não seja cometido novamente.

Para muitos especialistas a forma mais humana e pedagogicamente a mais promissora de abordagem educativa aos jovens infratores é o regime de liberdade assistida, isso se dá pelo fato do jovem poder ser educado e ainda permanecer em convívio social.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei 12.594, de 18 janeiro de 2012, tem por escopo a organização da execução das medidas socioeducativas a serem aplicadas aos adolescentes que praticaram ato infracional, conforme a legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo órgão responsável pela articulação daquele sistema com as instituições do Sistema de Justiça é a Secretaria de Direitos humanos da Presidência da República.

Cumprir destacar que como sistema integrado, o SINASE tem por objetivo assegurar a real eficácia e efetividade na execução das medidas socioeducativas de restrição e privação de liberdade impostas ao adolescente em conflito com a lei. Assim, articula tal sistema em todo o território nacional políticas setoriais básicas para tanto, alicerçado na natureza pedagógica da medida socioeducativa com fulcro na proteção aos direitos humanos, priorizando, portanto, as medidas em

meio aberto e não as de semiliberdade ou internação, como será demonstrado ao longo deste estudo.

Quanto ao método de procedimento, utilizou-se o bibliográfico, vez que empregados diversos instrumentos a fim de proporcionar o enriquecimento do conteúdo do presente trabalho acadêmico. Desde as melhores doutrinas, prelecionadas por renomados autores na seara do Direito da Criança e do adolescente, como também, importantes artigos e periódicos divulgados em endereços eletrônicos oficiais, produzidos por ilustres juristas, além de decisões proferidas pelos tribunais, foram meios aplicados para propiciaram o desenvolvimento do presente estudo.

A implementação do SINASE objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Defende, ainda, a ideia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturada, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.

Descarte, é " o SINASE constitui-se de uma política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei que se correlaciona e demanda iniciativas dos diferentes campos das políticas públicas e sociais. Essa política tem interfaces com diferentes sistemas e políticas e exige atuação diferenciada que coadune responsabilização (com a necessária limitação de direitos determinada por lei e aplicada por sentença) e satisfação de direitos

Ademais, no que diz respeito à coordenação do SINASE, esta será de incumbência da União, sem prejuízo da integração pelos sistemas estaduais, distrital e municipais, que terão liberdade de organização e funcionamento. A gestão e as funções executivas, por sua vez, competem à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, SDH. O Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, a cargo da União, em parceria com Estados, Distrito Federal e Municípios, conterà, em conformidade com a Lei, o diagnóstico da situação do SINASE, as diretrizes, metas, objetivos, prioridades, formas de financiamento e gestão das ações de atendimento socioeducativo para os decênios seguintes.

CONCLUSÃO

Portanto, é importante que a criança ou adolescente que cometeu um ato infracional seja acolhido sem preconceitos pela sociedade em que faz parte e que tenha as mesmas oportunidades que os demais jovens, uma vez que já foram sancionados por sua conduta delituosa. Assim, com um bom convívio social, sem discriminação, o menor poderá desenvolver sua capacidade interpessoal, melhorando seu respeito com o próximo. Em seguida, se tem a educação, que é peça fundamental no quebra-cabeça da ressocialização do menor infrator. Desde que realizada com seriedade, compromisso e afeto, a frequência à escola

proporcionará ao menor que cometeu ato infracional, além de novas futuras oportunidades de emprego, uma sociabilidade efetiva, uma rotina diária e ainda regras de convivência.

O apoio e incentivo do Estado também é fundamental na ressocialização dos jovens que foram levados pelos caminhos tortuosos do crime, com a criação de projetos que reeduem esta clientela, através da prevenção e do acolhimento. Além disso, este deveria ser o responsável por fornecer infraestrutura a todos os meios ressocializadores citados, com o fornecimento de uma educação de qualidade, apoio às famílias, entre outros.

Diante do exposto, observa-se que existem vários meios de mudar a trajetória dos jovens infratores. A sociedade e a família devem se unir para acolher de maneira digna o infrator, que mesmo diante de suas ações negativas, são seres em processo de desenvolvimento e que necessitam de atenção, afeto e proteção. O Estado também deve investir mais na área da educação, com a prevenção da prática de atos infracionais. Por fim, se tem a inserção destes menores no mercado de trabalho, afastando esta clientela do mundo do crime.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BORGES, Éverton André Luçardo. **Adolescente infrator e políticas públicas para ressocialização**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013.

CAMBRAIA, Daniele. **Estado deve ser responsabilizado por jovens infratores**. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/estado-deve-ser-responsabilizado-por-jovens-infratores/>>. Acesso em maio de 2016.

CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 15ª ed., Saraiva, 2011. P. 134.

COLPANI, Carla Fornari. **A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade**. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4600/a-responsabilizacao-penal-do-adolescente-infrator-e-a-ilusao-de-impunidade/1>>. Acesso em maio de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

[Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada / Paulo Afonso Garrido de Paula](#). Imprensa: São Paulo, Revista dos tribunais, 2002.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – história da violência nas prisões**. Vozes, Petrópolis, 1997, p. 224.

Lei do Sistema de Atendimento Socioeducativo. Lei Federal 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Brasília: 2002.

Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).** Brasília: CONANDA, 2006.

MULHERES NO CÁRCERE: MATERNIDADE E PRISÃO

VANESSA DA SILVA SOUSA: graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

GUILHERME VASQUES MOTA[1]

(Orientador)

RESUMO: O objetivo deste trabalho é realizar uma análise acerca dos aspectos que envolvem a maternidade no ambiente do cárcere, levando em conta os momentos da gravidez, do parto, da amamentação, da convivência entre mãe e filho dentro da prisão e do momento da separação. Buscou-se analisar o que a legislação brasileira e tratados internacionais apresentam em relação ao tema e quais são os direitos assegurados referentes aos diversos aspectos da maternidade supracitados, além de verificar a situação dos presídios femininos atualmente e o quanto essas leis estão sendo colocadas em prática. Constatou-se que muito pouco do que é garantido por lei é, de fato, praticado nos ambientes prisionais. Dessa forma, procurou-se apontar os pontos mais críticos do sistema atual e de que forma é possível melhorar, através de propostas.

Palavras-chave: Maternidade. Prisão. Maternidade na prisão. Prisões femininas.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the aspects that involve motherhood in the prison environment, taking into account the moments of pregnancy, childbirth, breastfeeding, mother and child living in prison and the moment of separation. We sought to analyze what the Brazilian legislation and international treaties present in relation to the theme and what are the rights assured regarding the various aspects of maternity mentioned above, and to verify the situation of female prisons today and how these laws are being put into practice. . It has been found that very little of what is guaranteed by law is actually practiced in prison settings. Thus, we sought to point out the most critical points of the current system and how it is possible to improve through proposals.

Keywords: Maternity. Prison. Maternity in prison. Women's prisons.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO. 1.1 Fatores Históricos . 1.2 A Prisão Feminina: Questões Fáticas. 2 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. 3 REGRAS DE BANGKOK. 4 SITUAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL. 4.1 Características das Prisões Femininas no Brasil. 4.2 O Cumprimento de pena e as particularidades femininas. 5 ENCARCERAMENTO E MATERNIDADE. 5.1

Problemas enfrentados pelas mulheres no cárcere. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O artigo busca demonstrar as condições em que vivem as mulheres no cárcere. A realidade das penitenciárias brasileiras em geral é algo que viola inúmeros direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, em especial, quando se trata de mulheres grávidas no cárcere, onde envolve não só a vida da detenta, mas também a vida de uma criança. O tema foi escolhido em razão do crescimento da população carcerária feminina no Brasil e como o Estado vem sendo omissivo em relação às particularidades femininas.

O ambiente de uma unidade prisional não se configura como o melhor ambiente para a socialização inicial primária de uma criança. O encarceramento da mãe interfere no processo de socialização do menor, o contato da mãe com o filho nos primeiros anos de vida é algo primordial para desenvolvimento da criança. É através da mãe, na maioria das vezes, que a criança constrói um parâmetro de comportamento da sociedade.

De modo mais específico, este projeto buscará discorrer as condições básicas que as mulheres necessitam no cumprimento de pena, verificar quais os fundamentos para o aumento da população carcerária feminina e explicar quais as condições deveriam ter de acordo com as regras do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, as regras e tratados internacionais adotados pelo Brasil para o tratamento das mulheres presas que são constantemente desrespeitados.

Objetiva-se demonstrar uma perspectiva atual dos presídios femininos brasileiros, mistos ou não, estabelecendo uma análise da falta de condições estruturais para uma vida minimamente digna no cárcere. Isto se tratando de uma unidade exclusivamente para mulheres, pois o mais comum no sistema prisional brasileiro é o modelo misto, presídios que tratam de encarcerados de ambos os sexos. Fora os problemas estruturais, não há, em sua maioria, médicos especializados na saúde da mulher (ginecologistas e obstetras) e nem creches para os filhos das encarceradas que nasceram nesta condição. O que acontece quando uma mulher dá à luz nas condições do cárcere? Quais direitos lhes são assegurados e ao seu filho (a)?

Ainda há a questão das desigualdades de gêneros, tão marcante quando se trata da visita que é realizada nos presídios femininos. Como será demonstrado,

predomina-se uma exigência mais severa quando se trata do comportamento feminino.

A Lei de Execução Penal não previa, de maneira adequada, em seu texto original, garantias suficientes de condições para o gênero feminino nas prisões, se omitindo em relação às necessidades básicas desse grupo. A omissão que ganhou mais ênfase no presente estudo foi quanto a maternidade no cárcere.

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho fez uso de bibliografias e análise jurisprudencial, buscando a compreensão dos entendimentos dos tribunais na aplicação dos direitos das mulheres encarceradas, objetivando demonstrar o funcionamento do sistema prisional feminino brasileiro no que tange a maternidade. É intenção deste estudo demonstrar também as mazelas e péssimas condições que as mulheres presas enfrentam no cárcere, e como este fator configura-se como um dos motivos que afastam o exercício dos direitos das encarceradas.

1 SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO

O panorama atual do país é, quando se trata de cárcere seja para ambos os sexos, crítico. Crítico pois apesar de expressamente estabelecidos e assegurados, os direitos das pessoas que vivem no sistema prisional é desumano. Apesar de um processo de afirmação de um delineado mais democrático na Constituição de 1988, encontram-se diversas falhas no tocante ao gênero. Essas falhas encontram-se tanto na redução das desigualdades de gênero, quanto na superação das disfunções do sistema prisional, que vem consolidando a ideia que não se trata mais de um instituto eficaz para a sociedade. A sociedade é marcada pelo conservadorismo, firmada na matriz histórica do patriarcado, que reflete na vida da mulher seja na sua vida pessoal, sua inserção no mercado de trabalho e no próprio sistema penal.

Quando se trata especialmente da situação das mulheres presas, percebe-se que além de sofrerem os mesmos problemas que os homens presos, há ainda uma carga muito grande de preconceito e machismo quanto ao exercício do que lhes é assegurado por lei. As mulheres do cárcere integram grupos de muita vulnerabilidade e exclusão social, antes mesmo de integrarem a vida prisional. A maioria são jovens, entre os vinte e trinta e cinco anos de idade, muitas chefes de família, possuindo filhos (geralmente menores de idades e que ainda necessitam de suas mães) - vale ressaltar que a maioria das mães encarceradas são classificadas como mães solteiras, que sofrem, desde sua gestação até a vida no cárcere o

abandono de seus parceiros e sua família. Grande parte apresenta escolaridade baixa e não concluída. Outro problema recorrente dessas mulheres presas é o próprio ambiente prisional. A destinação de unidades prisionais conforme o gênero é um dever estatal e caracteriza-se como um aspecto fundamental para a implementação de políticas públicas voltadas a esse segmento.

Verifica-se que o aumento de mulheres presas aumentou dramaticamente após a Lei de Drogas Lei nº 11.343/06 onde fica explícito a sobreposição das excludentes sociais que geram grupos marginalizados. Majoritariamente, as mulheres cometem crimes contra o patrimônio e crimes ligados ao tráfico de drogas, porém é notável seu papel de coadjuvante nestas condutas.

Segundo Luiz Flávio Gomes "a Lei de Drogas e Entorpecentes é a lei específica que mais encarcera mulheres no Brasil, sendo seguida pelo Estatuto do Desarmamento". O crime de tráfico de drogas atinge este grupo pois configura-se, na teoria, como um crime sem necessariamente fazer uso da violência, que de certa forma traz um "sustento" à família do agente delituoso. Sempre ocorreu de ligar à uma figura estereotipada da mulher como dócil, pela sociedade conservadora e machista. Poucos crimes eram normalmente ligados a elas, como delitos passionais ou crimes contra a maternidade, que caracteriza-se primordialmente pelo aborto e infanticídio. Por este fato, o grande aumento no número de mulheres nas penitenciárias não foi manobrado da maneira correta, deixando a questão do gênero e das necessidades fundamentais das mulheres à deriva.

De acordo com o relatório das organizações Instituto Sou da Paz, Pastoral Carcerária e Conectas Direitos Humanos, há um grande déficit na assistência médica e acesso a assistência de saúde mental. Além da questão da maternidade no cárcere, que traz problemas relacionados aos filhos das presas - como quem está os criando, maternidade a distância, guarda e amamentação - há a questão da superlotação dos presídios, um produto da promulgação de Lei de Drogas, que foi um dos fatores principais. A questão do gênero, com a falta de unidades próprias para as mulheres, ou mesmo de espaços para as suas necessidades no interior das unidades mistas e também a falta de acesso à justiça são problemas constantes e que ainda encontram-se sem soluções no campo prático, pois já é garantido na lei.

1.1 Fatores Históricos

Quando tratar do histórico do sistema prisional feminino é mister ressaltar que os primeiros cárceres exclusivamente femininos surgiram em uma tentativa na Holanda, no século XVII, mas só passou a ganhar destaque

séculos depois, com a criação da primeira penitenciária feminina, na cidade de Nova York. Porém, o primeiro passo seria o entendimento de como surgiram, e como se dava o cárcere de mulheres infratoras antes dessa separação nos presídios.

Não há dificuldade em se imaginar a situação dos presídios dos séculos passados: eram lugares de transmissão de doenças e violência constante. A ressocialização da (o) encarcerada (o) não se tratava de uma meta no direito penal da época, e sim isolar os indivíduos infratores.

As primeiras prisões surgiram dentro da própria Igreja, onde, até o século XVIII, as práticas de penas cruéis e de tortura eram legitimadas pelo direito penal: o encarceramento era uma ferramenta, não o fim da punição. Na idade moderna, verificou-se a “criação das instituições prisionais”

Quando se trata dos presídios femininos em praticamente toda América Latina, verificase que a maioria era administrada por freiras católicas, como por exemplo a Penitenciária Feminina da Capital de São Paulo, que permaneceu neste tipo de administração até os anos de 1980.

As primeiras tentativas, no Brasil, para implantação de um sistema carcerário essencialmente feminino e sua codificação ocorreu na década de 30, porém, foi apenas em 1984 que foi aprovada a Lei nº 7210 de Execução Penal, que garantiu às mulheres direitos comuns a qualquer encarcerado, independente do sexo, como direito a alojamento próprio, em ambiente individual e salubre e adequado a sua condição pessoal. A maior conquista veio com as Leis de nº 12.121/09 e 11.942/09, que serão exploradas e utilizadas na realização desta tese. Muitos presídios destinados às mulheres foram elaborados de forma improvisada, sem levar em conta a questão do gênero feminino. Significa dizer que muitos desses antes eram presídios masculinos, ou antigos hospitais e conventos.

Durante os séculos a investigação criminológica deixou de lado as mulheres, já que a criminalidade era vista como um fenômeno de predominância do sexo masculino, porque acontecia com maior incidência.

A criminologia feminista, por exemplo, busca responder porque o número de delinquentes do sexo masculino é maior do que o feminino. Acredita-se que as teorias criminógenas tradicionais são obsoletas para fundamentar tal questionamento. Essa teoria propõe uma construção criminológica fundamentada no direito penal mínimo e nos direitos fundamentais das mulheres, observadas suas singularidades e necessidades, usando um ponto de vista feminino, e não geral, para o sistema de justiça criminal.

O sistema Prisional Brasileiro caracteriza-se principalmente pelas suas condições precárias, para ambos os sexos. Após a realização de uma pesquisa em penitenciárias brasileiras, em 1988, a Human Rights Watch, a

maior entidade em defesa dos direitos humanos, constatando as condições carcerárias, que:

A realidade no Brasil passa longe das descrições da lei. Primeiro, o sistema penal do país sofre a falta de uma infra-estrutura física necessária para garantir o cumprimento da lei. Em muitos estados, por exemplo, as casas dos albergados simplesmente não existem; em outros, falta capacidade suficiente para atender o número de detentos.

A incompatibilidade entre o que é aplicado ao cárcere masculino e não é aplicado ao feminino, segundo a autora Samantha Buglione, leva a conclusão que os modelos de direito codificado não possuem a previsão, historicamente, da questão feminina, gerando um “vício” de comportamento no sistema prisional, acarretando “iniqüidade através da adoção de um parâmetro de ser humano que é masculino”.

Quando se trata da legislação internacional destaca-se as Regras das Nações Unidas para tratar de mulheres que vivem no cárcere, visto que há uma preocupação com esse grupo vulnerável de presas, que demandam necessidades e exigências especiais. Também foi chamada de Regras de Bangkok. Vale ressaltar que:

Considerando que mulheres presas são um dos grupos vulneráveis com necessidades e exigências específicas, Consciente de que muitas instalações penitenciárias existentes no mundo foram concebidas principalmente para presos do sexo masculino, enquanto o número de presas tem aumentado significativamente ao longo dos anos, Reconhecendo que uma parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre para todos os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social, acolhendo o desenvolvimento pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime do manual intitulado Manual Para Gestores e Formuladores de Políticas Públicas sobre Mulheres e Encarceramento.

Em especial, há a citação da regra uma vez que proíbe que as crianças sejam tratadas como encarceradas quando estão na companhia de suas mães, nas unidades prisionais, onde deverá ser respeitado e cumprido o princípio da pessoalidade da pena. Decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. Outras regras que deveriam ser aplicadas as mães no cárcere não são aplicadas na realidade da vida no sistema prisional brasileiro.

1.2 A Prisão Feminina: Questões Fáticas

O Brasil encontra-se na quarta posição entre os países com maior população carcerária feminina do mundo, contando com um total de 37.380 detentas. Segundo os dados do estudo Infopen Mulheres, baseado no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, e do Ministério da Justiça, o índice de mulheres inseridas no sistema prisional, entre os anos de 2000 e 2014, aumentou cerca de 567,4% entre os quais, apenas metade das presas possuem ensino fundamental completo. Ainda de acordo com o levantamento, 30% do número total de mulheres encarceradas ainda aguarda julgamento, de acordo com os dados fornecidos pelo INFOPEN.

É previsto nas normas brasileiras, tanto na Lei de Execução Penal, quanto na própria Constituição, no que tange à execução penal, que as celas devem possuir, no mínimo, 6 metros quadrados, ventilação adequada sem insalubridade (as celas devem ser arejadas), o mínimo para realização da higiene pessoal e condições humanas de sobrevivência para os seus presentes e futuros ocupantes.

O sistema penal brasileiro, assim como muitos outros, há a prevalência da ótica masculina, atendendo minimamente suas necessidades, tanto no que diz respeito a questão legal quanto a reprodução de serviços penais direcionados para homens. As mulheres foram deixadas de lado quando se pensou em cárcere no Brasil, e as mazelas ocasionadas por isto são visíveis atualmente.

2 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

No Brasil, existem algumas leis que garantem minimamente direitos à mulher gestante, lactante ou mãe presidiária. Temos a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais, o Código de Processo Penal e os tratados internacionais – como as Regras de Bangkok, documento com recomendações e diretrizes para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, do qual o Brasil é signatário.

É na Constituição Federal, art. 5º, L, que o direito das presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação é garantido. No entanto, isso pouco era cumprido. Somente em 2009, com a Lei de Execução Penal 11.942, é que foi assegurada de fato a permanência, por no mínimo seis meses, bem como a garantia de assistência médica aos bebês e às mães.

Foi também neste mesmo ano que sobreveio outra lei. Uma determinação de que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interna somente agentes do sexo feminino. “O fato de existir em leis que garantem direitos às mulheres presas, em especial às mães, não significa

necessariamente na prática a sua real efetivação. Há ainda uma série de dificuldades, além da falta de estrutura, como a tímida aplicação dessas leis por parte dos magistrados; e o próprio preconceito na atuação de profissionais que lidam com essas mulheres em seu cotidiano”, reflete Rayane Marinho. “Para compreendermos o papel do Judiciário nesse cenário, é preciso pensar também o que está por detrás de um sistema tão seletivo e perverso, que tanto reforça a exclusão social e racial existente”, pontua.

Até 2017, era comum o uso de algemas em presas que estavam em trabalho de parto. Mesmo com a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária feita em 2012, a qual proíbe o uso de algemas em gestantes que estão prestes a dar à luz ou enquanto amamentam seus filhos. A lei que veda o uso de algemas nessas mulheres só foi sancionada em 12 abril de 2017.

Em 20 de fevereiro de 2017, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos conceder um habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos. O pedido de habeas corpus foi feito pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos e foi aceito pelo STF sob o argumento de que “confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, assistência regular no parto e pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante”.

“Uma questão tão simples, que passa despercebida. O fato de não ocuparem expressividade em termos absolutos na população carcerária não torna a questão menos relevante”, critica Rayane. “A problemática de mulheres encarceradas se reveste de peculiaridades muitas vezes tão despercebidas. Um sistema estruturado para receber homens demonstra sua faceta mais perversa quando lançamos um olhar às mulheres presas, sobretudo às mães. Especificidades essas que, se evidenciadas, representam ainda mais violações de direitos”, conclui.

Principais leis que protegem as mulheres em regime de privação de liberdade, conforme a Constituição Federal no Art. 5º, L:

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:

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Lei de Execução Penal 11.942/2009, dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Art. 14 § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 83 § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89 Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

A nova decisão se estende ainda a mulheres presas que são mães de filhos com deficiência física ou mental de qualquer idade. Os juízes de primeira instância têm até 60 dias, a partir da data da decisão, para colocar isso em prática.

3 REGRAS DE BANGKOK

Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)

Olhar a lei brasileira, revisá-la e adotar estratégias que contemplem medidas alternativas, inclusive com uso de ferramentas disponíveis além do Código Penal, como as Regras de Bangkok, é buscar um país com mais justiça social e mais atento à equidade de gêneros.

As Regras de Bangkok constituem um documento celebrado no âmbito das Nações Unidas (ONU), em 2010, após reunião intensa de trabalho realizada na Tailândia, em 2009, com um grupo de especialistas. Na ocasião, o ITTC esteve presente como voz da sociedade civil brasileira. As diretrizes ali definidas orientam

os Estados-membros da ONU a priorizarem medidas não privativas de liberdade para mulheres respondendo a processos penais ou condenadas por algum crime.

Na grande discussão que permeia a problemática da política de criminal e encarceramento em massa, um capítulo especial merece atenção: a condição das mulheres presas. Para tanto, consideremos alguns breves apontamentos sobre as *Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras*.

O princípio básico das Regras de Bangkok é a necessidade de considerar as distintas necessidades das mulheres presas. Com efeito, são estabelecidas regras de ingresso, registro, alocação, higiene pessoal, cuidados à saúde, atendimento médico específico, cuidados com a saúde mental, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas, instrumentos de contenções, capacitação adequada de funcionários, priorização do contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, foco nas relações sociais e assistência posterior ao encarceramento, cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, minorias e povos indígenas e deficientes.

As mulheres presas devem ser alocadas em prisões próximas ao seu meio familiar, receber auxílio para contatar parentes, acesso à assistência jurídica antes, durante e depois o enclausuro, permissão de tomar as providências necessárias em relação aos filhos, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse da criança.

As acomodações devem oferecer instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específica das mulheres. Ao ingressar no estabelecimento deve ser oferecido exame médico de ingresso, com uma avaliação ampla para determinar a necessidade de cuidados básicos, bem como a presença de doenças sexualmente transmissíveis, cuidados com saúde mental, histórico de saúde reprodutiva, existência de dependência de drogas, abuso sexual ou outras formas de violência que possa ter sofrido anteriormente ao ingresso.

No caso de constatado abuso sexual ou outras formas de violência, deverá a instituição informar a mulher presa de seu direito de recorrer às autoridades judiciais, devendo ser cientificada igualmente de todas as etapas e procedimentos envolvidos. Mesmo não havendo interesse na ação judicial, deverá a instituição empenhar-se em garantir que ela tenha acesso imediato a aconselhamento ou apoio psicológico especializado.

Deverá ser incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres com seus familiares, incluindo seus filhos (as), quem detêm a guarda e seus representantes legais. As visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários.

O governo brasileiro engajou-se nas negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, porém no âmbito interno pouco tem sido feito para aplicação dessas diretrizes. As medidas mais significativas que podemos citar são:

- a inclusão dos incisos IV, V e VI no art. 318 do Código de Processo Penal;
 - b) o indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães, e dá outras providências; e
 - c) inserção do parágrafo único no art. 292 do Código de Processo Penal, que veda o uso de algemas em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e no período imediatamente posterior.

Aplicar as Regras de Bangkok é um compromisso internacional assumido por nosso País e que não pode mais ser postergado. Aliás, o uso do Controle de Convencionalidade como forma de adequação das normas internas aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, em especial pela via abstrata, é medida que já deveria estar sendo muito mais difundida. Pouquíssimo se fala acerca desse controle e da necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno com os tratados e convenções de Direitos Humanos.

4 SITUAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

4.1 Características das Prisões Femininas no Brasil

Atualmente a população carcerária feminina do Brasil está entre as maiores do mundo, muitas mulheres ainda são mantidas em delegacias de polícia e carceragens superlotadas e com estrutura inadequada. As precariedades das penitenciárias brasileiras destaca-se o fato de as mulheres terem um tratamento similar ao dos homens, sem acesso à saúde e cuidados com higiene. O poder público parece ignorar que está lidando com mulheres e oferece um 'pacote padrão' bastante similar ao masculino, nos quais são ignoradas a menstruação, a

maternidade, os cuidados específicos de saúde, entre outras especificidades femininas.

Segundo Mendes (2014 p. 57):

A prisão por tráfico de entorpecentes tem crescido de maneira alarmante, nos últimos 12 anos o aumento foi de 256% sendo esse delito um dos principais fatores por detrás do encarceramento em massa do Brasil. Do total de mulheres presas atualmente, 57% delas responderam (ou ainda responderão, no caso das presas provisórias) pelo crime de tráfico de drogas.

Para José Eduardo Cardozo Ministro da Justiça e Eleonora Menicucci de Oliveira Ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres

A justificativa para a falta de um olhar diferenciado com práticas humanizadoras no que diz respeito à diversidade de gênero, no âmbito das prisões de mulheres, reproduzem visões simplistas unicamente focadas na questão numérica, tendo em vista que do total de 548.0031 da população carcerária, 35.039 são mulheres, o que equivale a um percentual de cerca de 7%. No Brasil, o déficit carcerário feminino cresce à medida que a quantidade de mulheres que ingressam nos estabelecimentos prisionais aumenta, pois além da conjuntura socioeconômica, falta, também, uma política efetiva para a construção permanente de vagas. O déficit carcerário feminino atual é de aproximadamente 13 mil vagas. (BRASIL, 2010)

Junto de suas mães, são aprisionadas crianças, mães e filhas (os) divididas entre a paradoxal escolha de ficar dentro do sistema prisional, mas acompanhadas da figura materna, ou aguardarem longe de suas mães, sendo criadas e educadas pelas famílias (quando essas existem) fora do cárcere. As mulheres grávidas, nos meses finais de sua gestação, são enviadas ao Complexo Médico Penal, local onde em teoria teriam maior assistência. Lá o ambiente não é menos inóspito que uma penitenciária, carrega as mazelas de um "hospital psiquiátrico" e a falta de assistência particularizada às gestantes. A estrutura é péssima e as grávidas dormem no chão, tomam banhos gelados, não tem atendimento médico, fazem as necessidades fisiológicas em um buraco no chão, diante do qual tem que ficar de cócoras mesmo com uma barriga de 7, 8 ou 9 meses.

A maioria dos presídios brasileiros possui problemas referentes à superlotação e péssimas condições estruturais e de salubridade, predispondo a

proliferação ou agravamento de diversas doenças infectocontagiosas, traumas, doenças crônico-degenerativas, além de transtornos mentais. Em algumas instituições as celas são improvisadas como enfermarias, dispendo de poucos equipamentos e profissionais qualificados. A carência de escolta policial dificulta que as presidiárias sejam levadas para tratamentos de saúde nos hospitais de referência. Há falta contínua de medicamentos e os tratamentos para diversas doenças acabam se reduzindo à prescrição de analgésicos para alívio dos sintomas. Praticamente inexistente o pré-natal e os programas voltados à prevenção dos cânceres de colo de útero e de mamas. Essas situações, que afetam quase todas as mulheres em sistema prisional, ficam ainda mais graves quando elas se encontram grávidas, tendo em vista a maior fragilidade física e emocional própria deste período.

4.2 O Cumprimento de pena e as particularidades femininas

O termo presídio já tem embutido a ideia de que é espaço dos homens, contribuindo de forma negativa para a criação e instalação de unidades penais, e de políticas públicas específicas para as mulheres presas. A organização prisional e a legislação penal não se atentaram ainda para as reais necessidades das detentas.

Segundo Santa Rita, (2007, p.75):

[...] a mulher quando inserida no contexto de privação de liberdade apresenta uma série de particularidades que se relacionam às suas próprias condições biogenéticas: o “ser mãe”; o período de gestação; a fase de lactação, a separação dos filhos que nasceram em ambiente intramuros e extramuros, para citar algumas

O que se tem, geralmente, é uma improvisação do espaço prisional (criado para homens) para receber o contingente feminino. Raros são os edifícios construídos com esse objetivo próprio, geralmente são prédios improvisados, antigos conventos, escolas e hospitais. Quando são criadas unidades penais femininas, a construção ocorre nos moldes masculinos, não atendendo as especificidades femininas que são bem diferentes das masculinas.

Mesmo frente ao conhecimento de que as mulheres encarceradas necessitam de um atendimento à sua saúde diferenciado daquele prestado aos homens, uma estrutura médica específica não foi identificada na maioria dos estabelecimentos pesquisados pelo Ministério da Justiça no ano de 2008. Tendo sido informado por todos os estabelecimentos que o acompanhamento pré-natal

para as presas gestantes ocorria através do Sistema Único de Saúde (SUS), assim como os exames preventivos do câncer de colo uterino e de mamas.

A mulher no período de gravidez e amamentação encontra-se em uma situação distinta, ocupa posição específica e deve receber condições próprias de tratamento, como estabelecem normas internas e internacionais. A população prisional feminina demanda uma atenção de saúde específica, devido suas condições de vida e ambiente. Muitas mulheres que hoje estão presas já passaram pela prostituição, violências dos mais variados tipos e uso abusivo de drogas. Então, portam consigo consequências físicas e psicológicas de uma vida exposta a fatores de risco.

5 ENCARCERAMENTO E MATERNIDADE

A defesa de garantia de direitos à mulher e para seus filhos em período de amamentação fundamenta-se na premissa de que existem fatores relacionados à saúde de ambos neste contexto, cabendo ao Estado, no desempenho da custódia da mulher encarcerada fundamentar suas ações no princípio de proteção integral, pelo qual deve assegurar, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde e à dignidade.

Poucas possibilidades das estruturas físicas e humanas induzirem a um ambiente que contribua para o desenvolvimento harmonioso da criança em idade da primeira infância. A fase da primeira infância que corresponde ao período de 0 a 6 anos é a mais importante na formação da personalidade do ser humano. Sendo assim, o ambiente deverá apresentar um planejamento ordenado que proporcione o desenvolvimento das capacidades sociais, físicas, cognitivas, psicológicas, entre outras que influenciam diretamente na construção do ser humano como um todo. Devido às condições nocivas das penitenciárias e delegacias, algumas mães não conseguem ficar com o bebê durante os seis meses para o aleitamento materno. Sem opção as mães quando há a possibilidade entregam a familiares/parentes da presa ou mandam para instituições. As crianças nascidas nas prisões são o mais forte argumento dos defensores dos direitos das detentas, principalmente tocante para aqueles que crêem que criminosas não merecem condições mínimas de direitos humanos. Isso porque há inocentes que também pagam essa pena: os recém-nascidos.

Conforme Nucci (2011, p. 76), tais artigos introduziram uma novidade no âmbito do processo penal, a prisão domiciliar cautelar:

O substituto introduz uma novidade em matéria processual penal, consistente na prisão domiciliar, para fins cautelares.

Essa modalidade de prisão somente era conhecida, em nosso sistema, em duas situações: a) não havendo local adequado para o cumprimento de prisão especial, nas hipóteses previstas pelo art. 295 do CPP, segue-se o disposto na Lei 5.256/67, instalando-se o detido em prisão domiciliar; b) em caso de condenação em regime aberto, conforme a condição pessoal do sentenciado, pode cumprir em prisão domiciliar, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal.

Mesmo com um volume maior de mulheres em situação de privação de liberdade, estas ainda encontram-se em menor número em relação ao público masculino, por esse motivo não há um estímulo para a construção de unidades prisionais que atendam as necessidades do gênero. Desde o período de colonização do Brasil, raramente havia um espaço exclusivo para a reclusão feminina.

Santos, (2014, p. 9) afirma que:

Na ausência desses locais, as mulheres eram colocadas juntamente com os homens ou ainda cumpriam pena em cadeias públicas ou celas adaptadas de presídios femininos. Observa-se, portanto, que em algum momento conviviam intimamente com o sexo oposto, fosse com outros detentos ou ainda com responsáveis por sua guarda.

Atualmente ainda há casos em que as mulheres, de forma ilegal, são colocadas juntamente com os homens, o que contraria as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, também conhecida como Regras de Mandela. Nesse íterim, citamos a sua regra nº 8, A: "na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebem homens e mulheres, a totalidade dos locais destinados às mulheres será completamente separada".

5.1 Problemas enfrentados pelas mulheres no cárcere

As deficiências no sistema prisional como um todo são inquestionáveis. No entanto, a situação é agravada no âmbito do encarceramento feminino, pois em menor quantidade que a população masculina encarcerada, fato que acarreta uma segregação ainda maior.

Os problemas enfrentados nos presídios femininos vão desde a infraestrutura até ausência de itens básicos de higiene pessoal. O Brasil ocupa o 5º

lugar no ranking dos países com maior população prisional feminina, atrás dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia. São mais de 37 mil mulheres que diariamente vivem com essas mazelas.

Sabe-se que as penitenciárias foram criadas por homens e para homens e por essa razão as especificidades do gênero feminino foram completamente desconsideradas. Mesmo com esse entendimento, as mulheres sob restrição de liberdade são colocadas em um espaço moldado para homens ou em outros prédios públicos desativados. Portanto, o grupo feminino não tem um ambiente pensado especialmente para o seu encarceramento, ficando apenas com restos e lugares desastrosamente improvisados.

Assim como em penitenciárias masculinas, as mulheres sofrem com a superlotação, a precariedade e a insuficiência de sanitários, carência de itens de higiene pessoal, esgoto a céu aberto, alimentação inadequada e falta de água.

Segundo o Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p. 27) a assistência médica destinada às internas é precária e quase inexistente, fato que agrava a situação de quem ingressa no sistema prisional com algum problema ou que adquire em seu interior. Há de ser observado que a carência nesses atendimentos, principalmente atinentes aos procedimentos de prevenção, influenciam diretamente em doenças como o câncer. Além da falta de assistência mínima, existe ainda a escassez de remédios, tanto simples analgésicos quanto para resolver qualquer problema de saúde, o que compromete a eficiência de qualquer tratamento, inclusive, de depressão. De acordo com o mesmo relatório, dos 17 estados pesquisados, 08 afirmaram abrigar presas que fazem uso de remédios controlados (2007, p.31), sendo que a insuficiência dessa medicação pode acarretar em outros problemas, como o suicídio.

A temática do suicídio, em geral, ainda é velada por uma sociedade que tenta encobrir essa prática crescente. No ambiente carcerário não seria diferente. As frequentes violações de direito, potencializadas pelo isolamento, são fatores decisivos no momento de tirar a própria vida.

Frequentemente, as mulheres são aprisionadas grávidas, sendo que a estas deveriam ser dispensadas uma especial atenção, como prescreve normas internas e internacionais, principalmente ao que se refere a tratamentos médicos.

Conforme descrição contida no Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p. 32), a omissão do Estado começa ainda no pré-natal, tendo em vista que a maioria das mulheres não realiza sequer um exame laboratorial ou de

imagem, colocando em risco a saúde e a vida de mãe e filho. São procedimentos fundamentais para que a gestação se desenvolva de maneira sadia, pois é evidente o fato de que toda gestação dentro do ambiente prisional é uma gravidez de alto risco.

As grávidas no sistema prisional tem o exercício da maternidade completamente limitado, sendo que ficam impedidas de exercer simples atos – embora de extrema importância para uma mãe – como a escolha do enxoval de seu bebê e a preparação de seu quarto.

Não se compreende que a mulher em período gestacional ou de amamentação encontra-se em estado singular, sofrendo um processo fisiológico de grandes mudanças hormonais. Todas essas alterações são desconsideradas na prática, pois existe uma legislação protecionista para o coletivo feminino que estão nesta situação.

Um dos exemplos disso é a possibilidade de prisão domiciliar, circunstância prevista no artigo 318, inciso IV, do Código de Processo Penal[6], bem como no art. 117, inciso IV da Lei de Execução Penal.

Importante ressaltar a alteração feita pela Lei nº 13.257 de 2016, no artigo 318, inciso IV do Código de Processo Penal, a partir dessa mudança retira-se o critério para obtenção do benefício somente a partir do sétimo mês de gestação ou sendo a gravidez de alto risco. Sendo assim, não exige-se um tempo mínimo nem que haja risco à saúde da mulher ou do feto para a concessão da prisão domiciliar.

Com a simples aplicação da lei, teríamos alguns efeitos imediatos, como uma gestação mais segura para a mãe e o bebê e ainda influenciaria na superlotação dos presídios. Todavia, os pedidos de prisão domiciliar, em sua maioria, são negados sob o argumento de que a interna não preenche os requisitos legais, pois tem envolvimento com o tráfico de drogas e entorpecentes.

Porém, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2014, p. 67) e ainda do Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p. 16), demonstram que o tráfico de drogas e entorpecentes é o maior fator de aprisionamento de mulheres no país, chegaram ao percentual de 40%.

Nesse ponto é necessário fazer uma observação. Ambos os documentos podem ser considerados antiquados, vez que datam de 2007 e 2014, contudo ainda representam o atual panorama do sistema penitenciário feminino, pois o número de mulheres presas vem crescendo em larga escala. Ademais, retrata o descaso do

Poder Público em efetuar novas pesquisas que tenham como objeto esse coletivo, reforçando a posição de invisibilidade das presidiárias.

Retomando, não bastasse todo o desrespeito durante a gestação, a mulher ainda enfrenta uma das situações mais cruéis nesse processo: são algemadas durante o parto. Sim – ainda! Mesmo com a entrada em vigor da lei Lei nº 13.434 de 13 de abril de 2017 que acrescentou o parágrafo único ao art. 292 do Código de Processo Penal[8], o qual veda expressamente o ato de algemar a interna durante e logo após o parto, essa prática ainda continua acontecendo.

Não razão ou necessidade para que a mulher fique presa a uma maca durante e após o trabalho de parto, é desarrazoado imaginar que nessa situação a mãe seja capaz de fugir ou de atentar fisicamente contra outras pessoas. É mais uma vez ignorar a fisiologia da mulher.

Os problemas não cessam com o nascimento da criança, na verdade, começa outro dilema: como acomodar um recém-nascido no interior de um presídio?

Conforme descreve o Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p. 38), de fato, as estruturas carcerárias são, majoritariamente, improvisadas. Mais uma vez, o fato de a maioria dessas unidades ter sido construída para receber homens e posteriormente convertida em unidades prisionais femininas, determinam a inexistência de espaço apropriado para a amamentação, berçário e creche, estrutura que necessária para o abrigo de mães e seus filhos que nascem sob a custódia do Estado

Dessa forma, observa-se que as unidades prisionais não estão preparadas para receber as mães juntamente com seus bebês. Embora não seja o ambiente adequado para o crescimento de uma criança, é de suma importância que esta permaneça com sua genitora pelo menos nos primeiros meses de vida, período em que ocorre a amamentação e o fortalecimento de vínculos afetivos, sendo este um direito garantido constitucionalmente.

Todavia, o momento da separação é inevitável. Após esse tempo com a mãe o bebê é entregue ao familiar mais próximo, quando isso não é possível, são levados à abrigos institucionais.

De toda forma, depois da saída da criança do ambiente carcerário a manutenção do vínculo com a mãe encontra diversos obstáculos. As famílias que acolheram os bebês não os querem novamente no interior de uma prisão. Além disso, conforme expõe o Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p.

41), como existem poucas unidades de aprisionamento feminino, acaba que elas ficam centralizadas, longe dos seus locais de origem. Sendo assim, a distância aliada ao alto custo dessas visitas, desestimulam seus parentes e amigos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, depreende-se, que a discussão sobre o sistema carcerário é complexa e está longe de chegar ao fim, uma vez que as autoridades e grande parte da sociedade entendem este ambiente como indigno de zelo, fato que agrava a situação da mulher encarcerada devido às suas especificidades.

A mulher, desde os primórdios, foi criada para viver em razão da família e dos afazeres domésticos. Dessa forma, quando a mesma sai da esfera particular e do controle masculino, ganha espaço na sociedade e inclusive no mundo do crime.

Inicialmente, a mulher era vista como incapaz de ser criminosa, praticando delitos apenas que tinham relação com o universo feminino, como aborto e infanticídio. Com o passar dos anos, desestrutura-se a figura de pessoa frágil e delicada para compreender a mulher como sujeito ativo de crimes. Diante disso, ela é encarcerada com uma disciplina que visasse o seu resgate moral, colocando-as no patamar estereotipado pela coletividade.

No encarceramento tudo reforça o seu status de invisibilidade. Quando se fala em cárcere, o imaginário humano faz uma referência direta a um espaço masculino. Ignora-se o fato de que a taxa de encarceramento feminino vem crescendo em larga escala e que a mesma também compõe o ambiente prisional.

É notório que as prisões foram construídas por homens e para homens, não havendo um espaço criado especialmente para as mulheres, que atenda às suas peculiaridades e às necessidades inerente ao gênero. Em que pesem as normas protecionistas tanto constitucionais, como as que o Brasil se tornou signatário, há uma patente violação de direitos humanos e fundamentais, cenário este desprezado pelo poder público.

Observa-se que as prisões não têm estrutura nenhuma de receber uma mulher, tampouco estando ela grávida. O exercício da maternidade dentro desse ambiente prisional resta completamente prejudicado, colocando a mulher em condição maior vulnerabilidade do que ela se encontra.

A maternidade dentro do cárcere vai além da privação de liberdade, atingindo também a autonomia da interna. A idealização romantizada da

maternidade é desconstruída em todo canto de uma unidade prisional, já que o encarceramento não propicia a manutenção de laços entre mãe e filho.

É necessário que se compreenda as especificidades da mulher, que seja encarada as problemáticas desse coletivo e dos desafios que se apresentam, para impulsionar um olhar diferenciado dos gestores penitenciários quanto dos agentes do Poder Judiciário, efetivando, assim, os direitos já previstos, bem como para a criação de políticas públicas que visem melhores condições para esse segmento.

Deve ser realizado o máximo de esforço para que essas mulheres possam desenvolver uma gestação sadia e, com o nascimento de suas crianças, seja estimulado o vínculo desses com suas genitoras, em um ambiente propício para o seu crescimento, assim como prevê atualmente o nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência; do estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 1 ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BRASIL, Brasília/DF, Ministério da Justiça, **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Resolução nº 4, de 15 de julho de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

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

_____. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

_____. LEP - Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 08 de Agost. de 2019.

_____. Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil, fevereiro de 2007, produzido por: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL; Associação Juízes para a Democracia – AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC; Pastoral Carcerária Nacional – CNBB; Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de

Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude – ASRAD; Comissão Teotônio Vilela – CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Com apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e do Programa para América Latina da International Women's Health Condition. Disponível em <http: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acesso em 10 de Agost. de 2019.

____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

CUNHA, Fernanda. **Além das grades: uma leitura do sistema prisional feminino no Brasil.** Disponível em: <http://carceraria.org.br/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-brasil.html>. Acesso em 11 de Agost. de 2019.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil.** São Paulo: Editora Contexto, 2010. ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCrim, 2004.

ESPINOZA, Olga. **A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista.** Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias. Pelotas, v.1, n. 1, p. 35, jan./dez. 2002.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HOBBSAWM, E. J. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas.** São Paulo: Saraiva. 2014, p. 168.)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2º tiragem.

OLIVEIRA, Erika Patrícia Teixeira de. **MULHERES EM CONFLITO COM A LEI: representações sociais, identidades de gênero e letramento.** Disponível em < <http://www.ple.uem.br/defesas/pdf/eptoliveira.pdf>. Acesso em 12 de Agost. de 2019. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Regras das Nações Unidas**

para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Resolução 2010/16 do Conselho Econômico e 40 Social.

SANTA, Rita R. P. **Mães e crianças atrás das grades: Em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.** Dissertação de mestrado não publicada, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

SANTOS, Jahyra Helena P. dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. **Prisões: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em 08 de Set. de 2019

[1] Doutorando em Ciências Sociais com ênfase em política, pelo programa de graduação em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Ciências Sociais especialidade "Política" pela Pontifícia Universidade Paulista (PUC-SP) (2012). Bacharel em Direito e advogado desde 2005. Atualmente é docente do quadro efetivo da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Curso de Direito, professor de Prática Jurídica Real I. É professor de Direitos Humanos, Criminologia e Legislação em Carreira Jurídica no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Na atuação enquanto advogado foi membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB com experiência no campo de Direito Civil.

A INSIPIÊNCIA EM FACE DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

BEATRIZ COSTA SANTANA: Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARIA MÁRCIA MATSUDA, Me.¹
(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo versa sobre a insipiência em face da usucapião extrajudicial, que é o desconhecimento a respeito da aquisição de propriedade móvel ou imóvel pela posse prolongada e sem interrupção, durante o prazo legal estabelecido para a prescrição aquisitiva, que ocorre fora do Juízo, ou seja, não corre perante os órgãos judiciais. Tomar o imóvel pelo uso exigiu busca da aplicação do método dedutivo, juntamente com as pesquisas exploratórias e bibliográficas, para se chegar à conclusão de que o processo, embora seja burocrático, porém realizado por profissionais capacitados, fará do procedimento extrajudicial um sucesso, capaz de ter um resultado satisfatório em aproximadamente seis meses até um ano no máximo, considerando que o processo judicial leva em torno de 5 a 10 anos, ou dependendo das circunstâncias, até mais tempo.

Palavras-chave: Usucapião. Extrajudicial. Insipiência.

ABSTRACT: The present study deals with the insipience in the face of extrajudicial adverse possession, which is the ignorance about the acquisition of movable or immovable property by the prolonged and uninterrupted possession, during the legal period established for the acquisitive prescription, which goes beyond the judgment, which does not occur. runs before the judicial organs. Taking the property by use required the application of the deductive method, along with exploratory and bibliographic research, to reach the conclusion that the process, although bureaucratic, but performed by skilled professionals, will make the extrajudicial procedure a success, able to have a satisfactory outcome in approximately six months to a maximum of one year, believing that the judicial process takes around 5 to 10 years, or depending on the circumstances, even longer.

Key words: Usucapion. Extrajudicial. Insipience.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A ATUAÇÃO DOS CARTÓRIOS. NOTARIAIS. 1.1 Conceito. 1.2 Tipos de Usucapião. 1.3 A atuação dos cartórios notariais. 2 A HIPOSSUFICIÊNCIA EM FACE AO PROCEDIMENTO USUCAPIÃO. 3 OS REFLEXOS DA CELERIDADE PARA A COMUNIDADE. 4 O CONHECIMENTO ACERCA DO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal desse estudo é analisar o procedimento da usucapião extrajudicial, bem como os seus reflexos no ordenamento jurídico e na sociedade.

Para tanto foi necessário conhecer a atuação dos cartórios notariais; questionar e averiguar a hipossuficiência em face do procedimento; identificar os reflexos da celeridade para a comunidade e ainda abranger os conhecimentos acerca do processo de desjudicialização.

Foi necessário alcançar o objetivo desse estudo por entender que a usucapião seja a regularização dos bens imóveis, que por quaisquer motivos não cumprem sua função social, porém podem ser regularizados e passados para os nomes daqueles que a possuem, moram e cuidam do imóvel, desde que os mesmos estejam dentro das condições exigidas pela Lei 13.105/2015.

É considerada a justificativa de estudar esse tema porque existem várias possibilidades de usucapião, que podem ser o familiar, coletiva, urbana, rural, ordinária e extraordinária e que podem ser processadas tanto por via judicial quanto pela via extrajudicial e neste caso delimitou-se à extrajudicial. A matéria da usucapião extrajudicial considera-se contemporânea, havendo ainda uma precária divulgação em meios midiáticos e desconhecimento em relação ao seu procedimento. Logo, faz-se necessária uma investigação mais aprofundada sobre este conteúdo. Em razão disso, o tema em comento mostra-se de grande relevância à academia, visto que se encontra em mudança advinda pela Lei 13.465 de 11 de julho de 2017, bem como o provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça. Frisa-se, ainda, a necessidade da assistência de patrono em todas as fases do processo, fato esse pouco conhecido pela comunidade acadêmica, uma das beneficiadas de fato.

Com relação à problemática, alguns estudos revelam que em geral há uma sobrecarga desnecessária em relação à quantidade de processos que ocupam o poder judiciário, por essa razão muitos desses processos foram desjudicializados, trazendo um cenário em que figuram como personagens importantes as serventias extrajudiciais. E assim surgiu a pergunta: O serviço notarial mostra-se apto ao processo de desjudicialização? Tal rapidez é compensatória à onerosidade do procedimento?

Viu-se que é destacável, preliminarmente, que os notários e registradores possuem a fé pública. Logo, o serviço notarial constitui-se de funcionários com competência técnica ou jurídica e, em razão disso, prestam serviços baseando-se nos preceitos jurisdicionais. Quanto à necessidade do pagamento de altas custas notariais e a indispensabilidade de advogado para acompanhar todas as fases do procedimento, acarreta a onerosidade da usucapião extrajudicial. Por consequência, as serventias tornam-se convenientes ao processo da desjudicialização, haja vista o trâmite mais célere e o maior número de cartórios em relação às unidades judiciais espalhadas nas comarcas do Brasil.

Dessa forma partiu-se para o estudo a seguir.

1. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A ATUAÇÃO DOS CARTÓRIOS NOTARIAIS

1.1 Conceito

Liminarmente, a palavra usucapião é derivada do latim *usucapio*, união de *usu* (significando “pelo uso”) e *capere* (verbo “tomar”) - formando-se assim, a expressão “tomar pelo uso”, portanto compreende-se que usucapião é um direito, cujo cidadão adquire em relação à posse de um bem imóvel pela posse prolongada e sem interrupção, em decorrência do uso deste por um determinado tempo, ou seja, por prazo legal estabelecido para a prescrição aquisitiva. (OLIBONI, 2015, p.1).

Existe a ideia principal do instituto, que usucapião é a proteção da função social da propriedade e o conceito dado pelos romanos, conforme o autor acima mencionada não predomina no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o direito de propriedade está diretamente relacionado à função social, conforme o art. 5, inciso XXIII da Constituição Federal, e nos princípios gerais da atividade econômica, através do art. 170, incisos I e II da CF/88, garantindo assim a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (RODRIGUES, 2014, p.1)

Desta feita, a usucapião extrajudicial, conhecida como a forma de aquisição originária da propriedade pelas vias notariais, foi criada pela Lei 11.977/09, com modificações pela Lei 12.424/11, consolidando-se Lei nº 13.105/2015, a qual, por meio de seu art. 1.071, inseriu na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) o art. 216-A. Todavia, tal procedimento encontrava-se de forma imprecisa e, em razão disso, foi publicada a Lei nº 13.465, de 11 de Julho de 2017, com o objetivo de sanar os problemas detectados. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 65 em 14/12/2017. (ANJOS, 2018, p.1). E ainda o provimento nº 308/17 (Diário Oficial do AM/17, p. 17)

E para entendimento total deste conceito, a interpretação da usucapião no Direito Civil visa cumprir a “função social da posse” (termo pelo CC/02), já na CF/88 chama de função social da propriedade. A CF/88 prevê a garantia do direito de propriedade a todo brasileiro e estrangeiro residente no Brasil (art. 5º, caput), desde que se atenda a função social (incisos XXII e XXIII). Nesse sentido, a ideia da usucapião é consolidar a situação de quem exterioriza a propriedade sem tê-la, porém visando tê-la, em detrimento do proprietário desidioso, que não reivindica sua posse (DONIZETTE, 2017, p. 732).

Assim a usucapião extrajudicial é a possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil que poderá ser requerido pelo interessado ao registrador de imóveis da situação do bem e possui respaldo legal no artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2015, p.1).

1.2 Tipos de Usucapião

São classificados diversos tipos de usucapião no Código Civil de 2002, destacando-se: Usucapião Extraordinária: art. 1.238 do CC, Usucapião Ordinário: art.

1242 do CC, Usucapião Rural: art. 1239 do CC, Usucapião urbana: art. 1240 do CC, Usucapião coletiva: O art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), Usucapião familiar: A Lei nº 12.424/11 acrescentou o art. 1240-A ao Código Civil. (MODESTO, 2017, p.1)

De acordo com Gonçalves (2008, p. 20) a Usucapião Extraordinária é:

[...] aquela prevista no artigo 1.238, do Código Civil, segundo o qual "aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis". Note-se que o prazo acima referido pode ser reduzido para dez anos se o possuidor tiver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (parágrafo único do artigo supracitado).

Com relação à Usucapião Ordinária, Jammal (2015, p.1) diz que a ação de usucapião ordinária tem como escopo:

[...] regularizar a aquisição da propriedade imóvel por aquele que, com justo título e boa-fé, mantém a posse mansa, pacífica e ininterrupta de um imóvel pelo prazo de 10 (dez) anos, podendo ser reduzido para 5 (cinco), caso o bem houver sido adquirido, onerosamente, sob o registro constante do respectivo cartório com o posterior cancelamento, devendo os possuidores terem estabelecido nele a sua moradia, ou realizado investimentos.

Após a compreensão da usucapião extraordinária e ordinária busca-se estudar a Usucapião Rural: art. 1239 do CC, que diz:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

E que segundo Alves & Yoshikaya (2013, p.1), a usucapião rural foi introduzida na Constituição Federal de 1934:

E é o direito a alguém tornar-se proprietário de um bem imóvel rural por usufruir dele por um determinado tempo como se dono fosse. É preciso também obedecer aos pré-requisitos que estão previstos em lei, quais sejam; a área da terra não passar de 50 hectares, torna-la produtiva através do seu trabalho ou família e residir no local e como citado acima essa situação tem que perdurar por pelo menos cinco anos.

A seguir estuda-se a Usucapião coletiva, instituída pelo Estatuto da Cidade, cuja lei define que o juiz considerará igual porção do terreno a cada cuidador da terra, independentemente do tamanho do terreno que cada um ocupe, salvo a suposição dos ocupantes fazer um acordo por escrito, firmando frações ideais diferenciadas. Visto que no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) artigo 10, diz que:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

E finalmente Usucapião familiar, que entende como sendo uma espécie de aquisição da propriedade que foi criada no Brasil pela Lei nº 12.424/11, que acrescentou o art. 1240-A ao Código Civil, cujas palavras do presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, Delgado (2017, p.1):

Prevendo que aquele que exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano próprio de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, terá adquirido o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O objetivo desse tipo da usucapião familiar é salvaguardar o direito à moradia daquele cônjuge que ficou no imóvel, bem como, a proteção da família que foi abandonada.

1.3 A atuação dos cartórios notariais.

Em qualquer modalidade de usucapião podem ser processadas tanto por via judicial quanto pela via extrajudicial, sendo de praxe o procedimento judicial no ordenamento jurídico atual, Porém com o surgimento da possibilidade de se processar a Usucapião por via extrajudicial que, embora atual, já sofreu algumas modificações para possibilitar, de modo mais efetivo, as regularizações de forma desjudicializada. (MODESTO, 2017, p.1).

A ata notarial como instrumento apto a auxiliar e conceder eficácia e celeridade a usucapião extrajudicial, convém tecer breves considerações acerca da atividade notarial que está prevista no artigo 236 da CF/88 corroborado na Lei 8.935/94, conhecida como Lei dos Cartórios, em seu artigo terceiro que dispõe: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. (CORRÊA & MENEZES, 2016, p.1).

Ainda, a respeito da Ata Notarial, que é um dos destaques do novo código, reconhecida expressamente como meio típica de prova, devido a ata ser confeccionada em cartório como conteúdo probatório processual que, pelo fato de o legislador ter optado por mencioná-la expressamente acabou por revesti-la de maior robustez, então esta poderá assumir no contexto da usucapião extrajudicial, como solução trazida no texto do próprio código, para os entraves advindos da aplicabilidade prática da nova ferramenta. (CHALHUB, 2004, p.45).

A atuação dos cartórios notariais se dá pela competência de cada serventia notarial e registral, que para muitas pessoas, nem sempre é simples, mas é sempre determinada por lei a competência exclusiva para que as atas sejam lavradas e registradas. A finalidade precípua das atividades é dar efetividade à vontade das partes e trazer publicidade aos atos praticados, tornando mais célere os negócios jurídicos, seja na esfera pessoal ou patrimonial. (BLASKESI, 2018, p.1).

O processo inicia com o requerimento realizado pelo interessado da usucapião extrajudicial para o registrador de imóveis da situação do bem, que irá conduzir o procedimento, desde que não haja litígio e forem aprovados os requisitos legais, assim declara Carvalho (2008, pp. 269-289):

O procedimento se inicia a requerimento do usucapiente, respeitando o princípio da instância que rege o direito registral. A parte deverá estar assistida por advogado, exigência legal decorrente da complexidade do ato postulatório. À petição será acostada a prova documental pré-constituída, para comprovar a posse prolongada pelo tempo exigido no suporte fático de usucapião invocado, bem como as certidões negativas de distribuição, que comprovam a natureza mansa e pacífica da posse.

Com relação aos documentos apresentados, cada um receberá seu título e o legislador realizará para a apresentação de ata notarial como meio de prova. Ata essa, regulada no artigo 384 do novo CPC, que é o instrumento público por meio do qual o tabelião atesta fato com o qual travou contato por meio de sua percepção e análise (BRANDELLI, 2011, pp. 344-370).

Após isso e segundo Cruz (2018, p.1) será concedido um prazo de 15 dias ao Estado:

Para manifestação acerca da pretensão do usucapiante, do mesmo modo que ao público, através de edital, a fim de informação para possíveis terceiros interessados no caso. Não havendo qualquer contraposição do Estado ou de terceiros, cumpridos os requisitos e apresentada a documentação necessária, diante de concordância expressa dos detentores de direitos sobre o bem, será registrada a aquisição da propriedade do imóvel e a consequente abertura de matrícula, quando assim for necessário.

É importante mencionar o provimento nº 308/2017 – CGJ/AM, que dispõe sobre os procedimentos de usucapião extrajudicial a ser observado pelos Serviços Notariais e de Registro de Imóveis, nos termos do que estabelece o art. 216-A da Lei nº 6.015/1973 acrescido pelo art. 1.071 da Lei nº 13.105/2015. Que Thury, (2017, p.1) no exercício de suas atribuições Resolve:

Artigo 1º - Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, respeitada a circunscrição territorial de cada Serventia, a requerimento do interessado, representado por advogado:

Advogado este, que deverá estar instruído com uma lista de documentos necessários, conforme rege os itens de I a IV do Provimento 308/2017. (THURY, 2017, p.1).

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, obedecidas as regras dos artigos 15 e seguintes deste Provimento, bem como a referência á modalidade de usucapião pretendida, com a fundamentação legal.

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, com reconhecimento de todas as firmas:

III certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, demonstrando inexistência de ações em andamento que caracterizem oposição a posse do imóvel, comprovando não haver litígio e, ainda, a natureza mansa e pacífica da posse:

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. (ALVARES, 2017, p.1)

Já no Provimento 65/2017 a relação de documentos apresentada com Requerimento assinado pelo advogado ou defensor público deve ser como consta no art. 4º a seguir: “I – ata notarial com a qualificação, endereço eletrônico, domicílio e residência do requerente, e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião que ateste”. Ressalta-se que neste item existem sete especificações a serem notadas:

- a) a descrição do imóvel conforme consta na matrícula do registro em caso de bem individualizado ou a descrição da área em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo;
- b) o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores;
- c) a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte requerente;
- d) a modalidade de usucapião pretendida e sua base legal ou constitucional;
- e) o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições;

- f) o valor do imóvel;
- g) outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento, tais como depoimentos de testemunhas ou partes confrontantes;

O segundo e terceiro documentos a serem apresentados, conforme Provimento 65/2017 é:

II – planta e memoriais descritivos assinados por profissional legalmente habilitado e com prova da Anotação da Responsabilidade Técnica – ART ou do Registro de Responsabilidade Técnica – RTT no respectivo conselho de fiscalização profissional e pelos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes ou pelos ocupantes a qualquer título;

III – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a cadeia possessória e o tempo de posse;

Além disso, quanto aos documentos a serem apresentados, conforme Provimento 65/2017 é: “IV – certidões negativas dos distribuidores da Justiça Estadual e da Justiça Federal do local da situação do imóvel usucapiendo expedida nos últimos trinta dias, demonstrando a inexistência de ações que caracterizem oposição à posse do imóvel, em nome das seguintes pessoas”. Porém deve seguir as três indicações abaixo:

- a) Nome do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro se houver;
- b) Nome do proprietário do imóvel usucapiendo e respectivo cônjuge ou companheiro se houver;
- c) Nome de todos os demais possuidores e respectivos cônjuges ou companheiros, se houver, em caso de sucessão de posse, que é somada à do requerente para completar o período aquisitivo da usucapião;

Ressaltam-se, ainda, como documentos a serem apresentados, conforme Provimento 65/2017:

V – descrição georreferenciada nas hipóteses previstas na Lei n. 10.267, de 28 de agosto de 2001, e nos decretos regulamentadores;

VI – instrumento de mandato, público ou particular, com poderes especiais e com firma reconhecida, por semelhança ou autenticidade, outorgado ao advogado pelo requerente e por seu cônjuge ou companheiro;

VII – declaração do requerente, do seu cônjuge ou companheiro que outorgue ao defensor público a capacidade postulatória da usucapião;

VIII – certidão dos órgãos municipais e/ou federais que demonstre a natureza urbana ou rural do imóvel usucapiendo, nos termos da Instrução Normativa Incra n. 82/2015 e da Nota Técnica Incra/DF/DFC n. 2/2016, expedida até trinta dias antes do requerimento.

Não obstante há também a consideração de que na Lei nº 6.015/73, Art. 216-A, ficou muito genérica, dessa forma, cabe observar sempre o Provimento nº 65 do CNJ, que de acordo com Paiva (2018, 1) explica:

Art. 3º O requerimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião atenderá, no que couber, aos requisitos da petição inicial, estabelecidos pelo art. 319 do Código de Processo Civil – CPC, bem como indicará:

I – a modalidade de usucapião requerida e sua base legal ou constitucional;

II – a origem e as características da posse, a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo, com a referência às respectivas datas de ocorrência;

III – o nome e estado civil de todos os possuidores anteriores cujo tempo de posse foi somado ao do requerente para completar o período aquisitivo;

IV – o número da matrícula ou transcrição da área onde se encontra inserido o imóvel usucapiendo ou a informação de que não se encontra matriculado ou transcrito;

V – o valor atribuído ao imóvel usucapiendo.

Denota-se pelo estudo que existe a possibilidade de efetividade da usucapião extrajudicialmente, de forma desburocratizada, sem a necessidade de acionar a justiça ou Ministério Público, de forma célere e simplificada por meio da autonomia dos registradores de imóveis, visto que pela Lei 13.465/2017, uma vez

notificado para se opor e sem que haja oposição expressa, o oficial do cartório de imóveis poderá prosseguir com o registro de aquisição do imóvel com as descrições apresentadas. (MELLO & NASCIMENTO, 2017, p.1).

2. A HIPOSSUFICIÊNCIA EM FACE AO PROCEDIMENTO USUCAPIÃO.

Aqui se está falando da pessoa de poucos recursos econômicos, que não é autossuficiente para arcar com custas judiciais ou extrajudiciais relacionadas ao processo, ou não dispõe dos recursos financeiros necessários para se sustentar. Juridicamente a hipossuficiência é um termo usado para se referir à parte que é considerada mais frágil ou carente financeiramente em uma relação processual, comercial ou trabalhista.(CUEVA, 2017, p.1).

A hipossuficiência neste caso gera a desistência do usucapiente antes do vencimento da conclusão do procedimento, devido a onerosidade das custas e emolumentos para os hipossuficientes na lavratura de atas notariais em usucapião extrajudicial, perante os Cartórios de Notas, bem como nos atos registrais decorrentes perante os Cartórios de Registro de Imóveis. (CANOVA, 2017, p.1).

E Canova (2017, p.1) alerta:

A assistência jurídica gratuita aos necessitados não significa apenas assistência processual, mas, como acesso à ordem jurídica justa, sobressai como instituto de natureza material, devendo isentar-se do pagamento de quaisquer ônus processuais ou extraprocessuais os interessados hipossuficientes, no acesso aos serviços com natureza forense.

É confirmado por Panutto e Ramalho (2018, p.1) que é possível “conceder aos indivíduos economicamente hipossuficientes a isenção no pagamento das custas e dos emolumentos devidos para a realização dos atos necessários ao procedimento extrajudicial de reconhecimento da usucapião.”.

Pesquisas demonstram que a Lei nº 1.060 de 1950, que pelo Direito brasileiro foi o primeiro ato consagrando a gratuidade na assistência jurídica. Porém essa Lei, conforme Silva (2016, p.1) explica: “O artigo 1.072, III do novo CPC determina a revogação de parte dos artigos da Lei 1.060/1950 por considerar que a matéria estaria adequadamente tratada pelos artigos 98 a 102 do código.”.

O novo Código de Processo Civil deixou clara a teoria, querendo a simplificação do processo com vistas à maximização de resultados e determinou a eliminação da grande pletera de procedimentos especiais, entre os quais se inclui a usucapião. E se fez necessário tal medida uma vez que a situação segundo Mello (2018, p.1) é grave e “caótica que em grande parte das ações de usucapião os autores vêm a falecer, considerando terem passado boa parte de suas vidas no

próprio imóvel objeto do pedido”. Assim sendo, o procedimento se mostra compatível com a real e atual necessidade do grupo de usucapientes que por muitos anos estiveram atrelados a alta demanda do judiciário, bem como os gastos e custas que enfrentavam para manter o processo.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica integral e gratuita foi elevada à categoria de direito fundamental: “Art. 5º LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”. (SILVA, 2016, p.1).

Consegue-se apreender então que: no texto histórico, a gratuidade das ações de usucapião, entre outros adveio com a lei 11.441 no início de 2007. Com a promulgação do novo CPC, a lei 13.105/15, houve revogação do código anterior (Lei nº 1.060/50) e, com isso, da legislação que criou ou modificou dispositivos em seu texto, como ocorreu com a lei 11.441/07, em que pese parte da doutrina entender que essa lei continua em vigor, inclusive no tocante ao direito à gratuidade.

3. OS REFLEXOS DA CELERIDADE PARA A COMUNIDADE.

O estudo vem buscando apresentar os reflexos da usucapião extrajudicial, analisando seu surgimento e suas formas de aplicação, que vão desde os interesses de solução de conflitos, conciliação e mediação, até a realização de usucapião por meio dos Cartórios, como auxiliares e integrantes da Justiça.

E os reflexos demonstraram que as serventias extrajudiciais conseguiram atenuar a demanda dos Juízos, tendo em vista a enorme gama de processos que assolam o judiciário e mantendo a celeridade para a comunidade, especificamente quanto aos casos de usucapião, com a solução em tempo bem inferior, desde que sejam preenchidos todos os requisitos necessários para a segurança jurídica, a fim de garantir mais facilmente ao usucapiente e ao Estado o cumprimento da função social da propriedade, nos termos da Constituição. (RIBEIRO, SOUZA, DIAS & DIAS, 2019 p.1)

Nas palavras de Ribeiro, Souza, Dias & Dias, (2019, p.1):

Introduziu-se o instituto da usucapião extrajudicial (ou administrativo) através do artigo 1.071 do CPC/2015, alterando a Lei de Registros Públicos mediante inclusão do artigo 216-A em seu texto. Tornando-se possível a tramitação desse procedimento de aquisição da propriedade imobiliária através do Registro de Imóveis de onde está situado o imóvel usucapiendo.

Sabe-se que o instituto da usucapião extrajudicial tem pouco tempo de existência no direito brasileiro e, ainda assim se mostra um procedimento promissor.

A receptividade da usucapião extrajudicial vem vivenciando e incentivando em época presente um efeito positivo quanto a procura dos cartórios com o objetivo da desjudicialização dos procedimentos onde não tenha pendências pertinentes a uma ação, permitindo ao cidadão uma propositura de procedimentos diante do Tabelionato de Notas juntamente com o Registro de Imóveis, os quais irão tornar o procedimento mais célere e ainda tendo como saldo positivo uma segurança jurídica, que se mostra extremamente indispensável, ou também, poderão entrar de modo direto no Poder Judiciário. (XIMENES & OLIVEIRA, 2018, p.1).

Os reflexos da celeridade para a comunidade é que vem contemplando as diversas espécies de Usucapião previstas na legislação brasileira. Traz também reflexos aos Tabelionatos de Notas e ao Cartório de Registro de Imóveis, ainda é uma alternativa para a comunidade ao processo longo e tradicional da Usucapião, isto porque, estão expressos os dizeres “sem prejuízo da via jurisdicional”. Essa celeridade preocupou-se em quebrar o paradigma do monopólio jurisdicional, no que se destaca a Usucapião Extrajudicial. Trouxe simplificação e facilita ao possuidor a aquisição da propriedade imobiliária sem a homologação de um juiz togado.

4. O CONHECIMENTO ACERCA DO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO.

No Brasil, a população possui a cultura da procura pelo Poder Judiciário para resolução de seus conflitos, o que resulta em uma excessiva demanda e morosidade da prestação jurisdicional. Portanto, pode-se perceber a intenção do legislador no implemento da desjudicialização, ao delegar o processo da usucapião para as serventias notariais por meio da ata notarial que fará a prova da posse através de declaração do tabelião, titular da fé pública para atestar tais fatos e produzir documento público, bem como a inclusão dos cartórios de registro de imóveis necessários para averbação da aquisição originária.

A chamada extrajudicialização dos processos e procedimentos judiciais apresenta similitude a “desjudicialização”, que vem a ter a inclinação cada vez mais forte no sistema jurídico brasileiro, que busca descarregar as vias judiciais, na mesma medida em que tem como finalidade garantir o acesso à Justiça indiscriminadamente. (CRUZ, 2018, p.1).

A desjudicialização é um dos meios consensuais, pelo qual a resolução de conflitos, mediação e conciliação pode ser resolvida, segundo o novo Código de Processo Civil, positivada pela Lei nº 13.105/15. E nestes termos Pacheco (2017, p.1) explica:

Analisando a expressão “desjudicialização”, o prefixo “des”, vem do latim, significa “ação contrária”; “negação”; “separação”. Já o termo “judicializar”, significa o próprio Poder Judiciário. Pela semântica dá a entender a existência de um movimento de retirada do Judiciário. Num sentido amplo, desjudicialização relaciona-se com os meios consensuais de solução de conflitos, cuja concepção deve ser entendida como algo que se diferencia da lógica processual instalada.

Nota-se aqui uma difusão dos meios consensuais, a priori a população, o Poder Judiciário e seus operadores, sofrerão grandes benefícios, juntamente com os diversos ganhos provenientes da solução consensual. Neste contexto Gracietti (2017, p.1) saliente que:

Espera-se que o ordenamento jurídico brasileiro consiga aperfeiçoar cada vez mais estes dispositivos a fim de possam tornarem fatos mais relevantes que o procedimento judicial, além da provocativa regulamentação pelo Conselho de Justiça com objetivo de tornar o dispositivo mais útil ao fim que se destina. Somente desta forma é que o ambiente extrajudicial de fato exercerá o princípio da desjudicialização de processos e tornar-se-á mais justo e eficaz.

O conhecimento acerca do processo de desjudicialização mostra um novo formato de usucapião extrajudicial, que tem objetivo dispor e tornar mais rápida a oferta da demanda, contando com a possibilidade de poder ser feita proposta diretamente via extrajudicial, o procedimento não será mais especial conforme divulgava os art. 941 a art. 945, CPC/73, agora o novo procedimento será ordinário conforme dispõe o art. 1071, NCPC, c/c art. 216-A, da lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos). Em Portugal, já pode realizar esse feito desde 2009, pois através do Decreto-Lei 116/2008 atualizado pelo Decreto-Lei 185/09, e possível realizar a oferta da usucapião via extrajudicial. (SANTOS, 2015, p.1).

Embora tudo pareça bem mais simples, podem acontecer dificuldades e óbices, por essa razão é importante o acompanhamento do processo por um advogado qualificado, com conhecimento acerca da usucapião extrajudicial, da posse e do instituto durante todo o procedimento, do início ao fim, ainda no Tabelionato de Notas, mas também no momento de processamento perante o Registro de Imóveis competente, visto que o advogado tem habilidades e qualificação para acompanhar e identificar se tudo está seguindo de forma legal, sem deslizes, inseguranças ou exigências indevidas pelos cartórios, com vistas a assegurar ao posseiro requerente seus direitos de convalidação da posse em propriedade. (HORTA, PEREIRA E ALEXANDRE, 2019, p.1)

Na Cidade de Manaus, Estado do Amazonas, nas palavras de Fioretti (2019, p.1) "os primeiros registros de aquisição de propriedade por usucapião extrajudicial começaram a ser realizados no final do ano de 2018 e seguem em 2019 ajudando os adquirentes de boa-fé a regularizarem seus direitos.". Diante disso, percebe-se que o procedimento começa a adquirir robustez e forma no estado.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou apresentar um estudo com base no ordenamento e doutrinas jurídicas, para a insipiência em face da usucapião extrajudicial. De forma a explicar mediante o conceito e as formas de extrajudicialização e desjudicialização dos procedimentos jurídicos, esquadrinhando o papel dos cartórios notariais, que são serventias extrajudiciais neste processo, porém demonstrando serem mais rápidos às pretensões dos usucapiantes, e também mantendo a mesma segurança jurídica do processo movido no judiciário.

Foram estudadas diversas leis para a posse de propriedade, pelas vias notariais, entendendo que foram detectados problemas em razão da lei 13465 de 11 de julho de 2017 e, portanto o Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, no exercício de suas atribuições legais apresentou o Provimento CNJ nº 65/2017 e TJAM Nº 304/2017.

O objetivo principal desse estudo foi analisar o procedimento da usucapião extrajudicial, bem como os seus reflexos no ordenamento jurídico e na sociedade, então por meio das pesquisas viu-se que o ponto ou ideia de que se parte para armar esse procedimento de usucapião, pela vigência do novo Código de Processo Civil Brasileiro pode pelo ordenamento jurídico facilitar se ter maior divisão das diligências extrajudiciais, possibilitando assim, o sistema judiciário de se preocupar com causas dessa espécie e deixando a cargo dos Cartórios de Registros e dos Tabelionatos de Notas como uma tentativa de desjudicializar os processos.

O que se pode verificar também é que se cumprirem os requisitos básicos para que se possa fazer o pedido da usucapião, a desjudicialização poderá em muito menos tempo solucionar a situação e evitar conflitos, que geralmente acontece entre os usupientes e titulares.

No início desse estudo levantou-se a problemática com relação à desnecessidade da quantidade de processos que ocupam o poder judiciário e por tal razão muitos dos processos são desjudicializados e a pergunta foi se o serviço notarial mostra-se apto ao processo de desjudicialização? Tal rapidez é compensatória à onerosidade do procedimento? E verificou-se que o serviço notarial está completamente apto, inclusive trazendo maior brevidade.

Por tudo que foi estudado, vê-se que o procedimento, ainda quetenha se tornado mais simples e de natureza veloz, conclui-se quepodeexistiralgumas

dificuldades e acontecer de bloquear ou impedir por parte dos cartórios em decorrência das omissões legais frente às incertezas, segurança jurídica, responsabilidade objetiva do registrador e mesmo novidade do procedimento.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, R.P. **A usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil.** (2015). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>> Acesso em 06.06.19: 16:03h.

ALVARES, L.R. **CGJ/AM – Provimento N° 308/2017 – Dispõe sobre os procedimentos de usucapião extrajudicial.** (2017). Disponível em <<https://www.portaldori.com.br/2017/07/12/cgjam-provimento-n-3082017-dispoe-sobre-os-procedimentos-de-usucapiao-extrajudicial/>> Acesso em 23.08.19: 10:45h.

ALVES, J.S. YOSHIKAYA, P.E.S. **Usucapião especial rural: Divergências quanto aos requisitos.** (2013). Disponível em <<https://jonatasav.jusbrasil.com.br/artigos/112146617/usucapiao-especial-rural-divergencias-quanto-aos-requisitos>> Acesso em 05.06.19: 10:25h.

ANJOS, G.A. dos. **Reconhecimento da aquisição originária da propriedade imóvel por meio da usucapião extrajudicial.** (2018). Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291048,31047-Reconhecimento+da+aquisicao+originaria+da+propriedade+imovel+por+meio>> Acesso em 05.06.19: 10:25h.

BLASKESI, E. **Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais.** (2018). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/68267/cartorios-competencia-dos-servicos-notariais-e-registrais>> Acesso em 06.06.19: 18:37h.

BRANDELLI, L. **Teoria geral do direito notarial.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, LEI No 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm> Acesso em 31.07.19: 17:35h.

_____, LEI N° 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil.** Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>> Acesso em 31.07.19: 17:24h.

_____, LEI N° 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007. **Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.** Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm>
Acesso em 01.09.19: 09:24h.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 01.08.19: 08:24h.

_____. LEI Nº 13.465, DE 11 DE JULHO DE 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 04.08.19: 18:14h.

CANOVA, L. **A gratuidade dos serviços forenses prestados pelos Cartórios de Notas e de Registro de Imóveis**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260465,61044-A+gratuidade+dos+servicos+forenses+prestados+pelos+Cartorios+de+Notas>> Acesso em 06.06.19: 19:14h.

CARVALHO, A. de. **Registro de imóveis**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHALHUB, M.N., **Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CORRÊA, C.F.; MENEZES, J.B.C. **A usucapião extrajudicial e a atuação do cartório de registro de imóveis: uma opção pela celeridade ou manutenção das práticas burocráticas?** (2016). Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/313840983_A_usucapiao_extrajudicial_e_a_atuacao_do_cartorio_de_registro_de_imoveis_uma_opcao_pela_celeridade_ou_manutencao_das_praticas_burocraticas> Acesso em 06.06.19: 17:47h.

- CRUZ, B.H.S. **A extrajudicialização no processo civil - usucapião extrajudicial.** (2018). Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-extrajudicializacao-no-processo-civil-usucapiao-extrajudicial,590779.html>> Acesso em 06.06.19: 19:59h.
- CUEVA, V.B. **Gratuidade em ação de usucapião especial urbana não tem natureza objetiva.** (2017). Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Gratuidade-em-ação-de-usucapião-especial-urbana-não-tem-natureza-objetiva> Acesso em 06.06.19: 16:42h.
- DELGADO, M. **Usucapião Familiar: o que é preciso para caracterizá-la?** (2017). Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6295/Usucapião+Familiar%3A+o+explica+o+que+%C3%A9+preciso+para+caracteriz%C3%A1-la%3F>> Acesso em 31.07.19: 18:00h.
- DONIZETTI, E.; QUINTELLA, F. **Curso didático de direito civil.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FIORETTI, J. **A usucapião extrajudicial em Manaus.** Disponível em <<http://www.anoreg.org.br/site/2019/03/12/artigo-a-usucapiao-extrajudicial-em-manaus-por-juliana-fioretti/>> Acesso em 05.09.19: 11:20h.
- GONÇALVES, M.V.R. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** 4ª ed., v. II, São Paulo: Editora Saraiva; 2008.
- GRACIETTI, F. **Usucapião extrajudicial: análise comparativa entre os procedimentos administrativo e judicial.** (2017). Disponível em <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/usucapiao-extrajudicial-analise-comparativa-entre-os-procedimentos-administrativo-judicial.htm>> Acesso em 05.07.19: 18:10h.
- JAMMAL, E. **Ação de Usucapião ordinário: Você realmente a conhece?**(2015). Disponível em <<https://ehlaz.jusbrasil.com.br/artigos/386361538/acao-de-usucapiao-ordinario-voce-realmente-a-conhece>> Acesso em 25.07.19: 20:00h.
- MELO, L.; NASCIMENTO, B. **Nova lei altera processo para regularização de propriedades por usucapião.** (2017). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-22/lei-altera-processo-regularizacao-propriedades>> Acesso em 06.06.19: 19:48h.
- MELLO, H.F. **Ação de usucapião.** (2018). Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/173/edicao-1/acao-de-usucapiao>> Acesso em 06.06.19: 20:58h.
- MODESTO, G.M.M. **Usucapião Extrajudicial.** (2017). Disponível em <<https://gessicaufjrj.jusbrasil.com.br/artigos/512892308/usucapiao-extrajudicial>> Acesso em 06.06.19: 17:19h.

OLIBONI, A.C. **Conceito e natureza jurídica da usucapião.** (2015). Disponível em <<https://anaoliboni.jusbrasil.com.br/artigos/188247389/usucapiao-conceito-natureza-juridica-e-origem-historica>> Acesso em 05.06.19: 10:25h.

PACHECO, R.P. **Desjudicialização: conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil.** (2018). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/67836/desjudicializacao-conciliacao-e-mediacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/3>> Acesso em 05.07.19: 13:51h.

PANUTTO, P.; RAMALHO, H.W. **a gratuidade no procedimento da usucapião extrajudicial como forma de acesso à justiça.** (2018). Disponível em <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/351>> Acesso em 05.09.19: 17:55h.

RODRIGUES, M.A. **Entendendo a usucapião de bens imóveis urbanos.** (2014). Disponível em <<https://marcelandre.jusbrasil.com.br/artigos/116772217/entendendo-a-usucapiao-de-bens-imoveis-urbanos>> Acesso em 05.06.19: 11:15h.

SANTOS, D.C.dos. **A nova oferta da ação de usucapião como forma de desjudicialização de procedimento.** (2015). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/44279/a-nova-ofertura-da-acao-de-usucapiao-como-forma-de-desjudicializacao-de-procedimento>> Acesso em 25.07.19: 18:15h.

SILVA, F.R.A. **A Lei 1.060/1950 ainda tem utilidade no ordenamento jurídico?**(2016).Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/tribuna-defensoria-lei-10601950-ainda-utilidade-ordenamento-juridico>> Acesso em 13.09.19: 13:51h.

THURY, A. L. **Página 17 da Administrativo do Diário de Justiça do Estado do Amazonas (DJAM) de 6 de Julho de 2017.**Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/152505161/djam-administrativo-06-07-2017-pg-17>> Acesso em 23.08.19: 13:51h.

XIMENES, R.S.; OLIVEIRA, P.E. **Usucapião extrajudicial: uma solução para dar celeridade ao processo?** (2018). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/70469/usucapiao-extrajudicial-uma-solucao-para-dar-celeridade-ao-processo>> Acesso em 03.09.19: 13:51h.

[1]Professora Orientadora: Maria Márcia Matsuda.Advogada, graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1995) e mestrado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2000). Atualmente é professor titular do Centro Universitário do Norte. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito processual civil–E-mail: maria.marcia.matsuda@gmail.com

ABUSO SEXUAL CONTRA MULHERES EM TRANSPORTE PÚBLICO

JULIANA ALVES GOMES: Bacharelanda em Direito pelo CIESA - Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

GUILHERME GUSTAVO VASQUES MOTA

(Orientador)

RESUMO: O objetivo deste artigo é a análise do ambiente público, mais especificamente o transporte coletivo, como espaço vulnerável para a segurança feminina. É um problema que afeta os âmbitos de segurança e de saúde, pois a violência sexual acarreta consequências danosas às vítimas. No entanto, essa conduta é naturalizada e entendida como "cantada" ou elogio. Ao tomar a questão do assédio sexual como objeto de análise, surge os questionamentos: que bens jurídicos são violados por tais condutas e como o sistema jurídico brasileiro pode e deve tutelar tais casos?

Palavras-chave: Abuso sexual. Transporte público. Mulher. Segurança feminina.

ABSTRACT: The objective of this article is the analysis of the public environment, more specifically the collective transport, as vulnerable space for the feminine security. It is a problem that affects the health and safety spheres because sexual violence has harmful consequences for the victims. However, this conduct is naturalized and understood as "sung" or praise.

In taking the issue of sexual harassment as the object of analysis, the question arises: What legal assets are violated by such conduct and how can the Brazilian legal system safeguard such cases?

Keywords: Sexual abuse. Public transportation. Woman. Women's safety.

INTRODUÇÃO

O Brasil registra um alto número de abusos sexuais ocorridos em transportes públicos. São diversas as formas de abordagens invasivas, constrangedoras e ameaçadoras de cunho sexual, sem o consentimento da outra parte, manifestar-se com toques indesejados em partes íntimas das passageiras, encostar-se maliciosamente contra o corpo das mulheres. O assédio sexual apresenta-se também de forma verbal e atos obscenos.

Considerando que tais condutas promovem a violação de diversos bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico brasileiro, surgiu o interesse em analisar os procedimentos previstos pelo sistema brasileiro para proteger as mulheres em tais condições buscando questionar em termos de eficiência.

Para isso, é necessário compreender como as mulheres lidam com essas situações em seu cotidiano, como são afetadas e quais as consequências danosas após o abuso. Mudanças na rotina, sentimento de repulsa, nojo, medo e traumas são consideradas como as principais consequências produzidas pelo crime.

Em outro momento, busca-se compreender o abuso a partir da mente masculina, posicionamentos e perspectivas do homem. Muitas explicações giram em torno de estereótipos e até mesmo a “justificativa” de que o homem é detentor de uma “natureza sexual difícil de ser controlada” e a necessidade natural da mulher de ser elogiada pelos homens.

1. A SOCIEDADE E A NATURALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER

As relações sociais de desigualdade entre homens e mulheres contribui para a naturalização da violência. Discutir o abuso sexual nos transportes coletivos é ao mesmo tempo pensar sobre o lugar da mulher na sociedade contemporânea e refletir como o gênero é articulado para produzir desigualdades no compartilhamento do espaço público, ou seja, como o assédio acaba se tornando uma das expressões da discriminação de gênero e da exclusão social.

Não existe uma única motivação à qual possamos apontar para entender por que ainda é normalizada a violência sexual através dos abusos sexuais, seja nos ônibus, no trem ou em outros locais públicos, mas existe no imaginário popular justificativas que culpabilizam a vítima e desculpam os homens. Costumam ser respostas que apontam para o comportamento e conduta das mulheres e baseiam-se nas diferenças anatômicas e fisiológicas, orientadas por estereótipos tradicionais de masculinidades.

Assim vemos a falta de simetria que existe na condição de homens e mulheres em nossa sociedade e como essas relações sociais desiguais contribuem para a naturalização da violência contra as mulheres. (BEAUVOIR, 1980)

As opiniões da sociedade sobre o tema, a falta de solidariedade e o silêncio diante de situações de assédio, mostram como é comum os abusos dentro dos transportes coletivos em todo o país. Mas as mulheres estão começando a quebrar

o silêncio e posicionando-se contra isso. É possível afirmar que a atuação do feminismo através das redes sociais esteja atingindo uma parte maior da população e contribuindo para que haja maior visibilidade quanto à gravidade da violência sexual contra as mulheres.

1.1A culpabilização da vítima

A culpabilização da vítima é um dos traços importantes ao tratar da violência sexual contra as mulheres, ocorre que quando sugerem que a mulher provocou ou permitiu que lhe acontecesse aquela situação, representam uma não acolhida à sua dor, o que causa sofrimento e contribui para o silêncio. (MEDRADO, 2008)

Uma grande parcela da sociedade acredita que a conduta e as vestimentas da mulher contribuem para o abuso sexual e que muitas delas facilitam a consumação do crime. Relatos esses que nos mostram o quanto vivemos em um ambiente extremamente machista e desigual.

Assim, temos a “justificativa” de que os homens tem um desejo sexual superior e as mulheres desejam ser cortejadas e elogiadas, através de seus comportamentos e vestimentas como artifício para provocar e conquistar a atenção masculina (GOMES, 2002)

O critério para ser passível de assédio é o gênero, qualquer mulher pode ser assediada, independente de idade, peso, cor, vestimentas, etc. Tudo isso não nos deixa esquecer o quão a nossa sociedade é misógina, que tem como conceito o ódio, desprezo ou preconceito contra mulheres.

O medo do abuso faz com que a rotina das usuárias do transporte público seja modificada através de pequenos gestos como, evitar usar determinados tipos de roupa, usam a bolsa como escudo que a separe de quem tenta tocar-lhe, evitam sentar perto dos homens, entre outras medidas consideradas protetivas. O medo geralmente está relacionado a possibilidade de que o indivíduo esteja armado e possa cometer uma violência maior, num extremo, até mesmo o estupro.

1.2 Bens jurídicos violados

Encontram-se em trâmite projetos de lei dos Senadores Humberto Costa e Marta Suplicy, prevendo a criação dos crimes de constrangimento ofensivo ao pudor em transportes públicos, com pena de reclusão de dois a quatro anos, e de molestamento sexual, com pena de reclusão de três a seis anos. Entretanto, enquanto tais projetos não se concretizam, cabível é a análise jurídica da temática conforme a legislação penal vigente.

O estupro, com a redação alterada pela Lei nº 12.015/2009, é delito inserido no Título dos Crimes contra a Dignidade Sexual.

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Conjunção carnal significa introdução do pênis na vagina. Já o ato libidinoso, nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, “é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina de dedos ou de outros objetos, dentre outros” (Código Penal Comentado, 13 ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 969).

Para a concretização do estupro, o constrangimento deve se dar mediante violência ou grave ameaça, o que não ocorre com as infrações penais.

O ato obsceno, assim como o estupro, está no contexto dos crimes contra a dignidade sexual.

“Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

“A conceituação de ato obsceno envolve, nitidamente, uma valoração cultural, demonstrando tratar-se de elemento normativo do tipo penal. Obsceno é o que fere o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), tendo sentido sexual. Trata-se de conceito mutável com o passar do tempo e de veras variável, conforme a localidade.” (Código Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. - 13. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 1027).

A importunação ofensiva ao pudor consiste em contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

“Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa.

2 LEI DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

No dia 24 de setembro de 2018 foi publicada a Lei 13.718 que tipifica os crimes de importunação sexual, divulgação de cena do crime de estupro, de sexo ou pornografia, além do crime de induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual. Tratam-se de três tipos penais de extraordinária importância, preenchendo importantes lacunas em nosso sistema penal.

Importunação sexual (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). (Brasil, 2018)

Em setembro deste ano, no Estado do Espírito Santo, um homem foi preso por importunar sexualmente passageiras em um ônibus. Segundo a Polícia Militar, que atendeu a ocorrência, a cobradora do coletivo acionou a polícia após relatos de que o homem estaria excitado dentro do coletivo. Ainda de acordo com o boletim de ocorrência, uma vítima desceu correndo do ônibus, pois o acusado teria esfregado o órgão genital em seu ombro. (GAZETA ONLINE, 2019)

3 O VAGÃO FEMININO

A criação de um vagão exclusivo para as mulheres foi a solução encontrada por algumas cidades, no Brasil e no exterior, para coibir os episódios de assédio e violência sexual no interior das composições dos trens e metrô, sobretudo nos horários de pico.

O Estado do Rio de Janeiro, a exemplo de outros lugares, instituiu o vagão feminino como solução para o abuso contra mulheres, o que causou muita discussão entre as feministas e os estudiosos de políticas públicas. (SILVA, 2017)

O chamado vagão rosa está longe de ser um consenso. A medida que, a princípio, é apenas para quem depende do metrô e trem e fica à mercê de aproveitadores, tornou-se uma grande polêmica. Quem defende o vagão exclusivo justifica que é um paliativo de urgência para inibir os assédios. Quem critica diz que isolar as mulheres dos homens não é a solução para um problema que tem origem no machismo e que essa medida só legitima a prática.

Vale destacar que os países que adotaram o vagão exclusivo para mulheres são marcadamente machistas e apresentam os piores índices de violência contra mulher. Na Índia, país em que recorrentes episódios de violência contra mulheres envolvem ataques com ácido e estupros coletivos, há não só vagões exclusivos como ônibus especiais para as mulheres, inclusive com funcionárias do sexo feminino.

Em 2014 foi criada uma campanha chamada “Cidades Seguras para as Mulheres” para tornar os espaços urbanos mais receptivos a mulheres e é um exemplo de iniciativa que busca meios eficazes de alteração desta realidade.

No entanto, deve-se evitar a adoção de políticas e iniciativas que, ainda que tenham as mulheres como foco ou que a elas dirijam ações específicas, acabam por reafirmar as desigualdades de gênero, reiterando uma posição de sujeição da mulher ao homem. (NASCIMENTO, 2015)

Os índices de violência contra a mulher apontam que elas estão cada vez mais vulneráveis e para tornarmos as cidades mais seguras precisamos de serviços públicos de qualidade, que os governantes assumam suas responsabilidades para tornar as cidades mais seguras, pois está assegurado na Constituição Federal 1988 o direito de ir e vir.

CONCLUSÃO

É evidente que o assédio e a violência sexual no transporte público afetam gravemente o dia a dia das mulheres brasileiras e limitam a sua mobilidade e seu acesso à educação, ao trabalho e a serviços.

Existe uma normalização da violência contra a mulher, quando vem na figura do assédio, é tratada como algo menor, como uma brincadeira, uma cantada ou um toque “sem maldade”.

A dominação masculina que subjuga as mulheres é a principal causa da ampla violação de direitos e da integridade da mulher, em todos os âmbitos e também no transporte público. Antes de serem ações isoladas levadas a efeito pelo homem, é

uma forma estruturada de organização da sociedade em que se estabelece e se reproduz que o ser masculino tem poder e disposição sobre o corpo da mulher. Tudo leva a crer que o corpo feminino é visto como espaço aberto à interferência de estranhos.

Mesmo diante de políticas públicas próprias para as mulheres, deve-se evitar a adoção de políticas e iniciativas que as tenham como foco, já que acabam por reafirmar as desigualdades de gênero, reiterando uma posição de sujeição da mulher ao homem.

Portanto, o ideal é punir de acordo com a Lei da Importunação Sexual todos os indivíduos que cometem os atos libidinosos em todo e qualquer ambiente, não só apenas os praticados no transporte público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes. O Corpo Educado: Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte. Ed. Autêntica. 2007.

GOFFMAN, Erving. 2010. Comportamentos em Lugares Públicos – Nota sobre a organização social dos ajuntamentos. Petrópolis: Editora Vozes.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Fatos e Mitos. Vol. I. 5ª edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1980.

MEDRADO, Benedito; LYRA, Jorge. Por uma matriz feminista de gênero para os estudos sobre homens e masculinidades. In: Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 16(3): 424, setembro/dezembro/2008.

VILAÇA, Laura. A violência de gênero no âmbito do transporte público brasileiro. Disponível em <https://lauravilacaadv.jusbrasil.com.br/artigos/401190828/a-violencia-degenero-no-ambito-do-transporte-publico-brasileiro>, acesso em 20/03/2017.

Código Penal Comentado, 13 ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 969).

Código Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. - 13. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 1027).

CRUZ, Renne Müller. A tipificação dos abusos sexuais ocorridos nos meios de transporte público. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n.

5482, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61742>. Acesso em: 30 set. 2019.

Gazeta Online, Homem é preso por importunar sexualmente passageiras em transcol. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/policia/2019/09/homem-e-preso-por-importunar-sexualmente-passageiras-em-transcol>

GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual. Primeiras notas interpretativas. In: In: JESUS, Damásio E. de; & GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. São Paulo. Saraiva. 2002.

ALIENAÇÃO PARENTAL

GLENDIA CARANHA MATSUI:

Discente do Curso de Direito do Centro
Universitário de Ensino Superior do
Amazonas - CIESA.

DOUGLLAS KRISHNA ABREU

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa monográfico aborda a temática acerca da alienação parental, fazendo uma análise das mais variadas formas de família no Brasil atual. Para isso, priorizando sempre o princípio do afeto e do melhor interesse da criança e do adolescente, para além da relevância do poder familiar no âmbito jurídico. Apresenta-se o instituto da alienação parental, diferenciando-a da síndrome da alienação parental. Explanam-se os critérios de identificação, as características do genitor alienante e as consequências para crianças e adolescentes alienados, bem como apresentar os principais movimentos de combate a Alienação Parental. Esta produção, discute brevemente a Lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, tecendo comentários a respeito de seus dispositivos legais. Nessa perspectiva, evidenciam-se os aspectos processuais, a dificuldade de produzir provas, e a utilização da perícia multidisciplinar na constatação dos atos alienatórios. Por fim, se examina a guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental, e a responsabilidade civil decorrente dos atos alienatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental, Criança e Adolescente, Família, Lei 12.318/2010.

ABSTRACT: The present work of monographic research addresses the theme about parental alienation, making an analysis of the most varied forms of family in Brazil today. For this, always prioritizing the principle of affection and the best interest of children and adolescents, beyond the relevance of family power in the legal field. The institute of parental alienation is presented, distinguishing it from the parental alienation syndrome. The identification criteria, the characteristics of the alienating parent and the consequences for alienated children and adolescents are explained, as well as presenting the main movements against Parental Alienation. This production briefly discusses Law 12.318 / 2010, Parental Alienation Law, commenting on its legal provisions. From this perspective, the procedural aspects, the difficulty of producing evidence, and the use of multidisciplinary expertise in the finding of alienating acts are highlighted. Finally, shared custody is examined as a means of reducing parental alienation and civil liability arising from alienating acts.

KEYWORDS: Parental Alienation, Child and teenager, Family, Law 12.318 / 2010.

SUMÁRIO: 1. Conceito de família: 1.1 Principais tipos de família no Brasil atual: 1.1.1 Casamento: 1.1.2 União estável: 1.1.3 Família Monoparental: 1.1.4 Família Homoafetiva: 1.2 O princípio do afeto e do melhor interesse da criança; 1.3 Do

poder familiar. 2. Alienação parental: 2.1 Diferença entre síndrome da alienação parental e alienação parental; 2.2 Critérios de identificação; 2.2.1 Alienação parental versus abuso sexual; 2.3 Características do genitor alienante; 2.4 Consequências para as crianças alienadas; 3. Considerações acerca da lei nº 12.318/2010.

INTRODUÇÃO

A alienação parental é um tema relativamente novo para o cotidiano jurídico, tendo em vista que a Lei nº 12.318 foi promulgada apenas em 26 de agosto de 2010 trazendo inovações no ramo do direito de família, vindo com a mesma, novos desafios nas lides no que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes.

Para melhor compreender com bastante destreza sem que fique qualquer dúvida, é bastante necessário que se faça uma análise das principais modalidades de famílias existentes atualmente no Brasil.

Com as grandes modificações no direito de família surgiram uma equiparação de direitos e deveres para pais e mães, não sendo mais possível aceitar que apenas o pai provenha o sustento da família e dos filhos, enquanto à mãe cabe a educação dos mesmos. A guarda compartilhada é prevista na Lei nº 12.318/2010; porém ainda é exceção se comparada com a guarda unilateral.

Para tratar da alienação parental, é imprescindível diferenciá-la da síndrome da alienação parental. Não que haja algum problema em confundir os conceitos; porém, existem diferenças relevantes. Há uma discussão acerca de qual seria a nomenclatura correta; concluindo-se que ambas são corretas, porém diferentes, optou-se no presente trabalho por “alienação parental”, em consonância com o utilizado na Lei nº 12.318/2010. Firmou-se por meio da leitura e posterior análise de diversas doutrinas, assinadas por profissionais do ramo do direito, psicologia, serviço social, dentre outros; averiguar-se-á as características do genitor alienante, bem como as consequências nas crianças alienadas.

A alienação parental tem sido objeto de ações para reivindicar os direitos do genitor alienado, o qual está perdendo – ou já perdeu o contato com os filhos, bem como tem sido matéria de defesa nos casos de acusação de abuso sexual. Portanto, identificar e conhecer os atos de alienação parental é extremamente importante para que não se cometam equívocos, transformando agressores em vítimas.

Não obstante, serão abordados os principais movimentos que combatem os atos de alienação parental. Uma vez que, estes atos são difíceis de serem comprovados, pois não deixam marcas físicas, apenas psicológicas em todos os membros da unidade familiar. Ainda será feita uma abordagem sobre a guarda compartilhada, apontada como uma das formas de redução da alienação parental.

Por fim, averiguar-se-á sobre a possibilidade de ocorrer à responsabilidade civil, em decorrência dos atos de alienação parental.

1. Conceito de Família

Quando um indivíduo recebe o dom da vida, começa a fazer parte de um lar, ou seja, de uma família, podendo ser biológica ou afetiva.

O Código Civil de 2002 não traz uma definição do que é família, portanto, é claro que sua conceituação se difere conforme o ramo do direito em que é abordada.

De acordo com Gonçalves (2011, p. 17) “o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência.”.

É cediço que o ser humano sempre viveu aglomerado, tendo em vista sua necessidade de estar em comunidade, e de necessitar psicológica, social e economicamente um do outro, não sendo possível viver isoladamente.

Nesse contexto, surgem as famílias, muito antes do direito, dos códigos e da religião. De fato, elas alternam-se a conforme o tempo, a cultura e a consolidação de cada geração.

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou significativamente com a migração destes do meio rural para centros urbanos. Contudo, as famílias têm apresentação distinta das antigas, especialmente no que concerne às suas finalidades, composição e papéis dos sujeitos que a compõem (VENOSA, 2012), desafiando os juristas e a legislação a amparar suas mais variadas formatações, tendo em vista sua função estrutural para a sociedade contemporânea.

Assim, enquanto instituto necessário na vida de cada sujeito, merece estudo, pois “[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVES, 2011, p. 17). Desta forma, a condição jurídica dos filhos também assumiu papel importante no direito de família, em especial com a implantação de novas leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010).

Outras instituições (como a escola) designam atividades que originalmente eram dos pais. Os ofícios já não são mais transmitidos de pais para filhos, a educação cabe ao Estado, além da religião não ocupar espaço tão importante, como outrora, nos lares. Podendo afirmar que, comumente, as famílias têm uma interdependência variável entre os sujeitos, na intenção de promover características

que minimizem fatores negativos (como conflitos emocionais ou financeiros) e, por outro lado, disparem fatores positivos, como a melhora nas relações afetivas entre os genitores e, conseqüentemente, a garantia de desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.

1.1 Principais tipos de família no Brasil atual

Até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, a composição de família era taxativa. Haja vista, que somente os laços formados pelo casamento obtinham tal status. Ademais, a Lei de Divórcio atribuía à parte culpada pela separação uma série de sanções, o qual acabava fazendo com que os cônjuges mantivessem o casamento a qualquer custo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III, da CF/1988, é entendido como cláusula pétrea, e, deste modo, além do matrimônio passou-se a considerar outras formas no que diz respeito à entidade familiar, sendo o ser humano o principal objeto de proteção do Estado.

Logo, pode-se compreender que toda forma de constituição de família é protegida pela Carta Magna, ainda que não tratada expressamente.

Além das modalidades elencadas na Carta Magna, atualmente ocorreu um alargamento no conceito de família. Com a evolução social, o afeto passou a ocupar o lugar que outrora o patrimônio ou a procriação ocuparam: o centro da família, um dos principais fatores na formação do caráter de qualquer pessoa. Foram previstas na Constituição, as famílias formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais, fulcro ao artigo 226.

Podemos observar que o artigo 226 da CF/1988 não apresenta um rol taxativo. Deste modo, são possíveis (e estão presentes na sociedade brasileira) outras formas de família. Assim, na atualidade, não há modelo a ser seguido; cabe ao direito proteger e positivar os tipos que ainda não foram tratados em legislação.

1.1.1 Casamento

Nas palavras de Pontes de Miranda (1947, p. 93) casamento é:

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e

comprometendo-se a educar a prole que de ambos nascer.

Por tratar da capacidade dos nubentes e dos efeitos do casamento este conceito tornou-se muito extenso, assegurado pelo próprio autor, o qual simplificou dizendo que casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher (PONTES DE MIRANDA, 1947).

O Código Civil de 1916 reconhecia somente a instituição constituída pelo matrimônio. O homem era o chefe da família, detentor de várias responsabilidades, dentre elas a econômica. A mulher, por outro lado, sequer era considerada capaz, portanto, não seria possível que gerisse os bens familiares. Assim, os filhos tinham a função de dar continuidade ao trabalho e proteger os bens da família.

A Constituição Federal de 1988 começou um tratamento igualitário com os cônjuges, entendendo a evolução da sociedade atual. Exemplo desse tratamento igualitário é a alteração do regime de bens de comunhão universal para parcial, caso haja silêncio dos consortes, além da alteração de nomes, que passa a ser opcional no momento do casamento.

Diante da quantidade de exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes.

Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio e até pela morte. O alcance da expressão "sim" significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges (SILVA, 2002, p. 354). Assim, quase se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão.

1.1.2 União Estável

Esta modalidade união estável é reconhecida como a convivência de maneira duradoura entre duas pessoas, independente o sexo, com o objetivo de constituir família.

Um grande passo para este conceito de família foi a chegada da Constituição 1988, que em seu artigo 226, § 3º proclamou: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." Este dispositivo auxiliou na retirada do aspecto negativo que a revestia, por ser tratada até então como concubinato.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, garantiu, com base no artigo 5º da Carta Magna, que é possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A doutrina não é unânime, havendo apontamentos tanto no sentido de seu reconhecimento, como também a considerando como uma sociedade de fato.

1.1.3 Família Monoparental

A família monoparental é aquela formada por um dos pais e seus descendentes, a qual está protegida no artigo 266, § 4º da CF/1988. Ela representa parcela significativa das famílias brasileiras atuais, seja pela ocorrência natural da organização familiar, ou pelo avanço tecnológico que proporciona a inseminação artificial, por exemplo, além das constituídas pela adoção.

Gonçalves (2011, p. 29-30) elucida que:

Ao longo do século XX, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988. Esta alargou o conceito de família passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, calçado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.

Com relação à nomenclatura, é assim entendida devido à sua composição, sendo um dos genitores e seus filhos, não devendo ser confundida com a família uniparental. Importante observar que a falta de um dos genitores pode se dar por decisão voluntária ou involuntária do genitor presente.

1.1.4 Família Homoafetiva

As uniões entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram. Contudo, a herança deixada pela formação cristã do Brasil tornou as relações homossexuais alvo de repúdio e preconceito.

A Constituição Federal de 1988 tornou mais evidente a importância de proteger a dignidade da pessoa humana, assim como garantir isonomia a todo cidadão. Todavia, não é uma realidade, vez que há diferenciação legal e social entre famílias hetero e homossexuais.

O fato de não haver legislação específica que resguarde a união homoafetiva, não é sinônimo de ausência de direito e a carência de normas que tratem explicitamente o tema torna difícil a decisão do magistrado, que não fica

vinculado a norma, mas a conceitos morais, que podem ser divergentes ao reconhecimento dos direitos dessas minorias.

Esta mudança de pensamentos e minimização dos preconceitos pode ser observada nas decisões cada vez mais frequentes de reconhecimento de uniões homoafetivas, deferimento de prestações alimentícias e possibilidade de adoção por casais de mesmo sexo. A doutrina vem arrazoando cada vez mais sobre a temática e difundindo esta ideia de igualdade até o Judiciário.

Portanto, ainda que tardiamente, pode-se esperar o momento em que pessoas que mantêm relacionamentos homoafetivos serão tratadas naturalmente pelo ordenamento jurídico nacional. Conseqüentemente, aguarda-se que a sociedade continue evoluindo na busca de acabar com o preconceito, e vivenciar um respeito mútuo à dignidade de cada indivíduo. Assim como busca a Constituição federal de 1988.

1.2 O princípio do afeto e do melhor interesse da criança

Neste novo século aumenta a esperança de encontrar soluções que venham ser adequadas aos problemas que surgiram na seara do direito de família, marcados por grandes inovações, provocadas por uma perigosa inversão de valores (DINIZ, 2005).

Contexto esse que é imprescindível agarra-se aos princípios norteadores do direito de família, que mesmo em momentos de mudanças conceituais do instituto não permitem a distração de sua forma essencial de proteção.

Deve-se atentar que a legislação positiva fatos que já acontecem na sociedade, não conseguindo, na maioria das vezes, antevê-los. Sendo assim, os princípios desempenham importante papel na proteção dos direitos inerentes ao homem, tendo em vista, que o direito de família vive em constante variação.

A doutrina majoritária e a jurisprudência reconhecem uma série de princípios regentes do direito de família. O princípio fundamental é o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual está amparado pelo artigo 1º, III da Constituição atual: ele é a base da família, pois garante o desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, em especial da criança e do adolescente (GONÇALVES, 2011).

Por outro lado, são princípios gerais a igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e o melhor interesse da criança. A previsão do artigo 3º do ECA assegura: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...]" O princípio do melhor interesse da criança não está expresso na legislação, mas observando-se os artigos 227, caput da CF/1988, e 1 do ECA, fica explícito o propósito de defendê-lo.

De acordo com esse princípio devem ser preservados ao máximo aqueles que se encontra em situação de fragilidade.

Tendo em conta que a criança e o adolescente se acham nesta condição, pois estão em processo de amadurecimento, formação de personalidade e caráter. Dessa forma, o infante tem direito de alcançar a maioridade sob a proteção de garantias morais e materiais.

A proteção integral destina-se a resguardar o indivíduo que não, ou que ainda não pode defender seus direitos.

Juridicamente, a palavra “integral”, deve ser interpretada literalmente, tornando as crianças e os adolescentes detentores de um só direito: viver bem. Para tanto o Estado, a família e a sociedade devem fazer o possível para garantir-lhes o melhor interesse, em todos os aspectos que lhes forem cabíveis.

O ECA revela três elementos que apontam para esse novo entendimento acerca dos direitos das crianças e adolescentes, um deles é o fato de estarem ainda em fase de desenvolvimento.

Enquanto ocorre o amadurecimento tanto emocional quanto físico, o ser humano não tem condições de selecionar o que lhe é mais pertinente, nem sequer identificar o que lhe representa risco.

Outro fator é não ter atingido condições de defender seus direitos, caso sejam violados. Essa não condição pode se dar tanto pela incapacidade física, psicológica, como também pela incapacidade jurídica. Deste modo, a família, a sociedade e Estado devem engajar-se para dar voz, e proteger os interesses das crianças e adolescentes.

Importante ressaltar a dificuldade de compreender o que é melhor para os infantes. Exemplo disto são os casos de adoção: a lei é clara ao estabelecer que somente em casos excepcionais será atribuída família substituta, buscando-se manter a criança na família natural.

Ocorre que nem sempre este é o ideal para as crianças. Portanto, cabe ao intérprete analisar os casos de maneira individual, identificando qual ação corresponderá ao efetivo melhor interesse da criança ou do adolescente.

1.3 Do poder familiar

Diniz (2005, p. 512), baseada nas definições de pátrio poder de José Virgílio Castelo Branco Rocha define que:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não

emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Note-se que ambos os genitores tem igualdade de condições e responsabilidades no poder decisório sobre os filhos. Esse poder conferido aos pais ocorre devido à incapacidade dos mesmos de protegerem seus interesses.

Ele é o resultado de uma necessidade natural, onde até mesmo os animais obedecem a uma hierarquia dentro de seu grupo familiar, mais presente na raça humana, que necessita formar caráter e personalidade.

Em 1916, no Código Civil, denominava-se o poder familiar de pátrio poder, devido à sociedade patriarcal da época, onde ao pai era atribuído o título de senhor absoluto sobre a família e os bens. A mãe era coadjuvante, somente recebendo a responsabilidade caso o pai sofresse algum impedimento ou faltasse no lar. Além disso, se a mesma casasse novamente perdia este poder.

Atualmente, o termo é chamado de poder familiar, excluindo a ideia de que o dever de proteção dos filhos compete somente ao pai.

O Código Civil atual, em seu artigo 1.690, parágrafo único, determina que “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer a juiz para a solução necessária” (BRASIL, 2002).

Os artigos 227 e 229 da CF/1988 determinam que é dever dos pais assistir, educar e criar os filhos, lhes assegurando direito à vida, educação, lazer, alimentação, dignidade, respeito, liberdade, deixando-lhes ainda a salvo de discriminações, negligências, explorações e crueldades. Também é dever dos pais tê-los em sua companhia e guarda, afinal compete-lhes criar os filhos, além de terem poder (e dever) legal para reter os filhos junto ao lar, caso seja necessário.

Cabe aos pais, detentores do poder familiar, conceder ou negar consentimento para casar, conforme artigo 1.517 do Código Civil Brasileiro, além de poder nomear tutor, representá-los até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los dos 16 anos até a maioridade. Podem ainda exigir que os filhos prestem obediência, respeito e cumpram os serviços próprios a sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação.

O artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro dispõe que “extingue-se o poder familiar: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, nos termos do art. 5º,

parágrafo único, pela maioria, pela adoção, por decisão judicial, na forma do art. 1.638”.

As causas que determinam a suspensão do poder familiar estão elencadas no artigo 1.637 do Código Civil nacional, sendo elas abuso de poder dos pais, faltar com os deveres paternos, dilapidar os bens do filho ou ainda se o pai ou a mãe sofrer alguma condenação por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

No caso de morte de um dos genitores não cessa o poder familiar, vez que ele permanece na posse daquele sobrevivente. Já no caso da adoção, extingue-se o poder familiar da família original, o qual passa a ser exercido pela família adotante.

A maioria é forma natural de extinção familiar, mas pode ser antecipada com a emancipação.

O procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar iniciar-se-á por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, sendo que a apreciação destas ações será pela Justiça da Infância e da Juventude. [...] A sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento do menor (DINIZ, 2005, p. 527-528).

É inegável a importância de manter os pais junto de sua prole. Contudo, com base nos princípios e na leitura sistêmica da legislação, o âmago é resguardar as crianças e adolescentes de todo o mal, mesmo que para tanto seja necessária sua retirada do lar.

As crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar. Contudo, apesar de ser um direito constitucional, expresso na Carta Magna e nos princípios regentes da família, muitas vezes esta garantia é violada.

A alienação parental é uma maneira de interromper os vínculos afetivos de um genitor para com seus filhos. Este fenômeno não é novo, porém só foi regulamentado em 2010 com o advento da Lei nº 12.318, o que demonstrou uma dificuldade tanto jurídica como social de entender esta espécie de conflito como prejudicial para a formação de famílias e crianças e adolescentes saudáveis.

Após a separação é normal haver divergências de interesses entre o casal, o que pode provocar animosidades entre os mesmos por diversos motivos, como: desejo de vingança, não superação do fim do relacionamento, ciúmes, desvios de personalidade, entre outros. Assim, tenta-se atingir o elo mais precioso que há entre o casal: os filhos.

Neste contexto o genitor que detêm a guarda dos filhos, na tentativa de magoar o antigo parceiro, pode usar os filhos, manipulando-os para que não amem mais aquele que não é seu guardador.

Para melhor compreender a alienação parental deve-se alertar que o modelo de família contemporânea não corresponde mais aquele onde o sustento dependia do pai e a criação e proteção dos filhos de responsabilidade da mãe, a falta de informação acerca da alienação parental não faz com que a mesma deixe de estar presente nos lares. Ao preservar a família, não apenas garante-se o bem-estar dos membros, como também um desenvolvimento saudável para os infantes que são as principais vítimas do fim do relacionamento dos pais.

Logo, é imprescindível que o Poder Judiciário conheça este conflito familiar para que assim possa apresentar soluções aos litigantes.

1.4 Diferença entre síndrome da alienação parental e alienação parental

A síndrome da alienação parental e a alienação parental são conceitos interligados, entretanto, não se confundem. Xaxá (2008, p. 19) esclarece:

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com o intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, a fomenta.

Na citação acima, se percebe que os autores entendem ser a alienação parental uma campanha desmoralizadora de um genitor para com o outro, sendo estas difamações verdadeiras. Isto é, neste caso o genitor alienante incentiva a criança a não mais amar o genitor alienado por condutas que este de fato praticou, não ocorrendo a implantação de falsas memórias.

Já a síndrome da alienação parental é, para os autores, um conjunto de sintomas que levam a criança a afastar-se de um de seus genitores injustificavelmente, havendo, neste caso, a implantação de falsas memórias.

Diferente daquela, esta citação compreende a síndrome da alienação parental como o conjunto de sequelas e sintomas emocionais que se instauram sobre a criança, resultantes da prática da alienação parental. Neste caso, na

alienação parental, ocorre a implantação de falsas memórias ou não, o que caracteriza a alienação parental são as manobras que um genitor usa para afastar o filho do outro.

Conforme o Dicionário Aurélio (2014) "síndrome é o conjunto de sintomas que caracterizam uma doença. Conjunto dos sinais e sintomas que caracterizam determinada condição ou situação".

A Síndrome da Alienação Parental encontra resistência nos tribunais, jurisprudências e doutrinas por não fazer parte do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM).

Atualmente, existem cinco edições para o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, tendo a primeira sido publicada em 1952.

Na primeira edição havia cerca de 100 patologias descritas, número este que veio aumentando com as novas publicações. Problemas de relacionamento entre pais e filhos, abuso psicológico da criança, criança afetada pela relação parental conflituosa, são conceitos que podem traduzir a alienação parental e estão presentes na DSM-V. A Lei nº 12.318/2010 optou por tratar da alienação parental, que é primeiro estágio, porém não significa que os magistrados não tenham possibilidades de interferir nos casos onde a síndrome já está presente.

1.5 Critérios de identificação

O ambiente familiar onde ocorre a alienação parental é bastante conflituoso, com fortes animosidades entre os pais e até mesmo as famílias do casal que está se divorciando. Nestes casos, uma das tarefas mais árduas para o Poder Judiciário e para os profissionais paralegais (psicólogos e assistentes sociais) é identificar se de fato há algum abuso para com os direitos das crianças e adolescentes, ou se estão sendo implantadas falsas memórias.

Sendo assim, os profissionais que trabalham nas Varas de Família precisam estar atentos para não tratar o agressor como vítima. Ou seja, defender o genitor que está violando a criança por entender se tratar de alienação parental.

1.5.1 Alienação parental versus abuso sexual

Em muitos casos de alienação parental, já em estágio avançado, o genitor alienante (normalmente a mãe) pode utilizar-se da implantação de falsas memórias, fazendo com que a criança acredite que foi abusada pelo pai, rompendo-se efetivamente os vínculos com esse.

Nestes casos, a alienante conta diversas vezes o que ela quer que a criança acredite que aconteceu, fazendo-a imaginar que as narrativas da mãe são verdadeiras.

No entanto, é preciso cautela nestes casos, uma vez que a criança pode ter sido de fato abusada. O agressor pode esconder-se atrás do véu da alienação, passando-se por vítima, quando na verdade os relatos da mãe é que são verdadeiros.

Existem técnicas de diferenciação de ambos os casos, que somente são verificadas após um longo acompanhamento com psicólogos, assistentes sociais, e até mesmo serventuários da justiça.

Quanto ao comportamento das crianças e adolescentes, quando há de fato abuso ou negligência os mesmos recordam-se com facilidade dos fatos, sem necessitarem de ajuda externa. Mas, ao tratar-se de alienação parental, os mesmos necessitam de auxílio externo para recordar-se dos fatos. Ainda, quando são implantadas falsas memórias, há muita troca de olhares entre os parentes que estão na sala, é como se a criança pedisse aprovação, e não existem muitos detalhes (MADALENO E MADALENO, 2013).

Havendo abuso, percebe-se que a criança tem um conhecimento sexual inadequado para sua idade, as brincadeiras têm conotação sexual, ocorre confusão entre as relações sociais. É comum haver o aparecimento de indícios físicos de agressões, lesões e infecções, podendo ocorrer distúrbios alimentares e sono alterado.

Quanto ao genitor que denuncia o abuso, quando o fato é real, o mesmo tem consciência da dor e da destruição dos vínculos familiares, requer celeridade processual e pode ter sofrido abusos físicos e/ou emocionais do ex-cônjuge.

Doutro modo ocorre quando os fatos são criados pelo genitor que denuncia, pois o mesmo não se importa com o transtorno que sua alegação causará a família, sendo a sua intenção ganhar tempo, interferido no processo com o intuito de atrapalhar e retardar a sentença.

1.6 Características do genitor alienante

O genitor alienante age no intuito de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor. "Da mesma forma que é difícil descrever todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa árdua, porém não é impossível, basta analisar com carinho cada atitude.

As atitudes do alienante iniciam-se quando surge a separação, pois junto dela emanam sentimentos de rancor, mágoa e rejeição. Assim, não raramente, as investidas denegritórias são conscientes, pois há intenção de prejudicar o antigo companheiro. Entretanto, o alienante não percebe que ao tentar afetar o ex-cônjuge a maior vítima são os filhos, que perdem o laço afetivo com o pai.

Não se compreende que ao afastar um pai de um filho, deprecia-se o direito, primeiramente, das crianças e adolescentes. Logo, o genitor alienante usa das mais variadas e criativas formas para afastar o filho do outro genitor, fazendo com que pouco a pouco a criança não se sinta mais à vontade na companhia do alienado.

Por vezes, o alienante pode agir na intenção de afastar pai e filho, como se fosse um ato de escolha: ou mantêm-se o relacionamento e os filhos, ou nada se tem. Também pode acontecer de o relacionamento entre o casal não ter sido bom para os companheiros e haja de fato um receio de que a aproximação de pai e filho não será positiva para a criança.

Costumeiramente ocorre uma confusão entre guarda e poder familiar, deixando o processo de separação ainda mais difícil.

Muitas vezes os pais entendem que por não receber a guarda dos filhos, não têm responsabilidades com estes, deixando a tarefa de educar a cargo da mãe – que normalmente é nomeada como guardiã.

Assim, a alienação também pode se dar pelo genitor não guardião, que faz o papel de “bom pai”, deixando a criança fazer o que quer, dizendo que a mãe é má por não permitir determinadas atitudes e delegar tarefas.

1.7 Consequências para as crianças alienadas

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 53) “o modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar como seus filhos se comportarão no futuro [...]”. Logo, passado o desgosto da separação, se os pais retomam sua rotina, demonstrando naturalidade aos filhos, estes entendem que o afastamento do lar de um dos genitores é normal e não afetará sua vida e seus sentimentos para com os filhos.

Entretanto, se os pais evidenciam aos filhos o aborrecimento que estão sentindo um pelo outro, esses entendem que alguém é culpado por aquilo que está acontecendo.

Neste contexto, podem os filhos passar acusar um dos genitores de ter abandonado o lar, afastando-se dele em solidariedade àquele que permanece em casa. Não obstante, pode a criança ou o adolescente sentir-se culpado, gerando uma série de transtornos, como depressão, ansiedade e perda da autoestima.

Para suportar o ambiente conturbado que se instaurou entre os pais, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a demonstrar falsas emoções (PODEVYIN, 2001). Ademais, “se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja

infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental” (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 54).

2. Considerações acerca da Lei Nº 12.318/2010.

No dia 07 de outubro de 2008, foi devidamente apresentado perante ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.053/2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, do Partido Social Cristão (PSC), inerente a Alienação Parental.

O referido projeto teve seu tramite na Comissão de Seguridade Social e Família, tendo parecer favorável, e após o substitutivo da deputada Maria do Rosário, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi aprovado no Senado. Posteriormente, o projeto seguiu para aprovação do então ilustríssimo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo sancionada em 26 de agosto de 2010 a agora Lei nº12.318/2010, Lei da Alienação Parental.

A iniciativa do referido Projeto de Lei é do excelentíssimo Juiz do Trabalho de São Paulo/SP, Dr. Elizio Perez (2011), afirmando que “constatava-se cegueira do Estado em relação à alienação parental”. Houve a necessidade de colaboração de muitas pessoas e associações, como o “Pai Legal”, “SOS Papai e Mamãe”, “AMASEP”, dentre tantas outras, além do apoio de diversos parlamentares, os quais participaram na elaboração, e divulgação do projeto (PAIS POR JUSTIÇA, 2010).

Em agosto de 2010, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, aprovou o texto, vetando, no entanto, dois artigos por recomendação do Ministério da Justiça. Com a Lei consolidou-se o instituto da guarda compartilhada como a melhor forma de dirimir conflitos familiares, além de garantir aos filhos viver com equidade tanto com família da mãe como também com a família do pai (PAIS POR JUSTIÇA, 2010).

2.1 Importância da tipificação

O intuito que levou à elaboração do anteprojeto de lei sobre a alienação consiste no fato de haver resistência entre os operadores do direito para a gravidade do problema, assim como a ausência de especificação de instrumentos para inibir ou atenuar a prática. Optou-se por utilizar no projeto o termo “genitor”, pois a conduta de alienar um filho pode ser exercida tanto pelo pai como pela mãe (VILELA, 2009).

Isto posto, a tipificação da alienação parental teve grande relevância no cenário jurídico nacional, pois com a criação da Lei, o Judiciário não pode mais se eximir de penalizar os genitores que exercem essa violação ao direito das crianças e adolescentes.

A Lei não apenas definiu o que é alienação parental, mas também dispôs mecanismos efetivos para combatê-la e preveni-la.

2.1.1 Transcrição e análise da Lei nº 12.318/2010

A redação da referida lei que é composta de onze artigos (sendo dois vetados) e estabelece o que é alienação parental. O artigo 1º institui: “esta Lei dispõe sobre a alienação parental” (BRASIL, 2010).

Assim como ocorreu com a Lei da Guarda Compartilhada, em que, na verdade, apenas houve um resgate do conceito originário de Poder Familiar, a fim de romper com os vícios decorrentes de má interpretação da Guarda Unilateral, mas que surtiu efeito nas relações paterno-filiais, acreditamos que a Lei da Alienação Parental, além de oficialmente assinalar a população em geral, inclusive aos operadores, a existência desta síndrome e formas de combatê-la, também promoverá grande impacto jurídico-social (FREITAS, 2014, p. 35).

Logo, a disposição de Lei específica sobre a temática traz não somente repercussão no meio jurídico, mas também no social, visto que muitas pessoas não conhecem o que se encontra “dentro” de cada lei. O rol apresentado pelo art. 2º é exemplificativo, pois “tanto o conceito como as hipóteses e os sujeitos que podem incorrer na prática de alienação, não se restringindo apenas aos genitores [...]” (FREITAS, 2014, p. 35).

Ainda, de acordo com o dispositivo, os sujeitos ativos podem ser os genitores, os avós ou qualquer outra autoridade parental ou afetiva. Portanto, a doutrina aponta que não só os genitores podem ser os agentes passivos ao ato de alienação parental, mas também os avós.

É de grande valia a maneira como o legislador abordou o artigo em questão, pois deixou o rol em aberto, o que propicia ao magistrado observar a particularidade de cada caso.

Conforme Buosi (2012, p. 123) “é importante aqui à distinção entre o direito ao dano moral advindo por abuso moral e o direito ao dano moral advindo por abandono afetivo [...]”. A jurisprudência majoritária tem entendido que não é possível a condenação por dano moral afetivo.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. IDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO GENITOR. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO...[...] APELO DESPROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Assim, quando a Lei da Alienação Parental fala em dano moral, refere-se a uma compensação pela prática ilícita exercida pelo genitor alienante e não por simplesmente deixar de dedicar afeto ao filho. Portanto, a Lei pretende a punição de atitudes ilícitas, elencadas algumas das possibilidades nos incisos do artigo 2º

da aludida Lei, “o instituto jurídico do dano moral deve ser tratado com razoabilidade, não visando monetarizar o afeto a qualquer custo [...], mas sim compensar a prática irregular advinda da alienação [...]” (BUOSI, 2012, p. 125).

O artigo 4º da reportada Lei diz respeito a normas processuais, devendo o processo tramitar em regime de urgência devido à sua dificuldade de reversão. Ademais, o legislador optou por deixar facultativa a propositura em ação própria ou incidental, caso já exista algum processo conexo.

Consequentemente, a Lei da Alienação Parental tem a finalidade de garantir que as relações pai-filho não venham sofrer prejuízo algum, excetuando a hipótese de que quando há provas do prejuízo causado às crianças e adolescentes.

No momento que se observa o que elenca o artigo 6º da Lei da Alienação Parental, deve o magistrado analisar a gravidade dos atos praticados, elencando uma série de sanções – que fazem parte de um rol exemplificativo – de níveis distintos. Assim como ocorre na Justiça do Trabalho, onde o empregador deve ser proporcional ao aplicar penalidades ao empregado, também deve o juiz perpetrar nas ações do genitor alienador.

As variações de penalidades apresentadas pelo art. 6º demonstram que a intenção central não é a punição, mas sim o cessar dos atos de alienação parental. Portanto, é oferecido um rol com possibilidades variadas para que o Poder Judiciário tenha condições de minimizar e cessar as atitudes prejudiciais à convivência sadia entre pais e filhos vítimas da alienação parental.

Conforme afirma Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 84) “a competência para o exercício da jurisdição quanto à alienação parental é de natureza absoluta, fixada quanto à matéria, assim, não é dado às partes a sua modificação, sendo possível o reconhecimento da incompetência de ofício pelo juiz”.

O art. 8.º da Lei da Alienação Parental parece contrariar toda a estrutura processual sobre o foro competente ser o do menor, inclusive com recente súmula do STJ nesse sentido [...] “determinar a fixação cautelar do domicílio da criança e do adolescente” (FREITAS, 2014, p. 50).

2.2 Guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental

Afirma Madaleno e Madaleno (2013, p. 33) “a guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal [...]”. Até a ruptura do relacionamento do casal a guarda é exercida pelos companheiros com relação aos filhos, porém, com a dissolução conjugal, os pais precisam acordar com quem ficará a guarda dos filhos, cabendo ao outro direito de visitas ou ela pode ser realizada de maneira compartilhada (BUOSI, 2012, p. 140).

A Lei nº 11.618, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº10.406/2002 – Código Civil, passando a disciplinar a guarda compartilhada. Deste modo, a guarda pode ser exercida unilateralmente ou compartilhada. “Sobre o modelo de guarda compartilhada, o poder familiar compete aos pais, mesmo que dissolvida a sociedade conjugal, ambos prosseguem titulares deste direito [...]” (SANDRI, 2013, p. 160). Isto é, instituída a guarda compartilhada, não é elencado um dos genitores como responsável pela formação dos filhos. A guarda compartilhada é uma solução para esta problemática, vez que nesta modalidade não há fixação de um guardião, ambos os genitores são detentores do poder familiar.

Comumente ocorre nos casos de guarda unilateral, de a mãe ser a guardiã e o pai contenta-se com o simples direito de visitas nas datas estipuladas. Entretanto, não é possível exercer a paternidade em tão poucos momentos, afinal o desenvolvimento dos filhos não espera o dia determinado para a visita.

No que diz respeito à alienação parental, a guarda compartilhada é uma solução. Tendo em vista que, para que seja possível exercer este tipo de guarda, os pais precisam manter um contato sadio sabendo diferenciar a separação conjugal do relacionamento com os filhos: não existe “ex-pai, ex-mãe”. Ao impossibilitar o convívio exclusivo com um dos genitores, diminui-se a possibilidade de empoderamento por parte do possível alienador.

O fenômeno da alienação parental fica mais distante de instalar-se naquele núcleo familiar, pois o convívio da criança com ambos os pais gera recordações precisas, recentes e difíceis de serem apagadas, impedindo-se a implementação de falsas memórias (BUOSI, 2012).

CONCLUSÃO

Devido o grande crescimento da evolução do direito de família, houve alterações tanto em sua formação como em suas problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário.

Assim, buscou-se no presente trabalho monográfico apresentar o que é a alienação parental aos acadêmicos e profissionais da área do direito, bem como pais, mães, crianças e adolescentes vítimas da alienação parental e demais pessoas que se interessem pelo tema.

Para tanto, foi de supra necessidade estabelecer objetivos, os quais foram sendo satisfeitos com leituras doutrinárias, trabalhos acadêmicos e jurisprudências.

Conhecer a alienação parental implica no conhecimento dos mais diversos tipos de família no Brasil, bem como ter um conhecimento geral de como ocorre o poder familiar, na busca de garantir o afeto e o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Não obstante, se buscou a detecção das diferenças entre a síndrome da alienação parental e alienação parental, como também, as características e consequências desse mal que ganha espaço cada vez mais nas lides que envolvem direito de família.

Houve também, a necessidade de fazer uma observação acerca da Lei nº 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, afinal é notória a importância em saber como foi criada, sua tipificação e conhecer cada dispositivo legal instituído nela.

Verificou-se, que a guarda compartilhada tem demonstrado ser uma das melhores formas de combater a alienação, tanto preventiva quanto curativamente, afinal, deste modo, a guarda é exercida em igualdade por ambos os genitores.

De certo ainda que a mesma seja prevista em lei e deva ser a regra, se observou que tem sido exceção, devido à dificuldade que os pais têm de diferenciar o relacionamento que tem e/ou tinham um com o outro, e aqueles que sempre terão com os filhos.

Por fim, e não menos importante, devido à riqueza de informações e estudos sobre a alienação parental, chega-se a conclusão de que o presente trabalho não esgotou todas as fontes existentes sobre o assunto. Todavia, não foi possível discutir aprofundadamente diversos temas, porém o leitor terá dimensão da importância de conhecer a problemática e instigar-se a continuar pesquisando sobre um tema relevante, e ocasionalmente passado por despercebido não apenas pelos próprios familiares e judiciário, mas também pela sociedade de modo geral.

REFERÊNCIAS

APASE. Associação de pais e mãe separados. Abertura. [S. l.] Disponível em:

<<http://www.apase.org.br/11000-abertura.htm>>. Acesso em: 29 out. 2014.

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 maio 2019.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

FIGUEIREDO e Alexandridis Princípios constitucionais de direito de família (2014, p. 84).

Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre a criação dos juzizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2006. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>.
Acesso em: 06 jun. 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 165 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso.

JARDIM, Rodrigo Guimarães. O alcance do sigilo dos laudos médicos na perícia oficial (LEI Nº 8.112/90). Conteúdo Jurídico, Brasília, 13 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42926&seo=1>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação parental: uma inversão da relação sujeito e objeto In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-40.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito de família. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. I a III.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O DIREITO DOS ANIMAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A RETIRADA DO CHIFRE DOS BOVINOS

IVONEI LEMES PINOTTI: Bacharelado no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

ANNA WALLÉRIA GUERRA UCHOA
(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho faz uma abordagem acerca do aspecto criminal que envolve a prática da amputação do chifre do gado bovino, utilizando-se, para tal intento, de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura. Em princípio, é feita uma leitura sobre a forma com que o bem-estar animal é tratado na sociedade contemporânea, com enfoque para sua definição, destacando, ainda, os animais de grande porte, em cuja compleição se encaixa o gado bovino. Na sequência, enumera-se, de forma sucinta, as formas utilizadas na remoção da estrutura córnea dos bovinos. O trabalho segue com a análise da responsabilidade relativa à questão ambiental, onde se detalha as três espécies: civil, administrativa e penal. A natureza criminal que envolve a remoção do chifre no gado bovino é tratada, com base em diplomas legais de âmbito federal.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Direito Animal; Descorna.

RESUMEM: El presente trabajo hace un abordaje acerca del aspecto criminal que involucra la práctica de la amputación del cuerno del ganado bovino, utilizando, para tal intento, de investigación bibliográfica y revisión de literatura. En principio, se hace una lectura sobre la forma en que el bienestar animal es tratado en la sociedad contemporánea, con enfoque hacia su definición, destacando, aún, los animales de gran porte, en cuya compleción encaja el ganado bovino. En consecuencia, se enumera, de forma sucinta, las formas utilizadas en la remoción de la estructura córnea de los bovinos. El trabajo sigue con el análisis de la responsabilidad relativa a la cuestión ambiental, donde se detallan las tres especies: civil, administrativa y penal. La naturaleza criminal que involucra la remoción del cuerno en el ganado bovino es tratada, con base en diplomas legales de ámbito federal.

Palabras clave: Derecho Ambiental; Derecho animal; Dehorning.

INTRODUÇÃO

A vida no mundo contemporâneo, dentre outros avanços, descortina a popularização da cultura de cuidado animal. O que, em princípio, era tratado nos limites das residências, ultrapassou barreiras e, hoje, encontra palco de sua demonstração nos mais diversos setores sociais.

Essa cultura vem na mesma direção da preocupação do legislador que, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já demonstrava sua inquietação com a matéria. Prova disso é a Lei Federal Nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, verifica-se o cuidado do texto respectivo em conferir à população condições ambientais dignas e favoráveis. As letras constitucionais acrescentam, ainda, a previsão de responsabilização daqueles entes que atentarem contra a integridade ambiental, o que contempla também a preocupação com a fauna, em todas as suas espécies.

Outro importante marco na defesa do patrimônio ambiental foi a edição, em 1998, da Lei que trata dos crimes ambientais, Lei n. 9.605/98. Esta lei dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e, a preocupação com os direitos dos animais também está presente. Esta lei estabelece em seu artigo 32, que é crime praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, e ainda estabelece que nas mesmas penas incorre quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

O objeto desta pesquisa é analisar e identificar a prática da remoção do chifre no gado bovino sob o aspecto criminal, analisar e discutir se esta prática pode estar incluída na esfera do art. 32 da lei de crimes ambientais, ou se não alcança a interpretação dada pela lei, inobstante a inexistência de qualquer diploma – seja federal, estadual ou municipal – que trate, de maneira expressa da matéria. Diante dessa lacuna legislativa, a análise é conduzida nos limites dos subsídios oportunizados pela legislação ambiental existente.

Para tal análise buscamos entender o Direito ambiental e a tutela do meio ambiente, em especial a proteção da fauna. No segundo momento analisamos especialmente os direitos dos animais e o seu bem estar na sociedade atual, os aspectos sociais e legais acerca do assunto. Então passamos a analisar a remoção do chifre do gado bovino, conhecida como descorna, seu objetivo e as técnicas utilizadas atualmente. Enfim, analisamos as leis ambientais vigentes e a aplicação das mesmas na seara estudada.

1 A TUTELA JURÍDICA SOBRE O MEIO AMBIENTE

A deterioração ambiental configura-se com um dos grandes problemas que assolam a sociedade moderna, dada a intensidade desgovernada com que vem sendo praticada.

É, pois, um quadro tão alarmante que as consequências dessa prática passaram a comprometer a qualidade de vida do homem e sua própria existência no planeta, deixando rastros nocivos também no campo social.

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Conforme lição de Trennepohl (2010), a Revolução Industrial e o aumento da população são fatores determinantes para o crescimento dos níveis de consumo dos recursos naturais. Com o avanço tecnológico, o uso desenfreado da natureza representou um significativo avanço no processo de degradação ambiental.

A ocorrência da globalização, já no século XX, significou a obtenção de vigoroso avanço científico sem que se atentasse para o caráter finito dos recursos naturais envolvidos naquele avanço.

O século XXI trouxe a polarização entre avanço tecnológico e utilização consciente das riquezas naturais, forçando a adoção de medidas voltadas a estabelecer limites para as intervenções no meio ambiente.

Registre-se, por oportuno, que a inquietação ambiental ao redor do mundo guarda relação próxima com o avanço populacional e o encolhimento do potencial natural.

Nesse sentido é a lição de Prado (2016, p. 18):

De outro lado, o processo de desenvolvimento dos países se realiza, basicamente, à custa dos recursos vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo até ontem desconhecidos. A paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo atômico, pelos dejetos orgânicos, pela “chuva ácida”, pelas indústrias e pelo lixo químico. Por conta disso, em todo mundo – e o Brasil não é nenhuma exceção – o lençol freático se contamina, o ar se torna contaminado, a água escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se degrada, abreviando os anos que o homem tem para viver sobre o Planeta. Isto é, do ponto de vista ambiental o planeta chegou quase ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos. O poder de autopurificação do meio ambiente está chegando ao limite.

Seguindo sua linha de raciocínio, Prado (2016) destaca que a discussão sobre o meio ambiente surge no campo político-econômico da geração da vida humana, uma vez que as políticas ambientais devem imbuir-se da manutenção do equilíbrio e da compatibilização das necessidades de progresso com a proteção do ambiente.

Na mesma linha de raciocínio, importante é a manifestação ofertada por Milaré (2009, p. 64):

É falso, de fato, o dilema “ou desenvolvimento ou meio ambiente”, na medida em que, sendo este fonte de recursos para aquele, ambos devem harmonizar-se e complementar-se.

Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente a exigência de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao

propiciar a gestão racional dos recursos naturais, aos quais constituem a sua base material.

Consoante lição de Barracho Júnior (1999), a proteção ao ambiente é direito fundamental da pessoa humana, na medida em que busca garantir a qualidade de vida, em cujo conceito está inserida a preservação da natureza em todos os seus matizes, necessários à preservação da estabilidade da ecologia.

Para Trennepohl (2010), o marco da vinculação do meio ambiente a um problema mundial é a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Esta, na definição de Milaré (2009, p. 25), foi a:

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela ONU, contando com a participação de 113 países. A Conferência foi resultado da percepção das nações ricas e industrializadas da degradação ambiental causada pelo seu processo de crescimento econômico e progressiva escassez de recursos.

No Brasil, as primeiras manifestações de preocupação com a questão ambiental remetem ao ano de 1521, através da edição das Ordenações dos Reinos, que traziam orientações acerca de procedimentos relativos à derrubada de árvores e extração de minérios.

Ao longo dos anos, verifica-se que a inquietude ambiental esteve presente em todos os textos constitucionais editados no Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 – incluída a Emenda de 1969 - e 1988.

A preocupação jurídica com o meio ambiente no cenário brasileiro é dividida, consoante magistério de Sirvinkas (2017, p. 48) em três fases, quais sejam:

I. período compreendido entre o descobrimento, em 1500, e a chegada da Família Real, em 1808, com normas isoladas de salvaguarda de potencial natural em processo de escassez;

II. período que se estende da chegada da Família Real à edição da Lei Federal Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências; e

III. período cujo advento é marcado pela Lei Federal Nº 6.938/1981. Conhecida como fase holística, é caracterizada pela abordagem integrada de fatores ecológicos voltados a garantir a integral proteção ao meio ambiente.

1.2 NATUREZA JURÍDICA E DEFINIÇÃO DE BEM AMBIENTAL

À luz da lição de Toledo (2009, p. 57), tem-se por bens:

coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, 'valem'. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados,

disputados, defendidos e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões.

Anteriormente à promulgação da Constituição Cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro estabelecia dois tipos de bens, quais sejam: os de natureza privada e os de natureza pública, ambos com previsão no Código Civil de 1916 e mantidos no Código de 2002.

Consoante preceituado por Sirvinkas (2017), o conceito de bem ambiental guarda relação com o direito de propriedade, o qual, com o decorrer do tempo, adquire função social, afastando-se do perfil individual. Nesse sentido, a definição jurídica de bem ambiental alcança um entendimento mais ampliado, saindo do perfil meramente econômico para alcançar o potencial natural necessário à qualidade de vida e, assim, ultrapassar os limites impostos pelo particular e pelo público.

O Código Civil vincula à União, aos Estados e aos Municípios os bens tidos por públicos, classificando-os em 03 (três) categorias: uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais. É o que se extrai do mencionado diploma, conforme segue:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. (BRASIL, 2002)

Registre-se que a Constituição Federal apresenta relevante colaboração diante dessa divisão entre público e privado, quando introduz no texto constitucional uma nova classe de bens: os difusos.

Sob essa ótica, é a leitura de Fiorillo (2017, p. 27):

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nosso sistema de direito positivo traduziu a necessidade de orientar um novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades principalmente metaindividuais.

Corroborando a assertiva retro, vale ressaltar o texto constitucional que, em seu art. 225, *caput*, assim dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sob o entendimento de Machado (2013, p. 131), o art. 225 da Constituição Federal “insere a função social e a função ambiental da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III e VI) como base da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública”.

Convém destacar que bem ambiental e recurso ambiental são elementos distintos.

Acerca dessa diferenciação, didática é a manifestação de Piva (2000, p. 24), quando diz ser o bem ambiental “um valor difuso e imaterial, que serve de objeto imediato a relações jurídicas de natureza ambiental”. Sob essa ótica, o bem ambiental, à luz da Constituição Cidadã, é o direito ao meio ambiente com equilíbrio ecológico. Por seu turno, os recursos ambientais fazem referência aos fatores com potencial para manter a qualidade do ambiente, garantindo o direito à qualidade do ecossistema.

1.3 RESPONSABILIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL

O Direito Ambiental tem seu advento vinculado à finalidade de tutelar o bem jurídico meio ambiente, assim ocasionando a edição de importantes diplomas legais, tais como as Leis Federais N^{os} 6.938/1981 e 9.605/1998.

Consoante preceito de Sirvinkas (2017, p. 32), o Direito Ambiental é “a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida no planeta”.

Sob o prisma do entendimento de Antunes (2015, p. 36), o Direito Ambiental é:

o ramo do direito positivo que regula as relações entre os indivíduos, os governos e as empresas com o meio ambiente, disciplinando a forma pela qual os recursos ambientais serão apropriados economicamente, com vistas a assegurar a conciliação dos aspectos econômicos, sociais e ecológicos, com a melhoria das condições ambientais e de bem-estar da população.

O Direito Ambiental integra o conceito de Direito Público. Os valores defendidos por esse ramo do conhecimento, consoante magistério de Sirvinkas (2011) são, simultaneamente, pertencentes a cada um indivíduo e a todos.

Assim, entende-se o caráter coletivo da defesa jurídica do ecossistema

Por responsabilidade jurídica, cabível é a definição de Fonseca (2011) que a relaciona à obrigação jurídica de sustar as sanções legais estabelecidas em razão de ação ou omissão, em desacordo com o regramento existente.

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, estabelece:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.(BRASIL, 1988)

Do disposto na Carta Constitucional, clara é a previsão de responsabilização penal, civil e administrativa a quem atentar contra a integridade do meio ambiente.

Debruçando-se sobre a matéria, acertada é a manifestação de Sampaio (2013, p. 259), quando destaca:

[...] houve um reconhecimento internacional no sentido de que a responsabilização das pessoas que causam danos ou lesões ao meio ambiente é um dos mais importantes instrumentos de compatibilização das necessidades e atividades humanas com a manutenção eficaz do equilíbrio ecológico, a conservação da natureza e dos recursos naturais renováveis e não renováveis, bem como com a preservação da saúde das populações.

Verifica-se, do fragmento constitucional acima, que são três os tipos de responsabilização por danos provocados contra o ecossistema, quais sejam: civil, administrativa e penal.

Para Milaré (2009, p. 97), “a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, já que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, na esfera penal, na administrativa e na civil.”

Outra não é a percepção de Leite e Dantas (2010, p. 28), quando doutrinam:

As responsabilidades penal e civil, em geral, estão encaixadas na esfera do Poder Judiciário, porém com perspectivas distintas. Enquanto a penal visa a enquadrar a conduta do agente e sancioná-la, a civil procura o ressarcimento do prejuízo por parte de quem lhe deu causa. Já a responsabilidade administrativa, vinculada ao Poder Executivo em suas funções de realizar o poder de polícia, busca coibir e sancionar condutas e atividades quando em desacordo com as determinações legais.

Merecedora do devido registro é a inclusão, através da Constituição Federal de 1988, da responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, a qual foi positivada pela Lei Federal Nº 9.605/1998, fazendo que esse encargo deixasse de ser tão somente individual.

1.3.1 Responsabilidade Civil

Segundo Sirvinkas (2017, p.186),

entende-se por dano toda lesão a um bem jurídico tutelado. Dano ambiental, por sua vez, é toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade econômica potencialmente poluidora, por ato comissivo praticado por qualquer pessoa ou por omissão voluntária decorrente de negligência.

Nesse sentido, a responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever imposto ao agente infrator de compensar os danos provocados ao ecossistema.

É o que se depreende do ensinamento de Silva (2006, p. 572), quando afirma ser a responsabilidade civil

a obrigação de responder pelas ações próprias (responsabilidade civil por ato próprio, subjetiva ou direta) ou dos outros (responsabilidade civil por ato de terceiro, objetiva ou indireta), quando estas resultem em dano, direto ou indireto, causado ao patrimônio material ou imaterial de terceiros, voluntariamente, por imprudência, por negligência, por imperícia ou, ainda, por falta de exaço de dever funcional, e que deve ser pronta e integralmente ressarcido.

Dois são os tipos de teorias utilizados para validar a responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. A responsabilidade subjetiva é ratificada na evidência de culpa do agente, além de prática comissiva ou omissiva. O encargo objetivo descaracteriza a demonstração de culpa, necessitando apenas da ocorrência do ato lesivo.

1.3.2 Responsabilidade Administrativa

Com previsão também contida no art. 225, § 3º da Constituição Federal, essa incumbência, na opinião de Silva (2011, p. 293),

resulta da infração das normas administrativas, sujeitando o infrator a uma sanção de natureza administrativa que pode ser: advertência, multa simples, multa diária, apreensão dos animais, produtos ou subprodutos da flora e fauna, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação de produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades, restritivas de direitos.

A responsabilidade administrativa configura-se, segundo lição de Milaré (2009), como significativo elemento de punição de comportamentos que resultem em lesão ao meio ambiente.

Fiorillo (2017) adverte que as sanções administrativas estão ligadas ao poder de polícia, que guarda vínculo com o Direito Público. Entretanto, no tocante à proteção jurídica do patrimônio ambiental, esse poder não se encontraria ligado ao interesse público e sim a interesses difusos.

1.3.3 Responsabilidade Penal

A exemplo das demais responsabilidades, esta também está prevista no art. 225, § 3º da Carta Cidadã.

O art. 5º, XXXIX da Constituição Federal estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em observância a esse dispositivo é que a tutela penal, na seara do Direito Ambiental, restringe-se à lei, com respeito ao princípio da legalidade.

O estabelecimento de qualquer medida punitiva de natureza penal em relação a danos ambientais deve ser feito mediante a inocuidade das providências de cunho civil e/ou administrativo.

2 O DIREITO DOS ANIMAIS NA SOCIEDADE ATUAL

A sociedade contemporânea é palco, já há algum tempo, de uma crescente preocupação com o bem-estar de animais domésticos. Reflexo dessa realidade é a quantidade de serviços e estabelecimentos criados para atender a demanda.

Por bem-estar animal, válida é a definição de Broom e Fraser (2010, p. 32), quando assevera tratar-se de “o estado do animal em relação às suas tentativas de se adaptar ao seu ambiente, sendo uma característica própria, não algo que pode ser fornecido a ele”.

Para Fraser (2008), o bem-estar animal é sustentado por um pilar triplo: funcionamento biológico, estado afetivo e comportamento natural.

Conforme (Milaré, 1996, p. 46)

Os animais são uma extensão da vida, possuidores de sentimentos, emoções e personalidades, não se tratam de um mero objeto, para satisfação da necessidade humana, merecem e necessitam de cuidados e direitos, assim sendo, carecem de tutela jurídica, que os defendam.

Dessa forma, vejamos que, os animais dotados de sentimentos e necessidades, possam ter proteção legal, mecanismos que garantam-lhes dignidade enquanto seres, e não serem tidos como um objeto desprovido de direitos e proteção.

A Declaração Universal dos Direitos dos animais – UNESCO, de 1978. Trás a grande revolução na temática, voltada a não submeter animais a maus tratos ou a atos cruéis.

Artigo 3.º, I. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis.

Artigo 8.º, 1. A experimentação animal que implique sofrimento físico ou psicológico é incompatível com os direitos do animal, quer se trate de uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer que seja a forma de experimentação.

Tal previsão assegura aos animais a proteção de seus direitos, garantindo assim, o direito de não terem seus direitos negligenciados pelo ser humano. Bem como, submeter animais a experiências das quais ocasione sofrimento físico ou psicológico é tida como uma conduta proibida, por violar um direito que é assegurado aos animais. É preciso entendermos que os animais são seres capazes de terem sentimentos, e que a existência desses não é somente para satisfazer as necessidades da espécie humana, e que precisam ter suas necessidades básicas atendidas.

Nesse sentido, há julgados do Supremo Tribunal federal com o entendimento que animais não devem ser submetidos a maus tratos, em virtude de violar o que a Constituição Federal prevê como crime contra a fauna.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CRFB/88, ART. 225, § 1º, VII)-DESCARACTERIZAÇÃO DA VAQUEJADA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS FEDERAIS N.ºS 10.220/2001 E 10.519/2002, DA LEI ESTADUAL N.º 3.021/98, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, E DA LEI MUNICIPAL N.º 2.004/2006, DE DUQUE DE CAXIAS - ANIMAIS - CRUELDADE - MAUS-TRATOS - ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RESERVA DE PLENÁRIO.

Submeter animais a praticas que causem dor, tortura ou mutilar, são praticas que configuram crimes contra a fauna. Portanto, a pratica da vaquejada, a descorna, a castração aassim como a marcação com ferro quente, são praticas as quais submetem os bovinos sem assegurarem os direitos previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A REMOÇÃO DE CHIFRE DO GADO BOVINO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

Em se tratando de animais de grande porte – como é o caso do gado bovino – a preocupação de criadores limita-se aos aspectos relativos aos dividendos representados pelos negócios desenvolvidos a partir dos animais. Dentre essas atividades, pode-se citar o corte, a produção leiteira, a reprodução artificial e a venda dos próprios animais. O mercado que abraça essas atividades é unânime em dar preferência para os animais sem chifre.

O amochamento e a descorna são práticas de manejo altamente dolorosas, às quais é submetido o gado bovino com a finalidade de retirar-lhe os chifres.

O amochamento consiste na demolição das células queratogênicas, antes de sua fundição ao crânio do animal, quando este tem até 02 (dois) meses de idade. Esse processo pode ser executado de maneira química (com aplicação de substâncias cáusticas) ou térmica, com a cauterização do botão córneo, que ainda se encontra móvel.

A descorna é a remoção cirúrgica das apófises córneas do animal.

Conforme Laven (2009), o amochamento, a descorna e a castração são tidos como os procedimentos que mais dor causam nos animais, acarretando-lhes prejuízos ao seu desenvolvimento.

3.1 A REMOÇÃO DO CHIFRE NOS BOVINOS E SUA CRIMINALIZAÇÃO

Matéria pouco debatida no meio jurídico, a amputação do chifre no gado bovino, tal como é realizada, não é, objetivamente, tratada como conduta criminosa, a merecer as sanções legais.

Contudo, não se pode negar que o caráter cruel e degradante presente nos processos de retirada da estrutura córnea no gado bovino é repugnante e demanda maior atenção não apenas dos legisladores, como da sociedade como um todo.

A Constituição Federal, inobstante não tratar textualmente da matéria, traz em seu texto relevante previsão. É o que se verifica de seu art. 225, § 1º, VII, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

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. (BRASIL, 1988)

Percebe-se, assim, a preocupação do legislador constitucional em atribuir ao Poder Público a obrigação de proteger o meio ambiente.

Outrossim, registre-se que a proteção ao ecossistema imposta ao Estado veda qualquer prática que, dentre outras consequências, submeta a fauna à crueldade.

Por sua vez, a Lei Federal Nº 9.605/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, em seu art. 32, § 1º, assim estabelece:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. (BRASIL, 1998)

Impõe-se refletir acerca da maneira como a retirada do chifre nos bovinos é realizada, em inaceitável afronta a qualquer preocupação com o bem-estar animal.

Nesse aspecto, louvável é a postura adotada pelo Estado do Rio de Janeiro, onde há legislação específica, Lei Nº 8145/2018, classificando a amputação do chifre bovino como ato de crueldade. É o que se verifica em seu art. 2º, XIII, conforme segue:

Art. 2º O Artigo 2º da Lei nº 3.900, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º Para efeito de aplicação dessa Lei, adotam-se as seguintes definições:

[...]

XIII - ato de crueldade: qualquer ato, técnica ou prática, mesmo aquelas consideradas culturais e desportivas, que submetem o animal a dor, lesão, ferimento, mutilação, estresse, medo causando sofrimento e/ou dano a sua integridade física e/ou psicológica, e que utilizem instrumentos ou técnicas como esporas, sedén (tira de couro que aperta a virilha do animal), peiteira com sino, choque elétrico e/ou mecânico, torção pela cauda, torção do pescoço, descorna (retirada dos chifres) e polaco. (RIO DE JANEIRO, 2018)

A mesma lei estadual do do Rio de Janeiro – Lei Nº 8145/2108, em seu art. 5º, XV, classifica a retirada de chifres como mau trato:

Art. 5º Acrescente-se Artigo 5º- A na Lei nº 3.900, de 19 de julho de 2002, com a seguinte redação:

Art. 5º-A Considera-se abuso ou maus-tratos contra os animais, entre outras condutas cruéis:

[...]

XV – usar técnicas e/ou instrumentos como esporas, sedén (tira de couro que aperta a virilha do animal), peiteira com sino, choque elétrico e/ou mecânico, torção pela cauda, torção do pescoço, descorna (retirada dos chifres) e polaco. (RIO DE JANEIRO, 2018)

Destaque-se que, à luz da legislação federal existente, soa bem razoável tipificar a retirada do chifre, dadas as circunstâncias com que é feita, como ação criminosa, a merecer as sanções devidas.

CONCLUSÃO

Da análise do trabalho ora produzido, percebe-se real a possibilidade de imputar caráter criminoso à retirada do chifre do gado bovino, nos moldes em que se faz na atualidade.

Conforme mencionado alhures, não obstante, a ausência expressa de impedimentos para a prática respectiva, não se pode olvidar o que preconizam as leis que regem a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como a que versa sobre os crimes ambientais. Esta, especificamente, enumera as condutas consideradas maus tratos a animais, estabelecendo que as condutas eivadas de crueldade deve receber as sanções devidas, cabendo a subsunção do caso em tela nas respectiva norma.

Destarte, necessário se faz o encaminhamento de providências com vistas a tratar, de forma objetiva e clara, a questão da amputação de estruturas córneas em gado bovino, tipificando-a como crime ambiental. Proibindo a descorna quando realizada por criadores de bovinos sem assegurar o bem estar animal, submetendo estes a crueldade, violando o direito a proteção dos animais.

Conforme já mencionado, a finalidade do amochamento é visando a inserção do animal no mercado, seja de recria ou de corte, considerando que os animais mochos (sem chifres) são melhor avaliados, tanto por terem uma melhor stetica, bem como, facilita o manuseio e o transporte.

A descorna quando realizada nos animais jovens no inicio do desenvolvimento da extrutura córnea, sendo feita com o uso de sedativos e anestésicos, reduz o sofrimento do animal, porém, retira deste um membro tido como forma de defesa e ataque, na busca de espaço dentro rebanho.

Portanto faz-se necessário a regularizaçõa da descorna por meio de edição de normas que estabeleçam critérios a serem adotaos para a arealização

de tal procedimento, buscando assim, garantir a proteção do bem estar animal. Adotar meios de remoção que não submetam o animal a auto nível de estresse e crueldade, não contrariando o que a Constituição Federal e a Lei de crimes ambientais prevê em seu texto.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1981)**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm.

Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em 06 junho 2019.

_____. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9605.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9605.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9605.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9605.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9605.htm. Acesso em 31 maio 2019.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 31 maio 2019.

BARRACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BROOM, Donald Maurice; FRASER, Andrew Ferguson. **Comportamento e Bem-Estar de Animais Domésticos.** 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FONSECA, Edson José da. **A Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Ambiental: Responsabilidade em matéria ambiental.* – v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRASER, David. **Understanding Animal Welfare: The Science in its Cultural Context.** Nova Jersey: Wiley-Blackwell, 2008.

LAVEN, Richard. **Results of A Survey of Attitudes of Dairy Veterinarians in New Zealand Regarding Painful Procedures and Conditions in Cattle.** *New Zealand Veterinary Journal*, Palmerston North, v. 57, p. 215-220, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Aspectos Processuais do Direito Ambiental.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente - Doutrina - Jurisprudência – Glossário.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIO DE JANEIRO. **Lei Nº 8145, de 29 de outubro de 2018. Altera a Lei Estadual Nº 3.900, de 19 de julho de 2002, que institui o Código de Proteção aos Animais no Âmbito do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dff/a3b74dbb7d16d21303258337006907b8?OpenDocument&Highlight=0,8145>. Acesso em 31 maio 2019.

Acesso em 31 maio 2019.

SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental: Doutrina e Casos Práticos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Américo Luiz Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Silva, José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIRIVINKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOLEDO, Antonio Luiz de. **Legislação de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2009.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAUDES NO PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS MEDIDAS PREVENTIVAS: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS FRAUDES OCORRIDAS A PARTIR DE DADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO ANO DE 2018

GABRIEL VITORINO FORTUNATO:

Bacharelado em Direito pelo CIESA - Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo tratar das fraudes que ocorrem no processo licitatório, tendo como base dados coletados no Tribunal de Contas da União. Utiliza-se o método indutivo como forma de pesquisa. A priori, demonstrar os aspectos gerais da licitação, princípios norteadores e modalidades, para assim partir para o estudo específico das fraudes mais comuns na licitação, sanções cabíveis nas esferas administrativas e penas, e órgãos responsáveis pelo controle e fiscalização. Por fim, indicar as medidas preventivas que podem ser tomadas para evitar que as fraudes continuem a acontecer na Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública; Licitação; Processo Licitatório; Fraude.

ABSTRACT: The purpose of this article is to deal with the frauds that occur in the bidding process, based on data collected at the Federal Court of Audit. The inductive method is used as a form of research. A priori, it seeks to demonstrate the general aspects of the bidding, guiding principles and modalities, and then start with the specific study of the most common frauds in the bidding, applicable sanctions in the administrative spheres and penalties, and organs responsible for control and inspection. Finally, indicate the preventive measures that can be taken to avoid that fraud continues to occur in the Public Administration.

Keywords: Public Administration; Bidding; Bidding Process; Fraud.

INTRODUÇÃO

O presente projeto possui como objeto a análise das principais fraudes ocorridas no processo licitatório em suas várias esferas e as medidas preventivas utilizadas para combatê-las, com base em dados do Tribunal de Contas da União no ano de 2018. Pretende-se analisar os princípios e modalidades de licitação, dispensas e inexigibilidade para assim progredir ao estudo específico das fraudes, os tipos penais mais comuns e as sanções previstas.

O tema é de grande relevância e atualidade, em todos os jornais diariamente são expostas notícias de investigações, denúncias dos mais variados tipos acerca de processos licitatórios e é urgente a necessidade de conscientização de toda a população, desde licitantes a agentes da Administração Pública, quanto ao prejuízo que nos acarreta ano após anos. Assim, fica o desafio com o seguinte problema: Quais as principais fraudes e conseqüentemente suas medidas protetivas, a partir de informações do Tribunal de Contas da União no ano de 2018?

Analisar as fraudes mais comuns no processo licitatório, assim como medidas preventivas e coercitivas para essa conduta. Quanto aos objetivos específicos, tem-se que: a) Identificar o enquadramento legal das licitações, seus princípios, limites, modalidades e exigibilidade; b) Indicar as fraudes mais comuns nas licitações; c) Observar as sanções administrativas, os crimes e penas previstas referentes a fraude ao processo licitatório.

Este artigo utilizou como processo de pesquisa o método indutivo, que consiste em observar os fatos cujas causas se desejam conhecer, comparar com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles e por fim, generalizar com base na relação verificadas entre os fatos.

1 FRAUDES NO PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS MEDIDAS PREVENTIVAS: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS FRAUDES A PARTIR DE DADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO ANO DE 2018

Segundo Carvalho Filho (2015, p.8), o Direito Administrativo é "o conjunto de normas e princípios que, visando sempre o interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre estes e a coletividade a que devem servir". O processo licitatório tem as normas gerais embasadas no art. 22, XXVII, da Constituição Federal/88, especificado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Além disso, segue princípios norteadores como isonomia, legalidade, publicidade dentre outros, de acordo com o art. 3º desta Lei. Sujeitam-se a licitação todos os órgãos da Administração direta, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e os fundos especiais.

A lei das Licitações, no artigo 90 tipifica a fraude como "frustrar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação". As fraudes na licitação podem ocorrer tanto por parte de pessoa física ou jurídica participante do certame, quanto por agentes públicos de dentro da Administração Pública.

É de amplo conhecimento público que os processos licitatórios regulam desde o aspecto mais simples, como a compra de materiais básicos do cotidiano da

Administração Pública, até os mais complexos projetos de infraestrutura do país, nas esferas federais, estaduais e municipais. A fraude dentro do processo licitatório, enraizada na cultura brasileira desde sua fundação, afeta direta e indiretamente a população, que fica a mercê de serviços e produtos sucateados e com infraestrutura, saúde e educação deficientes.

2. LICITAÇÃO

A licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública abre aos interessados, pessoas físicas ou jurídicas, que se enquadrem nas condições legais estabelecidas por lei e nas condições específicas do instrumento convocatório previsto em lei, a oportunidade de apresentar propostas para realização da obra ou serviço em pauta. Após todo o processo de avaliação e julgamento das propostas, a mais viável para o interesse público é selecionada entre as demais, seja por critérios de menor preço ou de mão-de-obra especializada. Assim, o contrato é firmado entre o ente público e o particular partícipe da licitação. Para Oliveira (2013, p.27):

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.

Regidas em geral pela Lei n 8.666 de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, com previsão no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Conforme dita o artigo 1º, parágrafo único:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Todas as modalidades de licitação, com exceção do Pregão que possui regimento próprio, seguem essas diretrizes gerais.

2.1 PRINCÍPIOS

O objetivo básico dos princípios é de servir como orientação para o direito, funcionam como orientadores das normas vigentes e dão suporte na formulação de leis e jurisprudências. Segundo Carvalho Filho, “de acordo com o que a própria lei apresentou, consideram-se básicos os princípios norteadores fundamentais do procedimento da licitação, expressos no art. 3º do Estatuto. São básicos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo”, Conforme o art. 3º da Lei 8.666/1993 que traz os princípios específicos para o processo de licitação.

O princípio da legalidade, dentro da doutrina do Direito Administrativo determina que toda atividade administrativa deverá se resumir ao que é fixado em lei, não podendo agir na omissão dela, conforme expresso na Constituição Federal, art. 37, caput. Carvalho Filho (2015, p.20) destaca que: “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.” É muito comum na jurisprudência casos em que o princípio da legalidade é aplicado, como no seguinte julgado do STJ:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 703399 PA 2004/0162712-7 (STJ) Data de publicação: 13/11/2006 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 16, DA LEI 8.987 /95, E 26 DA LEI 16.978 /99. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 211/STJ). VIOLAÇÃO DO ART. 42, § 2º, DA LEI 8.987 /95. ATO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE CONCESSÃO PRECÁRIA ANTERIOR E OUTORGA DO SERVIÇO A TERCEIRA EMPRESA, SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. NULIDADE. PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO E DA LEGALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ). 2. A delegação de concessão ou permissão de serviço público pelo Poder Público está subordinada ao princípio da obrigatoriedade de licitação prévia, no escopo de se assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da [...] Julgamento:24/10/2006 /Órgão Julgador:T1 - PRIMEIRA TURMA /Publicação:DJ 13/11/2006 p. 228REPDJ 05/02/2007 p. 201).

O princípio da impessoalidade está ligado diretamente ao princípio da legalidade, indicando que todos que estejam participando de um mesmo processo licitatório devem ser tratados como iguais pela Administração Pública. Segundo Hely Lopes Meirelles (2006, p. 91), o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art., 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º).

O princípio da moralidade exige do administrador, agente público e licitantes uma conduta dentro da moral, ética, bons costumes, boa-fé, dentre outros. Ele trata do comportamento ético dentro de um processo licitatório. Um exemplo disso é a Lei nº 8.666/93, no artigo 9º, inciso III, em que diz que não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, ou seja, atacaria diretamente a boa-fé do processo, em que, por exemplo, um licitante poderia obter informações privilegiadas.

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - EMPRESA - SERVIDOR LICENCIADO - ÓRGÃO CONTRATANTE. - Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). - O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença. - Recurso improvido." (REsp 254.115/GARCIA).

(STJ - REsp: 467871 SP 2002/0127386-1, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 23/09/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.10.2003 p. 233RJADCOAS vol. 52 p. 67).

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade visa assegurar aos interessados em contratar com a Administração Pública igualdade de direitos, proibindo a concessão de preferências e privilégios a determinados licitantes. Ele constitui um dos princípios mais importantes, também está expresso no art. 37, XXI, da Constituição Federal, como trata Di Pietro (2011, p.361):

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que está visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que implique preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais

O princípio da publicidade estabelece que os atos da Administração devem ser públicos, ou seja, acessíveis a todos os interessados. Com exceção em casos que envolvam privacidade e segurança do Estado. A publicidade diz respeito tanto a divulgação da licitação, para permitir a ampla concorrência, quando a divulgação dos atos do processo.

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora." (CARVALHO FILHO, 2015, p.249)

O princípio da probidade administrativa trata da honestidade os licitantes e a Administração Pública, tem relação com a supremacia do interesse público. Trata de proceder com honestidade e seriedade para que se cumpram todos os processos definidos na lei. Assim, "A improbidade administrativa já tem contornos bem definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem, no art. 37, §4º." (DI PIETRO, 2009, p.359)."

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto no art. 41º da Lei 8.666/93, trata da observância da Administração a tudo que foi definido por lei e pelo edital da licitação. Ou seja, este princípio obriga as duas partes a seguirem o edital, o descumprimento tornará o ato administrativo nulo, conforme o Art. 41, "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

O princípio do julgamento vem para complementar o princípio anterior, da vinculação, com o objetivo de que os critérios dispostos no edital sejam adotados no julgamento, que ocorra transcorra de forma correta. Afasta a utilização de critérios subjetivos de julgamento que não estejam presentes no edital. No art. 45 da Lei nº 8.666/93, temos que: O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato

convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades servem para guiar o administrador em sua contratação, estabelecendo uma modalidade que mais se adapte aos interesses da Administração Pública.

A Lei nº 8.666/93 estabelece cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Sendo o pregão acrescentando posteriormente ao ordenamento jurídico pela lei 10.520/2002.

A concorrência é a modalidade de licitação indicada para a contratação de grandes valores, é admitida a participação de qualquer interessado que se enquadrem nas condições do edital, convocados com antecedência mínima prevista na lei de 45 (quarenta e cinco) ou 30 (trinta) dias. As fases da concorrência são a habilitação, classificação, homologação, por fim, a adjudicação. Por se tratar um processo envolvendo grandes valores, exige maior formalismo. Segundo Carvalho Filho (2015, p. 281):

Concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto. O Estatuto estabelece duas faixas de valor: uma, para obras e serviços de engenharia, e outra para compras e serviços (art. 23, I, "c", e II, "c"). A partir de tais limites, a contratação exigirá a concorrência.¹²⁴ Se contratante for um consórcio público, as faixas de valor serão alteradas: o dobro, em se tratando de consórcio formado por até três entidades federativas, e o triplo, no caso de número superior de pactuantes (art. 23, § 8º, do Estatuto, com a alteração da Lei nº 11.107/2005, que regula os consórcios públicos).

A Lei nº 8.666/93, Lei Nacional de Licitação e Contratos Administrativos, traz duas áreas de atuação: a) compras e serviços comuns, no valor acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); b) obras e serviços de engenharia, no valor acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Exemplificados no art. 23, I, "c" e II, "c", quais sejam:

A tomada de preços é um pouco menos formal, parecido com a concorrência, diferente apenas nos prazos, na fase de habilitação e nos valores, Carvalho Filho em sua obra diz que "comparativamente, essa modalidade é menos formal que a concorrência, e isso em virtude de se destinar a contratações de vulto médio, cujas faixas de valor são estabelecidas em lei (art. 23, I, "b", e II, "b")".¹conforme o art.22, §2º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 22, § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A Lei delimita que: a) compras e serviços comuns, no valor até de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); b) obras e serviços de engenharia, no valor até de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

O convite é a modalidade mais simplificada, pouca formalidade, os valores são menores. Não há instrumento convocatório, o instrumento utilizado é a Carta-Convite, enviado para no mínimo três licitantes. Muitas críticas são feitas a essa modalidade, dado as grandes brechas a fraudes e corrupção, em relação ao princípio da publicidade, por exemplo, em que o certame é pouco divulgado.

O *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção.” (CARVALHO FILHO, 2015, p.284)

Diferentemente das demais modalidades, que tratam de objetos e obras de engenharia, serve para a contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, aqui não se observa valor mínimo ou máximo para contratação.

Art.22. § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada. (CARVALHO FILHO, 2015, p.286).

O leilão é a modalidade destinada à alienação de bens móveis e imóveis que foram apreendidos ou penhorados legalmente. Esta modalidade não exige boa parte da formalidade das outras modalidades, em que há necessidade de oferecimento das propostas, habilitação prévia, classificação e julgamento. O que

acontece é uma avaliação previa e fixação de preço mínimo, os demais atos do processo são regidos pelo servidor indicado pela Administração, o leiloeiro.

Na modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos: 1. vender bens móveis inservíveis; 2. vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e 3. alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto.

Temos duas modalidades de pregão, o eletrônico, regido pelo Decreto nº 5.450, de 31/05/2005, e o presencial. É utilizado para contratação de bens e serviços comuns, válido para todas as esferas federativas.

É uma modalidade de licitação do tipo menor preço para aquisição de bens e serviços ou serviços comuns, ou seja, as propostas e os lances realizados pelos fornecedores antecedem a análise da documentação, o que torna o processo de compra mais ágil, previsto na Lei nº 10.520/2002, tem disciplina e procedimentos próprios, visando a celeridade processual.

3 FRAUDES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO

As fraudes têm como objetivo prejudicar, frustrar, contrariar o correto, dentro de um processo licitatório. Podem ocorrer por parte dos agentes públicos ou dos licitantes, visando vantagem para si ou para outrem. Mesmo com a Lei regulamentando todo o sistema de Licitações, ainda há brechas a fraudes. Segundo Carvalho Filho, apesar do Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93) procurar, com riqueza de detalhes, regulamentar os processos de compras quando estão presentes recursos públicos, infelizmente não são poucos os casos de malversação de recursos, de licitações montadas (“armadas”) e de favoritismos, em que acabam por serem selecionadas empresas que atendem à conveniência de alguns.

As fraudes mais comuns ao processo licitatório segundo dados retirados do TCU e do Ministério Público do Estado de São Paulo, são o superfaturamento, direcionamento de licitação, jogo de planilha, dispensa e inexigibilidade indevida, corrupção dos servidores, empresas em acordo, material de qualidade inferior ao estabelecido no edital, participação de empresas fantasmas, falsificação de documentos e preço inexecutável.

3.1 FRAUDES MAIS COMUNS

Antes de qualquer processo ter início, é necessária uma pesquisa do órgão a respeito dos valores do produto ou serviço no mercado, servindo de parâmetro para a oferta de preços pelos futuros concorrentes e fator decisivo no julgamento das propostas. O superfaturamento é a cobrança de preços superiores ao praticado no mercado, causando prejuízo direto ao erário.

Pode ocorrer a partir de acordo entre os agentes públicos e as empresas que forneceram os orçamentos iniciais ou mesmo conluio entre as empresas que tenha interesse em participar da licitação, superfaturando os orçamentos para benefício próprio.

É um dos tipos mais comuns de fraude, tendo diversos julgados a respeito:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. COMPROVADO. PREFEITO MUNICIPAL. CULPA GRAVE DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE. 1. Consoante o artigo 37, § 4º, da CRFB, "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." 2. Em regulamentação ao dispositivo constitucional, a Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992, definiu os atos caracterizadores de improbidade administrativa, especificando-os em três categorias diversas, de acordo com os níveis gradativos de gravidade da conduta e de ofensa ao patrimônio público: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. 3. Trata-se de desdobramento de outra Ação Civil Pública que apurou os mesmos fatos, na qual condenados os réus por ato de improbidade administrativa que causou prejuízo ao erário, em decisão transitada em julgado. (...)

(TRF-4 - AC: 50023168320144047105 RS 5002316-83.2014.404.7105, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 02/03/2016, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/03/2016)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO POPULAR. JULGAMENTO CONJUNTO. PROLONGAMENTO DO CANAL EXTRAVASOR NO RIO ITAJAÍ-MIRIM. EXECUÇÃO DA OBRA. SUPERFATURAMENTO. DANO AO ERÁRIO. IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO. SANÇÕES DA LEI Nº 8.429/92. A ação civil pública e as ações populares foram

reunidas e sentenciadas conjuntamente, a fim de evitar a prolação de decisões contraditórias, o que tem respaldo no art. 253, inciso I, do CPC/1973 (vigente à época). A análise dos autos denota que, na contratação e execução da obra, foram praticadas inúmeras irregularidades, tendo o juízo a quo valorado adequadamente o acervo probatório, à luz da legislação de regência, destacando-se os seguintes pontos relevantes: ausência de projeto-básico, ausência de divisão da licitação em parcelas técnicas e economicamente viáveis; ausência de julgamento das impugnações apresentadas; não-observância ao prazo mínimo de publicação do edital de licitação; habilitação de licitante que não atendia aos níveis de exigência do edital; aceitação de preços unitários manifestamente inexequíveis; superestimativa de valores; superfaturamento e sobrepreço; ausência de publicidade e motivação dos editais de prorrogação de prazo para apresentação de propostas e documentos, entre outros. Se, por um lado, a inobservância de normas legais sobre licitação não é, por si só, suficiente para caracterizar improbidade administrativa; por outro, as inúmeras irregularidades apuradas, contextualizadas, corroboram a versão de que houve o cometimento de fraude que transcende a ocorrência de meras ilegalidades perfeitamente sanáveis, em afronta aos princípios que regem a Administração Pública. As penalidades aplicadas são proporcionais ao juízo de reprovação ou culpabilidade dos réus (arts. 10 a 12 da Lei n.º 8.429/92), tendo sido considerada, a atuação de cada um deles, na definição das sanções.

(TRF-4 - AC: 50039212620124047205 SC 5003921-26.2012.404.7205, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 14/12/2016, QUARTA TURMA)

O jogo de planilhas consiste em inserir valores superiores aos de mercado para um item que possua quantidade pequena, com isso, inserir valor inferior ao de mercado para um item com quantidade maior. Assim, ao praticar esse golpe, o licitante vence por conseguir o valor global da licitação abaixo do praticado pelos concorrentes, justamente por causa dos custos unitários menores que não serão

executados, no entanto uma vez celebrado o contrato e iniciada a execução de seu objeto, a empresa contratada manifesta a necessidade do ajuste de alguns quantitativos de itens que compõem a planilha de serviços. Aquele item cuja quantidade era pequena, mas cujo valor era superior ao de mercado, tem seus quantitativos aumentados consideravelmente. O resultado desta modificação é um preço final superfaturado.

Acórdão TCU nº 1.588/2005 Plenário (Voto) 29. O “jogo de planilha”, mecanismo espúrio verificado na contratação de algumas obras públicas, normalmente funciona assim: na licitação, a empreiteira cota determinados itens de serviço da obra muito acima do mercado, enquanto outros são oferecidos a preços bastante abaixo; como os preços unitários altos e baixos se compensam, o valor global da obra fica dentro da expectativa do contratante; depois de contratada, a empreiteira se aproveita de modificações nos serviços, forçadas ou por deficiência do projeto, as quais irão reduzir os itens mais em conta ou aumentar os mais caros, ou mesmo fazer as duas coisas; o resultado é que os itens mais caros prevalecem no contrato, distorcendo a proposta original, com elevação do preço da obra.

No direcionamento da licitação, a estratégia mais comum é a exigência de qualificações técnicas muito detalhadas e específicas para prestação de serviço ou compra de produto, geralmente beneficiando apenas um dos concorrentes. Situações como a prova de propriedade de veículos, a exigência de apresentação de amostras de produtos ainda na fase de habilitação, aglutinação de objetos distintos em único, especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, com a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, dentre outros.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE VÍCIOS. DANO E INTUITO DE DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO CONFIGURADOS NA ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126 DO STJ. INVIABILIDADE DE ADOÇÃO DOS ARTS. 1.032 E 1.033 DO CPC/2015 . 1. Trata-se na origem de "Ação Civil Pública de Ressarcimento por Danos Causados ao Erário", decorrente de Comissão Parlamentar de Inquérito e de Inquérito Civil que apuraram o uso indevido de recursos do

Sistema de Saúde do Município de Campos/RJ, buscando, unicamente, o ressarcimento dos danos causados ao erário, no importe de R\$ 48.000,00. 2. Os Embargos de Declaração também não merecem prosperar, pois manifestam nítido caráter infringente, não associando com exatidão as linhas de argumentação desenvolvidas com as hipóteses do art. 1.022 do CPC/2015. Incide, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF, segundo a qual "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". [...]

(STJ - EDcl no REsp: 1726930 RJ 2018/0026748-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 28/03/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2019).

Verifica-se a fraude sempre que forem inseridas cláusulas inúteis ao fim visado e que inviabilizem a disputa. Não podem ser exigidas características específicas do licitante, que não estejam de acordo com a natureza do objeto licitado.

A regra geral, segundo exigência do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal é de que os órgãos da Administração Pública somente adquiram bens e serviços mediante prévio procedimento licitatório. Porém, o próprio dispositivo constitucional autoriza a legislação disciplinadora do tema a dispensar ou considerar inexigível a licitação em determinadas situações. As hipóteses em que a licitação é dispensável estão previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Já o artigo 25 do mesmo diploma legal disciplina as hipóteses em que a licitação se torna inexigível. Pelo fato de haver hipóteses de cabimento de dispensa e inexigibilidade, abre brechas na legislação para benefícios ilegais de empresas.

ADMINISTRATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DESRESPEITO AOS PROCEDIMENTOS LEGAIS. LESÃO AO ERÁRIO. MODALIDADE CULPOSA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa, nas do artigo 10

(EResp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010). 2. A condenação pela prática de ato administrativa que causa lesão ao erário depende, além da comprovação de prejuízo efetivo ao patrimônio público, da existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. 3. O art 25, III, da Lei 8.666/1993, estabelece que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Ocorre, no entanto, que restou amplamente comprovado nos autos que a dispensa de licitação não exprimiu obediência aos requisitos constantes da norma, circunstância que confirma a ilegalidade do procedimento realizado pelos gestores públicos envolvidos. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 556543 DF 2014/0188088-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 12/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2018)

Na corrupção dos servidores públicos, ocorre que alguns servidores não respeitam o processo todo licitatório, aceitam propinas das empresas, agindo em benefício próprio ou de outrem.

E isso pode ocorrer em diversas etapas do processo, desde sua formulação até a execução do contrato. Há casos, por exemplo, em que o servidor responsável por receber o objeto da licitação diz ter recebido todo o material, quando apenas recebeu parte dele. Nesses casos, o servidor encaminha a nota fiscal para pagamento, como se tudo já tivesse sido entregue. Há casos de favorecimento de conhecidos pelo pregoeiro, disponibilizando informações privilegiadas, acabando com a isonomia do processo. As possibilidades são variadas, segue o entendimento da

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR COM PARTICIPAÇÃO

INDIRETA DE PARENTE DO GESTOR MUNICIPAL. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA PARA CONFERIR APARÊNCIA DE LEGALIDADE E CONFORMIDADE DO CONTRATO COM A FINALIDADE PÚBLICA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 9º, INC. III, DA LEI 8.666/93. ATO COMISSIVO E DOLOSO QUE SE AMOLDA AO TIPO DO ART. 11, CAPUT, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO VISANDO A ATENDER FINALIDADE PRIVADA, MARCADO PELA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIO. 1. O recurso de embargos de declaração tem por escopo aclarar ou integrar qualquer tipo de decisão judicial que padeça de vícios de omissão, de obscuridade e de contradição ou contenha eventuais erros materiais, sendo a sua função precípua o saneamento desses vícios, não se tratando de recurso que tenha por fim reformá-la ou anulá-la. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não à sua modificação, que só excepcionalmente é admitida. 2. Neste caso concreto, os embargos de declaração, em sua essência, revelam mera rediscussão do mérito do decisum, o que não se... pode admitir, pois o julgador não está obrigado a enfrentar os argumentos da parte um a um, bastando que resolva a controvérsia de forma fundamentada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste órgão fracionário. Na espécie, portanto, os embargos de declaração não têm qualquer fundamento apto de existência, tendo sido governados pela rediscussão da fundamentação jurídica adotada no acórdão. **DESACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. UNÂNIME.** (Embargos de Declaração Nº 70075261511, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 13/12/2017).

(TJ-RS - ED: 70075261511 RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 13/12/2017, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/12/2017).

No acordo entre empresas, é comum que elas negociem valores da licitação ou mesmo itens em que cada uma deverá participar.

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MODALIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. OCORRÊNCIAS QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA DE CONLUIO EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE EMPRESAS. MULTA. 1. Nos termos do art. 23, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. 2. A existência de fatos que evidenciam a prática de conluio em licitação enseja a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, conforme previsto no art. 46 da Lei n. 8.443/1992

(TCU 03259020105, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 15/06/2011)

Há também a possibilidade de o material entregue apresentar qualidade inferior ao previsto no edital, casos em que o produto possui vícios e defeitos ou possuir validade vencida.

Empresas de fachada são empresas criadas com o objetivo de fraudar processos licitatórios, seja apenas para garantir um quórum mínimo de empresas participantes em um certame (convite, por exemplo), superfaturar o valor de um serviço ou até mesmo para permitir que empresários irregulares em algum aspecto possam fraudar as barreiras da lei e participar de novos certames. Muitas delas não possuem nem endereço físico, sendo criadas apenas para esse fim.

ACÓRDÃO 0758/2015 ATA 12 - PLENÁRIO [texto original]
Relator: Bruno Dantas - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO COM EMPRESAS DE FACHADA PARA EXECUÇÃO DO OBJETO. OPERAÇÃO "ILICITAÇÃO" DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. ROMPIMENTO DO NEXO ENTRE OS RECURSOS FEDERAIS TRANSFERIDOS E OBJETO CONVENIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REVELIA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL 08/04/2015

O uso de documento falso para fraudar uma licitação está previsto no tipo penal do artigo 90 da Lei das Licitações.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Algumas empresas, por terem certas restrições advindas de débitos ou legais, por exemplo, resolvem falsificar documentos para participar do certame, como certidões, balanços, balancetes, contratos dentre outras. Também ocorre em caso que de assinaturas falsas.

Preços inexequíveis são aqueles em que não há comprovação que os custos sejam compatíveis com o valor de venda dos produtos de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições especificadas no ato convocatório da licitação.

O artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93 versa a respeito do critério objetivo para desclassificação das propostas inexequíveis, conforme segue:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Segue julgado a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL E LICITAÇÃO: AÇÃO CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DE CONCORRÊNCIA PARA REGISTRO DE PREÇOS - PREÇO INEXEQUÍVEL. PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL E PREÇOS PREDATÓRIOS. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS. LEI 8.666/93, ART. 48, II. LEI 8.884/94, ART.

21. 1. A ação cautelar é a via processual adequada para suspensão de concorrência pública. 2. Se determinada licitante vem de forma continuada atentando contra à livre concorrência e se a proposta contendo preços inferiores ao custo do produto representa uma das realizações dessa prática, o Judiciário deve levar em consideração o fato, ex vi do artigo 5º, XXXV, da CF/88 e do art. 48, II, da Lei 8.666/93. 3. Serão desclassificados, a teor do art. 48, II, da Lei das Licitações, propostas com preços manifestamente inexequíveis, assim considerando aqueles que venham a ter demonstrada na viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com o do mercado. 4. O artigo 21 da Lei 8.884, de 1994, considera como infração à ordem econômica a venda injustificada de produtos abaixo do preço de custo. 5. Considerada a necessidade premente da União adquirir insulina para atender aos postos da rede pública, deve ter continuidade o procedimento de registro de preço, desde que asseguradas as normas que regem a legalidade da licitação e a livre concorrência. 6. Agravo de instrumento improvido. 7. Agravo regimental prejudicado.

(TRF-1 - AG: 12765 DF 2001.01.00.012765-0, Relator: JUIZA SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 07/05/2001, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 04/06/2001 DJ p.638)

Trazendo as fraudes ao caso concreto, temos notícias amplamente divulgadas em jornais e portais de notícia relatando fatos do tipo. Recentemente foi noticiado pelo Portal de Notícias G1 que remédios estavam com prazo vencido na data de expedição de notas fiscais, aponta investigação:

A Operação Deadline, deflagrada nesta quarta-feira (19) para investigar fraudes na compra de remédios para rede pública de três municípios no Litoral Sul de Pernambuco, constatou que medicamentos estavam com prazo de validade vencido na data de expedição de notas fiscais. A informação foi confirmada durante coletiva, na sede da Polícia Federal (PF), no Recife.

A ação contou com as participações da Controladoria Geral da União (CGU), Polícia Federal, Receita Federal e a Agência Pernambucana de Vigilância Sanitária (Apevisa). Os contratos em análise foram firmados entre 2013 e 2018 e os valores chegam a mais de R\$ 12 milhões, segundo a PF.

Foram cumpridos sete mandados de busca e apreensão para verificar documentos assinados entre uma empresa, que não teve o nome divulgado, e as Prefeituras de Rio Formoso, Tamandaré e Sirinhaém.

Segundo o diretor da Apevisa, Jayme Brito, a partir de consulta a laboratórios ficou comprovado que alguns lotes de remédio estavam com prazo de validade expirado desde a data da emissão das notas.

“A partir de hoje, nós vamos avaliar se realmente esses medicamentos foram distribuídos para a população. São remédios como dipirona, disponíveis nos postos de saúde”, afirmou. (G1 2018)

No ano de 2018, em outro caso divulgado aberto investigação para apurar possível fraude em contratos para a Câmara Municipal de Manaus:

O Ministério Público do Amazonas (MP-AM) instaurou inquérito civil para apurar possíveis atos de improbidade administrativa em contratos da Câmara Municipal de Manaus (CMM) com a empresa Marka Reformas Ltda. A investigação tem como objeto possíveis fraudes em licitações que originaram a realização de quatro contratos com valor total de R\$ 1,5 milhão. A decisão foi publicada no Diário Oficial do MP-AM de ontem. O contrato mais antigo da lista, possui valor correspondente a R\$ 68.040,00 por seis meses de prestação de serviços. De acordo com o seu extrato datado no dia 3 de agosto de 2015, a contratação foi realizada com o objetivo de que a empresa especializada prestasse serviços de assistência técnica, mediante manutenção preventiva e corretiva de dois grupos de geradores de energia da Casa. Além disso, também foi pedido o fornecimento de peças e componentes eletrônicos em geral, todos instalados na sede da CMM.

Os outros três contratos contemplam serviços relativos à operação, manutenção preventiva e corretiva da infraestrutura do prédio da CMM, compreendendo as

atividades de engenharia, supervisão e manutenção das instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias. Também é objeto dos contratos a manutenção dos sistemas de iluminação de emergência, de pára-raios e aterramento. Serviços diversos de apoio em todas as dependências do Poder Legislativo, incluindo áreas externas e o prédio anexo também foram contemplados nos contratos, com fornecimento de peças e material para atender as necessidades da Câmara.

Com variação nos valores e períodos, o primeiro contrato correspondente a estes serviços custou R\$ 333.772,71, pagos pelo período de 80 dias. No contrato seguinte, o valor de R\$ 111.257,40 foi aplicado por 60 dias de serviços. O mais recente contrato apontado pelo MP-AM, que custou R\$ 991.815,24 por um ano de contratação, foi assinado no dia 26 de maio de 2017. Após quase um ano de cumprimento do serviço, em maio deste ano o contrato foi prorrogado para até final de 2018, sem aditivos no valor. [...] (ACRITICA, 2018)

3.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, CRIMES E PENAS

Mesmo existindo diversas regras, fases e organização no processo licitatório, temos considerável margem a condutas ilegais de administradores e licitantes. Portanto, foi criado na Lei nº 8.666/93 um Capítulo que trata das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial para discriminar as sanções administrativas, os crimes e as penas. A conduta penal independe da conduta administrativa. O agente com conduta tipificada penalmente, ainda pode ter um processo aberto na esfera administrativa dentro do órgão onde ele atuava.

Segundo o artigo 87 da Lei de Licitações, pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. A advertência é aplicável em casos que o contratado não executa total ou parcialmente o contrato. Pode ser aplicada juntamente com a multa. Sanção aplicável em casos de pequenos deslizes, com prejuízos temporários e reparáveis ao interesse público.

A multa pode moratória, como no caso exemplificado anteriormente, ou compensatória, que ocorre quando há descumprimento de obrigações contratuais não relacionadas ao prazo contratual. A suspensão trata do impedimento temporário de participar nas licitações e de contratar com a Administração, prazo não superior a 2 (dois) anos. Em contrapartida, a declaração de inidoneidade para

licitar ou contratar permanecem até que seja promovida reabilitação junto a autoridade que aplicou a pena, ou seja, quando ocorra o ressarcimento dos prejuízos causados.

REPRESENTAÇÃO. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ANULAÇÃO DO CONTRATO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA CONTRATADA. Em virtude de fraude comprovada à licitação praticada pela licitante vencedora e já contratada, o Tribunal determina a anulação do contrato e declara a inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública por um período de até cinco anos

(TCU 01870320086, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 03/12/2008)

Temos um rol taxativo de crimes dentro da Lei nº 8.666/93, dispostos entre os artigos 89 e 98. O artigo 89 trata de dispensar ou inexigir licitação fora da previsão legal, ou mesmo deixar de seguir as formalidades pertinentes a dispensa de licitação ou inexigibilidade. A pena a este tipo é de detenção de três a cinco anos e multa. Temos um julgado a respeito do tema:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA - PREFEITO MUNICIPAL DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME PREVISTO NO ART. 89 DA LEI 8666/93. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO COM RELAÇÃO AO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, VI DO DECRETO-LEI Nº 201/67. - REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP DEVIDAMENTE OBSERVADOS - OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE - DENÚNCIA RECEBIDA 1. Se os fatos narrados na denúncia, em tese, constituem crime, havendo indícios de materialidade e autoria das condutas criminosas imputadas aos denunciados, merece ser recebida a denúncia, a fim de se proceder à instrução processual. 2. Declara-se extinta a punibilidade quando decorrido o lapso prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia. 3. Denúncia parcialmente recebida. Se os fatos narrados na denúncia, em tese, constituem crime, havendo indícios de materialidade e autoria das condutas criminosas imputadas aos denunciados, merece ser recebida a denúncia, a fim de se proceder à instrução processual. 2. Declara-se extinta a punibilidade quando decorrido o lapso prescricional entre a data do fato e o recebimento da

denúncia. 3. Denúncia parcialmente recebida. (TJPI | Ação Penal Nº 2013.0001.008550-4 | Relator: Desa. Eulália Maria Pinheiro | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 01/10/2014) [copiar texto]

(TJ-PI - AP: 201300010085504 PI 201300010085504, Relator: Desa. Eulália Maria Pinheiro, Data de Julgamento: 01/10/2014, 2ª Câmara Especializada Criminal).

O art. 90 trata de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório com intuito de obter vantagens. Ele trata, dentre outros, de ofensa direta ao princípio da isonomia no processo licitatório, igualdade entre as partes dentro do certame. Tem como pena detenção de dois a quatro anos e multa. Segue julgado a respeito do tema:

APELAÇÃO CRIMINAL - FRAUDE À LICITAÇÃO - ART. 90 DA LEI 8.666/93 - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - AFRONTA À COMPETITIVIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - DOLO CONFIGURADO - CRIME FORMAL - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO ECONÔMICO - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS NÃO PROVIDOS - PRESCRIÇÃO RETROATIVA EM RELAÇÃO A ALGUNS DELITOS - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - NECESSIDADE. - Comprovadas a autoria e materialidade do delito narrado no art. 90, da Lei 8666/93, as condenações devem ser mantidas, até mesmo porque tal delito não exige prejuízo econômico efetivo para a Administração. O dano exigido pelo tipo penal é a lesão ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a competitividade entre os licitantes. - Não há que se falar em ausência de dolo na conduta dos apelantes se restou devidamente comprovado que eles tinham pleno conhecimento da vedação à participação das empresas de propriedade de alguns dos réus nas licitações realizadas pelo município de Perdizes; proibição esta que, além de ser imposta pelo art. 9º, da Lei 8.666/93, constava dos editais dos procedimentos licitatórios administrados e conduzidos pelos próprios réus. - Verificando-se o lapso prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia, deve ser decretada a extinção da punibilidade pela prescrição, em sua forma retroativa.

(TJ-MG - APR: 10498130007053001 MG, Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 09/08/2016, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/08/2016).

O art. 91 tipifica o patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, ou seja, quando a Administração Pública age em razão interesse privado. Atenta diretamente a primazia do interesse público, tem pena de detenção de seis meses a dois anos e multa.

Dando continuidade, temos o art. 92, que trata de possibilitar qualquer modificação ou vantagem em contrato sem autorização expressa em lei ou nos instrumentos contratuais. Remete a fraude de "jogo de planilha", que a quantidade e valores são fraudados dentro do processo licitatório e corrigidos posteriormente de forma ilegal no contrato. Outro tipo dentro desse artigo é o de pagamento de fatura com preferência e burlando a ordem cronológica de pagamento, configurando obtenção de vantagem indevida. Segue julgado a respeito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI 8.666/93, ART. 92. FRAUDE À LICITAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. QUANTUM PENALÓGICO REDUZIDO. I - Crime de fraude à licitação suficientemente comprovado em todos os seus elementos, conforme tipificação prevista no art. 92 da Lei nº 8.666/93. II - Incabível a aplicação da agravante prevista no art. 29 do CP que deve ser excluída da condenação, pois o réu não quis participar de crime mais ou menos grave. III - Apelação dos réus parcialmente providas.

(TRF-1 - ACR: 586 AM 1998.32.00.000586-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/08/2005, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 19/08/2005 DJ p.22):

O artigo 93 trata de impedir, fraudar ou perturbar o procedimento licitatório sem justa causa ou motivação concreta. Tem como pena detenção de seis meses a dois anos e multa. Há casos em que é necessário ocorrer, conforme trata Greco Filho (2007, p.35):

O dispositivo contém, implícito, o elemento normativo sem justa causa ou indevidamente quanto ao impedir e o

perturbar, porque há situações em que o impedimento ou perturbação são não só legítimos, mas necessários, como a utilização do mandado de segurança para suspender ou anular o procedimento viciado.

Seguindo, o art. 94 trata de fraudes que afetem o sigilo das propostas dentro do processo licitatório, atinge a igualdade entre os licitantes. Pena de detenção de dois a três anos e multa.

Já o art. 95 demonstra a violência, a grave ameaça, a fraude e o oferecimento de vantagens nos procedimentos licitatórios e é uma ocorrência passível a qualquer agente público ou privado, pois a intenção deste ato prejudica os interesses da Administração Pública, com pena de dois a quatro anos, multa e pena correspondente ao tipo penal de violência ou grave ameaça.

Dando continuidade, temos o art. 96, que tipifica as fraudes em prejuízo a Administração Pública, sob seus diversos tipos, como aumento arbitrário de preços, venda de mercadoria de qualidade inferior a estabelecida em instrumento contratual, dentre outros.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

A prática de qualquer uma das condutas acima equivale à fraude à licitação e são atos que atentam contra o interesse da Administração Pública.

O art. 97 trata da inidoneidade dos licitantes, em que empresa ou profissional declarado inidôneo pela administração que contratar com o Poder Público estará praticando crime e incide na mesma pena aquele que o admite. Tem pena de seis

meses a dois anos e multa, incidindo tanto ao servidor da Administração quanto ao licitante agindo de má-fé.

Por fim, o art. 98 que trata de dificultar a inscrição de interessado registros cadastrais, atentando contra o princípio da competitividade a equidade entre as partes, com pena de detenção de seis meses aos dois anos e multa.

3.3 ÓRGÃOS FISCALIZADORES

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um dos órgãos responsáveis fiscalizar os gastos da União, faz o controle externo, enquanto a Controladoria Geral da União (CGU) faz o controle interno, com o dever de informar ao TCU sobre qualquer irregularidade interna. Da mesma forma ocorre nas demais esferas do Estado.

O Ministério Público, conforme trata a Constituição Federal, tem como dever principal defesa da Ordem jurídica, ou seja, respeitar que a lei seja de fato cumprida. O órgão de controle externo, deve prestar conta de seus atos ao Poder Legislativo, pois a Constituição Federal em seu art. 71, §4º diz que:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Assim, vemos que é função constitucional do Poder Legislativo o controle externo da Administração Pública, fiscalizando as contas da Administração em seus atos licitatórios. Além disso, o controle externo do Poder Legislativo é auxiliado, quando necessário, pelos Tribunais de Contas.

O controle da regularidade também pode ser exercido pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, que podem questionar a legalidade de contratos, além de verificar a economicidade do processo, visto que o objetivo é conseguir a proposta com maior vantagem ao Poder Público.

Se houver recolhimento ilegal ou ele deixar de ser recolhido, a Receita Federal também poderá ser informada. Assim como em casos de serviços regulados, seja por agências reguladoras ou conselhos profissionais, que tem obrigação de fiscalizar as atividades de seus setores.

3.4 MEDIDAS PREVENTIVAS

A base para prevenção são gestão íntegra e ética, os controles preventivos e a transparência, consiste na orientação dos servidores a respeito do correto funcionamento da Administração através da publicação de cartilhas, ministração de

cursos também como forma de controle preventivo, além de tornar público e de fácil acesso a todos os atos da Administração Pública. Assim, “a prevenção evita a ocorrência de fraude e corrupção e, usualmente, é mais barata que medidas corretivas.” (Referencial de Combate a Fraude e Corrupção, 2018, p.35).

Outra forma de prevenir as fraudes é se preocupar com a elaboração eficiente do instrumento convocatório, evitando assim possíveis fraudes e brechas. Além de maior fiscalização dos órgãos quanto aos contratos firmados com a Administração Pública. É importante também atitudes mais rigorosas na aplicação de sanções a licitantes que venham fraudar o processo licitatório.

Como no caso do Tribunal de Contas da União (TCU) que no ano de 2018 lançou a segunda edição da cartilha “REFERENCIAL DE COMBATE A FRAUDE E CORRUPÇÃO - Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública”, com objetivo de orientar os servidores da Administração que demonstra a importância e a dinâmica que a temática de combate à fraude e à corrupção no Brasil.

Temos iniciativas também do Ministério Público, em especial do Estado de São Paulo, que com a ajuda da Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social – CAO-PP, que criou uma cartilha tratando de como identificar, investigar e prevenir as fraudes no processo licitatório.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi analisado, primeiramente, os aspectos gerais da licitação, como conceito e princípios, o entendimento deles é fundamental para a compreensão das fraudes, verificando quais partes dela são atingidas. Seguindo foi analisado brevemente as modalidades de licitação. O ponto primordial neste artigo foi entender as principais fraudes ao processo licitatório, suas medidas preventivas, órgãos fiscalizadores e sanções.

Como foi visto, as leis não são brandas ao punir os atos fraudulentos, no entanto falha em sua aplicação mais incisiva àqueles que as descumprem. Mas não basta apenas medidas punitivas, como todo problema jurídico, a melhor solução é a prevenção.

Conclui-se que fatores como maior capacitação dos pregoeiros e Comissão de Licitação, órgãos fiscalizadores com maior controle interno, controle dos contratos e processos licitatórios e, por fim, a transparência dos atos praticados pela Administração Pública, são fundamentais para acabar com a cultura brasileira de fraude e corrupção.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7.ed atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7.ed atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO. Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de Maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 30 de Maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de Combate a Fraude e Corrupção**. 2. Ed. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Fraudes em Licitações e Contratos**. Disponível

em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html#apresentacao. Acesso em 30 de Maio de 2019.

G1. Remédios estavam com prazo vencido na data de expedição de notas fiscais, aponta investigação. Publicado dia 19 de dezembro de 2018. Disponível

em: <https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2018/12/19/remedios-estavam-com-prazo-vencido-na-data-de-expedicao-de-notas-fiscais-aponta-investigacao.ghtml>. Acesso em 03 de Junho de 2019.

ACRITICA. Promotor investiga possível fraude em contratos da Câmara Municipal de Manaus. Publicado dia 10 de Agosto de 2018. Disponível

em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/contratos-de-r-1-5-milhao-na-mira-do-mp>. Acesso em 03 de Junho de 2019.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE E DO PORTE DE ARMA DE FOGO E O REFLEXO NO FEMINICÍDIO

RAQUEL DAVILA CRUZ DA CUNHA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Superior do
Amazonas- CIESA.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise histórica da violência contra a mulher e, por conseguinte o estudo das possíveis consequências advindas da flexibilização da posse e do porte de arma de fogo com ênfase no feminicídio. A finalidade do presente trabalho é demonstrar a provável elevação dos casos de violência doméstica transformar-se em feminicídio, uma vez que mesmo com a implementação da Lei 11.340/2006, continua crescente o número de homicídios contra a mulher no Brasil. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, realizando levantamentos em livros e artigos científicos já publicados. O estudo evidenciou dados preocupantes referentes ao número de feminicídios no Brasil e no Amazonas. Razão pela qual significativa parte da população, bem como estudiosos que atuam em defesa da classe feminina, reprovam a flexibilização da posse e do porte deste artefato.

Palavras-chave: posse de arma; violência contra mulher, feminicídio.

ABSTRACT: This article aims at analyzing historical violence against women, and therefore the study of possible consequences from the flexibilization of legal firearms possession and acquisition with emphasis on femicide. The goal of the present work is to demonstrate the likely rise of domestic violence cases turning into femicide, once that even with the implementation of Law 11.340/2006, the numbers of homicides against women in Brazil continue to grow. It was developed according to the deductive method, utilizing bibliographic research, gathering data from already published books and scientific articles. The study revealed alarming data concerning the numbers of femicides in Brazil and in the Amazon, reason for which, most part of the population, as well as researchers who stand for the female class, reprove the flexibilization of legal possession and acquisition of such artifact.

Keywords: firearm possession; violence against women, femicide.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER; 2.1 Análise histórica da violência contra mulher; 2.2 A Lei 11.340 de 2006 e o contínuo aumento no número de feminicídios no Brasil; 3 PERFIL DO AGRESSOR E/OU ASSASSINO; 3.1 O lar como um lugar inseguro; 4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE DE ARMA; 4.1 As Consequências do Decreto nº 9.847 /19; 4.2 As possíveis consequências da flexibilização da posse/ porte de arma de fogo com ênfase no Amazonas; 4.3 Da ineficácia dos requisitos para a posse/ porte de arma de fogo; 5 O INVESTIMENTO

NA SEGURANÇA COMO A MELHOR ALTERNATIVA; CONCLUSÃO; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A escolha desse tema deu-se em razão dos diversos decretos assinados pelo atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, os quais flexibilizaram as regras para registro, posse, porte e comercialização de armas e munições, sendo mais recente o decreto de nº 9.847 de 25 de Julho de 2019, o qual será analisado no presente artigo.

Este trabalho trará pontos relevantes para um amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando a compreensão sobre um possível aumento no número de homicídios praticados contra as mulheres, tendo em vista que, com a flexibilização da posse e do porte da arma de fogo, acarretará um grande receio das vítimas de violência doméstica denunciarem os agressores.

Primeiramente será feita uma análise histórica da violência contra a mulher, esclarecendo que a cultura machista ainda encontra-se presente na nossa sociedade, e mesmo que a classe feminina tenha alcançado inúmeras conquistas, ainda encontra dificuldade de defesa e auxílio para distanciar-se de relacionamentos abusivos.

Serão destacados ainda, diversos dados estatísticos referentes à violência doméstica e o feminicídio no Brasil e no Estado do Amazonas, bem como informações acerca do local onde são cometidos tais crimes, a personalidade dos prováveis detentores do artefato, enfatizando o despreparo dos cidadãos, o medo da classe feminina e demonstrar a tentativa do governo em se esquivar da responsabilidade de elaborar, implementar e investir em novas estratégias segurança, repassando esse dever ao cidadão, que está exercendo a autodefesa.

Como objetivo, serão analisadas as futuras consequências no que concerne ao aumento da vulnerabilidade da mulher em casos de violência doméstica, tendo em vista que a maior permissividade colocará uma arma à disposição de um agressor, dificultando a defesa do lado mais frágil da relação, que é a mulher.

Para atingir os objetivos, e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, bem como pesquisas em artigos e obras publicados sobre o tema, embora de difícil compilação devido ao pequeno número de fontes disponibilizadas, por ser um assunto recente no meio jurídico.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

2.1 Análise histórica da violência contra mulher

Embora ao longo dos anos as mulheres tenham adquiridos diversos direitos, com a tentativa de gerar igualdade formal e material em relação ao sexo masculino,

a cultura entranhada em nossa sociedade continua sendo machista e autoritária, talvez não por um simples querer, mas sim por hábitos arcaicos, os quais foram e continuam sendo introduzidos em nossa sociedade ao longo de milênios, onde a mulher permanece sendo vista como um ser subordinado ao homem.

“Desde a antiguidade, a mulher é vítima de discriminação, sendo esta tratada como um objeto, como mencionado acima, tendo seus direitos limitados e suas vontades e liberdades tolhidas, resultados de uma discriminação sócio-cultural envolta ao machismo exacerbado, havendo uma dominação dos homens que de alguma forma ocupam patamares mais elevados, econômica e politicamente, bem como perante a família, criando assim polos de dominação e submissão. ”
(NERI e PONTES, 2007, np)

Por um longo período, as mulheres eram vistas como sinônimo de inferioridade e fragilidade. Por várias gerações eram levadas a acreditar que a felicidade dependia do casamento, devendo ser obediente e acatar o que lhe fosse imposto por seu esposo.

Nesse sentido:

“A problemática da violência doméstica é global e se confunde com a evolução histórica das leis e com a própria história da família. Pode-se notar que segundo a estrutura de família encontrada, a mulher nasceu para obedecer ao pai e depois ao marido, sem ter qualquer direito ela estava proibida de votar e trabalhar, exercendo as atividades do lar, tais como cuidar dos filhos e da casa.” (TRAJANO, 2018,np)

Diante de tal cenário, comumente surgia a submissão e conseqüentemente a violência doméstica, que era vista como algo rotineiro de relacionamentos autoritários e abusivos, e, além de ser algo “ comum”, a sociedade tinha a ideia de não interferir nas relações dos casais e conflitos familiares

Com o passar dos anos, a classe feminina começou a busca incansável pela implementação de políticas públicas a fim de solucionar esta problemática, o que resultou em diversas conquistas ao longo dos anos. Sendo a que mais se destacou no Brasil a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, a qual trouxe medidas protetivas a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, proibindo a aplicação das penas alternativas e o benefício da suspensão condicional, previsto na Lei 9.099 de 1995. (BRASIL, 1995)

Diante de tantas cobranças por proteção a classe feminina, o estado vem tentando tornar cada vez mais rígida as penas aplicadas contra quem pratica estes crimes, ocorre que isto não é somente responsabilidade do Estado:

“O combate ao fenômeno da Violência contra Mulher não é função exclusiva do Estado; a sociedade também precisa se conscientizar sobre sua responsabilidade, no sentido de não aceitar conviver com este tipo de violência, pois, ao se calar, ela contribui para a perpetuação da impunidade.” (PINAFI, 2007)

Além de a sociedade trabalhar em conjunto com o governo, é necessário que a conscientização sobre a desigualdade de gênero inicie dentro das escolas, uma vez que o local onde se inicia a violência contra a mulher muitas vezes é dentro de casa, sendo comum ocorrerem na presença de crianças especialmente na presença do filho das partes envolvidas.

Ante o exposto, é necessário que as crianças fiquem conscientes de que a ação presenciada é totalmente reprovável em nossa sociedade, para que ela não entenda que seja algo costumeiro, evitando que esta prática se perpetue.

2.2 A Lei 11.340 de 2006 e o contínuo aumento no número de feminicídios no Brasil.

O artigo 5º da Lei nº 11.340 de 7 de Agosto de 2006 conceitua violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BRASIL, 2006)

Com o advento da lei supramencionada, tornou-se mais rigorosa a punição contra os agressores, entretanto as vítimas de violência doméstica ainda sentem uma grande dificuldade em denunciar, tendo em vista que muitas das vezes o polo ativo é seu próprio companheiro, pai de seus filhos e o responsável pelo sustento da casa, é o que demonstra a pesquisa realizada pelo Observatório da Mulher contra a Violência (OMV) em conjunto com o Instituto de Pesquisa DataSenado, realizada em 2018: “De acordo com a nova pesquisa, as vítimas muitas vezes deixam de denunciar a agressão por dependerem economicamente do autor da violência, por medo de não conseguirem sustentar a si e a seus filhos”.

Em alguns casos, quando a mulher finalmente cria coragem para denunciar, a lentidão judiciária se torna uma ameaça, ao ponto do agressor tomar uma atitude fatal contra sua vítima. Segundo dados o levantamento realizado pela Human Rights Watch, no estado de Roraima, metade das acusações de violência doméstica prescrevem antes de alguém ser acusado, inclusive não foi conduzida

nenhuma investigação nos 8.400 boletins de ocorrência acumulados na capital Boa Vista.

Apesar de todo amparo formal, a mulher torna-se cada vez mais vulnerável no sentido material em todo território brasileiro, nem mesmo a lei Maria da Penha surtiu todos os efeitos esperados, uma vez que não pune com o devido rigor os crimes de violência praticados contra as mulheres no interior do lar.

O mecanismo criado pela lei Maria da Penha para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar foram as medidas protetivas de urgência, assegurando que toda mulher tenha oportunidade e facilidade para viver sem violência.

Porém, este avanço não tem se demonstrado suficiente:

“ [...] ainda que estes sejam denunciados efetivamente, as medidas impostas não são suficientes para que o autor das agressões se mantenha afastado da vítima e, em consequência disso voltam a praticá-las mesmo estando sob imposição da justiça. ” (ESTEVÃO, 2019, np)

Torna-se notório que existe uma dificuldade de aplicação e de fiscalização das medidas protetivas, dessa forma, o Estado precisa demonstrar mais rapidez ao responder as demandas inerentes à segurança da mulher, sendo a forma mais efetiva de diminuir o número de mortes, pois, em muitos casos o agressor ameaça a vítima para que a queixa seja retirada, razão pela qual a vítima acaba por se retratar da representação, e, conseqüentemente revogando as medidas protetivas, ficando o agressor livre e a mulher correndo risco de ter sua vida ceifada.

Corroborando com o afirmado:

“84% dos crimes contra mulheres ocorrem dentro das residências, e que esse detalhe dificulta o trabalho repressivo da polícia, apontou ainda como principal motivação para esses atos, em cerca de 60% dos casos, o sentimento de posse do homem sobre a mulher, o que ocasiona ciúme excessivo e brigas”. (MORETTI, 2019, np)

Segundo Moretti (2019), ainda é baixo o número de queixas formalizadas sobre ações de violência contra mulheres no Distrito Federal. São 23 denúncias a cada 75 feminicídios, evidenciando a dificuldade de a mulher tem de denunciar seu parceiro.

Diante das pesquisas e opiniões de autoridades, é evidente que apesar da Lei Maria da Penha representar um significativo avanço, ainda não é suficiente, tendo em vista que mesmo com a vigência da referida lei, o número de casos de

violência doméstica que tem como consequência o feminicídio, continua aumentando, é o que pode ser constatado de acordo com estudo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), o qual concluiu que a cada dez feminicídios registrados em 23 países da região em 2017, quatro ocorreram no Brasil.

Ainda nesse sentido, o Atlas da Violência 2019 verificou crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década de 2007 a 2017, assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior.

Segundo Otoni (2018), isso continua acontecendo, pois as medidas punitivas não são suficientes para conter a violência doméstica, e por isso, acredita que é necessário incluir a justiça restaurativa para tratamento das consequências da violência doméstica.

A justiça restaurativa é uma alternativa de solução de conflitos, baseada na sensibilidade da escuta das vítimas e dos ofensores, consistindo em um método judicial que pretende ir além do modelo conciliatório, objetivando da redução da prática de crimes, reincidência e vitimização.

3 PERFIL DO AGRESSOR E / OU ASSASSINO

Conforme mencionado no tópico sobre a análise histórica da violência contra mulher, vivemos em uma sociedade a qual possui um machismo exacerbado, onde muitas das vezes os filhos assistem seu genitor agredindo fisicamente ou verbalmente sua mãe, o que, de uma maneira indireta, acaba por perpetuar o ciclo de violência contra mulher:

“[...] Através de processos psíquicos interiorizados, leva o mesmo a reproduzir de modo indireto, em outro momento de sua vida, a mesma atitude vivida nesta época. Deste ponto, nasce a ideia do caráter transgeracional: Para homens, procede o pensamento de agressividade e autoridade sobre o sexo oposto; já para as mulheres que vivenciam a agressão, a assimilação de ideia de submissão.” (ESTEVÃO,2019, np)

O agressor, em muitos casos, não é aquele indivíduo que possui uma ficha criminal por outros crimes além da violência doméstica, mas sim uma pessoa possessiva, que interfere no modo de vestir da sua companheira, que na maioria dos casos fazem uso de bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes, além de ser, muitas das vezes, o responsável pelo sustento da família.

Com o intuito de evitar a separação, as mulheres tentam resolver o problema conversando e dando uma segunda chance ao seu companheiro,

momento em que homem sente-se culpado, prometendo à companheira melhorias em relação ao futuro. No entanto, “não consegue modificar-se e, em consequência, renova o sentimento de culpabilidade, bebe e passa a agredi-la”. (Costa, 2003, pág. 98)

3.1 O lar como um lugar inseguro

Na 12ª edição do Dossiê Mulher, lançado pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, revela que grande parte dos crimes cometidos contra as mulheres ocorrem no ambiente doméstico ou familiar.

Segundo Nascimento (2017), a maioria dos crimes contra as mulheres são cometidos por pessoas com algum grau de intimidade ou proximidade com a vítima, em especial por companheiros, ex-companheiros, amigos ou vizinhos.

Um estudo realizado pelo Ministério Público de São Paulo, denominado “Raio-X do feminicídio em São Paulo”, conclui que, em regra, a mulher sofre o ataque fatal em casa:



FONTE: RAIOS X DO FEMINICÍDIO EM SÃO PAULO (2018)

O fato de ter uma arma acessível dentro de casa atinge diretamente a classe feminina, conforme se verifica no gráfico acima, uma vez que a violência contra a mulher é um crime cometido “entre quatro paredes”.

Outro problema enfrentado pelas mulheres é que mesmo existindo um processo de violência doméstica conta seu companheiro, esta não deve criar empecilhos à visitação paterna, devendo apresentar alternativas para que a visitação aconteça, quando comumente é escolhida uma terceira pessoa, para pegar e deixar a criança.

Porém, o que se tem observado é que a visitação paterna tem sido um meio covarde e cruel de constranger e protelar o sofrimento da vítima, não objetivando a convivência com o filho comum, mas sim afetar moral e psicologicamente a mulher.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE DE ARMA

A flexibilização da posse e do porte de arma de fogo no Brasil era uma das promessas de campanha do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que desde quando assumiu a presidência, assinou ao todo 7 (sete) decretos referentes a posse e porte de arma de fogo, sendo o mais recente o Decreto de nº 9.847/19. (BRASIL, 2019)

É notório que o Brasil país esta passando por uma forte onda de violência, onde furtos, roubos e assassinatos são comumente noticiados nos veículos de comunicação, dessa maneira, o Decreto do Poder Executivo surgiu com o objetivo de dar uma resposta à população, armando-a para se defender e defender seu patrimônio.

Em vista disso, em um primeiro momento, a flexibilização da posse e porte de arma de fogo no Brasil, apresenta-se como a solução mais rápida e eficaz de salvaguardar o direito a vida e proteção ao patrimônio, porém, em um segundo momento, representa uma ameaça para muitas mulheres que sofrem com a violência doméstica praticada por seus companheiros.

Todos os dias mulheres, adolescentes e crianças são submetidas a diversas formas de violência, porém, o que mais chama atenção é o número de casos de feminicídios, o Brasil é um dos países com maior taxa de homicídio de mulheres no mundo, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, nosso país ocupa a 5º posição.

Segundo Nascimento (2019), em casa, com arma de fogo e comedido por parceiros ou ex-parceiros, é o quadro que mais se repetiu dentre os mais de 100 casos de feminicídio registrados no Brasil, somente no mês de Janeiro de 2019.

Diante do exposto, nos tópicos abaixo serão analisadas todas as possíveis consequência da flexibilização da posse e porte da arma de fogo, tanto no Brasil quanto no Amazonas.

4.1 As Consequências do Decreto nº 9.847 /19

A Organização Mundial da Saúde concluiu que o Brasil ocupa a 5ª posição no que se refere aos países que mais matam mulheres no mundo, tanto no contexto doméstico quanto familiar, isto demonstra que a mulher não tem o respaldo estatal necessário, dessa forma, o Decreto nº 9.847/19 transforma-se em munição aos alarmantes números de casos de feminicídios no Brasil.

A presença de uma arma em situações em que já existe violência, seja ela psicológica, sexual e física, pode muito mais rápido e de forma mais fácil culminar em um assassinato. Muitas mulheres sobrevivem a uma tentativa de assassinato porque o instrumento que o agressor usou não era tão letal. (AURAS, 2019, np)

A ausência de uma arma de fogo na residência dos brasileiros não fará com que inexista a violência doméstica, uma vez que, conforme já mencionado, a cultura machista está enraizada em nossa sociedade, porém a presença deste instrumento agravará os riscos de mortes, encurtando o caminho da violência doméstica e transformando agressões físicas em feminicídio.

A munição para o aumento dos casos de feminicídios foi dada na assinatura do texto que modifica a previsão relativa ao tema e expressa no Estatuto do Desarmamento, de 2003, no que se refere aos requisitos para a posse de armas em casa ou no local de trabalho. (GUSTAFSON, 2019, np)

A grande questão é se as armas de fogos serão utilizadas para matar ou salvar vitima de violência doméstica, porém, quando levamos em consideração que, segundo estudo realizado pelo Ministério Público de São Paulo em 2018, a arma de fogo é o segundo artefato mais utilizado na morte de mulheres, torna-se perceptível que o Decreto Presidencial representa uma grave ameaça às mulheres.



FONTE: RAIOS X DO FEMINICÍDIO EM SÃO PAULO (2018)

Segundo Hemenway (2018, np), o argumento de possuir uma arma de fogo para a defesa pessoal não passa de um mito, uma vez que uma arma em casa é usada

muito mais frequentemente não contra alguém que invadiu sua casa, mas contra sua própria família.

É evidente que os riscos de ter uma arma de fogo em casa ultrapassam os benefícios, considerando que diversas consequências surgem ao ter um artefato como este a disposição, como o aumento no número de suicídios, acidentes fatais e feminicídio.

4.2 As possíveis consequências da flexibilização da posse/ porte de arma de fogo com ênfase no Amazonas.

Segundo o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, “ O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, o Amazonas é o terceiro estado do Brasil com maior proporção de casos de feminicídio a cada grupo de 100 mil mulheres.

O feminicídio é um crime que está cada vez mais sendo noticiado em jornais e televisões, o que demonstra que mesmo após a tipificação deste crime como homicídio qualificado e a inclusão no rol de crimes hediondos, o referido delito continua aumentando no país, especialmente no Amazonas.

Tal fato pode ser confirmado através de um estudo realizado pelo pesquisador do Instituto Leônidas & Maria Deane (ILMD/Fiocruz Amazônia), Jesem Orellana, onde foi identificado que na região norte a ocorrência de feminicídio é maior, comparando-se com outras regiões do país. Além do mais, segundo a Secretaria de Segurança Pública do Amazonas, de 2016 a Janeiro de 2019, o Amazonas registrou a morte de 32 mulheres pelo crime de feminicídio.

A edição do decreto representa um grande retrocesso, uma vez que concede mais poder ao agressor, colocando a vítima em uma situação de maior vulnerabilidade, sendo perigoso não apenas para integridade física da mulher, já que também facilita a violência psicológica.

A simples existência do objeto lesivo é uma ameaça à mulher vítima de violência doméstica, crime este que, com a edição do decreto, haverá a possibilidade de transforma-se em feminicídio tendo em vista que o agressor vai usar o objeto que estiver à sua disposição, qual seja, uma arma de fogo. (VIEIRA, 2019)

Diante de todos os estudos e pesquisas realizadas no Amazonas, torna-se inequívoco o fato de que o a população brasileira, especialmente a população amazonense, não está apta a possuir uma arma de fogo em casa.

4.3 Da ineficácia dos requisitos para a posse/ porte de arma de fogo

O art. 12 do decreto nº 9.847 de 25 de Junho de 2019 prevê os requisitos necessários para a aquisição da arma de fogo, que em um primeiro momento aparentam ser rígidos e bastante seletivos, ocorre que ao serem analisados um a um apresentam-se frágeis e ineficazes, conforme ficará demonstrado a seguir:

I-Ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade.

Segundo Madureira et all. (2014, p.602), a idade média dos homens que cometem violência contra a mulher é de 20 a 29 anos, dessa forma, a condição de ter no mínimo 25 anos para possuir/portar uma arma de fogo não é sinônimo de maturidade suficiente para manusear este artefato.

II-Apresentar original e cópia de documento de identificação pessoal.

Em regra, qualquer cidadão possui documentos de identificação, tendo em vista que este é necessário para realizar vários atos da vida civil, sendo um requisito muito simples de ser preenchido.

III-Comprovar a idoneidade moral e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral.

Um indivíduo que possui idoneidade moral é aquele cidadão de boa reputação, respeitabilidade e seriedade. Ocorre que, segundo Fernandes (2019), o padrão de agressor de violência doméstica é uma pessoa que trabalha, tem uma vida social, é primário e de bons antecedentes, inclusive, até mesmo as pessoas que convivem com o agressor não acreditam que ele tenha praticado esse tipo de delito.

Corroborando com o afirmado, Gustafson (2019), defende que a exigência de comprovação de não antecedentes criminais não significa maior segurança para as mulheres, tendo em vista que muitos dos agressores não apresentam condenação criminal, considerando este tipo de agressão acontece por muitos anos e as mulheres apresentam grandes dificuldades de interromper este ciclo de agressões, seja por dependência econômica ou na tentativa de preservar o casamento, dessa forma, o assassinato da vítima pode acontecer antes mesmo de uma possível denúncia.

Além disso, um estudo feito pela Câmara Técnica de Monitoramento de Homicídios e Femicídios da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal chegou à conclusão de que a maioria das vítimas de feminicídio no Distrito Federal nunca registrou um Boletim de Ocorrência sobre a violência que sofrida por parte de seus companheiros ou ex-companheiros antes de serem assassinadas.

Diante do exposto, percebe-se que muitas mulheres possuem medo de denunciar seus companheiros, conseqüentemente, não existindo denúncia, não

existe crime, como esta omissão, facilita que um agressor consiga a posse ou porte de arma.

IV-Apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência fixa

Grandes partes dos agressores possuem um emprego, inclusive, conforme já mencionado, na maioria dos casos a vítima é sua dependente econômica.

Segundo Madureira e col. (2014, p. 602): “82,4% dos agressores exerciam algum tipo de trabalho remunerado, prevalecendo à construção civil (27,7%), indústria e comércio (15,4%), rural (13,8%) e auxiliar de serviços gerais (13,1%).”

Resta comprovado que, o fato de o cidadão possuir uma ocupação lícita não é uma garantia de que este não utilizará a arma de fogo como um instrumento intimidador ou letal contra sua companheira.

V-Comprovar, periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio da arma de fogo.

Possuir capacidade técnica é simples, com a realização de cursos qualquer pessoa adquire habilidade para manusear uma arma de fogo. Ocorre que o difícil é possuir capacidade emocional para utilizar este artefato.

Vários casos de autoridades públicas, como policiais e delegados, os quais possuem autorização legal e são presumidamente competentes para manusear uma arma de fogo, já chegaram a ser noticiados na mídia pelo uso indevido do artefato, inclusive contra suas esposas/companheiras, especialmente em casos envolvendo o ciúme excessivo.

VI-Comprovar a aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo credenciado pela Polícia Federal.

No que se refere a este último requisito, um agressor, em grande maioria, não pratica a violência contra mulher por problemas psicológicos, mas sim por estarem inseridos em uma cultura altamente machista, o que vem sendo implementado por gerações, dessa forma, ao agredirem sua companheira acreditam que seja algo “comum” ou que a agredida “mereceu” tal comportamento.

Oliveira e Gomes (2011), afirmam que os agressores acreditam que a violência é algo natural, argumentando que é um ato educativo ou, ainda, um modo de ser, justificando seus atos por conta do ciúme, dificuldade financeira, discussão sobre a criação dos filhos ou outros “erros” dela, como cobrança ou falta de compreensão.

Em face do exposto, torna-se evidente que os requisitos previstos pelo aludido decreto são frágeis e altamente perigosos para mulheres que sofrem diariamente, tendo em vista que a maioria das exigências se demonstraram ineficazes ao tentar selecionar quem possui capacidade de ter consigo uma arma de fogo.

5 O INVESTIMENTO NA SEGURANÇA COMO A MELHOR ALTERNATIVA

Armar os cidadãos não é a melhor alternativa para acabar com a violência existente em nosso país, muito pelo contrário, quanto mais armas, mais violência e mortes.

“Quanto menos armada a população civil, menor a incidência de mortes por armas de fogo. A correlação menos armas espalhadas pela população, menos mortes por assassinatos ou fatalidades é real.” (PITANGUY, 2019, np)

O cidadão não deve ser o responsável pela segurança, cabe ao Estado armar as forças de segurança nacional ou local, para que exerçam a defesa e a proteção dos indivíduos frente aos crimes e conflitos existentes na sociedade.

Segundo Nucci (2014), a arma de fogo é um instrumento criado com a exclusiva finalidade de ofender a integridade física de alguém. E, de acordo com o direito fundamento a segurança, é necessário que as armas sejam rigorosamente controladas pelo Estado. O Brasil em especial, que é um país pobre, cujo grande parcela da sociedade não possui formação cultural adequada, razão pela qual o espaço para circulação de arma de fogo deve ser restrito.

O decreto que facilitou a posse/porte de arma de fogo não levou em consideração o fato de o Brasil ser um dos países que mais mata mulheres no mundo, inclusive está indo contra a Constituição Federal do Brasil, uma vez que esta prevê em seu artigo 226 §8 que cabe ao Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Os problemas que estamos enfrentando em relação a segurança pública é uma responsabilidade do poder público e requer uma ação governamental, e este dever não deve ser repassado ao cidadão como uma forma de autodefesa.

O que está acontecendo é a tentativa do Estado em privatizar a segurança: “Há uma evidente “privatização” da segurança. Não se trata de oferecer uma segurança pública e de qualidade, com uma polícia valorizada e treinada, mas instituir um modelo em que cada um deve assegurar sua própria segurança”. (Oliveira e Frattari, 2019, np).

Além de o Estado realizar o investimento da segurança pública, é necessária a criação de mais políticas públicas voltadas às mulheres vítimas de violência, a fim de evitar o feminicídio:

É preciso que a rede esteja estruturada e não apenas com delegacias especializadas funcionando 24 horas, mas com casas de passagem também. Por vezes, a mulher não tem para onde ir e, nessa hora, ter um acolhimento é muito importante. Em outros casos, as mulheres não estão preparadas naquele momento para registrar um boletim de ocorrência. Então a existência da rede como um todo é fundamental para que ela seja acolhida e orientada, se fortaleça e, principalmente não fique só. (Fernandes, 2019, np)

CONCLUSÃO

O decreto nº 9.847/19 tem como objetivo saciar uma parcela da população que está revoltada com a onda violência que assola o Brasil, inclusive foi uma das primeiras atitudes do atual presidente para tentar combater a violência, passando para o cidadão a responsabilidade de se defender, bem como proteger seu patrimônio.

Ocorre que tal decreto foi assinado de forma precipitada e não foram analisadas todas as suas consequências, em especial ao que tange o perigo trazido à classe feminina.

A violência doméstica é caracterizada, sobretudo por tapas, socos e ameaças, no momento em que o agressor passa a ter um artefato tão lesivo quanto uma arma de fogo, as agressões irão se transformar em assassinato, aumentando o número de casos de feminicídios no Brasil.

Conforme se verifica no presente trabalho, restou evidente que o sentimento de posse e superioridade que os agressores sentem por suas vítimas, são consequência de uma sociedade arcaica e de culturas implementadas no decorrer de décadas.

Apesar da existência da famosa Lei Maria da penha, que representou um grande avanço na proteção da dignidade da mulher, a referida lei não se demonstra suficiente pela dificuldade de executá-la, seja por medo da mulher de denunciar ou pela lentidão do judiciário.

Além do mais, na maioria dos casos, o agressor/ assassino é o responsável financeiro da casa, o que fortalece mais ainda a dificuldade que a mulher tem de sair do ciclo de violência, o que resulta no aumento de agressões e feminicídios.

O decreto prevê ainda diversos requisitos a serem preenchidos por quem deseja ter a posse e/ou porte de uma arma de fogo, que em um primeiro momento

apresenta-se rígido, porém, ao serem analisados um a um, demonstram-se frágeis e ineficazes.

Diante do exposto, torna-se evidente que o fato de facilitar a posse/porte de uma arma de fogo causará um aumento alarmante no número de feminicídios, tendo em visto que tal crime é cometido dentro de casa e por pessoas próximas da vítima.

Facilitar o acesso às armas de fogo para aumentar a segurança é um grande equívoco, pois diversos estudos e pesquisas apontadas no presente artigo científico mostram claramente que o Estatuto do desarmamento deve permanecer, uma vez que mais armas não é sinônimo de mais segurança e tranquilidade para população.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURAS, Anne. "Brasil caminha para liderar ao ranking mundial da violência contra mulher". 28 de Jan. de 2019. Entrevista concedida a Jessica Gustafson. Disponível em: <<https://catarinas.info/brasil-caminha-para-liderar-ranking-mundial-da-violencia-contra-mulher/>>, acesso em 20 de Agosto de 2019.

BAPTISTA, Rodrigo, Mulheres tem mais consciência de agressões, mas procuram menos o Estado. **Data Senado**. 09 de Mar. De 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/09/datasetado-mulheres-tem-mais-consciencia-de-agressoes-mas-procuram-menos-o-estado>>. Acesso em: 20 de Julho de 2019.

BRASIL, Decreto nº 9.785 de 7 de Maio de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9785.htm>, acesso em 17 de Abril de 2019.

BRASIL, Lei nº 11.340 de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>, acesso em 22 de Abril de 2019.

CERQUEIRA, LIMA, BUENO, VALENCIA, HONASHIRO, MACHADO e S. LIMA, **Atlas da violência 2017**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/atlas-2017>>, acesso em 15 de Junho de 2019.

ESTEVÃO, Geovana. **A insuficiência da lei perante a violência contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-insuficiencia-da-lei-perante-a-violencia-contra-a-mulher,592018.html>>, acesso em 12 de Maio de 2019.

FERNANDES, Valéria S. "Raio X do feminicídio em São Paulo: promotora Valéria Scarance reforça que é possível evitar a morte." 28 de Mar. de 2018. Entrevista concedida ao Portal

Compromisso e Atitude, Disponível em:
<<http://www.compromissoeatitude.org.br/raio-x-do-feminicidio-em-sao-paulo-promotora-valeria-scarance-reforca-que-e-possivel-evitar-morte/>>, acesso em: 20 de Setembro de 2019

GUSTAFSON, Jessica. **Brasil caminha para liderar ranking mundial da violência contra mulher.** Disponível em: <<https://catarinas.info/brasil-caminha-para-liderar-ranking-mundial-da-violencia-contra-mulher/>>, acesso em 20 de Agosto de 2019.

JUNIOR, Hédio, Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br/estudo-da-ssp-df-traca-raio-x-da-violencia-contra-a-mulher-no-df/>>, acesso em 15 de Agosto de 2019.

MADUREIRA, A, et. al. **Perfil de homens autores de violência contra mulheres detidos em flagrante: contribuições para o enfrentamento.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v18n4/1414-8145-ean-18-04-0600.pdf>>, acesso em 5 de Setembro de 2019

MORETTI, Alessandro. PREOCUPAÇÃO COM AUMENTO DE FEMINICÍDIOS NO BRASIL MOTIVA DEBATE NA CDH. **Agência Senado.** 17 de Jun. de 2019. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/preocupacao-com-aumento-de-feminicidios-no-brasil-motiva-debate-na-cdh>>, acesso em 01 de Setembro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 8. Ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Karina. **Instituto de Segurança Pública.** Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=384>>, acesso em 01 de Agosto de 2019.

OLIVEIRA, K. L. C. de; GOMES, R. Homens e violência conjugal: uma análise de estudos brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232011000500009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>, acesso em: 22 de Setembro de 2019.

OTONI, Luciana. **Lei Maria da Penha é necessária, mas insuficiente.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86306-lei-maria-da-penha-e-necessaria-mas-parece-insuficiente>>, acesso em 13 de Junho de 2019.

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade.** Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03>> acesso em 24 de Maio de 2019.

PINTANGUY, Jacqueline, **Posse de armas: uma crônica anunciada do feminicídio**, Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaoposse-de-armas-uma-cronica-anunciada-do-femicidio-23637397>>, acesso em 10 de Setembro de 2019.

PONTES, Ana e NERI, Juliana. **Violência doméstica: evolução histórica e aspectos processuais no âmbito da lei 11.340/2006**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IDJDhM7OQt0J:https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/209/233/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>, acesso em 10 de Junho de 2019.

SÃO PAULO, **Ministério Público de São Paulo**, Raio X do feminicídio em São Paulo, Disponível: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Femicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf>, acesso em 12 de Agosto de 2019

SEIXAS, Marluca. Estudo realizado em Manaus avaliou homicídios intencionais em mulheres com enfoque no feminicídio. **Fiocruz**, 7 de Mar. De 2019, Disponível em: <<https://amazonia.fiocruz.br/?p=27131>>, acesso em 16 de Setembro de 2019.

TRAJANO, Henrique. **A eficácia da lei Maria da penha**. Disponível em: <<https://henriquetrajano.jusbrasil.com.br/artigos/552646511/a-eficacia-da-lei-maria-da-penha>>, acesso em 15 de Maio de 2019.

VIEIRA, Pollyana. “Defensoria Pública do Amazonas e delegacias criam modelo de medida protetiva que suspende posse de arma para indiciados por violência contra a mulher”. Entrevista concedida ao site do **Governo do Amazonas** Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2019/01/defensoria-publica-do-amazonas-e-delegacias-criam-modelo-de-medida-protetiva-que-suspende-posse-de-arma-para-indiciados-por-violencia-contra-a-mulher/>>, acesso em 30 de Agosto de 2019.

Nota:

[*] Professor Mestre e Orientador desse Artigo.

LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL: DIMENSÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS

MATHEUS DE SOUZA LINHARES:

graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

CAUPOLICAN PADILHA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo Analisar o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, a partir de seus aspectos materiais e processuais. Para o alcance deste objetivo o mesmo foi estruturado em 3 capítulos, onde são tratados o conceito de crime de lavagem de dinheiro; As suas dimensões materiais e seus aspectos Processuais, sendo ainda estes tópicos, os pontos chaves relativos as hipóteses da problemática proposta. Em termos metodológicos o trabalho, faz uso de uma linguagem objetiva de cunho bibliográfico, com coleta de dados indireta no acervo bibliográfico da literatura pertinente, de forma a produzir conclusões e resultados dedutivos, sobre o tema bordado. A relevância da realização do trabalho se dá nos aspectos acadêmico e social, dada a importância e atualidade do tema proposto, cuja a fim de gerar uma reflexão didática e de fácil entendimento do assunto escolhido. Por isso serão abordados os contextos históricos e atuais da pratica do crime de lavagem de dinheiro; conceitos de diversos autores e seus aspectos materiais e processuais.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; Dimensões Materiais; Processuais.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the crime of money laundering in Brazil, from its material and procedural aspects. To achieve this goal, it was structured in 3 chapters, where the concept of money laundering crime is treated; Its material dimensions and its procedural aspects, being still these topics, the key points concerning the hypotheses of the proposed problematic. In methodological terms, the work uses an objective language of bibliographic nature, with indirect data collection in the bibliographic collection of the relevant literature, in order to produce conclusions and deductive results on the embroidered theme. The relevance of the work is given in the academic and social aspects, given the importance and timeliness of the proposed theme, which in order to generate a didactic reflection and easy understanding of the chosen subject. This will address the historical and current contexts of money laundering; concepts of various authors and their material and procedural aspects.

Keywords: Money Washing; Material dimensions; Process.

INTRODUÇÃO

O delito de lavagem de dinheiro, embora remonte do século XVII, através das ações dos 19 piratas, é um crime cada vez mais atual, tendo em vista tratar-se de um crime com intensa ligação com as organizações criminosas as quais utilizam

de meios fraudulentos para angariar fundos para patrocinar outros tipos de delitos mais graves.

O Brasil, com o advento da Lei 9.613/ 98 passou a fazer parte da segunda geração da lei, a qual estabelecia um rol taxativo de crimes, os quais eram denominados crimes antecedentes, recebiam essa denominação pois o crime de lavagem de capitais é um crime derivado, isto é, se trata de um delito que pressupõe a ocorrência de uma infração penal precedente.

Em se tratando de crime de lavagem de dinheiro, tem-se que este se faz presente de forma ativa na sociedade, sendo, entretanto, pouco divulgado e muitas vezes desconhecido pela maioria dos indivíduos. O crime tratado na Lei 9.613/98 integra a chamada criminalidade econômica ou macrocriminalidade e gera consequências extremamente negativas para a ordem econômica nacional.

O presente trabalho tem por objeto Analisar o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, a partir de seus aspectos materiais e processuais. O estudo e constante evolução do direito penal em relação a esse crime fazem-se necessários, tendo em vista o alto grau de lesividade que o crime de lavagem de dinheiro, objeto desta monografia de conclusão de curso, traz à sociedade.

1. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime lavagem dinheiro passou a ser objeto de maior atenção por partes dos governantes, no final da década de 80, quando foi percebida a força e a capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, forçando, assim, uma mudança da perspectiva política e criminal por parte dos governos. Diante dessa desvantagem o Estado e as organizações internacionais decidiram unir forças no sentido de criar meios mais eficientes ao combate deste crime, coibindo, assim, as variadas composições que movimentam outras facetas do crime organizado (BADARÓ E BOTTINI, 2013).

Embora a preocupação tenha sido iniciada nos anos oitenta, somente em 1998 (quase duas décadas depois), o crime de lavagem de dinheiro foi regularizado no Brasil, através da lei 9.613/98 (BRASIL, 1998), que, posteriormente veio a sofrer profundas alterações em vários de seus artigos com a nova lei 12.683/12 (BRASIL, 2012). Esta última norma impôs nova amplitude a este delito. Sua principal alteração foi a supressão do rol taxativo dos chamados crimes antecedentes necessários, passando, então a considerar qualquer conduta delituosa (inclusive as contravenções penais) como condição necessária para distinguir o crime de lavagem de dinheiro. (LIMA, 2015).

A nova lei foi mais severa, buscou ampliar a luta contra o crime sob análise, punindo infratores e procurando incorporar sistemas sugeridos internacionalmente, o que, conseqüentemente, aprimorou tanto as regras de controle e fiscalização,

quanto fortaleceu a regulação administrativa dos setores vulneráveis à lavagem de dinheiro.

1.1 Conceito

O termo lavagem de dinheiro assume diversas acepções, tais como: branqueamento de capitais em Portugal, blanqueo de capitales na Espanha, a França segue com a expressão blanchmint d'argent, os Estados Unidos empregam o termo Money laundering; a Argentina denomina de lavado de dinero; a Colômbia denomina de lavado de ativos; a Alemanha refere-se a Geldwache; a Suíça utiliza o termo blanchmint d'argent; a Itália segue a designação riciclaggio di denaro; o México, por sua vez, utiliza a expressão encubrimiento y operaciones con recursos de procedência ilícita.(CALLEGARI E WEBER, 2014).

No Brasil o legislador entendeu por bem utilizar o termo lavagem de dinheiro, buscando assim adotar uma expressão neutra, eis que o termo branqueamento poderia ter uma conotação racista. Tais referências foram feitas na exposição de motivos 692/MJ, quando da criação da Lei 9.613/1998 (BRASIL, 1998).

De acordo com Callegari e Weber (2014, p.07):

No Brasil, a expressão utilizada para definir o delito aqui tratado é Lavagem de Dinheiro. A palavra lavar vem do latim lavare, e significa expurgar, purificar, reabilitar, daí a ideia de tornar licito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se licito fosse (CALLEGARI E WEBER, 2014, p.07).

Com efeito, a lavagem de dinheiro pode ser considerada como um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia, de recursos, bens e valores de origem ilícita. É através desse processo que os recursos provenientes de atividades ilegais, passam a integrar a economia formal como se fosse dinheiro lícito (BADARÓ E BOTTINI, 2014).

Ainda nesse sentido, afirma Lima (2015, p.288):

Lavagem é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, lavagem de capitais consiste na operação financeira ou transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do país, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência (LIMA, 2015, p.288).

Com base em todos os conceitos que foram citados anteriormente, depreende-se que a lavagem de dinheiro é um crime que envolve um conjunto de sistemas comerciais ou financeiros, que tem como agente uma ou mais pessoas envolvidas, que tem por finalidade tornar licito o dinheiro obtido por meios fraudulentos, sendo um crime que está intrinsecamente ligado com outros delitos de maior gravidade, tais como o envolvimento com o crime de tráfico de drogas, terrorismo, dentre outros.

1.2 Fatores Históricos

A lavagem de dinheiro é um crime que está nas raízes da civilização. É uma falha imaginar que este delito teve origem na atualidade. De fato, poucos atentam para o fato de que a pirataria, que remonta do séc. XVII, já era uma forma de lavar dinheiro, embora não tenha exatamente com este “*nomem juris*”.

O alto custo de se manter um navio pirata, e a dificuldade de obtenção de armas e alimentação para a tripulação, proporcionou um esquema onde os piratas entregavam (placement) as mercadorias oriundas dos saques de outros navios para mercadores americanos de reputação. Em seguida estes mercadores trocavam as mercadorias ilícitas por peças de menor valor, dificultando a fiscalização.

Pelo fato dos piratas operarem de forma aberta e suas mercadorias serem aceitas e trocadas facilmente não havia a necessidade da acomodação (layering), já a última fase a de integração (integration) somente se tornaria importante quando o pirata resolvia se aposentar, sendo que a maior parte deles o fazia na Inglaterra, desta feita eles utilizavam-se da falsa aparência de realizações de negócios legítimos efetivados nas colônias para justificar as grandes fortunas arrecadadas durante sua vida de marginalidade (MENDRONI, 2013).

De acordo com Badaró e Bottini (2013, p.23):

O termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever o método usado pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem de recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas. A expressão foi usada pela primeira vez em um processo judicial nos EUA em 1982, e a partir de então ingressou na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais (BADARÓ E BOTTINI, 2013, p.23).

Nos Estados Unidos, final da década de 1920, as primeiras formas de organizações criminosas começaram a se instituir através da complexa rede mafiosa, cujo expoente pode ser concretizada pelo famoso Al Capone, que, assumindo o controle do crime organizado na cidade de Chicago, acumulou grande fortuna oriunda da prática de comercialização de bebidas alcoólicas, justamente no

período da chamada “Lei Seca”. Ao passo que tal Lei proibia a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas, gerava, paralelamente, um mercado ilegal de fornecimento do produto, o que movimentava milhões de dólares clandestinos (BRAGA, 2010).

Neste sentido, pode-se citar as palavras de Callegari e Weber (2014, p.06) que dizem:

A expressão lavagem de dinheiro surgiu por volta de 1920 nos Estados Unidos, sendo lá o delito chamado de Money Laundering. A teoria predominante acerca da origem da locução remonta à época em que os gângsteres norte-americano utilizavam-se de lavanderias para ocultar o dinheiro provindo da atividade ilícita, como a venda de bebidas alcólicas ilegais (CALLEGARI E WEBER, 2014, p.06).

Não obstante a magnitude e fama de Al’ Capone, seu império criminoso chegou ao fim em 1931, quando o mesmo foi preso por sonegação de tributos, após grande mobilização das autoridades americanas. Alguns anos mais tarde, em 1933, o foco da lavagem de dinheiro foi modificado (BRAGA, 2010).

Da venda ilegal de bebidas, o crime organizado passou a explorar o jogo de azar e o tráfico de substancias entorpecente, a fim de buscar novas alternativas de negócio. Contudo, em razão do crescimento exponencial destas novas modalidades criminosas, as lavanderias ou postos de lavagem de automóveis, já não eram mais suficientes para esconder a origem do dinheiro ilícito. (ARO, 2013).

Mais uma vez as organizações aperfeiçoaram o sistema, e descobriram que a melhor forma de ocultar os ativos ilegais seria colocando o dinheiro fora do alcance das autoridades do país, o que deu origem às offshores - centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas de nenhum país, sendo, portanto, isentos de qualquer tipo de controle. Como se percebe, passam-se os anos, modifica-se o modo de operação, mas o homem sempre encontra novas formas de cometer o crime de lavagem de dinheiro. Finalizada estes breves apontamentos históricos, buscou-se entender o conceito do termo lavagem de dinheiro, largamente disseminado em noticiários brasileiros da atualidade.

1.3 Sistematização e Fases da Lavagem de dinheiro

O funcionamento da operação de lavagem de dinheiro usualmente encontra-se subdividida em duas categorias: conversão de bens e a movimentação do dinheiro, que é realizada em três estágios: colocação, ocultação ou estratificação e finalmente a integração.

Conversão De Bens

A conversão de bens visa dificultar a identificação da origem dos valores de procedência ilícita, trocando valores em dinheiro por bens materiais cujos valores são difíceis de calcular, pois na sua maioria são raros, dificultando assim a comprovação da prática de lavagem de dinheiro. Sobre a conversão de bens,

Mendroni (2013, p.108) discorre que:

Nessa categoria, o agente criminoso troca os valores ou o dinheiro por bens materiais. Anote-se que há muitos bens cujos valores são muito dificilmente aferíveis, como nos casos de obra de arte (esculturas e pinturas), veículos raros e de coleção, objetos que pertenceram a pessoas famosas etc. (MENDRONI, 2013, p.108).

Movimentação De Dinheiro

A circulação de dinheiro objetiva ocultar a origem ilícita dos ativos financeiros provenientes dos crimes das organizações criminosas, através da colocação dos mesmos no sistema financeiro. Corroborando com a ideia a respeito da movimentação do dinheiro, Mendroni (2013, p.118) é categórico ao afirmar que:

Nessa categoria, o agente criminoso movimenta os valores ou o dinheiro através de bancos, países e praças, dividindo-o e tornando a reuni-lo, por diversas formas de transferências e em nomes e contas diversas, para dificultar a análise de sua origem ou rastrear a sua trilha (MENDRONI, 2013, p.118).

Etapas do Crime de Lavagem

Aqui abordaremos a consumação do delito de lavagem de dinheiro. São nestas etapas, de procedimento dinâmico, que o agente busca afastar-se da infração antecedente, camuflando qualquer vínculo com ela, buscando encobrir a origem ilícita dos lucros. Neste contexto, podem ser mencionadas como etapas do crime de lavagem: colocação (Placement); Ocultação, Acomodação Ou Estratificação (Layering); e, Integração (Integration).

A colocação é o momento que os criminosos pretendem dissimular os somatórios que suas atividades ilícitas geraram, valendo-se de atividades comerciais e de instituições financeiras, tanto bancárias, como não bancárias para a introdução de montantes em espécie, os quais são divididos em partes menores para não tornar a transação suspeita. "Na maioria das vezes, o agente criminoso movimenta o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal (MENDRONI, 2013).

A segunda fase é a ocultação, tendo esta a finalidade de encobrir a origem do dinheiro ilícito, por meio de uma série de transações e conversões complexas, sendo que quanto maior o número de operações, mais difícil será para rastrear a

procedência do fato delituoso. Sendo exemplos de ocultação ou acomodação as transferências eletrônicas, envio do dinheiro já convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo.

Ainda sobre a fase de colocação, Lima (2015, p. 289) explica:

Colocação (placement): consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente... A colocação é o estágio primário da lavagem e, portanto, o mais vulnerável à sua detecção, razão pela qual devem as autoridades centrar o foco dos maiores esforços de sua investigação nessa fase da lavagem (LIMA, 2015, p.289).

De acordo com a COAF (1999, p. 4), a segunda fase da lavagem de dinheiro se dará da seguinte maneira:

Ocultação – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas “fantasmas” (COAF, 1999, p.4).

Por fim, observa-se a fase de integração (integration), em que o dinheiro é anexado formalmente aos setores regulares da economia. “O agente cria justificáveis ou explicações aparentemente legítimas para os recursos lavados e os aplica abertamente na economia legítima, sob forma de investimentos ou compra de ativo”. (MENDRONI, 2013).

De acordo Callegari e Weber, 2013, p. 24):

É a última etapa do processo de lavagem de dinheiro, onde o dinheiro proveniente de atividades ilícitas é utilizado em operações financeiras, dando a aparência de operações legítimas. Durante esta etapa são realizadas inversões de negócios, empréstimos a indivíduos compram-se bens e todo o tipo de transação através de registros contábeis e tributários, os quais justificam o capital de forma legal,

dificultando o controle contábil e financeiro. Aqui o dinheiro é colocado novamente na economia, com aparência de legalidade (CALLEGARI e WEBER, 2013, p. 24).

Feitas as considerações gerais acerca das fases de operação de lavagem de dinheiro, passa-se a expor quais setores são mais visados no mesmo.

2. DIMENSÕES MATERIAIS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 Sujeitos do Crime

Para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro é necessário a existência de sujeitos ativos e passivos. De acordo De Sanctis (2008,p.34) o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro é:

Qualquer pessoa, podendo ser um terceiro ou o próprio agente (autor ou partícipe) da infração prévia, pois quando o agente da infração antecedente introduz ativo no mercado, afeta o correto funcionamento deste e o seu acesso regular, além da Administração da Justiça, bens jurídicos não necessariamente coincidentes com os delitos antecedentes (DE SANCTIS, 2008, p.34).

Nos crimes de lavagem de dinheiro qualquer indivíduo pode figurar como sujeito ativo, podendo ser o próprio autor do crime, seu comparsa ou até mesmo um terceiro. Quando o autor do crime antecedente introduz o dinheiro ilícito na economia, o funcionamento normal e correto deste é alterado. O único sujeito passivo, portanto é o próprio Estado.

Para Mendroni (2013, p.33) o sujeito passivo do crime de lavagem de dinheiro “é a sociedade ou a comunidade local, pelo abalo das estruturas econômicas e sociais, além da segurança e da soberania dos Estados”.

2.2 Tipo penal

O art. 1º da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) descreve como conduta ilícita “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”.

Para melhor entendimento necessário se faz analisar separadamente as partes principais do contido no *caput* do artigo acima mencionado.

Sobre as condutas narradas no art. 1º da Lei 9.613/98, Maia (2004, p.134) afirma:

Ocultar é o ato de esconder, de tornar algo inacessível às outras pessoas. Esta ação pode ser efetuada diretamente, sem a utilização de qualquer ardil ou artifício; por exemplo, com

relação a localização, levando determinado bem que se quer ocultar para um esconderijo.

Dissimular é encobrir, disfarçar, mascarar, fraudar, escamotear ou alterar a verdade. Assim, é possível dissimular a localização de um bem modificando sua aparência exterior para que não seja reconhecido ou simplesmente mentindo acerca de onde este se encontra. (MAIA, 2004, p.134).

A conduta "ocultar" mencionada na Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) pode ser entendida como o ato de esconder, indisponibilizando algo a outros indivíduos. Esta conduta não requer uma prática astuta, pois pode o agente levar o bem que deseja esconder a algum lugar desconhecido por outras pessoas.

O ato de "dissimular", também colocado pela Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) como conduta do crime de lavagem de dinheiro, significa disfarçar, aparentar algo que não é, alterando a verdade. Desta forma, o agente do crime de lavagem pode dissimular o local onde se encontra determinado bem, alterando sua aparência evitando, assim, que o mesmo seja encontrado. Há uma clara distinção entre as condutas "ocultar" e "dissimular". Acerca dessa diferenciação, afirma Baltazar Junior (2007, p.132):

É possível aceitar uma estreita vinculação da conduta ocultar com a primeira fase da lavagem de dinheiro, a conversão, enquanto o verbo dissimular estaria associado à segunda fase, não por outro motivo denominada dissimulação. Essa discriminação, entretanto, não tem exatidão científica, mesmo porque tal qualidade não pode ser atribuída ao próprio estudo das fases da lavagem. Nesse aspecto, está a norma penal brasileira a evidenciar que é inexigível operação de alta complexidade para caracterizar lavagem de dinheiro (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p.132).

A lei que aborda os crimes de lavagem não estabelece como requisito para a configuração do crime em comento operações extremamente complexas. O tipo penal abordado contém os elementos normativos bens, direitos e valores. É possível definir bem como o objeto móvel ou imóvel, infungível, fungível ou consumível, divisível ou indivisível, singular ou coletivo, acessório ou principal, corpóreo ou incorpóreo, que se presta à satisfação de alguma necessidade ou interesse humano (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p.132).

Os elementos previstos no tipo penal podem ser conceituados como:

- Bens: os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos.
- Direitos: equivalente a créditos, desde que possível a sua instrumentalização, a partir de uma conduta, para a sua "ocultação" ou "dissimulação". Podem-se citar, como exemplos, o cheque (ordem de pagamento a vista), os títulos de crédito tradicionais (letra de câmbio, nota promissória, duplicata), debêntures, ações, etc.
- Valores: para os termos da lei, a terminologia tanto significa dinheiro (cash, no termo usual inglês), de qualquer moeda, seja em reais, em US\$ dólares, euros, etc., como papel moeda ou em traveler cheque, que possui o mesmo valor nominal e potencial de troca por mercadorias que o dinheiro; como também uma "quantidade abstratamente atribuída" a um bem, como, por exemplo, a "dissimulação" do real valor de uma propriedade imobiliária.

É possível concluir que a lei pretendeu abranger todo e qualquer produto, direta ou indiretamente resultante do crime de lavagem de dinheiro para que não houvesse alegação de ausência de previsão legal em relação ao que foi auferido com a prática desse crime.

Sobre a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, é o entendimento doutrinário que Tendo o agente ocultado ou dissimulado ou estando a ocultar ou a dissimular a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de crime, terá esse agente incorrido ou estará incorrendo nas sanções previstas no art. 1º da Lei 9.613/98 (BALTAZAR JUNIOR, 2007).

Ponderada a definição legal do crime em apreço, necessário se faz abordar os crimes antecedentes.

2.3 Pena aplicável

Após enumerar os crimes antecedentes vistos, a Lei determina que a pena aplicada seja de reclusão de três a dez anos e multa. A pena privativa de liberdade pode ser considerada relativamente baixa. Não é esta pena que efetivamente estabelece o verdadeiro caráter punitivo, sendo de muito maior eficiência o seqüestro e o seu conseqüente confisco de bens, valores ou direitos obtidos ilicitamente.

Penas privativas de liberdade, mesmo que com início em regime fechado, são

cumpridas, muitas delas em apenas parte para posterior progressão de regime e livramento condicional. Mas sem o dinheiro obtido criminosamente o agente fica impedido de promover o "giro" de sua atividade criminosa e perde poder e a capacidade de mando (MENDRONI, 2013).

A pena privativa de liberdade não pode ser considerada em vão, com certeza não o é. Apenas pode-se verificar que, como se trata de crimes financeiros em que o dinheiro é de imensurável valor aos criminosos, tirar-lhe o produto obtido com suas práticas ilícitas possuem alta capacidade de correção.

O criminoso que lava o dinheiro normalmente se encontra integrado na sociedade, não agindo por necessidade ou ingenuamente, deve, portanto, receber uma punição rigorosa, pois ao contrário dos menos favorecidos, utiliza sua posição social para delinquir.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LAVAGEM DE DINHEIRO;

3.1 Instrumentos que facilitam a apuração do Delito

O crime de lavagem de dinheiro pode ser considerado um crime complexo que necessita da comprovação da prática de delitos antecedentes e da configuração de suas fases para sua real caracterização. Em decorrência disso, alguns instrumentos são essenciais para facilitar as investigações e obter êxito na solução do crime.

É possível citar alguns dos principais instrumentos de facilitação, sendo eles: a denúncia anônima, ação controlada, quebras de sigilo, interceptação telefônica e delação premiada.

A denúncia anônima

A denúncia anônima é, sem dúvida, um instrumento facilitador da apuração, pois estimula indivíduos receosos em relação à Justiça ou com medo dos envolvidos no crime narrado a relatarem anonimamente a prática do delito, colaborando sensivelmente para a depuração do mesmo.

Não se apresenta incomum o fato de os delatores revelarem detalhes da situação fática criminosa de forma descontinuada e por largo período de tempo. Preferem agir de molde acompanhar as ações dos órgãos encarregados no combate à criminalidade organizada, chegando a revelar o melhor caminho para a apuração (DE SANCTIS, 2008).

Para que algum efeito seja produzido pela denúncia anônima é necessário que a revelação contenha elementos detalhados sobre os fatos e afirmações concretas, a fim de se evitar fraudes em face da Justiça. É possível a utilização de denúncia anônima para a averiguação do delito.

Ação controlada

Outro instituto utilizado na apuração do delito é a ação controlada que pode ser

denominada também de infiltração policial ou agente encoberto e também facilita a apuração do delito. Caracteriza-se pela infiltração de agentes no meio dos

criminosos e de estratégias utilizadas pela autoridade policial a fim de descobrir as ações ilícitas e práticas comuns para a consumação do crime.

Ação controlada é o procedimento mediante o qual se permite que o envio, presumível ou confirmado, de mercadorias ou drogas ilícitas, descoberto pela atividade de inteligência policial, saia, transite ou ingresse no território de um ou mais países, com o conhecimento e a supervisão das autoridades competentes, a fim de possibilitar o descobrimento e a identificação de pessoas envolvidas com a organização criminosa.

A técnica especial de investigação policial chamada ação controlada comporta aplicações múltiplas, o que lhe garante alto grau de eficácia. Pode ser utilizada, por exemplo, na entrega de cargas, de mercadorias ou de drogas ilegais (GOMES, 2008).

Quebra do sigilo

Visto a relevância da ação controlada, tem-se também como outro mecanismo colaborador para a apuração do delito a quebra de sigilo. Em que pese a existência do direito fundamental que garante a incolumidade à intimidade e à vida privada previsto no art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essa garantia não é absoluta, uma vez que o direito de o Estado exercer seu poder punitivo também deve ser preservado.

É preciso frisar que a quebra de sigilo, autorizada por decisão judicial, deve ser feita quando realmente haja necessidade e desde que sejam observados os requisitos legais exigidos.

Interceptação telefônica

Pode-se pontuar ainda a interceptação telefônica, a qual configura outro mecanismo de controle penal.

A interceptação telefônica mostrou-se meio de prova utilizado com frequência para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro [...] em casos complexos ou difíceis de serem detectados formalmente como meio de prova, porque apresenta eficiência na realidade em que se promovem os delitos de lavagem de dinheiro (MENEGAZ, 2007).

É comumente utilizada a interceptação telefônica dada sua real eficácia na apuração do crime. Nos crimes de lavagem de dinheiro ela se torna, muitas vezes, essencial ante a complexidade das operações dos criminosos e a sofisticação das organizações criminosas.

A aplicação da interceptação telefônica, apesar de em alguns casos gerar polêmicas, contribui na investigação criminal e é eficaz na apuração do delito. Feitas as considerações acerca dos principais mecanismos facilitadores da apuração do

crime de lavagem de dinheiro, necessário se faz analisar separadamente o instituto da delação premiada devido a seu alto grau de importância em crimes como esse, em que estão envolvidos diversos agentes.

Delação premiada

A delação premiada é um instituto que colabora no combate à lavagem. Sua finalidade é viabilizar a identificação dos principais agenciadores da lavagem do dinheiro, os principais responsáveis pela criminalidade. Há uma redução de 1/3 a 2/3 da pena e seu início em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos para aquele que colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Evidentemente que somente aqueles esclarecimentos indicadores de fatos concretos é que podem ser merecedores do benefício previsto. Em outras palavras, o co-autor ou partícipe que indicar nomes, condutas, datas, locais, ou que apresentar documentos comprobatórios etc., e isto levar à apuração de infrações penais por si praticadas e coligadas àqueles que lhe são imputados, estes sim poderão receber o benefício, cuja análise, todavia, será levada ao crivo do Judiciário.

Aqueles que fizerem apenas vagas afirmações não devem ser merecedores do benefício. Como não há mencionado na Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) o momento processual em que deva ocorrer a delação, a doutrina entende que deva ser feita até, no máximo, o interrogatório para que não sirva como instrumento de salvação ao acusado prestes a ser sentenciado e condenado (MENDRONI, 2013).

Ao magistrado cabe analisar o caso concreto e ponderar o real valor das informações prestadas pelo co-autor do crime de lavagem de dinheiro. O grande benefício da não aplicação de pena deve ser concedido apenas em casos em que as informações advindas do acusado permitam alcançar os principais co-autores do crime e a recuperação total ou em grande parte do objeto do crime de lavagem.

A delação, desde o início das investigações pode ser um eficiente instrumento para o combate do crime organizado, entretanto, deve ser utilizada com precaução para que não se torne uma forma de jogo entre os criminosos em prejuízo da Justiça. A delação premiada é incentivada pelo Estado que visa solucionar os crimes e alcançar os principais delinquentes que coordenam a organização criminosa. Para o Estado não importa se a delação é considerada uma traição entre comparsas, ele se utiliza do interesse em se beneficiar de cada integrante ou envolvido com a organização para atingir seus objetivos e fazer cessar, ou ao menos reduzir a criminalidade que é tão prejudicial à sociedade.

3.2 Competência nos crimes de Lavagem de dinheiro

A competência para julgar os crimes de lavagem de dinheiro, de forma geral, é da Justiça Estadual, excetuando os casos previstos no art. 2º, III, da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998), que são da Justiça Federal. Quando o crime for praticado contra o sistema financeiro e a ordem econômica e financeira ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas a Justiça Federal é competente para julgá-lo.

O simples fato de ocorrer situação de constatação de existência de quantias depositadas no exterior, suspeitas de que sejam provenientes de crimes elencados nos incisos do art. 1º da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998), não desloca competência para a justiça federal. Tornase necessário, antes de mais nada, averiguar a competência do crime praticado que gerou obtenção ilícita daquelas quantias (MENDRONI, 2013).

Quando apenas se constata a remessa e depósito de quantias que podem ser oriundas dos crimes enumerados no artigo 1º da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) , deve-se verificar a competência do crime antecedente para então determinar o juízo competente para julgar o crime de lavagem de dinheiro. No caso de remessa de valores ao exterior, será caracterizada a lavagem de dinheiro quando os recursos que se pretende evadir sejam obtidos ilicitamente.

Para De Sanctis (2008, p.68):

Aquele que tentar levar, pois, divisas para o exterior, pessoalmente ou por interposta pessoa ou meio, responde, tão somente, pelo delito de evasão de divisas, desde que fruto de atividade lícita. Contudo, se os valores forem objetos de ilicitude prevista como antecedente do delito de Lavagem é claro que o crime não mais será de evasão (DE SANCTIS, 2008, p.68).

A evasão caracteriza ofensa exclusiva ao Sistema Financeiro Nacional, portanto, o indivíduo que tenta sair do território nacional com valores obtidos ilicitamente com a intenção de ocultar a origem não responderá por evasão de divisas, mas somente pelo crime de lavagem de dinheiro (GOMES, 2008).

Nos casos em que existem contas no exterior para depósitos de fundos, é possível que os valores ali depositados provenham de origem ilícita quanto lícita. Em situações assim, é necessário que as investigações sejam aprofundadas para que se tenha certeza da origem dos valores, para então ser determinada a competência para julgar o crime existente.

A fim de evitar julgamentos incompletos e contraditórios, é importante a reunião dos processos dos crimes antecedentes e da lavagem de dinheiro. Com a

existência de varas especializadas para julgamento dos crimes de lavagem, a análise e decisão tornam-se muito mais aprimoradas e precisas (BRAGA, 2010).

A competência é da justiça federal quando o crime antecedente também o for. Além do mais, sempre que houver varas especializadas para julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro, o processo será para elas remetido.

Em decorrência do crime de lavagem de dinheiro ser complexo e, muitas vezes, envolver diversas cidades e Estados, pode ocorrer conflito de competência entre duas ou mais jurisdições.

CONCLUSÕES

O crime de lavagem de dinheiro está inserido na criminalidade econômica e notadamente não é valorado negativamente pela sociedade como os crimes pertencentes à microcriminalidade, principalmente os que atentam contra a vida.

O presente trabalho apresentou os principais aspectos do crime de lavagem de dinheiro, pontuando as dimensões materiais do crime, destacando as características processuais presentes na Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998).

Verificou-se, portanto, que os crimes do colarinho branco possuem peculiaridades específicas e que fazem parte da macrocriminalidade, atuando de forma sutil, porém não menos negativa, na sociedade e trazendo grandes prejuízos ao sistema financeiro e à economia do país.

Constatou-se que o crime de lavagem de dinheiro é caracterizado por sua complexidade, seja pelas fases que ele envolve, seja pela necessidade de comprovação da prática dos crimes antecedentes elencados pela Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998). Esta Lei apesar de receber críticas de alguns doutrinadores conforme visto na pesquisa, se preocupou em combater efetivamente o crime de lavagem de dinheiro sendo bastante abrangente em relação aos produtos oriundos de atividades ilícitas que possam ser utilizados na lavagem de dinheiro.

Finalizando, ao considerar as hipóteses apresentadas, conclui-se que o delito afeta não apenas os interesses individuais, mas também e principalmente os interesses da coletividade, apresentando enorme potencial lesivo para a sociedade.

verifica-se ainda a grande complexidade do crime de lavagem de dinheiro e a necessidade de constante evolução do direito penal em relação a esse crime, tendo em vista o alto grau de lesividade que o crime de lavagem de dinheiro traz à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARO, Rogerio. **Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito, nova legislação e fases.** Revista Jurídica Da Universidade Do Sul De Santa Catarina. Unisul De Fato e de Direito, Ano III – N° 6, 2013.

Casos & Casos: II Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro. –
Brasília: COAF, 2014 Disponível em:
<https://www.gestaocoaf.fazenda.gov.br/linksexternos/Livro%20_COAF_Casos%20-%20Casos%20-%20agosto2014.pdf/view> Acesso em: 20 de jul.2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais: Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2 ed. 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Lavagem de dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **Histórico da evolução do “processo antilavagem de dinheiro” no mundo.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de jul.2019.

BRASIL. LEI 9.613 DE 3 DE MARÇO DE 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm.> Acesso em 05 de jul.2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática.** Campinas: Millennium, 2008.

GOMES, Christiano Leonardo Gonzaga. **Os crimes de colarinho branco e as teorias da pena.** *De jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, jan./jun. 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada 3º edição, revista, ampliada e atualizada.** Bahia: Ed. JusPODIVM, 2015.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime.** Anotação às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** São Paulo. 2.ed. Atlas, 2013.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Os mecanismos de controle penal em processos de lavagem de dinheiro na Justiça Criminal Federal da 4ª Região e as garantias**

constitucionais: colarinho branco e organizações criminosas na sociedade contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. VII, n. 27, p. 172, 2007.