

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 990

(Ano XII)

(05/12/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O Momento do Acordo de Não Persecução Criminal e o Desvalor Probatório da Confissão Necessária

Sídio Rosa de Mesquita Júnior, 08.

ARTIGOS

Responsabilidade civil por abandono afetivo inverso

Amanda Silva Leal, 53.

Sucessão e era digital: a possibilidade de transmissão de bens digitais após a morte

Jaqueline Ribeiro Minghini, 86.

Os contratos de crédito com cláusulas abusivas que ferem o Código de Defesa do Consumidor ocasionando o superendividamento

Gabryelly Esthefanny Santos de Souza, 106.

Análise dos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada

Mateus Oliveira Teixeira, 122.

A arbitragem à luz da reforma trabalhista

Thais Cristina de Castro Oliveira, 155.

O afeto como justificativa idônea a responsabilizar civilmente os pais que abandonam o seus filhos em virtude dos danos emocionais causados.

Richelle Vasconcelos Ribeiro, 173.

A responsabilidade civil em razão do abandono afetivo paterno-filial

Marina Barbosa Pires, 200.

A importância do inquérito policial e seu valor probatório em juízo

Paulo Henrique Pereira Brito, 218.

Regularização fundiária em área de preservação permanente

Larice Bruce Pereira, 236.

Sanções penais e sua aplicabilidade à assassinos em série no Brasil: uma revisão bibliográfica

Andressa da Silva Cunha, 253.

A Possibilidade Jurídica de a transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio

Jéssica Moreira de Sousa, 270.

Os crimes contra os direitos humanos e a competência jurisdicional para o processo e julgamento

Marizelha Silva Costa Queiroz, 288.

Crimes virtuais e os limites da liberdade de expressão

Mariane Borges dos Santos, 307.

A Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal

Rosa Martins Madeira, 322.

O dever de prestação de alimentos entre ex-cônjuges: análise histórica, legal e jurisprudencial

Jorge Mota Neto, 338.

O erro judicial e responsabilidade civil do Estado – a correlação com os princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade

Daniel Carvalho Oliveira, 356.

Justiça gratuita e a reforma trabalhista: soluções interpretativas para garantir o acesso à Justiça do Trabalho após a Lei n. 13.467/2017

Natanaely Santos de Oliveira, 366.

Pensão por morte para nascituro

Patrick Ramon Ferreira, 383.

A abuso sexual de crianças e adolescentes e a evolução do direito de proteção

Madson de Fonseca Maciel Filho, 402.

A eficácia e aplicabilidade das leis de proteção aos animais no Brasil

Mayara da Costa Fabricio, 424.

Direito sistêmico: a constelação familiar na solução de litígios das ações de família e sucessões

Iracy Barroso da Silva Moraes, 445.

Declaração de inconstitucionalidade e a relativização da teoria da nulidade

Barbara de Oliveira Borges, 473.

Reforma trabalhista: o direito de acesso efetivo do trabalhador à justiça

Jéssica Pereira de Moraes, 491.

Ressocialização: resgatando os valores e ressocializando através da educação e da fé

Edson Alexandre Borel Vicente, 507.

Tutela de animais de estimação

Danillo Barros Pereira, 517.

O direito a saúde e a segurança do paciente

Lucas Eduardo Moreira Pinto, 547.

O empreendedorismo na advocacia moderna brasileira; e a influência das startups jurídicas no Brasil

Anne Beathriz Pereira Brito, 563.

A guarda compartilhada como meio de prevenção da alienação parental

Carollinny Gomes Rabelo, 579.

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

Debora Emelly Neves Costa, 603.

Proteção social aos transgêneros e a concessão da aposentadoria programável no regime geral de previdência social.

Luciana Alencar Lopes Pinto, 620.

A responsabilidade tributária dos sócios

Danilo França Falcão Pedrosa, 637.

Reajuste abusivo em plano de saúde para idosos

Gustavo Castelo Branco Carvalho e Ilamo Irlano Prado Borges de Oliveira, 646.

Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: análise do RE 574.706/PR

Sabino Alves Feitosa Neto e Brunielly Araújo Pinto, 681.

Atribuição do Delegado de Polícia no cumprimento da Lei Maria da Penha

Alexsander Barreto Moreno, 688

Esterilização compulsória de dependentes químicos: estudo do caso Janaína Aparecida Quirino

Thales Franklin Oliveira de Abreu, 707.

O conflito da maternidade com o estado puerperal: a problemática realidade presente no mundo

Kimbelly Souza Chaves, 727.

A ineficácia da execução fiscal no âmbito federal

Jordana Martins Monteiro, 742.

Impactos Ambientais do Garimpo no Brasil e Reforma da legislação em vigor

Vanessa Alves Moraes, 759.

Uma análise cinematográfica do filme “Ted Bundy: a irresistível face do mal” e o tratamento social e jurídico do serial killer

Maria Eduarda Rodrigues Alencar e Flaviere Brenda Teles de Sousa Santos . 772.

A tutela jurídica dos animais: uma visão ética não antropocêntrica

Sayonara Garcia Cesar, 790.

As danosidades ao meio ambiente e a responsabilização da pessoa jurídica em crimes ambientais

Thiago Gomes da Cunha, 811.

Litigância de má-fé no processo civil: uma breve contextualização e a responsabilização por dano processual

Karoline Santana Bastos, 840.

Natureza jurídica do boletim de ocorrência

Ana Tayla Souza Aleixo, 855.

O controle e descontrole dos controles internos e externos, introduzidos pela Constituição brasileira de 1988, em face da Administração Pública

Francisco Feitosa de Araújo e Larissa Emanuela de Araújo Costa, 871.

Reflexos da Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020, sobre o direito consumerista durante o período de pandemia

Joaquim Vieira, 894.

A reforma trabalhista e o trabalho da gestante em ambiente insalubre

Vivian Saraiva Barroso, 914.

Prescrição intercorrente e a reforma trabalhista: de que forma os efeitos da prescrição intercorrente podem ser potencialmente lesivos ao empregado?

Waelli Laís Ferreira de Paula, 932.

Normatização do divórcio impositivo

Tainara Alves Cardoso, 948.

Os psicopatas e as sanções penais a eles aplicadas à luz do Código Penal brasileiro

Larissa Montefusco da Cruz Cecilio, 965.

O custo da morosidade no processo de concessão de patentes no Brasil

Júlia Cassiane Moreira Gomes, 982.

A infiltração policial nas organizações criminosas como método de obtenção de provas

Jeisiane de Lima Barbosa, 994.

Importância da contabilidade aplicada ao setor público

Carlos Ariel Médis e Matheus Pereira Luz, 1010.

O rateio de pensão por morte entre a viúva e concubina, e o entendimento jurisprudencial do STF no caso concreto

Harianne Vasconcelos Pereira, 1026.

A equiparação da união estável ao casamento à luz da declaração da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil

Raimundo Gabriel Nogueira dos Santos, 1042.

Exclusão social e estatal de egressos do sistema penitenciário em oposição ao princípio da ressocialização

Eduardo Belloti dos Santos, 1061.

Dispensa de licitação e sua legitimidade no âmbito estadual

Ana Beatriz Alencar Alves, 1075.

O direito a acessibilidade como uma garantia fundamental diante do princípio da dignidade humana.

Emiliano Teixeira Lopes Vasconcelos Maranhão, 1094.

A acumulação de cargos públicos por parte dos servidores públicos federais no Brasil

Maria Vitória Soares Silva e Gene Marque dos Santos Silva, 1109.

Da (im)possibilidade do uso das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal brasileiro

Alealdo Gonçalves Nery, 1134.

A incidência de imposto de renda sobre juros de mora

Daniilo França Falcão Pedrosa, 1150.

A razoável duração da prisão cautelar

Morgana Marques de Sousa E Aglaylsson Moura Rego da Silva, 1153.

A Seguridade Social enquanto direito fundamental A ser garantido pelo Estado

Caroline Tavares da Silva, 1165.

Aplicação da Lei Maria da Penha as vítimas transexuais

Andreia Sales de Sousa Moura, 1183.

Acordo de não persecução penal e a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal: os novos paradigmas da política criminal brasileira

João Paulo da Silva Morais Alexandre e Kaio Luan Oliveira Amarante, 1199.

Alienação parental: uma análise jurídica e psicológica sobre seus efeitos

Elesbão Oliveira Cavalcante, 1229.

A insuficiência da Teoria dos Poderes Implícitos como fundamento para o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas: considerações à luz da Constituição Federal

Mateus Oliveira Teixeira, 1248.

O MOMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CRIMINAL E O DESVALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO NECESSÁRIA

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR: Graduou-se no Curso de Formação de Oficiais, em 1989 (APMG), e Direito, em 1994 (UniCEUB); especializou-se em Direito Penal e Criminologia, em 1996 (UniCEUB), e Metodologia do Ensino Superior, em 2000 (UniCEUB); é mestre em Direito Público, desde 2002 (UFPE) e doutor em Direito, desde 2015 (UNLZ). Autor de diversos artigos e livros jurídicos. Professor universitário desde 1995.

Resumo: Neste artigo será estudado o momento do acordo de não persecução criminal, o qual tem como requisito a confissão inequívoca do acusado. O novel instituto, instituído no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964, de 24.12.2019, precisa ser examinado com seriedade, visto que derivado do Direito estadunidense, sem correspondência com o direito pátrio. Por isso, a confissão isolada não será suficiente para a condenação do acusado.

Palavras chaves: Acordo de não Persecução Penal. Momento. Confissão.

Abstract: In this article, the moment of the non-criminal prosecution agreement will be studied, which requires the unequivocal confession of the accused as a requirement. The novel institute, instituted in the Penal Procedure Code by Law n. 13,964, dated 12.24.2019, needs to be examined seriously, since it is derived from US law, without correspondence with national law. Therefore, the isolated confession will not be enough to convict the accused.

Keywords: Non-Criminal Persecution Agreement. Time. Confession.

Sumário: Introdução. 1. Direito Processual Criminal Premial ou Negocial em substituição ao Repressivo. 2. Requisitos para o Acordo de Não Persecução Penal. 2.1 Objetivos. 2.2 Subjetivo. 3. Momento Adequado. 3.1 No Código de Processo Penal. 3.2 Ações em Curso no Momento do Início da Vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal. 3.3 Acordo Após a Sentença Condenatória Recorrível. 4. A Exigência da Confissão e o Seu (Des)Valor Probatório. Conclusão. Referências.

Introdução

A nossa proposta é tratar do novo art. 28-A do Código de Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 13.964, de 24.12.2019, o qual consagra o acordo de não persecução penal.

Temos por hipótese única a de que o novo art. 28-A do Código de Processo Penal, por constituir lei nova mais benéfica, é retroativa, não ocorrendo preclusão pelo recebimento da denúncia ou pela prolação de sentença condenatória recorrível.

Não pretendemos esgotar o assunto, até porque estaremos lidando em terreno arenoso, o qual está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal e há manifesta divergência entre as 5ª e 6ª Turmas do Superior de Justiça. Portanto, a nossa pesquisa terá uma conclusão opinativa, mas que dependerá de consolidação na doutrina e jurisprudência.

Vivemos em um mundo impregnado de práticas doentias, sem noção dos seus agentes dos graves danos sociais que causam. Nesse contexto, leis criminais mais severas não tendem a diminuir os problemas, mas, como dantes, tendem a enganar o povo. Por isso, não é no afã de defender o punitivismo que a pesquisa será desenvolvida. Procuraremos encontrar razões plausíveis para defender que o acordo de não persecução penal veio em boa hora, embora, curiosamente tenha surgido em um Pacote Anticrime, com proposta de recrudescimento do tratamento jurídico-criminal.

A nossa pesquisa será bibliográfica. Porém, nestes novos tempos de sars-cov-2, causador da Covid-19, se intensifica a utilização de equipamentos eletrônicos, em desprestígio de livros impressos. De todo modo, procuraremos conjugar, textos impressos com os constantes da rede mundial de computadores.

Trabalharemos inicialmente com a distinção entre o processo criminal repressivo e o conciliador, evidenciando essa tendência mundial de adoção de um processo criminal negocial. Depois, trataremos do art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), evidenciando os requisitos segundo a sua literalidade.

Preparados para entender o acordo de não persecução penal, trataremos do momento previsto em lei, estendendo aos processos em curso, inclusive aos que já estão em fase recursal.

Outro assunto preocupante é a exigência da confissão inequívoca para a realização do acordo de não persecução penal. Então, trabalhando com a hipótese de que eventual retomada do processo não poderá impedir a retratação ou atribuir valor probatório a tal confissão.

Ao final, tentaremos dizer se será possível demonstrar a nossa hipótese única para cada ponto crucial da discussão, a saber: momento do acordo e desvalor da confissão exigida.

1. Direito Processual Criminal Premial ou Negocial em substituição ao Repressivo

Em matéria criminal, direito processual negocial e direito processual premial não são exatamente as mesmas coisas, embora o último possa ser classificado como espécie do primeiro.

A delação premiada, pelas críticas negativas que recebeu,¹ foi transformada em colaboração premiada, o que se inclui na negociação premial. No entanto, os notórios atos da Operação Lava Jato desaguam fundamentalmente em delações premiadas, caracterizadas pelo prêmio que se dá ao delator dos comparsas. Com isso, tem-se um prêmio, mas que exige um acordo, um negócio jurídico.

Não podemos nos olvidar de que o Brasil, em matéria criminal, sempre foi muito tímido em adotar posturas favoráveis aos condenados ou acusados, adotando, como regra, um Direito Criminal repressivo.

Em matéria criminal, a nossa Constituição Federal foi quem fez a abertura para alguma negociação e uma processualística simplificada ao dispor:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A Constituição Federal foi tímida porque só previu juizados especiais no âmbito de Tribunais de Justiça. Foi necessária a criação de parágrafo único ao art. 98 transcrito (isso por intermédio da Emenda Constitucional n. 22, de 18.3.1999, para autorizar juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

1 FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8072/1990. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Em 1990, instituímos, em um sentimento utilitarista, a delação premiada (art. 8º, parágrafo único). Essa delação foi duramente criticada pela doutrina,² razão de termos mudado a roupagem para **colaboração premiada** (Lei n. 12.850, de 2.8.2013, Cap. II, Seção I, art. 3º-A ao art. 7º), mas mantendo a ideia pragmática e utilitária de punir.

Foi a Lei n. 9.099, de 26.9.1995 quem veio a regular o art. 98, inc. I, da Constituição Federal, prelecionando sobre ela Luiz Flávio Gomes:

A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, está evidentemente inspirada neste modelo político-criminal 'consensuado'. Desde seu art. 2º ficou enfatizado que o processo, nas infrações de pequeno ou médio potencial ofensivo (que a própria lei encarregou-se de delimitar), além de sua simplicidade, oralidade, economia processual, celeridade, deve buscar, sempre que possível, a **conciliação** ou a **transação**. O que se depreende desse dispositivo legal, desde logo, é não só uma nova e revolucionária forma de realizar o valor 'justiça', senão sobretudo que 'conciliação' não é exatamente a mesma coisa que 'transação'. A lei especifica as duas vias como apropriadas para se alcançar a celeridade, simplicidade etc. São conceitos distintos e sumamente relevantes para a interpretação de vários outros dispositivos da mesma lei. Como veremos oportunamente, a conciliação é gênero que comporta duas espécies: composição civil e transação".³

A Lei n. 9.099/1995 instituiu as seguintes possibilidades de acordo: composição civil dos danos (arts. 72-74); transação (art. 76); e suspensão condicional do processo (art. 89). Mas, com alcance restrito às infrações criminais de menor potencial ofensivo (todas as contravenções e crimes com penas máximas cominadas de 2 anos – art. 61).

Tentando estabelecer um direito processual negocial mais abrangente, inspirado em países mais desenvolvidos do que o Brasil, o Conselho Nacional do

² Um exemplo dessas severas críticas consta de: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a Lei 8.072/1990. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 317-320.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*: Lei n. 9.099, de 26.9.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

Ministério Público instituiu o acordo de não persecução penal ao editar a Resolução n. 181, de 7.8.2017, que dispôs:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

§ 2º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado.

§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deverão ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 4º É dever do investigado comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 5º O acordo de não-persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 6º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 7º O descumprimento do acordo de não-persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 8º Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a Instituição.

Esse artigo foi modificado pela Resolução n. 183, de 24.1.2018. Não apresentaremos a nova redação porque o nosso objeto de estudo é o previsto em lei, até porque é inconstitucional disciplinar matéria processual e, especialmente, material criminal por meio de resolução. Nesse sentido o TJDF publicou:

Juiz rejeita homologação de acordo cujo tema é objeto de ADI

O juiz substituto da Vara Criminal e Tribunal do Júri de Águas Claras rejeitou acordo de não persecução penal, formulado pela Promotoria do Ministério Público daquela Circunscrição - por meio do qual, cumpridas as condições pelo investigado, a ação é arquivada - e suscitou conflito de atribuições. A questão ainda encontra-se pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 5.790 e 5.793).

O Ministério Público pactuou, com investigados de três diferentes ações relativas a delitos de furto, acordos de não persecução penal, com base no art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017. Os acordos consistiam na prestação de 60 horas de serviço à comunidade pelo período de até seis meses, findo o qual, cumpridas as condições, o MP promoveria o arquivamento da investigação.

Sobre a questão, magistrado registrou: "A despeito da necessidade de aprimoramento do sistema punitivo brasileiro, inclusive o sistema carcerário, processual penal e penal, a Resolução CNMP n. 181/2017, segundo minha compreensão, além de não atingir os propósitos a que se dispõe, viola diversas e inúmeras normas constitucionais e legais, motivo por que não me alinho à solução proposta pelo Conselho, e, por isso mesmo, deixarei de homologar os acordos de não persecução penal a mim distribuídos".

Motiva ainda a rejeição dos acordos, segundo o juiz, o fato de que "a Resolução CNMP n. 181/2017:

(i) não atinge o sistema prisional brasileiro e, por isso mesmo, não tem nenhuma aptidão para minorar o "estado de coisas inconstitucional" reconhecido pelo STF na ADPF 347 - MC;

(ii) vulnera o postulado da legalidade aplicado à Administração Pública e ao Ministério Público (art. 5º, inciso II, CF/88; art. 5º, inciso I, alínea "h" da LC n. 75/1993);

(iii) extrapola o poder normativo atribuído constitucionalmente ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal) e invade a competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal);

(iv) afronta o devido processo legal, o postulado do juiz natural e a reserva de lei para estabelecer penas e regular sua individualização (art. 5º, incisos XXXIX, XLVI e LIII, CF/88);

(v) subtrai o direito de todo cidadão ajuizar ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, inciso LIX, CF; art. 29, CPP); (vi) afronta o princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 42, CPP; art. 3º, alínea "d", da Lei Complementar n. 75/93)".

Assim, o magistrado negou a homologação dos acordos pactuados, reconhecendo a inconstitucionalidade e a ilegalidade de todo o art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, e oficiando ao relator das citadas ADIs, bem como ao ministro presidente do STF, para adoção de eventuais medidas.⁴

O acordo de não persecução criminal tem uma parte material, visto que gera a extinção da punibilidade. Por isso, em tese, não poderia ser regulado por norma infralegal. De todo modo, a abertura a uma ampliação do direito processual negocial, visto que a Lei n. 13.964/2019 consagrou o referido acordo.

2. Requisitos para o Acordo de Não Persecução Penal

A Lei n. 13.964/2019, segundo a sua ementa "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal". Ela foi publicada em edição extra da Seção 1 do Diário Oficial da

4 BRASIL. TJDF. Imprensa. Notícias. Mai2019. Processos n. 2017.16.1.006969-8; 2017.16.1.004423-0; e 2018.16.1.004163-0. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/juiz-rejeita-homologacao-de-acordo-cujo-tema-e-objeto-de-adi>>. Acesso em: 28.10.2020, às 12h11.

União, na mesma data da sua sanção, ou seja, 24.12.2019, uma espécie de “presente de natal ao povo brasileiro”.

O art. 3º da Lei n. 13.964/2019 trouxe alterações para o Código de Processo Penal, acrescentando o art. 28-A nele, da seguinte maneira:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Conforme e extrai do *caput* do art. 28-A, é evidente o processo negocial, visto que se trata de um acordo a ser proposto pelo Ministério Público. O cumprimento das condições impostas no acordo, algumas como efetivas penas, haverá extinção da punibilidade (§ 13).

Muitos têm denominado o acordo de não persecução criminal de *plea bargain*, o que tem sido veiculado na imprensa nacional.⁵ No entanto, não pode se confundir com o *plea bargain* porque tal instituto significa:

⁵ MORENO, Ana Carolina. Entenda o que é o “plea bargain”, instrumento jurídico americano que está no pacote anticrime de Sérgio Moro: Nova modalidade de negociação, na qual o acusado pode confessar o crime em troca de não se submeter ao processo judicial e, assim, receber uma pena mais branda, foi incluída no pacote de

O *plea bargaining* é instituto de origem na *common law* e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

Não há essa possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. O réu no sistema norte-americano pode confessar ou não confessar. Se confessar, pode reivindicar a negociação ou não. Quando faz o pedido de negociação é que ocorre o *plea bargaining*.⁶

A adoção do princípio de não culpabilidade na Constituição Federal, art. 5º, inc. LVII, inviabiliza que o Juiz possa sentenciar só com base na confissão do acusado, como possibilita a *plea bargain*. Por isso, explica Guilherme de Souza Nucci:

É indiscutível ter sido perspicaz, não nomeando esse novo instituto de *plea bargain*, conferindo-lhe o caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal, pois seria questionada a sua constitucionalidade.⁷

Não podemos nos olvidar que o devido processo legal tem o *status* de constitucional direito individual fundamental (Constituição Federal, art. 5º, inc. LIV), razão pela qual, o descumprimento do acordo ensejará o oferecimento da denúncia e o regular processo criminal (CPP, art. 28-A, § 10).

Já mencionamos a Lei n. 9.099/1995 anteriormente, eis que o estudo do acordo de não persecução criminal será indissociável das formas negociais de solução de conflitos criminais ali previstos, a saber: transação e suspensão condicional do processo. Porém, não podemos confundir o nosso Direito com o estrangeiro, sendo que o articulista afirma:

medidas anticrime anunciado nesta segunda-feira (4). globo.com. G1. 5.2.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/05/entenda-o-que-e-o-plea-bargain-instrumento-juridico-americano-que-esta-no-pacote-anticrime-de-sergio-moro.ghml>>. Acesso em: 28.10.2020, às 14h15.

6 GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por “plea bargaing”? Jusbrasil. Artigos. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924834/o-que-se-entende-por-plea-bargaining>>. Acesso em: 28.10.2020, às 14h25.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 60.

No Brasil, em nenhuma lei adotamos um sistema puro. O CP adota um sistema semelhante ao *sursis* na execução condicional da pena, mas dele se diferencia porque se mantêm os efeitos da condenação. A Lei n. 9.099/1995 prevê a suspensão condicional do processo, sendo semelhante ao *probation*. Todavia, dele diferencia-se porque o momento adequado para a suspensão é logo depois do recebimento da denúncia, não havendo a necessidade da instrução, como ocorre no *probation*. Outrossim, não há confissão de culpa, portanto, não há pena sem sentença, como ocorre naquele sistema. De qualquer forma, a expressão que vem sendo largamente utilizada pelos Tribunais, inclusive pelo STF (*sursis processual*), distancia-se em muito do sentido do instituto.⁸

O *probation* deu bases ao *plea bargain*. De todo modo, não podemos admitir a constitucionalidade de tais institutos em nosso meio, visto que não pode haver culpa sem processo e pena sem culpa.⁹

Elogiamos a nova redação porque aquela lei não menciona a solução no caso de recusa imotivada do Ministério Público de propor os benefícios mencionados. No caso do novo acordo, a lei previu, a solução no § 14, transcrito, que é a mesma adotada pela jurisprudência para a recusa imotivada do Ministério Público de propor a suspensão condicional do processo (Supremo Tribunal Federal, Súmula n. 696).

2.1 Objetivos

São requisitos objetivos do acordo de não persecução criminal:

a) *existência de procedimento investigatório*: inquérito policial ou procedimento oficial instaurado pelo Ministério Público;

b) *não ser o caso de arquivamento dos autos*: estando presentes os indícios de autoria, prova da materialidade e alguma prova da sua ilicitude, da culpabilidade e punibilidade;

8 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-76.

c) *cominada pena mínima inferior a 4 anos*: devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição da pena (§ 1º);

d) *crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*: a violência impeditiva do acordo é a da conduta, não a do resultado. Assim, o homicídio culposo admite o acordo;

e) confissão formal e circunstanciada do crime: a Resolução n. 181/2017 exigia o registro pelos meios ou recursos de gravação audiovisual para maior fidelidade das informações.¹⁰

Por via inversa, podemos verificar outros requisitos objetivos no § 2º do art. 28-A do CPP, eis que não caberá o benefício: **(a)** se for cabível a transação, na forma do art. 76 da Lei n. 9.099/1995; **(b)** se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; **(c)** ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; **(d)** nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O § 1º corrige uma distorção sumulada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, este articulista sustenta:

Observe-se o que dispõe a Súmula 723 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.” No mesmo sentido há a Súmula n. 243 do STJ. Considero essa visão absurda.

O cerne da súmula transcrita está em proibir a suspensão do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 ao acusado de crime a que a pena aplicável seja, *in concreto*, sempre superior a um ano. De referida suspensão trataremos ainda nesta seção, mas o mesmo raciocínio aplica-se à transação. Daí o estudo neste momento.

A transação é possível na hipótese de crime de menor potencial ofensivo, sendo que o concurso de crimes não alterará a

¹⁰ O que se expôs sobre tais requisitos consta de: CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 128-129.

natureza do delito. Assim, mesmo que haja mais de um crime, cujo somatório das penas ultrapasse um ano, não se poderia obstar a transação com base neste único motivo.¹¹

Espera-se que aquilo que consta da nova lei conduza à correção do equívoco contido nas Súmulas n. 723 e 243, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não somente a elevação concreta possível deverá ser levada em consideração, mas também as causas de diminuição de pena.

2.2 Subjetivo

Extrai-se do *caput* do art. 28-A do CPP que a proposta de acordo de não persecução penal será feita desde que ele seja "*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*". Esse requisito é subjetivo, indicativo do mérito do beneficiário do benefício.

A decisão de não propor o acordo de não persecução criminal, quando presentes os requisitos objetivos para a sua concretização, deverá ser fundamentada.

Acerca da transação, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995 a jurisprudência passou a entender ser *discricionariade* do Ministério Público. Porém, a *discricionariade* não pode ser confundida com *arbitrariade*. Essa *discricionariade* deverá estar vinculada aos seus motivos determinantes.

Fazendo uma analogia com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa, Sidio Rosa de Mesquita Júnior, apresenta requisitos objetivos e o subjetivo "o mérito (antecedentes, conduta social etc.) seja indicativo de que a substituição é suficiente para os fins do Direito Criminal".¹² Veja-se o que preceitua o art. 44 do Código Penal: "III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

Embora o art. 28-A do CPP tenha sido mais enxuto em relação a tal requisito, nada obstará que, fundamentadamente, o Ministério Público se recuse a oferecer a proposta, mesmo quando presentes os requisitos objetivos.

3. Momento Adequado

¹¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 150.

¹² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 439.

Por momento adequado, deve-se entender o momento processual. No entanto, ensina João José Leal:

A interpretação gramatical ou literal, portanto, representa o primeiro momento do processo dialético e integral que objetiva fixar o campo de abrangência do verdadeiro Direito Penal contido na lei escrita. No entanto, sendo um processo multiprocedimental, a atividade interpretativa não se esgota ou termina nessa primeira fase.¹³

Poderíamos falar de forma simplista que o momento adequado é anterior ao oferecimento da denúncia. Mas, questões do Direito intertemporal, bem como desclassificações podem trazer a oportunidade para a medida despenalizadora instituída pelo art. 28-A do CPP, razão de avançarmos na discussão.

3.1 No Código de Processo Penal

Carlos Maximiliano nos ensina que o brocardo *in claris cessat interpretatio* há muito se encontra significativamente mitigado. Aliás, sobre esse brocardo, diz ser “afirmativa sem nenhum valor científico, ante as ideias triunfantes na atualidade”.¹⁴ É com esse sentimento que estenderemos um pouco mais a nossa análise acerca dos requisitos objetivos para a realização do acordo de não persecução penal.

Pelo que se extrai do *caput* do art. 28-A do CPP, concluída a investigação criminal, seja por inquérito policial, procedimento do Ministério Público ou qualquer outro que evidenciem possível crime com pena mínima inferior a 4 anos, não sendo o caso de arquivamento, poderá o Ministério Público, ao contrário de oferecer denúncia, fazer a proposta do acordo de não persecução criminal. Esse é o momento ideal, isso nos termos da literalidade do CPP.

Acerca do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o CPP prevê que, no caso de desclassificação própria ou imprópria,¹⁵ o Juiz proferirá a sentença e, em sendo o caso, aplicará a fase preliminar do procedimento sumaríssimo, *in litteris*.

¹³ LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 112.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.000. p. 33.

¹⁵ SOUSA, Áura Maria Ferraz de. O que se entende por desclassificação própria e desclassificação imprópria? Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924899/o-que-se-entende-por-desclassificacao-propria-e-desclassificacao-impropria>>. Acesso em: 30.10.2020, às 13h50:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

.....

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O Código de Processo Penal, disciplinando a *emendatio libelli*, dispõe:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Observe-se que o CPP para todos os procedimentos, admite a aplicação da Lei n. 9.099/1995 na hipótese de *emendatio libelli* em que a nova pena mínima seja igual ou inferior a um ano (§ 1º). Embora o código seja silente, a mesma regra será aplicável na hipótese de *mutatio libelli* (CPP, art. 384). Essa é a única interpretação lógica ou sistemática possível.

A **desclassificação própria** se dá quando, em plenário, os jurados consideram que o crime não é da competência do Tribunal do Júri, sem especificar qual é o delito. Neste caso, o juiz presidente assume total capacidade decisória para julgar a imputação, podendo inclusive absolver o acusado. Exemplo: os jurados negam ter havido intenção de matar (*animus necandi*). Nesse caso o julgamento passa para o juiz presidente, que dará a devida classificação jurídica aos fatos (lesão corporal culposa, perigo de vida etc.).

A **desclassificação imprópria**, por sua vez, ocorre quando os jurados reconhecem sua incompetência para julgar o crime indicando qual teria sido o delito praticado. Nesta hipótese, o juiz presidente é obrigado a acatar a decisão dos jurados, condenando o acusado pelo delito por eles indicado. Exemplo: os jurados desclassificam o crime doloso (contra a vida) para crime culposos (homicídio culposo). Essa desclassificação vincula o juiz, que não pode decidir de forma distinta (dando outra classificação).

É sabido que no procedimento dos crimes dolosos contra a vida existirão duas fases, a saber: **(a)** *judicium accusationis* (juízo de acusação), na qual se verificará a existência de elementos mínimos para remeter os fatos para julgamento perante o juízo constitucionalmente competente para julgamento de tais crimes, o júri; **(b)** *judicium causae* (juízo da causa), a qual se caracterizará pela preparação do tribunal do júri e o julgamento em plenário.

Transcrevemos o art. 492 do CPP, que versa sobre o momento final do *judicium causae*, de onde se extrai expressamente a aplicação dos benefícios despenalizadores da Lei n. 9.099/1995. Ora, outra não pode ser a interpretação lógica quanto à incidência do art. 28-A do CPP no caso de *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e desclassificação (própria ou imprópria).

Ao final do *judicium causae*, segundo o CPP, o Juiz da Vara do Tribunal do Júri poderá: **(a)** pronunciar o acusado na forma do art. 413; **(b)** impronunciar o acusado, *ex vi* do art. 414; **(c)** absolver sumariamente, conforme art. 415; **(d)** proceder à *emendatio libelli* (art. 418); **(e)** por fim, na forma do art. 419, poderá desclassificar para crime diverso de crime contra a vida.

Por oportuno, não nos olvidemos que o verbete da Súmula n. 337 do Superior Tribunal de Justiça estabelece: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”. Por analogia, entendemos que, nas hipóteses das alíneas **d** e **e** poderá incidir o acordo de não persecução penal, ao exemplo de hipóteses expressamente previstas pelo CPP da aplicação da Lei n. 9.099/1995.

Problema maior pode surgir na aplicação intertemporal da norma mista. Ela tem conteúdo processual e, também, material. Como o acordo não gerará maus antecedentes e será causa da extinção da punibilidade (CPP, art. 28-A, §§ 12 e 13), é eminentemente material, merecendo retroatividade benéfica, o que tem o nível de direito individual fundamental (Constituição Federal, art. 5º, inciso LX).

3.2 Ações em Curso no Momento do Início da Vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal

Trataremos doravante de dois casos concretos. Mas, como o art. 234-B do Código Penal estabelece o segredo de justiça para os crimes contra a dignidade sexual, de um deles falaremos menos, a fim de evitar a violação do referido preceito legal. Mas, fui Advogado do acusado, portanto, respeitando a sua dignidade, apresentarei alguns detalhes.

No Processo n. 0703555-18.2019.8.07.0011, um rapaz foi acusado da prática do crime do art. 215-A. Narra a denúncia:

No dia 07 de dezembro de 2018, entre 21h e 23h10min, no interior de um veículo, que fazia o deslocamento entre o Núcleo Bandeirante e o Gama, o denunciado, voluntária e conscientemente, praticou contra XXX, sem a anuência desta, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Nas circunstâncias de tempo e local acima descritas, a vítima, o denunciado e outros colegas de trabalho voltavam de uma confraternização, na qual houve o consumo de bebidas alcoólicas. A vítima estava no banco detrás do veículo, onde também se encontravam o denunciado e outras pessoas.

Durante o percurso, a vítima dormiu, tendo o denunciado esticado o braço e colocado sua mão entre os seios da vítima, a qual acordou e questionou o que estava acontecendo, mas o denunciado agiu como se nada tivesse ocorrido.

Posteriormente, a vítima dormiu de novo, após o que o denunciado, mais uma vez, esticou o braço e colocou sua mão na genitália da vítima, por dentro da calça dela, tendo a vítima novamente acordado e, percebendo o abuso, enviando uma mensagem para outro colega de trabalho, YYY, via WhatsApp, informando a situação. YYY telefonou para ZZZ, que se encontrava no banco da frente do mesmo veículo, que passou a conversar também por mensagens com a vítima.

Prints das mensagens de WhatsApp encontram-se juntados às f. 33-35 e 42-50.

Diante do exposto, estando o denunciado incurso nas penas do artigo 215-A do Código Penal (importunação sexual), requer o MINISTÉRIO PÚBLICO o recebimento da presente denúncia, para que seja determinada a sua citação, a fim de que o denunciado seja processado e condenado, inclusive à reparação de eventuais danos sofridos pela vítima. Pugna, outrossim, pela notificação das pessoas ao final arroladas, para que digam, em Juízo, acerca da imputação ora deduzida. (id. 52020467).

Em resposta à acusação, o réu sustentou:

1. A defesa técnica está ciente de que tem o dever de boa-fé e lealdade no curso do processo, sendo que seria temerário o pedido de absolvição com espeque em algum dos incisos do art. 397 do CPP.
2. O defendente é uma boa pessoa, sabe ser vítima de sentimentos abjetos de XXX, sua ex-colega de trabalho, que – sem manifestar qualquer reprovação à sua conduta, no dia dos fatos, telefonou para um ex-namorado, YYY, para relatar suposta importunação sexual.
3. Depois de se despedir normalmente do acusado, no dia dos fatos, sem que ele tenha qualquer notícia de qualquer descontentamento com a sua postura, iniciou-se o presente processo kafikiano, o qual teve como ponto inicial do infortúnio do requerente, a dispensa sem justa causa do seu emprego. Foi quando, pela primeira vez ouviu boatos sobre os supostos fatos da denúncia.
4. Toda situação é lamentável, mas o requerente sabe dos riscos, do valor probatório privilegiado da palavra da suposta vítima e da existência de outras pessoas estavam bêbadas, mas que – absurdamente, falam em seu desfavor. Veja-se que o BBB (telefone 61-...4211), também ex-colega do requerente, que estava ao seu lado, por mais que estivesse bêbado, jamais ouviu tal versão dos fatos por parte da suposta vítima, presenciou qualquer comportamento da mesma durante o deslocamento de carro que levasse a crer que tais fatos tivessem efetivamente se concretizado.
5. Desde já, diante de tamanho infortúnio, até porque o simples registro do inquérito policial no Sistema Nacional de Identificação Criminal (SINIC) do Instituto Nacional de Identificação (INI), já o prejudiquem significativamente, eis que aprovado em concurso público da Polícia Militar do Distrito Federal, o requerente manifesta que aceitará a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099, de 26.9.1995, art. 89) noticiada no id. 52147568).

6. No caso de entrada em vigor da Lei n. 13.964, de 24.12.2019, o acordo de não persecução penal será norma de conteúdo material (extinção da punibilidade), haja vista não se registrar o recebimento da denúncia e – como norma despenalizadora – estará sujeita à retroatividade benéfica, razão de, desde já, requerer a oitiva do *parquet*, porque se for o caso de se firmar tal acordo – apenas para evitar o processo – o requerente confessará o suposto crime.

Ante o exposto, requer a remessa dos autos ao MPDFT para falar sobre o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, a entrar em vigor no dia 22.1.2020), determinando-se o cancelamento do registro de existência da presente ação criminal no SINIC, sendo que a determinação de audiência de suspensão condicional do processo, em face da inovação legislativa, *permissa venia*, não poderá ser automática, ao contrário do que consta do id. 52147568. No caso de eventual desenvolvimento do processo, requer a intimação e oitiva da testemunha que arrola abaixo. (id. 53536156)

Veja-se que a resposta à acusação foi protocolada no dia 14.1.2020, antes, portanto, da entrada em vigor do novo art. 28-A do CPP. Então, o juízo criminal resolveu ouvir o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em 27.1.2020, quando a Lei n. 13.964/2019 já estava em vigor, expôs:

Trata-se de preliminar em resposta à acusação apresentada por AAA (ID 53536156), denunciado como incurso nas penas do art. 215-A do Código Penal (ID 52020467).

Requer o acusado que o MINISTÉRIO PÚBLICO se manifeste acerca do cabimento de Acordo de Não Persecução Penal no caso em comento, em face da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao Código de Processo Penal - CPP. Segundo a Defesa, o dispositivo legal pode ser aplicado de forma retroativa.

Compulsando os autos, verifica-se que **assiste razão à defesa**, bem como **é o caso de oferecimento do benefício legal pleiteado**. Senão vejamos:

Consta dos autos que o crime foi praticado no dia 07 de dezembro de 2018, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n.

13.964/2019, o que importa afirmar que a previsão legal, no caso em comento, dever ser aplicada retroativamente.

Com efeito, percebe-se do teor do art. 28-A do CPP que se trata de norma processual penal material, ou seja, embora seja uma norma de contexto processual penal, tem reflexos na seara do direito penal, constituindo-se um instituto híbrido.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, são normas processuais penais materiais “aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual têm forte conteúdo de Direito Penal. (...)”.¹⁶

Registre-se que se aplica à novatio legis em análise o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF em relação aos institutos da Lei n. 9.099/95, mais especificamente o conceito de infração de menor potencial ofensivo e transação penal, que têm natureza mista.

Em casos tais, o STF entendeu que a então novel legislação fosse aplicada retroativamente, porquanto mais benéfica (na parte material), imediatamente aos processos em curso (princípio da imediatidade da norma processual).

Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.”

(ADI 1719/DF - DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJE-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007)

Anota-se que, embora no caso em comento já se tenha recebido a denúncia (sem constar sentença), isso não obsta que o acordo de não persecução penal possa ser oferecido, uma vez que salta aos olhos que a Lei n. 13.964/2019 não adotou a “teoria do isolamento das fases processuais”.

A regra, em se tratando de norma processual, é a aplicação imediata da nova lei aos feitos em curso (*tempus regit actum*). De forma excepcional, a nova lei processual pode, desde que haja disposição expressa, ser aplicada apenas aos feitos em curso mas com fase postulatória já encerrada (sistema do isolamento das fases processuais) ou com atos processuais já praticados (sistema do isolamento dos atos processuais).

Como a *novatio legis* em questão não consagrou nenhuma exceção explícita, ela pode ser imediatamente aplicável, de acordo com o teor do art. 2º do CPP, inclusive aos feitos com denúncias já recebidas.

Por outro lado, evidencia-se que o acusado preenche os requisitos legais constantes do art. 28-A do CPP, como o fato de o crime ser praticado sem violência ou grave ameaça e ter pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Ademais, o caso não se enquadra nas vedações constantes do § 2º do dispositivo legal em análise.

Quanto à exigência de o acusado confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal, isso poderá ocorrer na audiência a ser oportunamente marcada.

Diante do exposto, **pugna o MINISTÉRIO PÚBLICO pelo DEFERIMENTO do pleito defensivo, uma vez que na matéria**

em comento consta norma material mais favorável ao acusado, que deve retroagir para beneficiá-lo.

Para tanto, deve-se tornar sem efeito a designação de audiência para suspensão condicional, requerendo o MINISTÉRIO PÚBLICO nova vista dos autos para o oferecimento de proposta de Acordo de Não Persecução Penal ao acusado AAA, nos termos do art. 28- A do Código de Processo Penal. (id. 54519006)

Em audiência virtual, realizada no dia 28.5.2020, o acordo de não persecução criminal se concretizou, com confissão formal do acusado (id. 64279075). Ele, que entende ser a acusação esdrúxula, pois estava à esquerda do banco traseiro de um VW/Fox, enquanto a suposta vítima estava à direita, com duas pessoas entre os envolvidos, foi obrigado a confessar. De todo modo, a *novatio legis in melius* foi aplicada para beneficiar o acusado.

3.3 Acordo Após a Sentença Condenatória Recorrível

No Processo n. 0723500-21.2019.8.07.0001, um rapaz foi acusado de três crimes, a saber: art. 14 da Lei n. 10.826/2003; e arts. 147 e 345 do Código Penal, os quais teriam sido perpetrados no dia 27.5.2019. A denúncia foi oferecida no dia 13.8.2019 (id. 42163798) e recebida na mesma data (id. 42208069).

A defesa técnica, exercida por nós, em resposta à acusação, em 4.9.2020, sustentou a ilegitimidade do MPDFT para o oferecimento da denúncia pelo crime do art. 345 do Código Penal, sem violência real contra pessoa (id. 43912378). O MP se insurgiu contra tal resposta (id. 44206933). No entanto, o juízo acolheu a alegação de ilegitimidade de parte e, na fase do art. 397 do CPP, rejeitou a denúncia com fulcro no art. 395, inc. II, do mesmo *codex*, prosseguindo a denúncia quanto aos outros 2 crimes (id. 44602459).

O MPDFT, em 13.11.2019, inovou ao propor a transação quanto à ameaça e pedir a condenação quanto ao crime de porte de arma (id. 49871019), o que contraria a jurisprudência, uma vez que o somatório das penas máximas, para os tribunais, ultrapassando 2 anos, impedirá a transação do art. 76 da Lei n. 9.099/1995. De todo modo, aceitamos a referida proposta de transação e, pedindo, a desclassificação do art. 14 para o art. 12 da Lei n. 10.826/2003 pedimos a suspensão condicional do processo, alargando a inovação iniciada pelo Membro do PMDFT (id. 50850567).

Em 2.12.2019 foi proferida sentença para condenar o acusado como incurso “nas penas do artigo 14 da Lei n. 10.826/03 e ABSOLVÊ-LO da imputação relativa ao

artigo 147 do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII do CPP" (id. 51204447). Dela, o MPDFT não recorreu. Apelamos (id. 8.12.2019 (id. 51762534), apresentando razões de apelação, em 14.1.2020, pedindo: **(a)** absolvição por atipicidade da conduta; **(b)** incidência do princípio da insignificância; **(c)** subsidiariamente, desclassificação do crime de porte para o de posse de arma de fogo; e **(d)** suspensão condicional do processo (id. 14010756).

O processo, a requerimento do MPDFT, foi baixado à primeira instância. Então, com a publicação da Lei n. 13.964/2019, em 1.3.2020, requeremos o acordo de não persecução penal expondo:

Da oportunidade para incidência do princípio da adaptabilidade

1. Acusado inicialmente da prática de 3 crimes (ameaça, exercício arbitrário pelas próprias razões e posse irregular de armas), a denúncia foi rejeitada quanto ao crime de exercício arbitrário pelas próprias razões por ilegitimidade ativa do MPDFT para propositura da ação.

2. Esse juízo, corretamente, absolveu o requerente do crime de ameaça, mas o condenou pelo crime de porte de arma, tendo ele interposto apelação e, em sede de manifestação do MPDFT, o mesmo requereu diligências, tendo os autos retornado a esse juízo.

3. Ocorre que os fatos datam de 27.5.2019 e, em 23.1.2020, entrou em vigor o Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 24.12.2019), que instituiu o acordo de não persecução penal, instituto de conteúdo material decorrente da *novatio legis in mellius*. Emerge, portanto, a oportunidade para efetivar o princípio da adaptabilidade, sobre o qual ensina Cândido Rangel Dinamarco:

...o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da adaptabilidade. É indiscutível que tal princípio tem aplicação constante na experiência empírica dos juízos, uma vez que não é sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais disciplinadoras de todos pormenores da atuação processual de todos os sujeitos. O que varia é o grau de plasticidade desse arcabouço, que deve ser o mais elevado possível para permitir

*que pelos atos e fases do procedimento flua com eficiência e celeridade o exercício correto da jurisdição, da ação e da defesa.*¹⁷

4. Dinamarco cita Calamandrei, que assim preleciona:

*...Aqui basta observar que nesta distribuição se manifesta melhor o constante propósito de toda reforma de construir o processo não como um esquema rígido no qual as energias se percam inutilmente sem servir para a finalidade, senão como um mecanismo sensível e adaptável a todas as exigências, no qual o órgão julgador possa facilmente, também no curso do mesmo grau do processo, mudar a estrutura segundo as necessidades da causa, de maneira que possa oferecer às partes, nas várias fases das quais o processo se compõe, as qualidades que sirvam melhor para obter as finalidades próprias daquele momento.*¹⁸

5. Vê-se que o requerente deve ser beneficiado, não obstante haja sentença condenatória, visto que ela não transitou em julgado e os autos se encontra nesse Juízo, o qual é o competente para a homologação do acordo, até porque ele antecede o recebimento da denúncia.

Da presença dos requisitos para o acordo de não persecução penal

6. Com efeito, percebe-se do teor do art. 28-A do CPP que se trata de norma processual e material, ou seja, embora seja uma norma de contexto processual, tem reflexos na seara do direito material criminal, constituindo-se um instituto híbrido.

7. O requerente jamais negou ter saído do apartamento e andado poucos metros (aproximadamente 3) com o revólver calibre .38 de propriedade do seu convivente. Assim, confessou

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 290.

18 CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 303.

o suposto crime, tendo se insurgido contra a sentença condenatória por erro de proibição invencível.

8. Não se pode negar o conteúdo material da norma que gera extinção da punibilidade pelo acordo, sendo o caso de fazer o art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, para fazer incidir o art. 28-A do CPP ao caso vertente. Sobre tal espécie de norma, leciona Nucci:

Existem, no entanto, as denominadas normas processuais penais materiais, que são normas processuais, mas com reflexo direto no contexto penal. Noutras palavras, a aplicação de determinada norma processual pode afetar, de maneira certa, o direito de punir do Estado ou alterar o status de liberdade do indivíduo. Nessas hipóteses, não se pode considerá-las meras e singelas normas tutoras de processo, visto representarem virtuais textos de direito penal, embutidos em cenário processual.

Qualquer norma processual penal, que, aplicada, permita o desencadeamento da extinção da punibilidade do agente, instituto de direito penal, conforme se vê do art. 107 do Código Penal, é material. Isto significa que se submete ao rigor do princípio da retroatividade da lei penal benéfica, algo natural e lógico, diante de sua ligação direta com o interesse punitivo estatal.¹⁹

9. O requerente é primário e tem bons antecedentes, também, é pessoa trabalhadora, que pretende viver sua vida sem maiores contratempos, embora saiba das dificuldades que enfrenta e que enfrentará por amar e viver união estável com homem.

10. A Lei n. 9.099, de 26.9.1995, que instituiu um novo modelo de justiça criminal no Brasil, prestigiando a consensualidade em desprestígio da repressão, provocou eloquentes discursos, como o de Luiz Flávio Gomes, em favor da transformação "Da

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis processuais penais materiais. 1.8.2015. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/dicas/leis-processuais-penais-materiais>>. Acesso em: 1.3.2020, às 16h44.

justiça criminal conflitiva à justiça criminal consensuada”.²⁰ Naquela ocasião, houve relutância de alguns retrógados aplicadores da lei, o que levou a matéria ao STF, que decidiu:

EMENTA: *PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.*²¹

11. Antes mesmo de ter o STF decidido, o subscritor já alertava para o fato de que normas de conteúdo material da Lei n. 9.099/1995 deveriam ser aplicadas retroativamente e, inclusive, no tocante às inovações trazidas pela Lei n. 10.259, de 12.7.2001, que ampliou o conceito de infração criminal de menor potencial ofensivo.²² Ora, sem dúvida, normas processuais de conteúdo material são retroativas.

12. Não se pode dizer preclusa a oportunidade porque a regra da imediatidade da norma processual, de forma excepcional, a nova lei processual pode, desde que haja disposição expressa,

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Suspensão condicional do processo: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.9.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-27.

²¹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI 1.719-DF. Rel. Joaquim Barbosa. Julgamento, 18.6.2007. DJe 72, de 2.8.2007, publicado em 3.8.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1719%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1719%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a49tv53>>. Acesso em: 1.3.2020, às 17h19.

²² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 75-78.

ser aplicada apenas aos feitos em curso mas com fase postulatória já encerrada (sistema do isolamento das fases processuais) ou com atos processuais já praticados (sistema do isolamento dos atos processuais).

13. A Constituição Federal não criou restrições, não sendo adequado pretender limitar a retroatividade material benéfica da Lei n. 13.964/2019, incidente ao caso vertente para manter o *status libertatis* e de inocência do requerente.

14. Como a *novatio legis* em questão não consagrou nenhuma exceção explícita, ela pode ser imediatamente aplicável, de acordo com o teor do art. 2º do CPP, inclusive aos feitos com denúncias já recebidas e, até mesmo, com sentenças recorríveis, como é o caso vertente, no qual o processo continua em sede recursal.

15. Por fim, evidencia-se que o requerente preenche os requisitos legais constantes do art. 28-A do CPP. Com efeito, é acusado de crime de perigo abstrato, portanto, sem violência ou grave ameaça contra pessoa e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Outrossim, o caso não se enquadra nas vedações constantes do § 2º do dispositivo legal nupercitado.

Do pedido

Ante o exposto, requer sejam os autos encaminhados ao MPDFT para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e, quiçá, que sobrevenha a audiência para a concretização do mesmo. (id. 14627274)

Em 10.3.2020, acolhendo a jurisprudência, no sentido de que o acordo de não persecução penal é realizado em primeira instância, insistimos no pedido (id. 14831962). Ocorre que o MPDFT opinou contrariamente ao acordo e pelo improvimento do apelo (id. 14832459).

O processo foi incluído em pauta e, após dois adiamentos, foi retirado de pauta. Então, reiteramos novamente o pedido de acordo de não persecução penal, expondo:

Da oportunidade para realização do acordo

1. Em 1.3.2020, o apelante requereu o acordo na origem (id. 14627274), isso quando o processo foi baixado em diligência (id. 14481238). O pedido foi reiterado a Vossa Excelência (id. 14831962). Mas, em sede recursal, o MPDFT opinou:

Por fim, quanto ao pedido de celebração de acordo de não persecução penal, entendo não ser cabível na hipótese, uma vez que já houve sentença de mérito, do que se extrai a preclusão da pretensão do apelante. (id. 14832459, p. 5).

2. Conforme fundamentou no seu pedido de id. 14627274, não há que se falar em preclusão, eis que a Lei n. 13.964, de 24.12.2019, é novatio legis in mellius posterior à sentença, proferida em 2.12.2019 (id. 14010742).

A jurisprudência favorável ao acordo

3. Nesse sentido, decidiu o TRF da 4ª Região:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. DELITO DO ART. 334-A, DO CP. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. "NOVATIO LEGIS IN MELLIUS". APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019.

1. Consistindo o acordo de não persecução penal em "novatio legis in mellius", vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo art. 28-A do CPP.

2. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. n. 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ – 5ª Turma).

3. É de ser afastada eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, viabilizando a utilização de

instrumento formulado pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.

4. É permitido ao Tribunal examinar a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal.

5. Constatada pela Corte Recursal a presença dos requisitos objetivos para o acordo de não persecução penal, é de ser determinada a suspensão do processo e da prescrição, e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade de oferta do benefício legal pelo Ministério Público Federal.

6. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.

7. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.

8. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.

9. Questão preliminar apresentada para determinar a suspensão do processo e da prescrição, com a remessa do feito ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP.

4. Noutro julgamento, a mesma turma decidiu:

EMENTA: DIREITO PENAL. CONTRABANDO. CIGARRO. ART. 334-A DO CP. AUTORIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA

23 BRASIL. TRF4. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 5008397-27.2018.4.04.7002. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgamento, em 20.5.2020. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=41590077410680420422740786117&evento=41590077410680420422741836466&key=bf37c17d73f515eae7bac5de6e9233f1d3c415fd4d766de40a7f645a29a85a3c&hash=17c2ad0f0ab8c9b9034838e806fb84e3>. Acesso em: 26.10.2020, às 20h09.

DIVERSA. AUTORIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUITA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA.

1. Por não se tratar de norma penal em sentido estrito, a Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público não fixa normas penais, mas, apenas, procedimentos internos, pelo que não se há de falar em nulidade da ação penal em face da sua não observância previamente à propositura da ação penal.

2. O acordo de não persecução penal consiste em "novatio legis in mellius", vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.

3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. n. 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).

4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. 5. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias.

6. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.

7. *Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.*

8. *Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar.*

9. *Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.*

10. *Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.*

11. *Da negativa de oferecimento do acordo de não persecução penal pelo representante do Ministério Público, cabe recurso do réu ao órgão superior do Órgão, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.*

12. *A exclusão de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa só tem lugar quando restar plenamente retratada situação invencível, para a qual não restasse alternativa senão cometer o crime, o que não se afigura na espécie.*

13. *Solvida a questão de ordem para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 em relação à ÍRIS BAASCH BUSSE, julgando prejudicada a apelação criminal em relação à acusada ÍRIS e negado provimento à apelação criminal quanto à corré SCHEILA e negar provimento à apelação criminal da acusação.²⁴*

24 BRASIL. TRF4. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 5002533-34.2016.4.04.7016. Rel. p/ acórdão João Pedro Gebran Neto. Julgamento, em 13.5.2020. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=41589546349058215218029852295&evento=41589546349058215218031042504&key=4>

5. A matéria é relevante, estando a posição do TJDFT em discussão perante o STF, sendo que no HC 185.913/DF, o Min. Gilmar Mendes expôs:

A Quinta Turma do STJ, consoante se percebe do trecho transcrito a seguir, tem assentado a aplicação do ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia:

“da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)

Já a Sexta Turma tem aceitado a aplicação do ANPP para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação, conforme seguinte trecho:

“o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)25

6. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina está repleto de decisões que entendem oportuno o acordo de não persecução

e593d63d50d1f03fe9e032cd079cf6f122b97c756656c2f41368ec16001b8&hash=339245378feaa9cb2d00f633b48863d1>. Acesso em: 26.10.2020, às 20h32.

25 BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 185.913/DF. Min. Gilmar Mendes, decisão de 22.9.2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>>. Acesso em: 26.10.2020, às 21h13.

penal em processos que estão em segunda instância. No caso vertente, a apelação foi interposta antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, o que torna oportuno o acordo de não persecução penal.

Pedido subsidiário: suspensão do julgamento da apelação

7. Em homenagem à segurança jurídica e à economia processual, eis que evitará recursos, no caso de essa turma estar entendendo estar preclusa a fase do acordo de não persecução penal, esclarece que o mencionado HC 185.913/DF foi afetado ao Plenário do STF, constando da decisão monocrática:

3. Afetação do caso concreto:

Portanto, como afirmado anteriormente, na questão em debate verifica-se a potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial, o que destaca a necessidade de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal.

*Reitera-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é **questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados.***

*Diante do exposto, **remeto o presente “habeas corpus” à deliberação pelo Plenário deste Tribunal.***

Colham-se informações do STJ, do TJDFT e do juízo de origem. Abra-se vista à PGR.26

8. Vê-se que se o entendimento dessa colenda 3ª Turma Criminal for o de estar preclusa a fase de realização do acordo de não persecução criminal, a fim de evitar recursos, será oportuno deixar de incluir o processo em pauta até que o

26 Ibidem.

Plenário do STF decida a matéria, em sede de repercussão geral. (id. 20893734).

Conforme o Ministro Gilmar Mendes demonstrou na decisão monocrática transcrita, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível o acordo até o trânsito em julgado final da condenação. Essa é a interpretação lógica mais razoável. Nessa linha, Renê Beckmann ensina:

Adianta-se que o nosso entender – baseado nas assertivas construídas desde o capítulo anterior – é de que haveria, sim, possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal na fase recursal. Isso na hipótese de, quando da entrada em vigor do Pacote Anticrimes, o processo criminal já estar em sentença penal proferida.

Isso porque não se consegue identificar no Direito Pátrio a existência de algum limitador ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica capaz de gerar a conclusão de que tal princípio limite a retroatividade apenas até a prolação da sentença penal condenatória recorrível.²⁷

No âmbito estadual, diante do elevado número de Estados Federados, por certo o entendimento ainda não está unificado. Porém, em pesquisa feita no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já encontramos recentes decisões que agasalham o entendimento aqui trabalhado.²⁸

4. A Exigência da Confissão e o Seu Desvalor Probatório

Conforme sustentamos nesta pesquisa, não mencionar o *plea bargain* foi uma estratégia para evitar discussões sobre a inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP. Mas, tudo era para ser diferente, visto que o CPP era para instituir o Juiz das Garantias (arts. 3º-A a 3º-F). Com isso, o Juiz da instrução criminal não conheceria das provas da investigação criminal. Mas, em sede de liminar nas Ações Diretas de

27 JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. O acordo de não persecução penal em fase recursal. *Âmbito Jurídico*, em 1.9.2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-fase-recursal/>>. Acesso em: 5.11.2020, à 1h.

28 JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. O acordo de não persecução penal em fase recursal. *Âmbito Jurídico*, em 1.9.2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-fase-recursal/#:~:text=%C3%89%20certo%20que%2C%20na%20hip%C3%B3tese,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>>>. Acesso em: 2.11.2020, às 1h32.

Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro Luiz Fux tornou ineficaz o Juiz das Garantias.

É lamentável que uma liminar concedida *ad referendum* do Plenário, em 22.1.2020, nunca tenha sido levado a ele. Assim, a liminar que suspendeu *sine die* a eficácia dos Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP gera o complicador de o mesmo Juiz que realizar o acordo de não persecução penal acompanhar a instrução e sentenciar.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, que assegura que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, resta violado pela confissão formal, que é requisito para a concretização do acordo em estudo. O pior é o caso de confissão de um dos acusados quando existirem corréus.

Thiago Diniz e Renata Rodrigues afirmam que, em suas pesquisas, perceberam que aproximadamente 35% dos casos de haver concurso de pessoas, a confissão de um deles foi utilizada como prova contra os demais corréus.²⁹

Pedro Monteiro sustenta que a exigência da confissão para a realização do acordo de não persecução criminal é inconstitucional, por violar o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, bem como o art. 8º, § 2º, alínea "g", do Pacto de São José da Costa Rica.³⁰

Um dos réus realizar acordo de não persecução penal, não se poderá confundir a sua confissão com o acordo de colaboração premiada. A confissão do acordo de não persecução criminal não poderá ser valorizada contra os corréus, sob pena de violar o contraditório e a ampla defesa. A colaboração premiada é um acordo que é regulado pela Lei n. 12.850, de 2.8.2013, com procedimento mais complexo do que o simplificado procedimento para o acordo de não persecução criminal.

De outro modo, o réu fazer confissão e, no caso de ser promovida a ação, poderá haver retratação em seu interrogatório e a confissão anterior deverá ser desconsiderada, uma vez que violadora de princípios constitucionais norteadores da processualística criminal.

29 NICOLAI, Thiago Diniz Barbosa; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. O valor das confissões no acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, Opinião, 8.6.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-08/nicolai-ferreira-valor-confissoes-anpp>>. Acesso em: 2.11.2020, às 2h12.

30 MONTEIRO, Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, Opinião, 14.9.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 2.11.2020, às 2h42.

Nos acostumamos a afirmar que a processualística criminal não admite a *confissão ficta*, por exemplo, a confissão da matéria de fato do processo no caso de revelia ou a presunção de culpa pelo silêncio do acusado. Não admitimos a *confissão ficta* porque o processo criminal, esperamos, deve ser orientado pela *verdade material* e, com Ferrajoli, podemos afirmar:

Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.³¹

Na seção destinada a tratar de “O mito e o dogma da verdade real”, Eugênio Pacelli afirma:

Desde logo, porém. um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza *jurídica*.³²

Aury Lopes Jr. procura demonstrar que devemos iniciar a discussão sobre o processo criminal, buscando saber por que ele existe e por que precisamos dele. Para ele, o conflito entre o direito positivo e o direito natural está superado, sendo que, hoje, a resposta passa necessariamente pela eficácia dos direitos fundamentais.³³ É nesse sentido que entendemos que ser necessário, respeitar ao princípio *in dubio pro reo*, pelo qual a dúvida se revestirá em favor do réu. Com isso, afastamos qualquer possibilidade de admissão de confissão ficta na processualística criminal.

Para nós, a confissão isolada, despida de outras provas, não admitirá a condenação. Nesse sentido, já ensinava Mirabete:

Antigamente considerada como a “rainha das provas” (*probatio probatissima*), a confissão não desfruta hoje de tanto prestígio diante do sistema adotado pela nossa legislação, já que todas as provas são relativas, nenhuma delas tendo valor decisivo (Exposição de motivos, item VII). Uma das características da confissão, como prova, é a da relatividade de seu valor. Por isso,

31 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

32 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331.

33 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-60.

o Juiz deve confrontar a confissão com os demais elementos probatórios dos autos para ver se é compatível com estes.³⁴

No mesmo sentido, Tourinho Filho nos alerta:

Todavia todos aqueles que se dedicaram e se dedicam ao estudo das provas no campo do Processo Penal salientam que, muitas vezes, circunstâncias várias podem levar um indivíduo a reconhecer-se culpado de uma infração que realmente não praticou.³⁵

Conforme já exposto nas transcrições das petições orientadoras deste artigo, o acusado do crime contra a dignidade sexual precisava confessar porque é Bacharel em Direito, aprovado em concurso da Polícia Militar do Distrito Federal, pensando na possibilidade de outros concursos públicos. O acusado do outro processo também é Bacharel em Direito e pensa em realizar em concursos públicos. Conforme se vê o disposto no art. 28-A, § 12, do CPP, para os dois acusados, o sigilo sobre o processo é uma forte razão para se pretender o acordo de não persecução penal e, portanto, para realização da confissão exigida por lei.

Eugênio Pacelli e Felix Fischer, comentando o art. 197 do CPP, esclarecem que a retratação do réu durante o interrogatório invalida a confissão da investigação policial.³⁶ O raciocínio seria o mesmo se tivesse sido mantida a regra da reforma de 24.12.2019, afetada por decisão monocrática de um Ministro do STF. De todo modo, a confissão efetivada como única saída para a obtenção de benefício despenalizador, não pode ser valorizada.

Não se olvide de que é “Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado”.³⁷ Eventual propositura da ação condenatória pelos fatos que ensejaram o acordo, a confissão nele entabulada não poderá ter valor probatório, seja contra o réu ou contra corréus.

34 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 540-541.

35 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 291.

36 PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 419-419.

37 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados*: artigo por artigo. e. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 184.

Conclusão

Verificamos que o texto ficou extenso e até poderíamos ter adotado a estratégia de apresentar as petições como apêndice para resumí-lo significativamente. De todo modo, entendemos que muitos esclarecimentos constantes delas são importantes para a fundamentação do que se expõe, razão de ter optado de ter mantido no corpo do texto.

Inicialmente demonstramos que o acordo em matéria criminal evidencia um *direito negocial* e quando esse acordo traz um prêmio, como é o caso da colaboração premiada, será uma espécie daquele, o *direito premial*. Evidenciamos um surgimento tímido até a ampliação com a Lei n. 13.964/2019.

Afirmamos que o acordo de não persecução penal surgiu no sistema normativo brasileiro com a Resolução CNMP n. 181/2017, a qual cedeu lugar à Resolução CNMP n. 183/2018. Mas, consideramos ilegal regular o Direito Criminal material por meio de resolução, razão de termos passado diretamente ao art. 28-A, inserido no CPP pela Lei n. 13.964/2019. Então, após transcrever o referido artigo, enfrentamos os requisitos legais para a celebração do acordo.

Procuramos, desde o início, afastar a denominação de *plea bargain* para o instituto do art. 28-A do CPP, senão haveria inconstitucionalidade, uma vez que tal acordo pressupõe a confissão de culpa.

Mencionamos *en passant* que o Código Penal já trazia algo próximo do *sursis* (arts. 77-82) e que a Lei n. 9.099/1995 inseriu a composição civil dos danos e a transação penal para infrações criminais de menor potencial ofensivo (arts. 72-76). Ela trouxe algo semelhante ao *probation*, que foi a suspensão condicional do processo, esta para as infrações criminais de menor potencial ofensivo e crimes cujas penas mínimas cominadas sejam iguais ou inferiores a um ano.

Tratamos dos requisitos para a realização do acordo, a saber: (a) *existência de procedimento investigatório*; (b) *não ser o caso de arquivamento dos autos*; (c) *cominada pena mínima inferior a 4 anos*; (d) *crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*; (e) *confissão formal e circunstanciada do crime*. Completamos, ainda, tais requisitos pelas vedações do § 2º do art. 28-A.

Tratamos dos equívocos das Súmulas n. 723 e 243, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que não tratam do cabimento da suspensão condicional do processo, quando houver causa de redução de pena. Já, para o acordo de não persecução penal, o § 1º, do art. 28-A do CPP, corrige isso.

Apresentamos o requisito seja o acordo "*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*", como sendo subjetivo, indicativo do mérito do beneficiário do benefício.

A decisão de não propor o acordo de não persecução criminal, quando presentes os requisitos objetivos para a sua concretização, deverá ser fundamentada, podendo gerar a remessa ao Procurador-Geral do Ministério Público, no caso de discordância.

Quanto ao momento adequado, fazendo uma interpretação literal do *caput* do art. 28-A do CPP, sustentamos ser anterior à propositura da ação. Em uma interpretação lógica, sustentamos ser possível no caso de *emendatio libelli*, desclassificação na fase da pronúncia, sentença condenatória recorrível e fase recursal.

Utilizamos o Processo n. 0703555-18.2019.8.07.0011 como paradigma para a realização do acordo após o recebimento da denúncia, isso na hipótese de aplicação intertemporal da lei. Na hipótese de pedido de acordo na fase recursal, utilizamos o Processo n. 0723500-21.2019.8.07.0001. Neste, a sentença e a apelação foram anteriores ao novel instituto favorável ao réu.

Dos três crimes constantes da denúncia, o apelante só foi condenado por um deles, tendo todos os requisitos para o acordo de não persecução penal. Mas, o MPDFT, em segunda instância ofereceu parecer contrário, aduzindo estar preclusa a discussão pela prolação da sentença condenatória. Demonstramos que, quanto a isso, a divergência entre as 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça e que a matéria foi afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Min. Gilmar Mendes.

Transcrevendo petição, demonstramos que o acordo na fase recursal tem sido admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Afirmamos que, conforme o Ministro Gilmar Mendes demonstrou em decisão monocrática, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível o acordo até o trânsito em julgado final da condenação, posição que entendemos ser a mais razoável. Com isso, acreditamos ter demonstrado a nossa primeira hipótese, no sentido de o acordo cabe em qualquer fase do processo, inclusive, na recursal.

Quanto à necessária confissão para o acordo, informamos não ser ela confissão de culpa, até porque o *plea bargain*, em nosso meio, seria inconstitucional.

Afirmamos que os complicadores foram incrementados pelo Ministro Luiz Fux, ao conceder liminar, em 22.1.2020, para suspender a eficácia dos novos dispositivos que instituem o Juiz das Garantias, pois agora o Juiz que preside a audiência do acordo de não persecução penal conhecerá da confissão durante a instrução criminal, podendo valorizar a mesma contra corréu, como se a confissão fosse uma espécie de delação premiada.

Dissemos que, no caso dos fatos vierem a ensejar ação criminal, valorizar a confissão contra o acusado será violar o princípio *nemo tenetur se detegere*, agasalhado na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica.

Afirmamos que a verdade material é um mito, mas que uma condenação sem verdade será arbitrária, especialmente quando a confissão se der por interesses diversos da verdade que se busca no processo. Assim, acreditamos ter conseguido demonstrar a nossa hipótese de que a confissão do acordo de persecução não pode ser valorizada pelo julgador da ação criminal condenatória pelos mesmos fatos, eis que eventual retratação posterior a invalidará.

Referências

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* n. 185.913/DF. Min. Gilmar Mendes, decisão de 22.9.2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>>. Acesso em: 26.10.2020, às 21h13.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI 1.719-DF. Rel. Joaquim Barbosa. Julgamento, 18.6.2007. DJe 72, de 2.8.2007, publicado em 3.8.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2E%2E+SCLA%2E+E+1719%2E+ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+1719%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a49tv53>>. Acesso em: 1.3.2020, às 17h19.

BRASIL. TJDF. Imprensa. Notícias. Mai2019. Processos n. 2017.16.1.006969-8; 2017.16.1.004423-0; e 2018.16.1.004163-0. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/juiz-rejeita-homologacao-de-acordo-cujo-tema-e-objeto-de-adi>>. Acesso em: 28.10.2020, às 12h11.

BRASIL. TRF4. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 5002533-34.2016.4.04.7016. Rel. p/ acórdão João Pedro Gebran Neto. Julgamento, em 13.5.2020. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento&d oc=41589546349058215218029852295&evento=41589546349058215218031042504&key=4e593d63d50d1f03fefb9e032cd079>

cf6f122b97c756656c2f41368ec16001b8&hash=339245378feaa9cb2d00f633b48863d1>. Acesso em: 26.10.2020, às 20h32.

BRASIL. TRF4. 8ª Turma. Apelação Criminal n. 5008397-27.2018.4.04.7002. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgamento, em 20.5.2020. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=41590077410680420422740786117&evento=41590077410680420422741836466&key=bf37c17d73f515eae7bac5de6e9233f1d3c415fd4d766de40a7f645a29a85a3c&hash=17c2ad0f0ab8c9b9034838e806fb84e3>. Acesso em: 26.10.2020, às 20h09.

CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados*. artigo por artigo. e. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a Lei 8072/1990. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por "plea bargaining"? Jusbrasil. Artigos. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924834/o-que-se-entende-por-plea-bargaining>>. Acesso em: 28.10.2020, às 14h25.

_____. *Suspensão condicional do processo penal*. Lei n. 9.099, de 26.9.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. O acordo de não persecução penal em fase recursal. *Âmbito Jurídico*, 1.9.2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-fase-recursal/#:~:text=%C3%89%20certo%20que%2C%20na%20hip%C3%B3tese,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>>>. Acesso em: 2.11.2020, às 1h32.

LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.000.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico. Opinião, 14.9.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 2.11.2020, às 2h42.

MORENO, Ana Carolina. Entenda o que é o “plea bargain”, instrumento jurídico americano que está no pacote anticrime de Sérgio Moro: Nova modalidade de negociação, na qual o acusado pode confessar o crime em troca de não se submeter ao processo judicial e, assim, receber uma pena mais branda, foi incluída no pacote de medidas anticrime anunciado nesta segunda-feira (4). globo.com. G1. 5.2.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/05/entenda-o-que-e-o-plea-bargain-instrumento-juridico-americano-que-esta-no-pacote-anticrime-de-sergio-moro.ghtml>>. Acesso em: 28.10.2020, às 14h15.

NICOLAI, Thiago Diniz Barbosa; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. O valor das confissões no acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, Opinião, 8.6.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-08/nicolai-ferreira-valor-confissoes-anpp>>. Acesso em: 2.11.2020, às 2h12.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

_____. Leis processuais penais materiais. 1.8.2015. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/dicas/leis-processuais-penais-materiais>>. Acesso em: 1.3.2020, às 16h44.

_____. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUSA, Áura Maria Ferraz de. O que se entende por desclassificação própria e desclassificação imprópria? Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924899/o-que-se-entende-por-desclassificacao-propria-e-desclassificacao-impropria>>. Acesso em: 30.10.2020, às 13h50:

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO

AMANDA SILVA LEAL: Bacharelanda pelo Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFISA

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA³⁸

(orientador)

Resumo: O referido artigo destina-se a análise do abandono afetivo inverso dos idosos na entidade familiar e a possibilidade de responsabilidade civil diante dos danos advindos pela omissão no dever jurídico de cuidado por parte de seus filhos. Desta forma, o procedimento metodológico aplicado fora o dedutivo, na busca de revisão bibliográfica, analisando a legislação, livros, revistas, artigos científicos e o entendimento da Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Tendo como principal fonte a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto do Idoso, que já aduz acerca do dever de cuidado para com os idosos e o estudo dos princípios da dignidade da pessoa, da solidariedade e da afetividade.

Palavras-chave: Afeto, Abandono, Direito do Idoso, Amparo, Responsabilidade civil.

Sumário: 1. Introdução. 2. A entidade familiar na Constituição Federal de 1988. 2.1. Princípio da dignidade da pessoa. 2.2. Princípio da solidariedade familiar. 2.3. Princípio da afetividade. 2.4. Tratamento da lei civil ao idoso. 3. Responsabilidade civil. 3.1. Origens. 3.2. A responsabilidade civil no contexto familiar. 3.3. Espécies. 3.2.1. 3. Ação ou omissão. 3.3.2. Culpa. 3.3.3. Dano. 3.3.4. Nexo causal. 4. A responsabilidade civil no contexto familiar. 5. O reflexo da jurisprudência pátria. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em consequência do processo de envelhecimento, surgem às limitações físicas, psicológicas, biológicas e sociais. Assim, o afeto, a solidariedade, a efetivação da dignidade da pessoa, a construção de valores sociais e o dever de cuidado dos filhos em relação aos pais, são deveres da família e direitos fundamentais protegidos por nossa Constituição Federal a luz dos princípios constitucionais.

³⁸Bacharel em Direito, Mestre do Programa de Pós Graduação em Direito e Mestrado na Pontifícia pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor e supervisor do núcleo do curso de bacharelado em direito no UNIFISA. E-mail: ganpds@uol.com.br.

Neste sentido, o idoso necessita de amparo da sociedade e da família, e nem sempre há a efetividade dos direitos quanto ao idoso cumprido pelos familiares, sendo necessária a responsabilidade civil.

Se por um lado, tem-se o direito a indenização por abandono paterno-filial, que consiste na omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica e social que pai e mãe devem ao filho quando criança ou adolescente, de outro, do outro lado existe o direito de indenização por abandono inverso, pois pode ocasionar ao idoso um sentimento de tristeza e solidão, agravando suas doenças, gerando o isolamento social e até o desinteresse pela vida.

Diante disso, torna-se importante analisar de que forma o abandono afetivo inverso pode refletir sobre as mudanças que acontecem na família, da patrimonialização à violação do afeto, considerando a vulnerabilidade do idoso e os danos que a omissão no dever de cuidar pode causar a este, bem como a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil.

A Constituição Federal, assim como o Código Civil e a Lei do Idoso possuem institutos que visam garantir o princípio da afetividade, bem como o princípio da dignidade da pessoa. Contudo, ainda é necessária lei específica para as soluções trazidas pelo ordenamento jurídico devido à inobservância desse direito fundamental. Assim, é de suma importância a efetivação desse direito, para que o idoso tenha a possibilidade de viver seus últimos dias na sociedade de forma digna.

2.A ENTIDADE FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 desempenha importante função no direito de família, possuindo capítulo próprio na qual versa sobre a família, a criança, o adolescente e sobre o idoso. Dessa forma, a Carta Magna em seu artigo 226 instituiu ao Estado o dever de proteção sobre a família, que é a base da sociedade.

A Constituição Federal, em seu art. 229 dispõe que filhos maiores e capazes possuem o dever legal de prestar assistência material e emocional aos seus pais idosos. E fortaleceu no artigo 230, o dever da família de proporcionar a proteção à pessoa idosa:

Artigo 230. 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. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão

executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, CRFB, 2020)

Assim, nessa mesma linha de raciocínio, Carvalho (2017) aprova a faculdade do abandono afetivo no relacionamento familiar e afirma que os familiares não possuem a obrigação de amar, mas sim de honrar e executar a imposição do dever de cuidado, conforme supracitado no artigo 229 da Constituição Federal de 1988. Destaca-se ainda, que o descumprimento da imposição legal acarreta a reparação civil visto que o afeto está intrínseco na vida humana e inato em sua própria natureza e se deriva de uma obrigação imaterial (PEREIRA, R. 2015).

Diante do exposto, o comprometimento nos direitos e garantias da pessoa idosa além do amparo e cuidado incumbe à família que é a primeira entidade que aparece como protetora no direito do idoso e, sem dúvida, onde se inicia o elo de afeto, solidariedade e amparo, que são sentimentos que se exteriorizam de forma involuntária, em virtude do amor e cuidado entre os familiares gerado pela convivência familiar. Desse modo, cabe aos membros familiares o amparo sucessivo, não somente de maneira material e econômica, mas, sobretudo, de forma afetiva e em seguida dos demais supracitados: sociedade e Estado.

A redação do artigo 227 da Constituição Federal é cristalina ao afirmar que a relação familiar desencadeia proteção afetiva, pois é através da convivência familiar que o seio familiar é gerado de amor, cuidado físico e moral. Partindo dessa premissa o idoso em sua velhice necessita dos mesmos cuidados que a prole obteve quando criança.

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 (BRASIL, CRFB, 2020).

A família como exposto tem um liame afetivo que independe do laço consanguíneo. De acordo com Maria Berenice Dias, "os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Desse modo, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o

claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família”.

Neste mesmo sentido, Paulo Nader entende que a família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.

Contudo, apesar da menção clara nos artigos da importância do convívio familiar para com o idoso na sua velhice, ainda acontece o abandono e despreparo no seio familiar é o que aduz Freitas Júnior (2011, p. 143):

Inúmeros dispositivos impõem a necessidade do idoso viver no seio de sua família. O motivo principal é óbvio: ao viver em com sua própria família, o idoso receberá a atenção e os cuidados devidos, além de desfrutar do amor e carinho que une os integrantes de um mesmo núcleo familiar.

Elucida Gagliano Pamplona Filho (2014, p.45), quanto á família:

“família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas porvínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Conforme se depreende dos artigos, há uma relação jurídica obrigacional, de modo que o idoso é titular dos direitos elencados e a família, a sociedade e o Estado são os sujeitos passivos, devendo assegurar-lhes tais direitos em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade para que possam viver de forma justa e em um ambiente saudável acompanhado de seus familiares.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Estado Democrático de Direito Brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme prevê o art.1º, inciso III da Constituição Federal. Ao tratarmos desse tema constatamos a sua grande dimensão, visto que o princípio da dignidade humana abrange os mais variados assuntos, mormente porque os direitos fundamentais estão diretamente alicerçados a este princípio que solidifica a proteção do ser humano. Vejamos alguns exemplos concretos de incidência desse princípio:

“DANO MORAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Conquanto não seja viável reduzir todo o conteúdo possível da

dignidade da pessoa humana em uma fórmula geral e abstrata, uma definição deve ser buscada com o fim de tentar alcançar o sentido dessa garantia no caso concreto. Partindo do princípio nuclear do conceito, considera-se violada a dignidade sempre que uma pessoa for descaracterizada como sujeito de direitos. E mais, sempre que se constatar o desrespeito pela vida, pela integridade física e moral de qualquer pessoa, e uma vez evidenciada a ausência de condições mínimas para uma existência digna, se não houver limitação do poder, inexistindo liberdade e autonomia, igualdade e os direitos fundamentais deixarem de ser minimamente assegurados, a dignidade da pessoa humana estará violada, tornando-se esta última objeto de arbítrio e injustiças. Sofre ofensa moral, resultante da violação à dignidade, o trabalhador que presta serviços ao longo de mais sete anos sem ter reconhecido o vínculo empregatício, embora estivessem presentes os pressupostos do conceito de empregado aludidos no artigo 3º da CLT, pois viu-se privado de todos os direitos trabalhistas, ficando impedido de comprovar esse tempo de serviço, além de permanecer excluído da proteção previdenciária. O quadro delineado evidencia grave ofensa à dignidade do empregado, diante do desprezo que a empresa demonstra por sua pessoa, sendo o que basta para configurar o dano moral.(TRT-3 - RO: 1097201508203007 MG 0001097-52.2015.5.03.0082, Relator: Cristiana M.ValadaresFenelon, Setima Turma, Data de Publicação: 21/11/2017) (grifei)

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais,

com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido (STJ-Resp:1087561 RS 2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de julgamento: 13/06/2017, T4- QUARTA TURMA, data da publicação: Dje 18/08/2017) (grifei)

Trata-se do que se denomina de princípio máximo ou superprincípio, sendo extremamente abrangente o que dificulta a formação de um conceito. Diz-se que a dignidade da pessoa humana é a qualidade inerente a cada ser humano, razão pela qual deve ser amplamente respeitada pelo Estado e sociedade. De modo que, diante de tal princípio, o ser humano torne-se digno de direitos e deveres que lhe assegurem condições de existência aptas a propiciarem sua participação na escolha de seu destino, bem como promover uma vida pacífica com os demais seres humanos, pelo respeito mútuo. (MADALENO, 2015, p.20)

Nos dizeres de Alexandrino e Vicente:

“A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.” (ALEXANDRINO; VICENTE, 2015, p 91)

Assim, entende-se que o Estado, como órgão garantidor dos direitos e garantias fundamentais, é o primeiro a submeter-se a esse princípio. Sendo assim, deve não apenas abster-se de atos atentatórios da dignidade humana, mas promover essa dignidade.

Neste sentido Monteiro (2016, p.19) enfatiza que “nas relações familiares há maior necessidade de proteção dos direitos da personalidade, visto que antes de ser tida como base da sociedade, a família deve ser vista como centro de preservação do ser humano e de sua essência”. Assim, a dignidade humana deve ser ainda mais protegida no âmbito familiar. Neste sentido, vejamos o julgado do STJ do relator Spoladore Dominguez:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ABRIGAMENTO DE IDOSO EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE (DE SAÚDE E SOCIAL), EM ENTIDADE ASILAR - O direito à saúde, como garantia do cidadão e dever do Estado, decorre de expressa previsão constitucional e, com status de preceito fundamental,

encontra-se positivado nos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, caput, 6º, caput, e 196 da Constituição Federal, de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF), pois demandas voltadas à sua efetivação resolvem-se a partir de um contexto fático e suas peculiaridades – Proteção ao idoso (Art. 230 da CF; Artigos 2º, 3º, 9º e 43 do Estatuto do Idoso; e artigo 3.º, inciso I, da Lei Federal 8.842/94) – Necessidade de prestações estatais positivas - Comprovação da necessidade da medida protetiva postulada, a ser disponibilizada ou custeada, em caráter complementar, pelo Município. MULTA DIÁRIA – Possibilidade - Incidência indistinta sobre pessoa física ou jurídica, privada ou de direito público – Inteligência do artigo 537 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil - Faculdade do magistrado – Imposição indispensável à proteção da saúde da pessoa necessitada, além de consistir em medida de apoio à decisão judicial – Precedentes desta C. Câmara e do STJ – Minoração – Cabimento - Aplicação do critério da razoabilidade. Apelo desprovido e reexame necessário, considerado interposto, provido, em parte. (TJ-SP - AC: 10011972120198260482 SP 1001197-21.2019.8.26.0482, Relator: Spoladore Dominguez, Data de Julgamento: 01/04/2020, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/04/2020)

Entende-se que o Direito Existencial de Família está baseado no ser humano e não há outro ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que no Direito de Família.

2.2 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil com previsão constitucional no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. Origina-se nos vínculos de afeto, e guarda dentro de sua acepção a essência da reciprocidade e fraternidade.

Esse princípio repercute nas relações familiares e afetivas, visto que a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais, desenvolvendo um ambiente recíproco e de compreensão e cooperação. Para Maria Berenice Dias, a solidariedade é o que cada uma deve ao outro, dispondo este princípio de um conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e reciprocidade. (DIAS, 2015, p. 48).

No mundo moderno, a solidariedade tornou-se um elemento conformador dos direitos subjetivos, tendo sua concepção ampliada a partir da consciência de interdependência social.

Nos dizeres de Tartuce (2018, p.1.321):

“Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta a ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer ainda, preocupar-se com outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual”.

O princípio da solidariedade familiar está consagrado ainda nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição Federal. No que concerne à solidariedade patrimonial, essa foi incrementada pelo Código Civil/2002, sendo a fixação dos alimentos decorrente desta perspectiva solidária (CF, art. 3º, I).

Vale ressaltar que a solidariedade não deve ser apenas patrimonial deve ser também afetiva e psicológica. Trata-se de um dever de mútua assistência que os parentes possuem entre si, em especial em relação aos filhos, pais, cônjuges ou companheiros. Ao ser desrespeitado esse princípio com a falta na prestação das obrigações alimentícias, ocorre o abandono material, e em decorrência ocorre o abandono imaterial surgindo a sensação de abandono em decorrência do descuido e desamor.

Desse modo, esse princípio deve ser visto de forma bastante abrangente, observando-se não somente o caráter patrimonial, mas em especiais seus aspectos afetivos, de modo a viabilizar o melhor desenvolvimento daqueles que integram o núcleo familiar, bem como o amor, carinho, respeito e proteção.

2.3 Princípio da afetividade

Há tempos a sociedade reconhece afetividade como princípio para construção da família, entretanto, esse reconhecimento não se dava na esfera jurídica em razão da imposição da observância do fator biológico. Em despeito disso, por estar ligada ao sentimento, a afetividade se destacou em comparação aos demais vínculos.

Com a constitucionalização do Direito Privado, ocorre uma aproximação do Direito Civil com os dados da realidade e com isso a valorização da afetividade nas relações interpessoais. A partir de então, houve um movimento crescente na defesa do reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, tendo em vista que apenas os elos matrimoniais, biológicos e registrais não davam conta das variadas situações que se apresentaram. (CALDERON, p. 51, 2).

A jurisprudência pátria foi fundamental nesta construção, ao reconhecer a sócio afetividade como suficiente vínculo parental. Os Tribunais Superiores, em suas várias decisões judiciais, têm demonstrado o reconhecimento do princípio da afetividade no acertamento dos casos concretos. Como exemplo, destaca-se o seguinte julgado:

“Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida por um filho pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, cm fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TAMG, Apelação Cível 408.555-5, 7ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.). (grifei)

Em um importante julgado, a Ministra Nancy Andrichi conclui que o afeto tem valor jurídico:

“ A quebra de paradigmas do Direito de família tem traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada ao instituto de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, seja entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesse, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz nessa evolução de mentalidade, permanecer atento as manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude devem assentar em idéia de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir por consequência, o instituto da união estável. A temática hora em julgamento igualmente assenta a sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso” (STJ, Resp 1.026.981/RJ, 3ª Turma, REl. Min. Nancy Andrichi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010) (grifei)

Atualmente, o afeto é apontado como o principal fundamento nas relações familiares. Apesar de não ter previsão explícita no texto maior como um direito fundamental, a doutrina afirma que esse princípio decorre da valorização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

A ausência de previsão literal da palavra afeto no texto constitucional não tem o condão de excluir a obrigação a sua proteção, visto que pela utilização de métodos hermenêuticos podemos chegar a interpretações finalísticas e sistemáticas.

Segundo, Caio Mário da Silva Pereira (2015):

“O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, §2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. (...) o princípio da afetividade possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva”.

A dimensão objetiva envolve fatos sociais que indique uma manifestação de afetividade, a dimensão subjetiva, refere-se ao sentimento de afeto propriamente dito. Sendo que, constatada a dimensão objetiva da afetividade presume-se, desde logo, a presença de sua dimensão subjetiva. De modo que, a apuração da presença da afetividade não intervirá no sentimento das pessoas, mas se dará a partir da análise do caso concreto. (CALDERON, P.62, 2019)

Resta claro que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao Direito de Família. Nesse sentido, é a dissertação de mestrado defendida por Ricardo Lucas Calderon:

“parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e

jurisprudencial que permite sua atual sustentação como novo paradigma das relações familiares. (CALDERON, p.59, 2019)

A afetividade começou a dar seus primeiros passos no direito de família através da adoção, que sempre foi baseada no sentimento de afeto. Todavia, tomou corpo com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, uma vez que deram-lhe fundamento jurídico, colocando-lhe como foco central da discussão.

A partir de então, o papel dado a subjetividade e a afetividade tem sido crescente no Direito de Família, contribuindo para a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família. E assim, cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares. (GROENINGA, 2008, p.28)

Para Tartuce (2018, p.1327), a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando consequências concretas para o Direito Privado e no modo de se pensar a família brasileira. O autor aponta três consequências pontuais, a primeira seria a contribuição da afetividade para o reconhecimento jurídico da união socioafetiva como entidade familiar. A segunda consequência é a admissão da reparação por danos causados pelo abandono afetivo, e a terceira, é o reconhecimento da parentalidade sócia afetiva como nova forma de parentesco.

O autor cita o artigo de João Baptista Villela, publicado em 1979, tratando da “desbiologização da paternidade”, onde o autor afirma que “o vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, consagração técnica da máxima popular pai é quem cria.” A partir de então, gradualmente, a jurisprudência passou a considerar que a posse de estado de filho deve ser levada em conta para tal determinação (TARTUCE, 2018). Vejamos o julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MORTE DA GENITORA DO MENOR. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. ROBUSTEZ DO CADERNO PROBATÓRIO. MENOR QUE RECONHECE NO REQUERENTE A FIGURA PATERNA. AUSÊNCIA DE LAÇOS ESTREITOS COM O PAI BIOLÓGICO. CONFIGURAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. PERDA DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Os documentos acostados aos autos dão conta de que o requerente efetivamente foi o responsável pela criação do menor desde os primeiros anos de vida. O próprio pai biológico, inclusive, em sua contestação, reconhece que nos cinco primeiros anos de vida do seu filho quase não houve contato com ele (fls. 109/110 dos autos de

origem), pois outras prioridades o impediram de buscar tal contato. A parentalidade socioafetiva é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, tendo sua previsão no art. 1.593, do CC, que dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. O único requisito para o seu reconhecimento é a formação de vínculos afetivos de forma livre. No caso dos autos, os elementos de prova existente nos autos dão conta da existência da paternidade socioafetiva do requerente em relação ao menor cuja adoção se pretende. A jurisprudência pátria tem o entendimento pacificado no sentido de que, em hipóteses como essa, deverá sempre prevalecer o melhor interesse da criança, assegurando seu bem-estar físico, psicológico e emocional, ainda que para tanto seja necessário priorizar o convívio com a família socioafetiva, em detrimento do genitor biológico. A paternidade responsável exige do genitor mais do que o pagamento de pensão alimentícia, mas sim o verdadeiro apoio afetivo à prole. Entretanto, o contexto probatório delineado na presente demanda demonstra, de forma inequívoca, que o pai biológico efetivamente abandonou seu filho, na medida que lhe omitiu cuidado, educação, companhia e assistência moral, pois jamais acompanhou o menor em nenhuma de suas fases. A doutrina já consagrou a ideia de que a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele, e o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. Nesta toada, verifico que efetivamente restou configurado o abandono afetivo do pai biológico em relação ao menor, já que restou amplamente evidenciada a quebra do seu dever de guarda, criação e educação do descendente. O vazio deixado pela falta do genitor biológico foi preenchido pela figura do apelante, que com zelo, carinho, amor e cuidado desempenhou o papel de pai do menor adotando, e sobre esta circunstância não paira qualquer dúvida nos autos, sobretudo pela robusta prova produzida e pela expressa indicação no depoimento do menor. Assim, por ter o ex-companheiro da genitora falecida, ora requerente, sido a referência mais próxima de família (pai) do menor, bem como pela quase ausência de contato do pai biológico com o filho, se mostram presentes os requisitos necessários à concessão da medida.

(TJ-BA - APL: 05002166120168050022, Relator: MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/02/2020)

No cenário atual, pode-se afirmar que a afetividade tem sido um importante condutor dos relacionamentos familiares, constituindo-se um princípio contemporâneo do direito de família. Esse novo paradigma contribui com a constante renovação e reconstrução dos institutos jurídicos do Direito de Família brasileiro.

2.4 O tratamento da Lei Civil ao idoso

O processo de envelhecimento traz consigo inúmeras mudanças a nível biológico, psicológico e social de forma a refletir no comportamento do idoso e em suas relações sociais. Segundo Norberto Bobbio citado por Braga:

“O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade... Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente. O critério econômico-social considera como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao auto suficiente”. (BOBBIO apud BRAGA, 2011, p. 3).

Segundo Roberto Mendes de Freitas Junior (2014):

“O direito à vida, portanto, deve ser observado de tal forma que garanta ao idoso o pleno exercício da cidadania; em outras palavras, deve garantir que o ancião tenha efetiva participação no destino e desenvolvimento da sociedade, com total possibilidade de usufruir de todos os direitos civis previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária”. (2014, p. 47)

Com efeito, o envelhecimento torna o idoso vulnerável, pois durante esse processo tende a surgir perdas e limitações, gerando incapacidade, dependência e tristeza. E diante de tais limitações são necessárias leis que contribuam para a aplicação efetiva da proteção ao cidadão idoso. Além da Constituição Federal de 1988, outros diplomas foram determinantes para o desenvolvimento dos direitos e garantias do idoso, como o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso (Lei no 10.741/2003).

O artigo 1º do Estatuto do Idoso elucida sobre seu dever de regular os direitos garantidos aos cidadãos que tenham faixa etária igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade. Na mesma lei os artigos 2º e 3º, asseveram ao idoso todos os direitos fundamentais relativos á pessoa humana e impõe a família, a sociedade, a comunidade e ao Poder Público a sua efetivação.

Além do dever de amparo ao idoso o Código Civil no artigo 1.694 traz a obrigação de prestação de alimentos entre parentes do que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social (BRASIL, CC, 2020).

E o Estatuto do Idoso traz previsão expressa sobre a obrigação de prestação de alimentos. O artigo 12º preceitua que o idoso possui a faculdade de optar entre os prestadores o fornecimento de alimentos, pois se trata de obrigação solidária, “podendo escolher um, ou alguns, dentre todos, sem ter que justificar a escolha”(Freitas Júnior 2011, p. 96).

No que tange na obrigação de prestar alimentos este dever é disciplinado pelo princípio da solidariedade familiar, pois seu objetivo é que parentes, cônjuges ou companheiros ofereça o mínimo existencial de qualidade de vida, bem como alimentação, saúde, lar, etc. Todos esses cuidados são de suma importância para a existência da pessoa idosa.

Neste sentido, Maria Berenice Dias, citando Paulo Lobo, leciona que:

“Os alimentos não são devidos somente para atender as necessidades básicas de sobrevivência. Como lembra Paulo Lôbo, alimentos tem significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais de pessoas em virtude de relações de parentesco, do dever de assistência ou amparo. ‘ (2017, p. 23)

Nas palavras de Venosa a respeito dos alimentos:

“O termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência,

acrescentemos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente à noção jurídica. [...] Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência. Nesse quadro, a doutrina costuma distinguir os alimentos naturais ou necessários, aqueles que possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência; e os alimentos civis ou cômmodos, isto é, convenientes, que incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado". (2017, p. 413-414).

Sobre o aludido, Silvio Venosa aborda que:

"No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas".(2007, p. 388).

Ademais, o idoso sozinho não tem como prover sua subsistência sozinho e a prestação de alimentos decorre de uma garantia assistencial. Como previsto explicitamente no Código Civil no artigo 1.695, *In verbis*:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (BRASIL, CC, 2020).

Por oportuno, vejamos o seguinte acórdão:

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Ação ajuizada pelos pais idosos e acamados, em relação a seus filhos maiores. Insurgência de um deles quando o valor que lhe foi atribuído. Pensão alimentícia fixada no valor de 30% do seu benefício previdenciário.

Binômio alimentar. Pais que já recebem benefício previdenciário na ordem de R\$3.500,00, necessitando apenas de complemento para suprir suas necessidades. Filho alimentante aposentado, casado com esposa que não exerce atividade remunerada. Necessidade de aferir a possibilidade de cada um dos alimentantes, não obstante a natureza solidária da obrigação em vista do disposto no artigo 12 do Estatuto do Idoso. Solidariedade da prestação alimentar entre os alimentantes que não elide o requisito da possibilidade. Redução dos alimentos para 15% do benefício previdenciário. Recurso provido em parte.

(TJ- SP- AI: 21140129520208260000 SP 2114012-95.2020.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 11/12/2019, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/07/2020

No caso, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo-SP, entendeu por haver óbice à natureza solidária. Denota-se que o legislador se preocupou com a necessidade do agravante e possibilidade do agravado. Braga (2011, p. 16) afirma que os alimentos para idosos seguem o mesmo pré-requisito da regra geral, o binômio necessidade- possibilidade.

Diante disso, cabe a pessoa idosa uma proteção especial para manutenção de alimentos, cuidados e afeto nesse período de velhice e tal responsabilidade recai aos filhos mediante prestação de alimentos, que tem seu fundamento no artigo 1.696 do Código Civil que segue o raciocínio da obrigação mutua entre pais e filhos.

Além disso, o entendimento jurisprudencial abaixo evidencia o dever jurídico de amparo e cuidado dos filhos para com os pais idosos. Vejamos:

TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS E CUIDADOS COM MÃE IDOSA. Pretensão de que as filhas se revezem nos cuidados com a agravante. Fixação de alimentos provisórios, mas negativa de conceder a tutela para a obrigação de prestar cuidados, sob a falsa premissa da impossibilidade jurídica do pedido. Violação ao que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal e 3º do Estatuto do Idoso. Distinção entre os conceitos de afeto e de cuidado. Dever jurídico de cuidado aos familiares idosos. Prova inconcussa de que a autora é idosa, cadeirante e necessita de diversos tipos de cuidados, que são prestados exclusivamente por uma das suas seis filhas. Possibilidade de determinar um sistema de revezamento, por meio do qual cada filha, alternadamente, deve visitar e cuidar da genitora nos finais de semana. Incidência de multa a cada ato de violação ao preceito. Recurso parcialmente provido” (Agravo de Instrumento nº 0230282-23.2012.8.26.0000/Campinas, julgado em: 06/06/2013. SÃO PAULO, 2013)

(TJ-SP - AC: 00140794520098260009 SP 0014079-45.2009.8.26.0009,
Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Data de Julgamento: 18/09/2014, 6ª
Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/09/2014)

Assim, considerando o cuidado como dever jurídico, possível é a indenização se houver a violação desse dever, de modo a provocar dano à integridade psíquica do idoso.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Originado do Latimo vocábulo responsabilidade oriunda do verbo *respondere* significa obrigação de alguém assumir as consequências do dano causado a outrem.

Neste contexto Rui Stoco (2007, p. 114) aduz:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”.

Deste modo, o conceito de responsabilidade é definido o como o dever da pessoa ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. Por conseguinte a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, ou seja, uma obrigação descumprida (Cavaliere Filho, 2012, p. 2).

“Savatier (2005, p. 40), define a responsabilidade como “a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Em suma a responsabilidade civil, segundo Venosa “é que toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...]” O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar (2017, p. 433).

Portanto, a responsabilidade civil, adota a ideia que aquele que violar um dever jurídico, através de um ato lícito ou ilícito, tem a obrigação de reparar os danos injustos com o objetivo de reestruturar o equilíbrio violado, no caso do idoso, o dever de cuidado tem sido recorrentemente violado, dessa forma surge a necessidade de imposição do dever legal de cuidado.

3.1 Origens

O instituto da responsabilidade civil tem sua origem no Direito Romano. Surge nas sociedades primitivas onde a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido, afirma Gagliniano e Pampola (2017b, p. 61).

Neste mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2020), afirma que nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Ao tempo não existiam regras e nem limitações, para que pudesse ser aplicada a responsabilidade civil, pois o direito não imperava à vista da ausência do regramento a vingança privada reinava.

Dessa forma pode-se afirmar que antes da origem da responsabilidade civil, prevalecia a vingança privada, coletiva ou não, pelo exercício da autotutela (LISBOA, cap.28), impondo ao causador do dano punição com as próprias mãos e não uma reparação mediante indenização por quem sofreu dano moral ou material.

Assim para o autor (MELO, 2015), o homem se defendia das agressões sofridas com igual agressividade, não importando se fossem morais, materiais ou físicas. O sentimento de pagar o mal com mal suportado por aquela que ocasionou o dano prevalecia, nas palavras de MELO, (2015, p. 122), interessava mais o castigo do ofensor, com a finalidade de satisfazer o espírito da vítima, do que perseguir ou mesmo obter a reparação do dano sofrido.

3.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Responsabilidade Civil Subjetiva

No contexto da responsabilidade, existem várias modalidades, contudo na temática, serão abordados apenas duas: a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

A responsabilidade civil objetiva é a modalidade que independe de culpa, ficando indispensável apenas a comprovação da conduta, a ação e o dano.

Em contrapartida, para responsabilidade civil subjetiva é indispensável a culpa do agente e constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é

necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia) (Tartuce 2017b, p. 479).

3.3 Espécies

No contexto da responsabilidade civil dos filhos no tocante aos pais, é necessário elencar algumas espécies de responsabilidade civil de acordo com o entendimento doutrinário:

3.3.1 Ação ou omissão

Iniciaremos falando sobre a conduta humana, que é uma das principais espécies de responsabilidade civil, que pode ser tanto uma reação positiva ou negativa (omissão), decorrente de uma ação de vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo, de acordo com Pablo Stolze (2017).

Para Tartuce (2017, p. 503), A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. A regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica).

O Código Civil em seu artigo 186 determina que:

Artigo 186º Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nota-se claramente que a fundamentação legal imposta no artigo 186 do Código Civil de 2002 adota a cláusula da responsabilidade com culpa, a responsabilidade subjetiva.

Contudo, é necessário preencher certos requisitos para que a responsabilidade civil seja imposta com a respectiva indenização de forma subjetiva, sendo: I – Ato ilícito ou lícito, enquadrando-se na responsabilidade extracontratual dos artigos 186 do Código Civil de 2002; II- Acontecimento de um dano, podendo ser de forma moral e/ ou patrimonial gerado á vitima; III- A relação de causalidade, na qual sem esse pressuposto há como ter a obrigação da indenização, pois deve existir liame entre a

ação e o dano; IV- Por fim, a culpa que diz respeito á conduta do autor que praticou negligência, imprudência e imperícia.

2.3.2 Culpa

Caracteriza-se pela falta de diligência do agente, sendo que tal comportamento será reprovado quando se entender que aquele poderia ou deveria ter buscado agir de modo diverso (DINIZ, 2014b).

Dessa maneira, em decorrência da falta de atenção subjetiva do agente, se caracteriza a imperícia, imprudência ou negligência e assim acarretando um erro de conduta.

No abandono afetivo inverso a culpa se aplica como dever de cuidado, para Cavalieri se exterioriza mediante atenção, diligência ou cautela, ou seja, observar seus próprios atos para não gerar dano a outrem.

2.3.3 Dano

O terceiro ponto indispensável para a determinação da responsabilidade civil é o elemento do dano ou também chamado de prejuízo, pois sem sua incidência não haveria o que indenizar.

Conforme entendimento de Cavalieri Filho (2012, p. 76):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem.

Vale anotar que o art. 927 do Código Civil, que é claro ao estabelecer que aquele que causar dano ao outro por meio de meio ato ilícito tem obrigação de reparar o dano. E no parágrafo único do mesmo artigo expõe que independentemente de culpa do autor quando causar riscos ao outrem terá obrigação de repará-lo

2.3.4 Nexo causal

O nexos causal é o outro elemento essencial para que exista a obrigação ressarcitória, devendo existir uma causalidade entre o fato ilícito e o dano produzido, sem a qual não se considera a obrigação de indenizar.

A despeito da temática, Cavalieri Filho (2012, p. 49) entende que o conceito de nexa causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.

Dessa forma, observa-se que o nexa causal é elemento essencial, para identificar a responsabilidade civil do agente, pois por intermédio de sua conduta e resultado é obrigado a reparar o dano.

4.A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO FAMILIAR

Ao analisar os requisitos necessários à responsabilização civil em conjunto com os dispositivos relacionados à defesa do direito aos idosos, resta claro a possibilidade de reparação do dano moral, no caso de espreito aos direitos da personalidade, inclusive o abandono afetivo.

A Constituição Federal, em seus artigos 228 e 229, assegura a proteção aos direitos dos idosos, impondo o dever de amparo e cuidado à família, em especial aos filhos, à sociedade e ao Estado. Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto do Idoso, prevê normas para a efetivação desses direitos com a possibilidade de aplicação de sanções aos que abandonam seus familiares idosos.

Assim, a violação aos princípios constitucionais, bem como o descumprimento deveres dos filhos para com os pais idosos podem gerar um ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, se provado o dano a integridade psíquica.

Flávio Tartuce (2018, p. 1318) afirma que o principal argumento jurídico a favor da admissibilidade da reparação dos danos morais nos casos de abandono afetivo seria o enquadramento da hipótese ao artigo 186 do Código Civil que assim prevê:

Art. 186, CC. "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O abandono afetivo do idoso, caracterizado pela omissão no dever de assistência moral, configura ato ilícito que merece severa atuação do Poder Judiciário, visto que causa graves danos psicológicos, advindos da rejeição e da indiferença.

Vale ressaltar que, ao contrário do que se pensa, as decisões judiciais que tratam da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, não visam condenar a reparação da falta de amor, atitude que inegavelmente causam danos, mas sim, punir a omissão no dever de cuidado.

Corroborando com esse entendimento, o deputado Carlos Alberto Bezerra, no Projeto de Lei nº 4.294-A/2008 argumenta:

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínima indispensável ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Para a caracterização do abandono afetivo, deve-se comprovar o dano evidente, de modo que a inexistência do afeto cause danos a integridade física e/ou psíquica do idoso. Nesse sentido, Madaleno (2006) aduz:

O dever de indenizar originário do abandono afetivo fundamenta-se no dano concreto à personalidade do indivíduo e no nexo causal; este pressuposto torna difícil o estabelecimento desse instituto, já a culpa, atualmente, não é indispensável à sua configuração (MADALENO, 2006, p. 167).

Na discussão sobre abandono afetivo, deve-se apresentar uma análise técnica no sentido aferir o nexo causal entre o dano sofrido e a conduta de abandono. A partir da análise no caso concreto, poder-se-ia responsabilizar apenas os autores do ato ilícito. Dessa forma, o nexo causal se constitui na relação entre o abandono, o dano sofrido pelo genitor idoso e a atitude causadora do filho.

Da análise princípios e dispositivos apresentados, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, não apenas prevê a possibilidade jurídica de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, mas ainda, exige a aplicação do referido instituto, como forma de assegurar os direitos do idoso em sua integralidade.

5 .O REFLEXO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

O tema abandono afetivo e a admissibilidade de dano moral nas relações familiares é um dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência pátria. O que se observa é uma evolução quanto ao assunto a partir da compreensão da família brasileira e a valorização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade.

Um julgado notório é do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, no qual um pai foi condenado a pagar indenização ao filho pelo abandono paterno-filial, por clara afronta à dignidade humana. Ementa a seguir descrita:

“Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida por um filho pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, cm fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TAMG, Apelação Cível 408.555-5, 7ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.).

A decisão foi reformada pelo STJ que entendeu que o pai não está obrigado a conviver com o filho, não havendo ato ilícito no caso descrito (STJ, REsp 757.411/MG, Data do julgamento: 29.11.2005). Essa decisão gerou insatisfação em parte considerável da doutrina que defendia a possibilidade de indenização. Para Tartuce (2018):

“é perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme art.229 da CF/1988 e o art. 1.634 do CC/2002. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano a integridade psíquica.” (TARTUCE, 2018, p. 1317)

Evoluindo quanto ao tema, surgiu no ano de 2012, o julgado da Ministra Fátima Nancy Andrichi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. *In verbis*:

"Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções

e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Com a repercutida frase “Amar é faculdade, cuidar é dever”, a Ministra Nancy Andrighi aplica a ideia do cuidado como valor jurídico. Para ela, não se discute o amar, pois estaria alheio ao campo jurídico, mas o cuidar, pois neste há possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento. No caso, a ministra defende que o dano moral estaria presente diante da obrigação dos pais em prestar apoio psicológico aos filhos e concluindo pelo nexos causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a filha e o dano causado a ele pelo abandono.

Em uma abordagem sobre o caso o professor José Fernando Simão destaca:

“A indenização muito representa para Luciane e para muitas outras pessoas abandonadas afetivamente. Para Luciane, compensasse um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. Para

outros filhos abandonados nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão". (SIMÃO, 2012)

O tema ainda está em processo de evolução na nossa jurisprudência, sendo que alguns julgados têm admitido responsabilização civil pelo abandono afetivo. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. TERMO INICIAL PARA PAGAMENTO. CITAÇÃO. SÚMULA 277 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDAR. COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES STJ. 1. Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação (Súmula 277, do STJ). 2. "O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 3. Não tendo o pai se incumbido do seu dever de cuidar, já que mesmo ciente da paternidade desde de 2009, não prestou nenhum tipo de assistência, seja material ou de ordem afetiva à sua filha, patente o dever de indenizar haja vista a configuração do abandono afetivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença mantida. (TJ-GO - Apelação Cível nº 03377637820118090024, Relator: ITAMAR DE LIMA, Data de Julgamento: 10/01/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 10/01/2019)

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POR MEIO DE EXAME DE DNA. OMISSÃO DO GENITOR NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. ILÍCITO DENOMINADO "ABANDONO AFETIVO".

DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ATINENTES AO PODER FAMILIAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM COMPENSATÓRIO. OBJETO DE RECURSO POR AMBAS AS PARTES. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA. TERMO A QUO FIXADO EX OFFICIO DA DATA DO RESULTADO DO EXAME DE DNA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 54 DO STJ E ART. 398 DO CC. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO E DA AUTORA DESPROVIDO. I – O ilícito comumente chamado de "abandono afetivo" nada mais é do que a atitude omissiva dos genitores no cumprimento dos deveres de ordem sentimental e moral (não raramente também material) decorrentes do poder familiar legalmente estabelecidos, dentre os quais se destacam os de prestar assistência, educação, atenção, carinho, amor e orientação para a boa formação da criança e do adolescente. O que enseja o ilícito civil e, por conseguinte, a compensação pecuniária, é o descumprimento dos deveres jurídicos do poder familiar, e não a falta de afeto por si só. Assim, por estar devidamente demonstrado, in casu, o abandono afetivo sofrido pela Autora, com o cristalino descumprimento pelo Réu dos deveres inerentes ao poder familiar – dever legal de cuidado lato sensu – a manutenção da sentença que o condenou ao pagamento de compensação pecuniária é medida que se impõe. Não é a falta de afeto (amor) que configura o ilícito civil, mas sim a falta de observância dos deveres paternos atinentes à filiação. O dano é in re ipsa e o nexó de causalidade mais do que evidente, é elementar. II – Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário no âmbito de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, bem assim servir como medida punitiva, pedagógica e inibidora. Deste modo, há de ser mantido o valor fixado a título de compensação pecuniária pelos danos morais experimentados pela Autora pois mostra-se razoável e compatível com a gravidade dos fatos e a capacidade financeira das partes. III – Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, cujo ilícito civil é gerador de dano moral, incidem os juros moratórios a contar do evento danoso, consoante disposto no artigo 398 do Código Civil e na Súmula 54 do STJ. Em casos em que o Estado-juiz não tem a capacidade

de adentrar no foro íntimo de cada cidadão para identificar a data precisa em que o réu teve conhecimento seguro da paternidade, para a definição da data do evento danoso, no caso dos autos há de se estabelecer o termo inicial para a incidência de juros moratórios o momento em que o genitor reconhece formalmente o filho, ou, como na hipótese vertente, o dia em que o genitor teve ciência do resultado do exame de DNA não impugnado.” (TJSC, Apelação - 0004396-81.2012.8.24.0090 - Capital - Norte da Ilha Rel. Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber, 4ª Câmara, Publicação: 21/06/2016) (grifei)

No entanto, apesar de o tema estar mais consolidado na doutrina contemporânea, ainda há uma controvérsia acerca do tema na jurisprudência atual. Observa-se julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito. Nesse sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ABANDONO AFETIVO – IMPOSSIBILIDADE. Por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgado em 10/05/2017, *DJEMG*15/05/2017).

Em análise dos julgados, percebe-se que a negativa de ilícito se dá notadamente pela ausência de comprovação de danos. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Abandono afetivo. A jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. *Non liquet*, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido” (TJSP, Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360, Acórdão n.

9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, *DJESP02/09/2016*).

Portanto, a jurisprudência atual tem reconhecido a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, no entanto o que se exige é a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido.

Com o abandono afetivo inverso ocorre da mesma forma, quando há omissão no dever de cuidar, cabe reparação civil, mediante indenização. Seja quando ocorre o abandono afetivo paterno-filial ou quando os filhos abandonam os pais idosos em situação de vulnerabilidade, deve-se considerar que a falta do cuidar serve de premissa base para o direito à indenização.

6. CONCLUSÃO

Com o presente artigo analisou-se o abandono afetivo inverso, consistente na ausência de cuidado dos filhos para com os seus pais, em especial, os idosos. A negligência pelo abandono afetivo pode provocar danos a nível biológico, psicológico e social, importando em um sério comprometimento de vida.

Conforme exposto, o dever de cuidado dos filhos em relação aos pais têm garantia constitucional e infraconstitucional. Assim a família, a sociedade e o Estado devem assegurar-lhes tais direitos em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade.

Atualmente, a afetividade é apontada como o principal fundamento das relações familiares, e com essa valorização a jurisprudência pátria não pode estar alheia à necessidade de plena efetivação deste princípio.

Desde que o afeto passou a ser reconhecido como valor jurídico, a falta de proteção e cuidado no âmbito familiar é determinante de responsabilidade por omissão. O abandono afetivo está ligado a um dano imaterial passível de indenização, visto que a violação ao dever de cuidar pode gerar um ato ilícito, com fundamento no art. 186 do Código Civil, se provado dano a integridade psíquica.

O Direito não possui a solução para todos os dilemas familiares, no entanto é necessário perceber que o Poder Judiciário não pode deixar de dar respostas a tais conflitos ao ser acionado. O amor em si e o sentimento de afeto são inapreciáveis juridicamente, no entanto, a afetividade jurídica, traduzida como dever de cuidado, possui reconhecimento no nosso ordenamento jurídico e merece ser analisado no caso concreto, de modo que uma possível indenização amenize os danos sofridos pela vítima.

Apesar de ainda ser um tema controvertido em nossa jurisprudência pátria, os Tribunais tem demonstrado evolução quanto ao assunto. Em uma análise jurisprudencial, observou-se a admissão da reparação civil pelo abandono afetivo paterno-filial desde que sejam comprovadas as consequências advindas de tal conduta, bem como o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano sofrido.

Diante do exposto, o abandono afetivo inverso segue a mesma dimensão jurídico axiológica da relação paterno filial, sendo perfeitamente possível a responsabilização civil pela omissão no dever de cuidar.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª Ed. São Paulo. Editora Método, 2015.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.294-A/2008**. Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: Acesso em 17 out.2020.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp:1159242 SP 2009/0193701-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dj:24/-04/2012. JusBrasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9>>. Acesso em: 23 de out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - Recurso Especial : REsp 1159242 SP 2009/0193701-9. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9>>>. Acesso em: 12 de Nov. de 2020.

_____.Superior Tribunal de Justiça STJ - Recurso Especial : REsp 1087561 RS 2008/0201328-0. Relator: Ministro Raul Araújo, Data de julgamento: 13/06/2017, T4-Quarta Turma, data da publicação: Dje 18/08/2017). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0>> Acesso em: 23 de out. de 2020.

_____.Tribunal de Justiça da Bahia. Recurso de Apelação: APL0500216-61.2016.8.05.0022.Relator:Ministro Mário Augustos Albiani Alves Júnior.DJ:11/02/2020.JusBrasil,2020.Disponível em : <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121003931/apelacao-apl-5002166120168050022>> .Acesso em:15 de Set.2020.

_____.Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação (CPC):0337763-78.2011.8.09.0024.Relato:Ministro Itamar Lima. Dj:10/01/2019.JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712157110/apelacao-cpc-3377637820118090024>> . Acesso em: 12 de Nov. de 2020.

_____.Tribunal de Justiça Do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000 4085505-54.2000.8.13.0000 (1). Relator: Unias Silva. Data de publicação: 29/04/2004. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jseccionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node_numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar#:~:text=O%20dor%20sofrida%20pelo%20filho,da%20dignidade%20da%20pessoa%20humana.> .Acesso em: 23 de Out. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível : AC 0132155-07.2015.8.13.0647 MG - Inteiro Teor. Relator: Saldanha da Fonseca, Data de Julgamento: 10/05/2017, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2017).Disponível em:<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458604055/apelacao-civel-ac-10647150132155001-mg/inteiro-teor-458604133>> .Acesso em: 11 de Nov. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Apelação : APL 0004396-81.2012.8.24.0090 Capital 0004396-81.2012.8.24.0090. Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 17/12/2015, Quarta Câmara de Direito Civil). Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945321214/apelacao-apl-43968120128240090-capital-0004396-8120128240090>> Acesso em: 01 de Nov. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento: AI2114012-95.2020.8.26.0000SP21114012-95.2020.8.26.0000. Relator: Ministro Francisco Loureiro. DJ:28/07/2020.JusBrasil. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896761637/agravo-de-instrumento-ai-21140129520208260000-sp-2114012-9520208260000?ref=serp>> .Acesso em: 25 set. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível : AC 1001197-21.2019.8.26.0482 SP 1001197-21.2019.8.26.0482. Relator: Spoladore Dominguez, Data de Julgamento: 01/04/2020, 13ª Câmara de Direito Público,Data de Publicação: 01/04/2020). Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/827842813/apelacao-civel-ac-10011972120198260482-sp-1001197-2120198260482>> Acesso em: 12 de Nov. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC 0014079-45.2009.8.26.0009 SP 0014079-45.2009.8.26.0009. Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Data de Julgamento: 18/09/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/09/2014). Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900323013/apelacao-civel-ac-140794520098260009-sp-0014079-4520098260009>> Acesso em: 23 de Out. 2020.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação: APL 0006195-03.2014.8.286.03.60 SP 0006195-03.2014.8.26.0360. Relator: Ministro J.B.Paula Lima.DJ: JusBrasil:10/08/16.Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373282470/apelacao-apl-61950320148260360-sp-0006195-0320148260360>> Acesso em :14 de nov.2020.

_____.Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 - Recurso Ordinário Trabalhista : RO 0001097-52.2015.5.03.0082 MG 0001097-52.2015.5.03.0082. Relator Cristiana M.Valadares Fenelon, Sétima Turma,Data de Publicação: 21/11/2017). Disponível em: < <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111563874/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1097201508203007-mg-0001097-5220155030082>> .Acesso em: 14 de out.2020.

CALDERON, Ricardo Lucas: **O percurso construtivo do princípio da afetividade no**

Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em:

:<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FIN>

AL%2018-11-2011%20pdf. Acesso em:16 de Out. 2020.

CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** In: eHrHardt JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (Coord.). Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Belo Horizonte: fórum, p. 49-71. iSbN 978-85-450-0700-5.2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, p. 68.2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, JÚNIOR Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso:** doutrina, jurisprudência e legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein . São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, C. R.; LENZA, P. **Direito civil esquematizado® - responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** obrigações. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2014.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** São Paulo, 1960.

LISBOA, Roberto Senise: **Obrigações e responsabilidade civil** - 7^a edição de 2013: Volume 2, São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** Direito de família. 43^a ed. São Paulo, 2016.

MADALENO, Rolf. Curso de direito. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito civil:** obrigações e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 2. 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5- Direito de família. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SIMÃO, José Fernando. De Alexandre a Luciane. **Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido!**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/img/artigos/Abandono%20afetivo%20Sim%c3%a3o%203_05_2012.pdf. Acesso em: 20 Nov.2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SAVATIER, Traité de la responsabilité civile em droit français, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 19ª ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, p. 40. 2005.

TARTUCE, Flávio: O **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em :

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em:15 Nov. 2020.

TARTUCE, Flavio.**Manual de Direito Civil**. 8ª ed. Revista Atualizada e Ampliada, São Paulo: Forense, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. **Abandono afetivo inverso**: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, ano 7, n. 13, p. página inicial-página final, set./ dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/135/10581/18960>. acesso em: 13 nov. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo : Atlas, 2013.

VIEIRA, Cláudia Stein. **São Paulo**: RT, p. 28, 2008.

INTERNET E SUCESSÃO E ERA DIGITAL: A POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS APÓS A MORTE

JAQUELINE RIBEIRO MINGHINI:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo - FASEC.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS³⁹

(orientador)

RESUMO: O avanço tecnológico possibilitou o acúmulo de verdadeiras riquezas econômicas e culturais que foram armazenadas virtualmente. No entanto, não existem leis específicas que abordam a viabilidade da herança digital. A presente pesquisa irá estudar a validade da transmissão hereditária de bens digitais, para ao fim compreender como o Direito Civil brasileiro poderá gerenciar esta nova forma de sucessão. Para responder às primeiras questões, será estudado alguns dos principais institutos do direito das sucessões no Brasil, bem como, as leis que versam sobre a internet ressaltando seu impacto nos bens digitais. Este trabalho possui objetivo exploratório, o qual busca proporcionar maior familiaridade a respeito da herança digital com vistas a torná-la mais explícita para o público em geral.

Palavras-chave: Bens digitais. Herança. Internet. Patrimônio. Sucessão

ABSTRACT: Technological advances have enabled the accumulation of true economic and cultural wealth that has been stored virtually. However, there are no specific laws that address the feasibility of digital inheritance. This research will study the validity of the hereditary transmission of digital assets, to understand how Brazilian Civil Law can manage this new form of succession. In order to answer the first questions, some of the main institutes of succession law in Brazil will be studied, as well as the laws that deal with the internet, highlighting their impact on digital goods. This work has an exploratory objective, which seeks to provide greater familiarity regarding digital heritage to make it more explicit for the general public.

³⁹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. E-mail: prof.guilhermeaugusto@fasec.edu.br.

Keywords: Digital goods. Heritage. Internet. Patrimony. Succession.

INTRODUÇÃO

O Direito é o reflexo do costume. Assim como as relações mudam, o Direito também, e com a chegada da nova era digital, não poderia ser diferente. A adaptação das leis depende da ascensão ou remodelação de direitos, neste caso, o da herança. O Direito virtual já é matéria estudada em diversas faculdades e publicações acadêmicas, uma destas discussões se refere ao futuro do patrimônio digital acumulado por uma pessoa em vida, seja este de valor econômico ou afetivo.

O avanço da tecnologia permitiu o armazenamento de informações valiosas em diversos formatos apesar da transmissão de bens após a morte ser um direito consolidado, no entanto, não existe consenso sobre a validade de bens digitais como patrimônio. Para tanto, será estudada a sucessão *post mortem*⁴⁰.

Neste sentido deve-se dizer que, são muitas as ações propostas perante o poder Judiciário para provimento da sucessão de bens deixados por *de cuius*⁴¹ que foram armazenados digitalmente, por exemplo, ações para remover perfis das redes sociais do falecido ou que requeiram a senha do perfil do mesmo, ou a liberação do acesso à terceiros de documentos particulares arquivados online. Serão *e-mails* e SMS⁴² tão diferentes de cartas e documentos físicos?

A problemática deste artigo é verificar a viabilidade da sucessão dos bens e dados digitais e a possibilidade de transmissão hereditária deste patrimônio, ara ao fim compreender como o direito Civil brasileiro poderá gerenciar esta moderna forma de sucessão.

Para tanto, serão apresentados nos capítulos seguintes a introdução de alguns conceitos relacionados ao direito das sucessões e à herança com fulcro no ordenamento jurídico em vigor, a diferença entre bens corpóreos e bens incorpóreos, e qual destas espécies se enquadra a herança digital para, ao fim analisar a viabilidade

⁴⁰ Expressão forense em latim que significa “após a morte”.

⁴¹ Expressão forense em latim utilizada para designar o falecido, autor da herança, cujos bens estão em inventário.

⁴² Sigla de *Short Message Service*, que em português significa Serviço de Mensagens Curtas.

da herança de bens digitais no caso de sucessão *post mortem*.

A presente pesquisa possui objetivo exploratório, o qual busca proporcionar maior familiaridade a respeito da herança digital com vistas a torná-la mais explícita para o público, sendo adotados os procedimentos bibliográfico e documental, por meio de referências teóricas já publicadas, tais como leis, livros, artigos científicos, de maneira que o método de abordagem escolhido foi o dedutivo, o qual parte do geral e, a seguir, desce para o particular, uma análise da informação obtida por meio de um raciocínio lógico para chegar à conclusão.

Por fim, tem-se que na ausência de estudos e leis específicas, caberia ao Poder judiciário solucionar as ações não previstas, tão somente pelo uso de analogia e interpretação extensiva na tentativa de suprir a lacuna legal, e que no fim geraria a tão famigerada sobrecarga de ações em trânsito.

1 NOÇÕES BÁSICAS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Para dar início ao estudo da herança, faz-se necessário apresentar o conceito de direito das sucessões. Este ramo do direito remonta às leis e as normas que disciplinam a transmissão dos bens de uma pessoa, após a sua morte.

Sucessão é o ato ou o efeito de suceder. Tem o sentido de substituição de pessoas ou de coisas, transmissão de direitos, encargos ou bens, numa relação jurídica de continuidade. Implica a existência de um adquirente que sucede ao antigo titular de determinados valores (OLIVEIRA; AMORIM, 2016, p. 27).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante em seu art. 5º, incisos XXII e XXX, o direito à propriedade e a herança, respectivamente, que de acordo com o inciso XXIII deste artigo, deverá atender à função social, demonstrando assim o respaldo constitucional ao direito das sucessões (BRASIL, 1988).

No tocante ao “ponto de vista ideológico, entende-se que a supressão do Direito Sucessório implicaria a negação da própria propriedade privada, na medida em que se trata de institutos umbilicalmente conectados, senão simbióticos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 48). Portanto, é seguro afirmar que o direito sucessório está interligado ao direito de propriedade.

Em conclusão, temos que o reconhecimento do direito hereditário encontra a sua razão existencial na projeção jurídica *post mortem* do próprio direito de propriedade privada, constitucionalmente garantido, segundo o princípio da

intervenção mínima do Estado nas relações privadas. É a própria manifestação da autonomia privada do indivíduo, direcionada ao âmbito das relações jurídicas constituídas ou derivadas do seu falecimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 49).

Do ponto de vista etimológico, a palavra sucessão significa o “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens” (GONÇALVES, 2018, p. 17). A sucessão não se resume, apenas, a transferência de bens após a morte, pelo contrário, a sucessão pode decorrer de ato *inter vivos*⁴³ ou *mortis causa*⁴⁴, também chamada de *post mortem*.

Deve ficar claro que, como sujeitos, o Direito das Sucessões envolve basicamente duas figuras. Inicialmente, há o falecido, que pode ser tido como o principal personagem da transmissão de bens *mortis causa*. Para tal figura também são utilizados os termos morto, autor da herança e *de cujus* (de quem), que simplifica a expressão aquele de quem a herança se trata. Como outra parte, há o herdeiro ou sucessor, que recebe a transmissão dos bens pelo falecimento do primeiro. (GONÇALVES, 2018, p. 16)

A palavra sucessão é sinônimo de transmissão, e pode ocorrer, por exemplo, no direito das coisas, durante a compra e venda, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam, encontrando-se, também, no “direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, quanto ao exercício dos deveres elencados nos arts. 1.740 e 1.741 do Código Civil” (GONÇALVES, 2018, p. 17).

Considerando-se que um patrimônio jamais poderá remanescer sem titular, segundo a própria perspectiva da função social, observamos que os atos de disposição *inter vivos*, como uma venda ou uma doação, implicam a transmissibilidade de determinado bem, operando uma consequente sucessão (substituição de pessoas) em sua titularidade. Assim, é correto dizer que, em uma primeira acepção, pode a sucessão se dar no âmbito das relações

⁴³ Expressão forense em latim que significa “entre vivos, entre seres vivos”.

⁴⁴ Expressão forense em latim que significa “por causa da morte”.

negociais *inter vivos*, quando determinado bem é transferido de uma pessoa a outra, operando-se uma substituição entre elas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 58)

O objeto de estudo do direito das sucessões é a transmissão de bens *causa mortis*. De forma que, diferencia-se da sucessão *inter vivos*, por se tratar da sucessão de bens entre pessoas vivas (OLIVEIRA; AMORIM, 2016).

Dá-se, pois, a sucessão hereditária ou “mortis causa”, quando, em virtude do falecimento de alguém (sucedido ou autor da herança), o seu patrimônio é transferido a determinadas pessoas, legitimadas a recebê-lo (sucessores), as quais, assim, substituem-no na titularidade desses bens ou direitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 58).

A sucessão é regida pelo princípio da *saisine* que rege que, conforme leciona o art. 1.784 do Código Civil de 2002, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, ou seja, a transmissão da herança se estabelece a partir do momento seguinte à morte do *de cuius* (BRASIL, 2002). Significa que, imediatamente após a morte, a herança é transmitida aos sucessores. Nesse contexto categórico, a sucessão, para os fins deste trabalho, deve ser entendida como referência apenas a sucessão *causa mortis*, ou seja, que decorre da morte, do falecimento, do fim da pessoa natural.

Patrimônio ou, no aspecto formal e de representação, espólio é o nome que se dá ao acervo hereditário são os bens que compõem a herança (OLIVEIRA; AMORIM, 2016). Na visão clássica, “o patrimônio é a representação econômica da pessoa, vinculando-o à personalidade do indivíduo, em uma concepção abstrata que se conserva durante toda a vida da pessoa, independentemente da substituição, aumento ou decréscimo de bens”. No entanto, no conceito moderno o conjunto de bens patrimoniais é vista somente pelo prisma subjetivo da universalidade de direitos, importando a destinação que a vontade do proprietário ditar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 54-55).

Os bens patrimoniais são um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico, que são denominadas de universalidade de direito. Tal prerrogativa está prevista no art. 91 do Código Civil Brasileiro de 2002 que diz que “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. (BRASIL, 2002)

Os bens que compõem a massa patrimonial podem ser classificados como corpóreos e incorpóreos. Os bens corpóreos são materiais, como um imóvel ou

veículo. Já os bens incorpóreos são imateriais, por exemplo, direitos, ações e créditos. Ademais, o patrimônio é constituído por bens ativos e passivos. Isso significa que a transferência do patrimônio não se deve apenas aos bens e valores, ou seja, transfere-se também as obrigações, bem como, o ativo e o passivo do de cujus (OLIVEIRA; AMORIM, 2016).

Impende salientar ainda que “a noção de patrimônio não se confunde com o mero conjunto de bens corpóreos, mas sim com toda a gama de relações jurídicas (direitos e obrigações de crédito e débito) valoráveis economicamente de uma pessoa, natural ou jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 55).

De forma simples, a herança é o patrimônio deixado pelo *de cujus*. O direito à herança está assegurado no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988:

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:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança.

Neste sentido, a herança é a definição legal conjunto de bens que são transferidos ao sucessor após a morte de um indivíduo. O espólio abrange o bens que integram o patrimônio deixado pelo *de cujus* e, destes fazem parte todos “os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis” e que serão repartidos durante o processo de inventário, que é uma relação dos bens deixados pelo falecido (GONÇALVES, 2018, p. 26).

A herança pode ser conceituada como o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do de cujus. Engloba também as dívidas do morto. A herança constitui o espólio, que é o titular desse patrimônio, um ente despersonalizado ou despersonificado, e não uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal, entendimento que igualmente serve para a herança (TARTUCE, 2017, p. 35).

O espólio não tem personalidade jurídica, e, portanto, não está previsto no rol de pessoas jurídicas do art. 44 do Código Civil de 2002. Ademais, a herança na visão do art. 80, inciso II, do mesmo Código, é considerada um imóvel para todos os efeitos legais. Isso quer dizer que a herança é uma universalidade de bens, direitos e obrigações, que pode ser representada tanto passiva quanto ativamente até o momento da partilha. (BRASIL, 2002)

Até o momento da partilha, a herança é indivisível e será regulamentada pelas normas relativas ao condomínio, de maneira que será ineficaz a cessão pelo co-herdeiro sobre qualquer bem considerado singularmente ou sem prévia autorização judicial, pendente a indivisibilidade, assim leciona os artigos 1.791 e 1.793 do Código Civil de 2002:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, **será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.**

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

§1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.

§2º **É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.**

§3º **Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão,** por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, **pendente a indivisibilidade.** (grifo nosso) (BRASIL, 2002)

A natureza jurídica do direito à herança ou direito à sucessão aberta é imobiliária, "pouco importando a natureza do bem (ou dos bens) deixado(s), se móvel ou imóvel. Com isso, ainda que toda a herança consista em um único automóvel, o direito hereditário que lhe corresponde será imobiliário, por força de lei" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 57).

Por fim, “a denominação legal da pessoa que deixa bens, crédito, dívidas, direitos ou obrigações para outra é de autor da herança” (OLIVEIRA; AMORIM, 2016, p. 28). Já aquele que herda a herança é chamado de herdeiro ou sucessor, e “é aquele que é beneficiado pela morte do *de cujus*, seja por disposição de ato de última vontade, seja por determinação da norma jurídica”. Ainda, o herdeiro pode ser classificado, em sua origem, como testamentário ou legítimo. O primeiro é aquele beneficiado por testamento, legado ou codicilo e no caso do segundo, ele existe quando o seu direito de herdar decorrer da força da lei (TARTUCE, 2017, p. 31).

No Direito das Sucessões, o testamento é um instituto *mortis causa* e é a principal forma de expressão e exercício da última vontade da autonomia privada de uma pessoa. Este instituto pode ser definido como “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte” (TARTUCE, 2017, p. 212).

A sucessão é formalizada através do inventário e da partilha, que podem ser realizados por testamentos ou codicilos. Na ausência de testamos, há casos em que serão realizados o inventário e a partilha extrajudicial por escritura pública em cartório, quando as partes forem maiores e capazes, conforme Lei n. 11.441/07. Também ocorre a sucessão em caso de desaparecimento de uma pessoa, com a declaração de ausência e arrecadação de seus bens (OLIVEIRA; AMORIM, 2016).

A partir da compreensão dos principais termos do direito das sucessões e do processo de distribuição de bens a serem herdados, será estudado adiante os bens que compõem a herança digital.

2 DIREITOS E VALORES DO PATRIMÔNIO VIRTUAL

Patrimônio virtual ou acervo digital são alguns dos termos utilizados para tratar do “conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente ou virtuais” (COSTA FILHO, 2017, p. 3). Em resumo, bens digitais são todas as coisas de valor que podem ser armazenadas digitalmente, *online* ou não. Novos conteúdos virtuais estão sempre surgindo, então este é um conceito que pode variar de tempos em tempos, por exemplo, a *bitcoin*⁴⁵ era um bem digital desconhecido até recentemente.

⁴⁵ Bitcoin é um dinheiro igual o Real, Dólar e o Euro. A diferença é que o ele é inteiramente digital, ou seja, ele existe apenas na internet. Por ser digital, ele é perfeito para transações online, porque ele é anônimo, rápido, barato e seguro. Disponível em: <https://cointimes.com.br/o-que-e-bitcoin-cotacao-e-como-funciona/>. Acesso em: 16 out. 2020.

Há quem defina que bem digital é “qualquer coisa que exista em dados binários que seja independente, identificável de maneira única e tenha um valor ou capacidade de uso”. O termo ativo digital foi originalmente difundido na década de 90, quando eram apenas vídeos, fotos e alguns documentos, desde então os avanços tecnológicos têm apresentado conceitos novos para este termo (HAMILYON, 2020).

Alguns dos novos bens armazenados digitalmente são documentos digitais, bibliotecas virtuais, jogos *online*, milhas aéreas, áudios de *WhatsApp*, contas de mídias sociais, *websites*, *bitcoins*, ou qualquer dado digital relevante contidos em *laptops*, *smatphones*, HDs⁴⁶ ou outros aparelhos de mídia.

Para a legislação brasileira, os bens classificam-se em móveis e imóveis. A diferença entre eles é que de acordo com os arts. 79 e 82 do Código Civil, respectivamente, bens imóveis são “o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” e bens móveis são todos “aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002).

O art. 83, *caput* e inciso I, do Código Civil de 2002 dispõe que “consideram-se móveis para os efeitos legais as energias que tenham valor econômico” (BRASIL, 2002). Do que se extrai deste artigo pode-se concluir que os arquivos digitais são energia armazenada e, assim sendo, são bens móveis. Neste caso, o patrimônio digital como um conjunto de bens de valor econômico também compõe a herança para os efeitos legais: (COSTA FILHO, 2016). Para tanto, destaca-se que:

O documento eletrônico, seja uma seqüência de bits representativa de um texto acadêmico ou de uma ordem de compra de milhões de reais, é considerado um bem móvel. O novo Código, em conformidade com a lei especial, dispõe, no artigo 83, inciso I, que as energias que tenham valor econômico são bens móveis para os efeitos legais. O critério de valor aplica-se também a bens gratuitos, mas cuja proteção pode ser aferida economicamente. Neste caso, um texto disponibilizado gratuitamente por seu autor, pode ser copiado livremente, mas seus reflexos, como por exemplo, a declaração de autoria, uma

⁴⁶ A sigla HD pode referir-se a dois significados distintos: "High Definition" ou "Hard Disk". O outro significado para a sigla HD é "Hard Disk", ou "Disco Rígido". Este hardware é um componente de um computador ou outro equipamento que tem a finalidade de armazenar dados. Isso quer dizer que independentemente se ele está desligado ou não, as informações contidas nele permanecem armazenadas para utilização. Disponível em <https://canaltech.com.br/produtos/O-que-e-HD/>. Acesso em: 16 out. 2020.

vez fraudados, podem gerar a indenização monetária: (FERREIRA, 2004, [p. xx](#)).

Bens digitais não se limitam a bens incorpóreos. Alguns conteúdos armazenados em *hard drives* externos por exemplo, são de natureza tangível e podem ser transferidos de propriedade facilmente, assim como os bens móveis. Assim sendo, arquivos salvos em um computador, possuem a mesma natureza daqueles que já estão impressos.

Ocorre que, devido ao crescimento do conteúdo digital e do armazenamento em nuvem, boa parte destes bens são virtuais ou depositados *online*, onde o acesso e a transferência são regulados pelos provedores dos sites (COSTA FILHO, 2016). Outras empresas têm se negado a permitir o acesso de terceiros sob a alegação de proteção da privacidade do usuário (BARRETO; NERY NETTO, 2016).

Há ainda, outro valor atribuído aos conteúdos digitais, o emocional, que são bens como as fotos de família, mensagens de redes sociais, e-mails trocados, dentre outros conteúdos que são permeados de sentimentos. Inclusive, existem alguns *sites* que permitem que o usuário escolha o que acontecerá com seu perfil após a sua morte, podendo esta ser uma boa opção para proteger os seus ativos virtuais (LANDIM, 2018).

Mesmo que se adote uma posição menos abrangente de que arquivos sem valor econômico, como fotos e vídeos de valor exclusivamente afetivo, não fazem parte do patrimônio e, portanto, são excluídos da partilha, não haveria óbice legal ao acesso pelos herdeiros a esse conteúdo em casos que assim seja determinado pelo de cujus em disposição de última vontade ou através de ordem judicial, entre outros, como veremos (COSTA FILHO, 2016).

Após estabelecida a potencialidade do patrimônio digital, resta verificar se há a possibilidade de transferir esses ativos como parte da herança.

2.1 BENS VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a primeira regulamentação de conteúdos digitais aconteceu em 2012, oriunda de um projeto que estava em andamento desde 1999. A partir do Projeto de Lei (PL) nº 84/99, conhecido como PL dos Crimes Digitais, que visava a criação dos crimes a invasão e alteração de conteúdos de sítios, o roubo de senhas e a criação e disseminação de vírus, somente foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2003, e modificado pelo Senado em 2008, retornando para a Câmara

para alterações. E apenas em 2012, após o episódio de invasão do dispositivo de Carolina Dieckmann, com a divulgação de material particular que foi promulgada a Lei nº 12.737/12, batizada em homenagem a atriz (BRASIL, 2015).

Apesar das recentes promulgações de leis sobre a internet, as normas brasileiras que versam sobre conteúdo virtual ainda são poucas. Dentre essas leis, destacam-se a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, também conhecida como Lei do Marco Civil da Internet e a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

2.1.1 Marco Civil da Internet

Em contraponto com os outros projetos de leis que priorizam a criminalização do uso indevido da internet, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 ou Lei do Marco Civil da Internet, surgiu com a proposta de garantir a liberdade e o direito dos usuários à internet. As regras desta lei presumem que a liberdade de expressão é principal fundamento do meio de comunicação da internet, onde há a manifestação da vontade e da liberdade.

Para o Marco Civil, a internet é a nova *Ágora grega* ou *Fórum Romano*, uma praça virtual que reúne a todos que queiram se manifestar sobre a pólis ou o Estado. [...] A internet permite ao humano uma extensão maior do seu cérebro, virtualizando-o e ampliando as possibilidades de formação de pensamentos sem a manifestação deles. As tecnologias de informação e comunicação ampliam as possibilidades do virtual, potencializando ainda mais o real. (GONÇALVES, 2017, p. 11).

Nos termos do seu art. 1º “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria” (BRASIL, 2014).

Os princípios do uso da internet no Brasil estão dispostos no art. 3º da Lei nº 12.965/14. O inciso I busca consolidar direitos como a inviolabilidade das opiniões e o direito informação que são fundamentais no mundo virtual. “Comentários ou críticas não podem ser censurados previamente, ainda que em desacordo com políticas internas, e estas devem ser explícitas”. De outro lado, não pode haver censura ou bloqueio de comentários e páginas da internet sem a devida autorização judicial, assim como a coleta de dados dos usuários deve estar devidamente regulamentada. (BRASIL, 2015).

Também pela Lei nº 12.965/14, os dados de navegação somente podem ser coletados com a autorização expressa do usuário e somente aqueles que não comprometam a finalidade da coleta. Este consentimento deverá ser prévio, mesmo que em alguns sites não possa fazer uso do serviço por não aceitar os termos de serviço. Desta forma ficou esclarecido que coletas de dados ou compras de dados não autorizados, por exemplo, são expressamente proibidas. (GONÇALVES, 2017)

Os servidores de internet devem guardar os registros de conexão por um ano, mas não poderão salvar o histórico de navegação do usuário, no entanto, a lei concede que o servidor continue a coletar o registro de conexão indeterminadamente. A Lei nº 12.965/14 também assegura no 7º, incisos II e III, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações e inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. O artigo 10º, § 1º, dita que os dados privados, se forem requisitados por ordem de um juiz, deverão ser obrigatoriamente disponibilizados pelo provedor responsável. (BRASIL, 2014).

Por último, deve-se mencionar o Projeto de Lei nº 7.742, de 30 de maio de 2017, que apresenta a proposta de acrescentar o art. 10-A a Lei nº 12.965/14 com a seguinte redação:

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

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

§2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o

seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la (BRASIL, 2017, [online](#)).

A proteção e disponibilização de dados pessoais, por muito tempo, foi fonte de insegurança jurídica no país pois não havia um regulamento ou conceito que estabelecesse um consenso entre os tribunais.

2.1.2 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Diante da premente necessidade de lei sobre a internet, sobreveio a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Esta norma veio trazer um novo cenário de segurança jurídica no Brasil, na qual traz de clara que o consentimento e a transparência são aspectos fundamentais no tratamento dos dados pessoais das pessoas naturais, inclusive nos meios virtuais, segundo o seu art. 1º.

O art. 2º da LGPD diz que a proteção dos dados deve respeitar, principalmente, o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Como dito, umas das principais inovações da LGPD é o consentimento como base do tratamento das informações, conforme o seu art. 8º “o consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” (BRASIL, 2018).

Ademais, o direito à privacidade que trata a LGPD é para permitir que o proprietário dos dados tenha a autodeterminação de decidir quais informações suas deseja compartilhar e para quem. Este fundamento da lei não busca vedar o acesso aos dados, mas proteger a privacidade do usuário (BEPPU; MACIEL, 2020).

Ainda, o art. 6º Código Civil brasileiro traz em seu corpo que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva” (BRASIL, 2002). Ocorre que, em alguns casos no mundo virtual onde a vida de uma pessoa é por vezes mais significativa que no mundo físico, o falecimento do corpo de uma pessoa não atinge tal sintonia.

Neste ponto, a LGPD nada diz sobre a proteção dos dados digitais da pessoa falecida, deixando uma lacuna na legalização da matéria. Contudo, devido as novas diretrizes, visualiza-se uma possibilidade na relação da Lei nº 13.709/18 e a herança digital *post mortem*, já que sua promulgação pode, por fim, de regularizar o desenvolvimento de *softwares* e aplicações das informações na internet que tratam dos bens digitais das pessoas falecidas (BEPPU; MACIEL, 2020).

Mesmo sem a previsão específica, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais já é um grande avanço na medida que prevê em seu art. 17, inciso VI, o direito de eliminação dos dados previstos na Lei do Marco Civil da Internet.

3 HERANÇA DE BENS DIGITAIS

Perante a ausência de uma norma específica que cuide dos ativos armazenados digitalmente, a análise deste instituto ocorre de forma extensiva e sistemática. Da mesma forma que os demais bens deixados pelo *de cuius* para os seus herdeiros, o patrimônio digital, em regra, deverá seguir o mesmo caminho. (COSTA FILHO, 2016)

Em 2015, nos Estados Unidos, a *Uniform Law Commission (ULC)* ou Comissão de Uniformização de Leis criou o *Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act (UFADAA)*, um documento que tem dispõe especificamente sobre a proteção dos bens digitais. É um ato, já aprovado pela maioria dos Estados Federados, que inclui uma proposta que permite que cada território escolha como regular o destino dos bens digitais nos casos de morte ou incapacidade da pessoa (TAFELLI, 2020).

Ocorre que, o testamento é a manifestação da última vontade do falecido. No tocante a herança discute-se o testamento em seu aspecto amplo, de maneira que o instrumento de transmissão dos bens digitais dê-se por “por legado, por codicilo - se envolver bens de pequena monta, como é a regra -, ou até por manifestação feita perante a empresa que administra os dados” (TARTUCE, 2018).

O patrimônio digital de uma pessoa é dividido em duas categorias, os bens insuscetíveis de valoração econômica e bens economicamente valoráveis, e eles se distinguem da seguinte forma:

Bens insuscetíveis de valoração econômica: quaisquer arquivos (textos, emails, fotografias) criados por um indivíduo diretamente na Web ou que, após sua elaboração ou edição em um computador local, fez o upload para um serviço de nuvem.

Bens economicamente valoráveis: quaisquer bens digitais que tenham utilidade patrimonial. Trata-se de arquivos (álbuns musicais, ebooks, games, filmes) e serviços (armazenamento em nuvem, licença de software) comprados pelo indivíduo por meio de um provedor de serviços online. Geralmente esses ativos ficam armazenados em nuvem, estando disponíveis ao usuário onde quer que se encontre. (grifo nosso) (BARRETO; NERY NETO, 2016, p. 3)

Um dos questionamentos sobre os bens digitais é se podem compor a herança, que é entendida como um conjunto de bens, corpóreos ou incorpóreos. No entanto, o próprio art. 1.791 do Código Civil dispõe que “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros” (BRASIL, 2002). Isso significa que, todo o patrimônio que uma pessoa adquiriu em vida deve compor a herança, o que está incluído também todo o patrimônio imaterial do *de cujus*.

Os bens insuscetíveis de valoração econômica, apesar do seu comprovado valor emocional, não geram direito sucessório. Deve-se levar em conta a disposição da última vontade do falecido respeitando a sua privacidade vez que talvez não fosse de seu desejo que seus sucessores tivessem acesso a todas as suas informações ou conversas pessoais de acesso restrito com senha (BARRETO; NERY NETO, 2016).

Ao se falar na possibilidade do *de cujus* testar bens que são insuscetíveis de valoração econômica, surge uma ideia de um testamento afetivo e mais adiante, um testamento digital no qual estariam dispostos todos bens acumulados por uma pessoa no mundo virtual, sendo válido ressaltar que o art. 1.857, §2º, do Código Civil já prevê o conteúdo extrapatrimonial do testamento. Veja-se:

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

[...]

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado (BRASIL, 2002).

Dito isso, ainda resta compreender qual destino se dará a herança digital cujo falecido não houver se manifestado a respeito, especialmente se ela não está especificamente prevista em nenhuma lei. Normalmente, nestes casos, há a sucessão

legítima, que acontece quando não há testamento ou quando este se torna caduco, totalmente ou em parte, tem a sua a ordem hereditária, ou seja, os herdeiros indicados pela lei (PACHECO, 2018). E a ordem legal dos que podem herdar e está prevista no art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
(Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

Na medida que as novas leis sobre a internet versam sobre a proteção dos dados pessoais da pessoa natural, “é razoável e até esperado que contas de usuários falecidos [...] recebam algum tipo de tratamento por parte dos respectivos controladores e/ou operadores, ainda que seja para arquivar ou eliminar a conta, uma vez que o titular não poderá fazê-lo por si só” (BEPPU; MACIEL, 2020, p. 8).

De efeito, a par da curadoria de dados dos usuários da internet, com a manutenção de perfis de pessoas falecidas, a serviço da memória digital, como já tem sido exercitada (Pierre Lévy, 2006), o instituto do testamento afetivo, notadamente no plano da curadoria de memórias da afeição, apresenta-se, agora, não apenas como uma outra inovação jurídica, pelo viés tecnológico. Mais precisamente, os testamentos afetivos poderão ser o instrumento, eloquente e romântico (um novo “L'hymne à L'amour”), de pessoas, apesar de mortas, continuarem existindo pelo amor que elas possuíam e por ele também continuarem vivendo (ALVES, 2016).

Por último, tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.847, de 2012 que propõe alterar o Código Civil para incluir um conceito na forma do art.

1.797-A que diz que “a herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: senhas, redes sociais, contas da Internet, qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido” (BRASIL, 2012).

O Projeto de Lei nº 4.847/12 ainda prevê que o art. 1.797-B que “se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos” e o art. 1797-C de forma que “cabe ao herdeiro definir o destino das contas do falecido para transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou apagar todos os dados do usuário ou remover a conta do antigo usuário (BRASIL, 2012).

Diante dessas considerações, percebe-se que no caso em que mesmo que o falecido tenha deixado testamento ou não prevendo uma herança de cunho extrapatrimonial, ainda há a possibilidade da transmissão de bens. Ao fim, compreende-se que por se tratar de bens que, apesar de digitais, são de natureza sucessória que, por vezes, possuem valor econômico ou não, mas que ainda, geram direitos hereditários e devem ser regidos pelas regras do Código Civil, inclusive no tocante a transmissão.

CONCLUSÃO

Existem milhões de pessoas que utilizam a internet ao redor do mundo, e cada uma delas tem potencial para criar e possuir algum tipo de conteúdo digital que possui valor e precisa de proteção. A qualquer momento um destes usuários pode falecer e perder o acesso aos seus bens necessitando que alguém o suceda.

Há anos se debate sobre o que fazer com a grande quantidade de informações acumuladas em computadores, redes sociais e armazenamento em nuvem⁴⁷. A discussão acerca da herança digital promete ser um assunto de grande repercussão no âmbito jurídico, é inevitável devido ao avanço tecnológico onde o mundo está cada vez mais conectado.

A sucessão é o processo que regula o que acontece com a propriedade após a morte do proprietário dos bens. É uma área de estudo que incide em diversos campos do direito. É importante vislumbrar que os bens digitais possuem alto

⁴⁷ É uma tecnologia que permite guardar dados na internet através de um servidor online sempre disponível. Nele, o usuário pode armazenar arquivos, documentos e outras informações sem precisar de um HD no seu computador. Disponível em: <https://www.weblink.com.br/blog/o-que-e-armazenamento-em-nuvem>. Acesso em: 26 out. 2020.

potencial de inclusive, criarem setores econômicos ou derrubá-los. Atualmente, criações como a criptomoeda e vendas online são parte da economia global.

A partir desta pesquisa, foi possível concluir que os bens digitais são divididos em bens suscetíveis e insuscetíveis de valor econômico, mas que ainda assim devem ser tratados com o mesmo rigor legal dos bens comuns. Os bens valoráveis, por sua natureza, já possuem direitos hereditários, no entanto, os bens digitais de valor sentimental também devem estar resguardados, neste caso, se está for a vontade do *de cujus*.

Dito isso, percebeu-se que apesar de sua aparência inovadora, os bens digitais também são parte ou todo o patrimônio que uma pessoa arrecadou em vida, e que muitos possuem alto valor econômico, ultrapassando até os bens comuns. Por isso, entende-se que devido a sua característica patrimonial, os bens digitais podem compor a herança, e consequentemente fazer parte do processo de sucessão comum.

Finalmente, foi notado que a legislação brasileira já possui regra para a transmissão de bens, restando apenas compreender que a herança digital faz parte deste rol. Não são poucos os desafios jurídicos a serem enfrentados pelo Poder Judiciário de regularizar as relações que envolvem a partilha de bens digitais, no entanto, é dever do Estado de acompanhar a evolução do direito e aplicar a lei da forma correta.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **A extensão existencial por testamentos afetivos**. 31 jul. 2016. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2016/07/>. Acesso em: 25 out. 2020.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. HERANÇA DIGITAL. **Direito & TI**, [S. l.], v. 1, p. 1, 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/BARRETO-Alesandro-Gon%C3%A7alves-NERY-NETO-Jos%C3%A9-Anchi%C3%A7a-Heran%C3%A7a-Digital.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Marco civil da internet**: Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. [E-book]

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.847, de 12 de dezembro de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 27 dez. 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.742, de 30 de maio de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, 30 maio 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 25 out. 2020.

BEPPU, Flávia; MACIEL, Cristiano. Perspectivas Normativas para o Legado Digital Pós-Morte Face à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: **Anais do I Workshop sobre as Implicações da Computação na Sociedade**. SBC, 2020. p. 73-84. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11038>. Acesso em: 25 out. 2020.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. [S. l.], n. 9, p. 187-215, 2017. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 5 out. 2020.

FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O notário e a contratação eletrônica**. XXIV Congresso Internacional do Notariado Latino: 2004. Disponível em:

<https://www.notariado.org.br/o-notario-e-a-contratacao-eletronica/>. Acesso em: 18 out. 2020.

HAMILTON, David. **What are Digital Assets?**. 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.securities.io/what-are-digital-assets/>. Acesso em: 22 out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7. [E-book]

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v.7. [E-book]

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [E-book]

LANDIM, Emiliano. **Bens digitais: o novo tipo de herança que surgiu na internet**. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-sao-bens-digitais/>. Acesso em: 19 out. 2020.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. [E-book]

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book]

TAFELLI, Dimas. **Kobe Bryant e a herança digital**. 07 fev. 2020. Disponível em: <http://www.freitasmartinho.adv.br/2020/02/07/kobe-bryant-e-a-heranca-digital/>. Acesso em: 25 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6. [E-book]

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões**. 26 set. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima---primeiras-reflexoes>. Acesso em: 25 out. 2020

OS CONTRATOS DE CRÉDITO COM CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE FEREM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR OCASIONANDO O SUPERENDIVIDAMENTO

GABRYELLY ESTHEFANNY SANTOS DE SOUZA:

Bacharelada do curso de Direito na Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO e Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

RESUMO: É importante trazer o problema econômico do superendividamento do consumidor para a esfera jurídica, porque a causa deste está relacionado com a facilidade da abertura de crédito por parte das empresas. Na atualidade o crédito desempenha um papel importante na sociedade de consumo e a falta dele fará com que os indivíduos não consigam cumprir seus compromissos básicos diários. De acordo com essa cultura, o crédito é um hábito que foi adquirido, tornando-se parte nas transações comerciais, logo, o crédito irresponsável e a expansão da dívida são inerentes à sociedade de massas fazendo com que a maioria das pessoas fiquem sobrecarregadas com dívidas intermináveis. Portanto, o crédito e a dívida do consumidor devem ser considerados como a causalidade do novo modelo social de consumo. Dessa forma, as empresas utilizam do comportamento do consumidor para se beneficiarem de sua ingenuidade diante da oportunidade de crédito, fazendo com que entrem em contratos com cláusulas que geram ainda mais o endividamento.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Crédito. Abusividade. Consumo. Superendividamento.

ABSTRACT: It is important to bring the economic problem of consumer over-indebtedness to the legal sphere, because everything is related to credit. Credit plays an important role in today's consumer society, so the lack of credit will mean that individuals will be unable to meet their basic daily commitments, because many people are burdened with debt to pay current monthly expenses. According to this culture, credit is a habit of life. As a way of improving the standard of living and comfort in today's world, credibility is not favoring, but the right to relax. Therefore, irresponsible credit and debt expansion are inherent in mass society. Therefore, consumer credit and debt must be considered as the causality of the new social model of consumption. Thus, companies use this behavior to benefit from consumer naivety, making them enter into credit agreements with clauses that further generate consumer indebtedness.

KEYWORDS: Contracts. Credit. Abusiveness. Consumption. Over-indebtedness.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Relações De Consumo: 1.1. Da responsabilidade civil nas relações de consumo: 1.2. Contratos de Crédito ao consumo: 1.3 Das cláusulas abusivas – 2. Superendividamento do Consumidor: 2.1 Da má-fé das empresas que facilitam o crédito; 2.2 Proteção ao consumidor com regulamentação legal. 3. Conclusão – 4. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a facilidade de crédito oferecida de forma inadequada, bem como a quantidade absurda de cláusulas abusivas que as empresas aplicam em seus contratos de consumo, gerando um inadimplemento desnecessário devido à falta de controle consumerista.

Essa facilidade oferecida é uma realidade e esse tipo de crédito geralmente é direcionado à classe média e camadas sociais de baixa renda, o que leva a expansão deste tipo de serviço, no qual ocorre o enfraquecimento na relação contratual entre consumidor e fornecedor do crédito, vez que os princípios da boa-fé e transparência devem nortear todos os contratos e relações de consumo.

A lei protege especialmente a confiança dos consumidores e as expectativas razoáveis estabelecidas no contrato, vez que sua eficácia depende naturalmente da solução de política do consumidor. Isso pode pelo menos aliviar o problema da justiça distributiva, porque a inserção de cláusulas abusivas nos contratos de consumo contribui para o superendividamento do consumidor.

Estabelecendo assim, como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas, tendo em vista, que a questão da "mora do fornecedor", trata-se de situações em que se começa a reconhecer que a inadimplência do consumidor decorre do comportamento abusivo do fornecedor, pois este não segue o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, sendo urgente e necessário o reconhecimento do serviço de concessão de crédito como nocivo e perigoso e a adequação da publicidade e oferta para tais serviços. Contudo, torna-se extremamente necessário que seja prioridade a junção de forças para que se tenha um desenvolvimento econômico e social justo, equilibrado e sustentável.

Para a compreensão do objetivo principal desta pesquisa, será conceituado o que é relação de consumo, contratos de crédito, cláusulas abusivas e o fenômeno do superendividamento, para ao final, analisar o que possivelmente ocasiona o crescente problema do superendividamento.

1 RELAÇÕES DE CONSUMO

Na sociedade moderna, a conexão entre consumidores (aqueles que compram produtos ou serviços) e fornecedores (aqueles que fornecem produtos ou serviços ao mercado consumidor) é chamada de relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º e 3º, define consumidor e fornecedor como:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A honestidade e credibilidade são um verdadeiro código de conduta que exige que as partes ajam de acordo com os valores de honestidade, lealdade, cooperação e abertura para equilibrar vários relacionamentos, incluindo o consumo. O Código de Defesa do Consumidor refere-se à boa-fé como princípio geral das relações de consumo.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de

consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Assim, o direito do consumidor é um subsistema constitucional autônomo com suas próprias regras, princípios e interpretações. Afinal, as relações de consumo são diferentes das relações jurídicas comuns e possuem atributos únicos.

1.1 Da responsabilidade civil nas relações de consumo

A responsabilidade civil é uma espécie de obrigação criada pelo homem para compensar os prejuízos morais e materiais causados a outrem, em razão de ato próprio ou de terceiros que dela dependam. Devendo ser inserida na estrutura das relações, vez que a uma das partes caberá o dever jurídico primário e a outra a responsabilidade.

No ordenamento brasileiro temos os artigos art. 186 e art. 927 do Código Civil, que dispõem acerca da responsabilidade civil, onde é exposto que aquele que causou o dano tem o dever de repará-lo:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

rt. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil contratual, existe devido ao contrato existente entre as partes. Portanto, dispõe da responsabilidade de arcar com os requisitos necessários do referido contrato, fazendo jus ao vínculo jurídico que lhes cerca.

Nesse mesmo sentido, à responsabilidade civil extracontratual, ocorre onde não há vínculo contratual entre as partes, mas, tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexos de causalidade e culpa ou dolo, causará à vítima um dano.

Contudo, importa referir que a legislação do consumidor não distingue entre responsabilidades contratuais e extracontratuais e abrange todas as vítimas do incidente de forma igual.

Desta forma, os fornecedores responderão independentemente dos danos que seus produtos ou serviços causem ao realizar atividades potencialmente prejudiciais, vez que além de objetivar a recomposição do dano, também tem por objetivo a prevenção.

1.2 Os contratos de crédito ao consumo

Crédito, surgiu do latim *credere*, que significa confiança. A confiança é um dos fundamentos das relações de consumo, pois é dessa relação que surge o negócio jurídico.

Os aspectos positivos do crédito são óbvios: ele promove o consumo e, portanto, o bem-estar dos consumidores, e promove a mobilidade social dos bens de consumo. No entanto, o crédito ainda tem um lado sombrio e perigoso e traz os seguintes problemas: a) sociedade: maior vulnerabilidade dos pobres (diminuição da renda e poupança, trabalho instável); b) economia: inadimplência, aumento das taxas de juros; c) Legislação: Enfraquecimento da relação contratual entre consumidores e fornecedores de crédito. (RAMSAY 1998, p. 192).

Conforme elucida o doutrinador Fábio Roberto Gonçalves:

No contrato de adesão, as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, às quais a outra simplesmente adere. As partes não discutem amplamente as suas cláusulas, como acontece no tipo tradicional. Há uma espécie de preponderância da vontade de um dos contratantes. (GONÇALVES, 2018, p. 239)

Assim, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Aumentando a vulnerabilidade dos consumidores, vez que na economia do superendividamento, tudo se articula com o crédito e o consumidor endividado é uma peça frágil na economia fundada sobre crédito.

Em síntese, a revisão contratual tem proeminentemente o objetivo de restaurar o equilíbrio contratual, podendo ocorrer por dois motivos, quais sejam: quando as prestações excessivamente onerosas são inseridas no contrato no momento de sua formação; e quando fatores supervenientes à contratação tornarem as prestações excessivamente onerosas para uma das partes (BARLETTA, 2010, p. 209).

1.3 Das cláusulas abusivas

O princípio da confiança tornou-se o baluarte que sustenta a relação de consumo. Aliás, como bem lembrado por Filho (2012, p. 512), consumir converteu-se em aventura, porque o consumidor está à mercê da idoneidade do fornecedor.

O advento da sociedade de consumo reduziu consideravelmente as situações em que fornecedor e consumidor sentam à mesa para discutir o complexo de cláusulas que irá reger a relação entre ambos.

Assim, os contratos são constituídos de forma inadequada com a inclusão de uma quantidade absurda de cláusulas abusivas aplicadas para gerar um enriquecimento ilícito e causando um inadimplemento desnecessário devido à falta de controle consumerista.

A relação de consumo passou a ser pós-personalizada (MARQUES, 2006, p. 403-405), isto é, despersonalizada. Abandonou-se o hábito milenar de lidar diretamente com o dono do produto, para depositar as esperanças na força de símbolos e marcas.

Entende-se, portanto, o abalo causado na sociedade, com a inclusão de cláusulas onerosas para o consumidor vai contra o que está disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A razão pela qual as instituições financeiras fazem isso seja porque, infelizmente, nem todos os consumidores conhecem seus direitos e não sabem que certos termos podem ser declarados inválidos ou modificados, pois a maioria dos consumidores não recorre ao judiciário. Portanto, eles acabam lucrando com os consumidores que não questionam e pagam sem reclamar.

Em consonância com o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO/CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO. ABUSIVIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Tendo em vista que o banco realiza contrato de empréstimo consignado, mas **cobra a dívida como fosse oriunda de cartão de crédito, tal confusão contratual acaba gerando prejuízo desproporcional à consumidora ao se aplicar os juros altíssimos do cartão de crédito, em vez dos juros do empréstimo que são mais baixos.** 2. A instituição financeira promove descontos mensais mínimos na conta da autora, o que impossibilita a quitação do saldo devedor, já que a pequena monta do desconto permite apenas pagar os juros. Logo, o saldo devedor apenas cresce, tendo em vista que fica congelado, com incidência cada vez maior dos juros do cartão de crédito. **A dívida, portanto, pode se tornar infinita e impagável na prática.** 3. Quanto ao pedido de danos morais, entendo que, diante do quadro fático da presente demanda, também dever ser julgado procedente, uma vez que comprovada a continuidade da cobrança, o encargo excessivo a ser honrado pelo consumidor e em valor muito superior ao que efetivamente contratou, caracterizando está o abalo moral. 4. Apelação conhecida e desprovida. (TJ-AM – AC: 06334133720188040001 AM 0633413-37.2018.8.04.0001, Relator: Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Data de

Julgamento: 09/11/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 10/11/2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS. SERVIDOR PÚBLICO. **CONTRATO DE ADESÃO. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. SÚMULA 297 DO STJ. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL. DESCONTO EM FOLHA. CONDUTA ILÍCITA. REQUERIDO QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM COMPROVAR FATO EXTINTIVO, MODIFICATIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO AUTORAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EM DOBRO. MÁ-FÉ COMPROVADA RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. **A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, aplicando-se as regras do CDC**, de acordo com Súmula 297 do STJ; 2. O ônus da prova incumbe à parte Autora quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, conforme a regra expressa do art. 373 do Código de Processo Civil; 3. Não se incumbindo a parte ré de comprovar nos autos a modificação ou constituição de seus direitos, e tendo o autor colacionado provas que permitem ao juiz um alcance da verdade formal apta ao julgamento justo, as alegações do recorrente não merecem ser acolhidas; 4. No presente caso, não houve movimentação no cartão de crédito, com exceção do valor referente ao financiamento do saldo devedor do mútuo bancário que correspondia ao "pagamento mínimo". Restando claro que a parte Apelada não tinha pretensão de contratar cartão de crédito no momento da assinatura do contrato; 5. **É reprovável a conduta da requerida consubstanciada na prestação de seus serviços de maneira desidiosa e negligente e, a fim de evitar a reincidência do ofensor em casos semelhantes, fica configurado o dever de indenizar;** 6. **Comprovada a má-fé da instituição financeira, ao induzir seus clientes a aderir contrato diverso de sua real intenção, razão pela qual a repetição do indébito deverá ser em dobro.****

(TJ-AM - AC: 06711175020198040001 AM 0671117-50.2019.8.04.0001, Relator: Joana dos Santos Meirelles, Data de Julgamento: 24/03/2003, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 13/11/2020)

Assim, o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo, e, portanto, deve ter garantida a efetiva proteção, disposto no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 6.078, de 11 de setembro de 1990.

2 SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, comprando coisas desnecessárias de forma exagerada para saciar desejos momentâneos.

Para Marques (2006, p. 256) o superendividamento é a impossibilidade do consumidor inadimplente, pagar todas as suas dívidas no prazo correto, tendo em vista sua situação financeira, não tendo condições de quitar todos os débitos atuais.

Sendo, portanto, conceituado pela doutrina de duas formas: superendividamento ativo, aquele causado pela prática de um ato pelo consumidor, e o superendividamento passivo, que ocorre de circunstâncias alheias à sua vontade.

O superendividado ativo é fruto de uma acumulação inconsiderada de dívidas, desde que de boa-fé, conhecido também como endividamento compulsório. Já o superendividamento passivo é aquele provocado por um imprevisto da vida moderna, ou seja, a dívida proveniente do desemprego, da doença que acomete uma pessoa da família, pela separação do casal, entre outros. (MARQUES, 2006, p. 30)

Assim, o superendividamento não pode ser considerado um simples momento de inadimplência obrigatória, mas a impossibilidade de atender às necessidades básicas das pessoas físicas (como alimentação, vestuário e moradia), que são atendidas por meio do crédito ao consumidor. Esse prisma mostra que, em uma relação de crédito obrigatória, há muitos aspectos importantes na vida de uma pessoa que, se ignorados, violam a dignidade humana, especialmente os direitos da personalidade do consumidor, como honra, nome, intimidade, integridade, saúde física e mental e imagem do consumidor, considerando que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo.

Entendimento pacificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. LIMITE DOS DESCONTOS EFETUADOS A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. MULTA POR DESCONTO INDEVIDO. SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR.

Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal de Justiça, que limitam os descontos efetuados a título de empréstimos consignados, ao montante de 30% do salário mensal do consumidor, sob pena de configurar-se o confisco, a par da natureza alimentar da remuneração. Inteligência da súmula 295 deste TJRJ. Excluída a multa pecuniária, vez que desnecessária a sua fixação quando o magistrado pode valer-se de outras medidas de coerção, *in casu*, como a expedição de ofício ao órgão pagador, responsável pelos descontos. Reforma parcial da decisão proferida pelo Juízo a quo. Recursos aos quais se dá parcial provimento.

(TJ-RJ - APL: 00043260720148190002, Relator: Des(a). DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 20/08/2019, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMITAÇÃO DE DESCONTOS NO PATAMAR DE 30% - POSSIBILIDADE - SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR. - Ação de obrigação de Fazer objetivando a parte Autora a limitação dos descontos oriundos de empréstimos junto aos Bancos Réus no patamar de 30% de seus vencimentos, além de reparação moral - A jurisprudência admite a limitação dos descontos em empréstimos bancários ao percentual de desconto a 30% da remuneração, para se preservar no mínimo a subsistência do contratante e de sua família e assegurar ao mesmo tempo o adimplemento da dívida. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - Inteligência das Súmulas nos 200 e 295 deste Tribunal - Sentença mantida - Aplicação do caput do art. 557 do Código de Processo Civil - Recurso a que liminarmente se nega seguimento.

(TJ-RJ - APL: 00071386220118190055, Relator: Des(a). CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA, Data de Julgamento:

19/12/2014, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:
09/02/2015)

O tamanho do endividamento não recebe restrições, mas, percebe-se que o montante de dívidas é superior ao patrimônio do devedor, no qual compromete sua subsistência.

2.1 Da má-fé das empresas que facilitam o crédito

Segundo ALMEIDA (2009, p. 16), A vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, e toda a linha filosófica do movimento é baseada nisso. Não há dúvida de que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, ou seja, diante da robustez econômica, ele dá sinais de fraqueza e incompetência.

A sociedade incentiva as pessoas a comprarem, mesmo não sendo necessário, e, dessa forma, as empresas se beneficiam da ingenuidade do consumidor, que irá comprar apenas para nutrir uma falsa sensação de satisfação.

O termo vulnerabilidade possui diversos significados no mercado consumidor, que decorre da desigualdade socioeconômica entre fornecedores e consumidores. Esse tipo de vulnerabilidade do consumidor é diverso, seja pela atuação de monopólios e oligopólios, seja pela falta de informações sobre qualidade, preço, reputação e outras características de produtos e serviços. Se isso não for suficiente, os consumidores ainda estarão cercados por uma publicidade cada vez maior, disparando uma demanda artificial e se organizando como fornecedores para defender seus interesses.

Em relação à natureza multifacetada da vulnerabilidade do consumidor, Pasqualotto (1993, p. 36) apontou que os consumidores são considerados os mais fracos, afetados por sua ignorância, fragmentação, desvantagem econômica, pressão da demanda e influência da publicidade e afetados pela liberdade. A vontade não tem mais valor absoluto. As pessoas não acreditam mais na espontaneidade do equilíbrio entre as duas partes.

Como efeito, sofre o consumidor com as pressões do mercado, que invade a sua própria privacidade. Não raro o consumidor se torna alvo de maciças técnicas publicitárias, criando necessidades artificiais de consumo. Estes mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica são utilizados, especialmente, pelos meios de comunicação de massa. Os modos subliminares de incutir ideias na mente humana não costumam ser identificados com facilidade, pelo que a reiteração destes expedientes passa, com o tempo, a integrar o subconsciente do consumidor, favorecendo os interesses dos fornecedores.

2.2 Proteção ao consumidor com regulamentação legal

O artigo 5º em seu inciso XXXII da CF/88 consagra que:

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:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Assim, o Código Defesa do Consumidor institui no Brasil o princípio da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços. (MARQUES, 2002, p. 282).

Quanto aos danos morais, a prova se dispensa, dada a sua impossibilidade de concreção, bastando a comprovação do ato ilícito porquanto se deduz o dano moral da própria ação ilícita.

Assim este, existe *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. (FILHO, 2005, p. 92)

Sendo assim, a indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o agente ofensor.

O dano material, por sua vez, se traduz em provas inequívocas de sua ocorrência, evidenciando o prejuízo patrimonial incontestado, cumprindo o prejudicado o ônus processual sob sua responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de serviços responde pelos “vícios de qualidade”, (art.20 CDC), levando-se em consideração como circunstância relevante, que o mesmo se tornou impróprio ao fim a que se destinava, devido à má prestação de serviços.

Nos termos da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras e, de acordo com o artigo 14 desse diploma, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito sobre sua fruição e riscos.

As empresas precisam estar vigilantes para evitar a imposição de penalidades ou mesmo sofrer as consequências de processos judiciais, que podem levar a perdas graves. As multas podem ser aplicadas por meio do PROCON ou de decisões judiciais cíveis ou criminais. Podemos dar exemplos: o pagamento de multas e indenizações, o cancelamento do registro do produto perante a autoridade competente, a proibição ou suspensão da produção do produto, a suspensão temporária das atividades, o cancelamento da licença do empreendimento ou atividade, etc.

CONCLUSÃO

Diante do exposto foi relatado que a expansão da sociedade econômica atual está vinculada com a abertura e a facilidade do crédito por interesse das empresas e benefícios dos consumidores, assim, o comportamento consumista influenciado pelo mercado e a busca de crédito em função das necessidades básicas tem provocado o superendividamento do consumidor.

É notório que o superendividamento vem sendo causado pela necessidade de crédito por parte do consumidor e pela influência do mercado sobre a sociedade, deixando com que o consumidor fique à mercê das empresas que facilitam o crédito, visto que estas possuem interesse apenas no seu enriquecimento, omitindo os prejuízos que serão causados após a assinatura dos contratos. Levando o consumidor que não tem noção básica econômica cair em armadilhas que, por fim, iram acabar com todo tipo de crédito oferecido a este.

Assim, deve-se coordenar os interesses dos consumidores e fornecedores, para que antes de uma atitude de confronto e conflito, sejam tomadas medidas de prevenção para que se evite prejuízo para ambas as partes.

Ressalta-se ainda que o objetivo do presente artigo é esclarecer que a má-fé de grandes empresas ocorrem diariamente e normalmente apenas aquele consumidor que não dorme, consegue reverter sua situação, apenas aquele que corre atrás do que lhe é de direito.

Em outras palavras, as relações de consumo previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor são fundamentais, pois elas proporcionam proteção jurídica tanto aos consumidores, quanto aos fornecedores, sendo vedado

que o consumidor sofra prejuízos com cláusulas onerosas e que as empresas se beneficiem com essas práticas, vez que estas atingem a dignidade da pessoa humana ocasionando a falência do consumidor, este que é a parte vulnerável nesses tipos de contrato. Assim, se faz necessário uma aplicação legislativa mais rigorosa, para que o consumidor usufrua dos direitos que lhe são garantidos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. Thomson Reuters Revista de Direito do Consumidor. Vol. 75/2010. p. 9-42. São Paulo, julho-setembro/2015.

ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARLETTA, Fabiana. Estudo Comparativo da Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade nos Direitos Brasileiro, Português e Italiano. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães. Temas de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29-230.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Cf. BARONE, Francisco Marcelo; SADER, Emir. Acesso ao crédito no Brasil: evolução e perspectivas. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 6, p. 1251, nov./dez. 2008.

Código Brasileiro de Direito do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 10ª Edição. Revista, atualizada e reformulada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 570.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, in Defesa do consumidor – textos básicos, 2. ed., Brasília: CNDC/MJ, 1988.

COSTA, Geraldo de Farias Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002.

DENSA, Roberta. Direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 80, out-dez /2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas 2010.

FRANCO, Marielza Brandão. **O superendividamento do consumidor: fenômeno social que merece regulamentação legal.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 74, p. 227-242, abr-jun/2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Pamplona Rodolfo. Novo curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, 10º Ed. Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. 4. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil 2 : esquematizado® : contratos em espécie, direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. – 6. ed. –São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza). Pag. 239

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, vol. 4. - 7º Ed. - Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor. 8 ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral". In Revista de Direito do Consumidor, vol. 17, p. 57-8).

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: Teoria geral da relação consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. "Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor". In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 17, p. 37.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos tribunais, nº 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 3. Ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abril/junho, 1993, p.36.

RAMSAY, Ian. "Overindebtedness and the law". In *Ajuris*, Edição Especial, anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, vol. 1, 1998, p. 192.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Ardyllis Alves. Conclusões do relatório do banco mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – resumo e conclusões finais. Thomson Reuters *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 89/2013. p. 435-450. São Paulo. Setembro-outubro/2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOURAINÉ, Alan. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Petrópolis: Vozes, 2011. ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANÁLISE DOS MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG, Especialista em Direito Constitucional pela Univali, Especialista em Direito e Gestão Pública pela UniFCV, Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU), Ex-servidor do Banco Central do Brasil (BACEN).

Resumo: O artigo analisa os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada. Em especial, analisou-se o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão. Após traçar as distinções e semelhanças entre os mecanismos, apontou-se para a necessidade de previsão em contrato do reajuste, da repactuação e da atualização monetária. Assim, verificou-se que não há um direito subjetivo amplo ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de natureza continuada. Faz-se necessária a previsão em cláusulas contratuais, excetuando-se, porém, a revisão, que pode ocorrer independentemente de previsão contratual.

Palavras-chave: Contratos administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro, Reajuste em sentido estrito, Repactuação, Revisão

Sumário: 1. Introdução – 2. Contratos administrativos - 2.1. Contratos administrativos de natureza continuada – 3. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos – 4. Instrumentos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – 4.1. Reajuste em sentido estrito – 4.2. Repactuação – 4.3. Atualização monetária – 4.4. Revisão – 5. Há direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro? – 6. Conclusões – 7. Referências

1. Introdução

A temática objeto do presente artigo é plena de considerações das mais variadas nuances, porquanto o estudo a respeito do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos desperta a criatividade dos juristas de há muito. Nesse sentido, a necessidade de garantir a continuidade dos pactos celebrados e de proporcionar segurança jurídica nas relações travadas entre agentes públicos e privados justifica, em grande medida, o desenvolvimento dos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Desse modo, o presente trabalho, a despeito das múltiplas abordagens e compreensões concernentes ao reequilíbrio econômico-financeiro, disponibilizará atenção apenas aos contratos administrativos de natureza continuada. Assim, de início, será oferecida uma definição de contrato administrativo e, ato contínuo, o conceito de contrato administrativo de natureza continuada. Após, abordaremos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, à luz dos normativos vigentes e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

Após analisar o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão, um tópico de relevo será abordado: o direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, em que medida as partes contratantes podem exigir a alteração contratual para manter a equação econômico-financeira equilibrada? Em conclusão, uma síntese dos pontos principais será elaborada.

2. Contratos administrativos

Alguns doutrinadores discordam a respeito da existência da categoria “contratos administrativos”, perfilhando suas irresignações na ideia de que não pode haver contrato em que uma das partes tem posição de superioridade em relação à outra, implicando em desrespeito ao princípio da igualdade das partes no contrato.⁴⁸

De toda sorte, prevalece a noção, arraigada do direito francês, de que contrato administrativo é espécie do gênero contrato e que possui características que o distingue dos contratos de natureza eminentemente privada.⁴⁹ É percuciente, nesse ponto, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o contrato administrativo é:

(...) um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de

48 É o que destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A grande controvérsia sobre a possibilidade de existirem contratos administrativos sujeitos a regime jurídico de direito público gira em torno das chamadas cláusulas exorbitantes que asseguram prerrogativas à Administração Pública. Segundo alguns, essas prerrogativas implicam desrespeito ao princípio da igualdade das partes no contrato” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 401).

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 291.

interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁵⁰

Essa definição de contrato administrativo acaba por abarcar uma pluralidade de figuras⁵¹, a saber: contrato de obra, de compra, de prestação de serviços, de concessão, de locação, de gestão, os convênios e os consórcios públicos, por exemplo. Importa esclarecer que os exemplos acima referidos comportam características próprias, que, por esse motivo, não podem ser analisados de modo uniforme.

Todavia, para o que se almeja neste artigo, além da definição oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que enaltece o pacto celebrado entre a Administração e terceiros, com temperamentos de direito público, perfazendo a existência de características distintivas para a Administração, há a definição genérica oferecida pela Lei nº 8.666/1993, que, em seu art. 2º, parágrafo único, estabelece:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, *considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*

(Grifos nossos)

Nesse contexto, o termo contrato administrativo denota a existência de uma relação contratual entre a Administração e terceiros, em que há a presença de determinadas características não encontradas nas relações contratuais firmadas entre particulares. A existência das cláusulas exorbitantes, que verticaliza a relação

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 642-643.

51 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301.

contratual, é um exemplo dessas características distintivas dos contratos administrativos.⁵²

A despeito das múltiplas formas de avenças travadas entre a Administração e os particulares, seja com a preponderância de normas de direito público ou com a submissão a regras de direito privado, há os ditos contratos administrativos de natureza continuada, objeto de estudo deste trabalho.

2.1. Contratos administrativos de natureza continuada

Contrato administrativo de natureza continuada é o contrato de prestação de serviço⁵³ que atende a uma necessidade permanente da Administração e que, por tal característica, a sua interrupção compromete o funcionamento regular do órgão contratante.

O TCU tem concebido que a definição de natureza contínua para determinado serviço tem que ser feita caso a caso, levando em consideração as características do órgão contratante. É o que se extrai do Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara:

(...) 28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua

⁵² As cláusulas exorbitantes são, hoje, objeto de questionamento, mormente quando se idealiza uma Administração Pública vinculada à noção de Estado Democrático de Direito. Para melhor entendimento do assunto, *vide*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 405-432.

⁵³ Hely Lopes Meirelles define o contrato de serviço como “todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. O que distingue, pois, o serviço da obra é a predominância da atividade sobre o material empregado” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 230-231).

interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.⁵⁴

A seu turno, a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017 (IN nº 05/2017), traz, em seu art. 15, parágrafo único, o conceito de serviço de natureza continuada:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

(Grifos nossos)

A definição da IN nº 05/2017 parece ser a reprodução da jurisprudência do TCU, deixando evidente a natureza de essencialidade dos serviços de natureza continuada. O prazo aludido no parágrafo único, do artigo supramencionado, é o que determina a prorrogação por um período máximo de até 60 (sessenta) meses, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 9.648/1998.⁵⁵

Nesse caminho, Augusto Sherman Cavalcanti, ministro do TCU, em evento que discutia a terceirização no setor público, elaborou um exemplo sobre como identificar se um serviço é ou não de natureza continuada. Por sua clareza e didática, a passagem merece ser reproduzida:

Vamos pensar no serviço de manutenção de viaturas. Se eu pego, por exemplo, a polícia. Ela tem sua frota de viaturas. O

⁵⁴ TCU. *Acórdão nº 132/2008*. Segunda Câmara. Relator: Aroldo Cedraz.

⁵⁵ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (Grifos nossos)

serviço de manutenção de viaturas atende a uma atividade permanente da polícia? Evidente que sim. Eles trabalham diuturnamente com aquelas viaturas, então a manutenção de viaturas é um serviço contínuo para a polícia. Agora, pega um órgão que não tem praticamente viaturas, tem uma ou duas para atender a uma demanda específica. Para esse órgão, o serviço de manutenção dessas viaturas pode ser feito esporadicamente em uma concessionária ou uma oficina, sem que seja um serviço contínuo.⁵⁶

Em síntese, é necessário um exame circunstancial para definir se um serviço é considerado contínuo ou não. Não há como estabelecer um rol taxativo de serviços contínuos, tendo em vista a necessidade de analisar o contexto fático de cada contratação.⁵⁷

3. Equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos

Quando se fala em equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sejam os de cunho administrativo ou de direito privado, remete-se à ideia de manutenção das condições contratuais inicialmente celebradas, em termos de encargos e prestações assumidas pelas partes. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, de modo objetivo, aponta que:

Nos contratos sinalagmáticos, isto é, naqueles contratos em que as partes estabelecem obrigações recíprocas, quando da formalização do acordo é firmada uma relação entre os custos da prestação a cargo de uma das partes a ser pago pela outra. A essa relação convencionou-se chamar de equação econômico-financeira do contrato.⁵⁸

Percebe-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é formado quando o particular apresenta sua proposta e esta é aceita

56 BRASIL. *Anais do ciclo de seminários: terceirização no setor público com ênfase na Instrução Normativa MP nº 05/2017*. Antônio Carlos Fini, Hércules Barros, Maria de Fátima (organizadores). Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2018, pp. 42-43.

57 REQUI, Erica Miranda dos Santos. *Serviços contínuos: caracterização*. Zênite. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/servicos-continuos-caracterizacao/>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

58 BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 903.

pela Administração, seja na licitação ou na contratação direta (nos termos no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).⁵⁹

Desse modo, a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, formada por ocasião da contratação (licitação ou contratação direta), e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.⁶⁰

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é garantia que encontra fundamento no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que determina a manutenção, a longo da execução contratual, das condições efetivas da proposta, a saber:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

(Grifos nossos)

De outra banda, a Lei nº 8.666/1993, no seu art. 58, § 1º, impõe que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado:

⁵⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 370.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 388.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

Ocorre que, ao longo da execução do contrato administrativo, surgem acontecimentos que, inevitavelmente, rompem com o equilíbrio da equação econômico-financeira. Daí a necessidade de se criar instrumentos que possibilitem o retorno às condições iniciais do contrato.

4. Instrumentos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

Tendo em vista os fatos do mundo da vida que ensejam o rompimento da equação econômico-financeira, o ordenamento jurídico oferece instrumentos que objetivam a manutenção das condições inicialmente pactuadas, de modo a reequilibrar os contratos administrativos.

A doutrina aponta, em quase unanimidade, para quatro instrumentos de reequilíbrio: o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão.⁶¹

61 Nesse sentido, destacam-se: a) Lucas Rocha Furtado, “o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato compreende o estudo da teoria da imprevisão (ou recomposição), do reajuste e da repactuação (ou revisão)” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 751); b) Ronaldo Coelho Lamarão, “o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se divide cinco espécies distintas: o reajuste, a revisão, a repactuação, a atualização financeira e a correção monetária” (LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 119.); c) Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, “a legislação consagra diversos mecanismos para evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato, o reajuste, a revisão, a atualização financeira e a repactuação” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 255); d) Gabriela Verona Pércio, “a revisão, o reajuste e a repactuação são formas de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro” (PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 187); e) Flávio Amaral Garcia, “as formas de reequilíbrio dos contratos administrativos (...) são, basicamente, o reajuste, a repactuação, a atualização monetária e a revisão” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 373); f) Arthur Moura de Souza, “observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência em muitos casos têm confundido os conceitos que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro, que é o interesse pretendido, com os institutos que lhe servem de proteção, quais sejam, a revisão, o reajuste, a repactuação e atualização monetária” (SOUZA, Arthur Moura de. *Panorama do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n.

4.1. Reajuste em sentido estrito

O reajuste tem previsão no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993⁶², nos arts. 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001⁶³, nos arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017⁶⁴ (no âmbito da

88, nov./dez. 2014, p. 82); e g) Marçal Justen Filho, “(...) existem três instrumentos jurídicos para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa. São eles: a revisão de preços, o reajuste de preços e a repactuação de preços” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 398.).

62 Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (Grifos nossos)

63 Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

(...)

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

(Grifos nossos)

64 Art. 53. O ato convocatório e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

(...)

Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º É admitida estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

§ 2º O reajuste em sentido estrito terá periodicidade igual ou superior a um ano, sendo o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, ou, no caso de novo reajuste, a data a que o anterior tiver se referido.

§ 3º São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos casos em que o valor dos contratos de serviços continuados sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.

(Grifos nossos)

Administração Pública Federal) e no art. 13, do Decreto n.º 9.507/201865. O art. 55, III, da Lei n.º 8.666/199366, determina, ao tratar das cláusulas necessárias nos contratos administrativos, que seja estabelecido o critério de reajustamento a ser adotado.

O reajuste de preços se afigura como meio de reposição de perdas geradas pela inflação. Consiste, desse modo, na indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados.⁶⁷

Nesse sentido, o TCU, por meio do Acórdão n.º 1.246 – Primeira Câmara, consignou que:

O reajuste, objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados. Como se relaciona a fatores previstos antecipadamente, as partes estabelecem, já nos termos do contrato, o critério para promover esse reequilíbrio (...).⁶⁸

Destarte, o reajuste representa um mecanismo, previamente definido em contrato, que objetiva recompor os valores contratuais, aplicando-se índice setorial

65 Art. 13. O *reajuste em sentido estrito*, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, *admitida a adoção de índices específicos ou setoriais*.

§ 1º *É admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.*

§ 2º *Nas hipóteses em que o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.*

(Grifos nossos)

66 Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - *o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*

(Grifos nossos)

67 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

68 TCU. *Acórdão n.º 1.246/2012*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.

fixado, sendo desnecessária, ou inexigível, a demonstração pelo particular da ocorrência de efetiva variação de custos.

Registre-se que o índice a ser aplicado deve ser específico para cada setor, de modo a refletir a real variação dos preços dos insumos necessários à execução da avença. A utilização de índices gerais deve ser medida excepcional, apenas quando inexistir índice específico para o setor de mercado referente ao objeto da contratação⁶⁹, consoante a determinação do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 8.883/1994.

Recentemente, alterações normativas, no âmbito da Administração Pública federal, estabeleceram duas concepções de reajuste: o reajuste em sentido estrito, que é o conceito supramencionado, conforme determina o art. 13, do Decreto nº 9.507/2018, e os arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017; e a repactuação.

Nesse lastro, o art. 61, da IN nº 05/2017, repetiu o que já se entendia jurisprudencialmente a respeito do reajuste em sentido estrito. O normativo estabelece que o reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, aplicando-se índices específicos ou setoriais. Determina, igualmente, que o reajuste é aplicado em contratos cujo prazo de duração é igual ou superior a um ano (art. 61, § 1º). Ainda, proíbe que o reajuste produza efeitos financeiros em período inferior a um ano, contados da data prevista para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir (art. 61, §§ 2º e 3º).⁷⁰

Contudo, a inovação é em relação à vedação da utilização do reajuste em contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (art. 61, § 1º), facultando-se sua aplicação nos contratos de serviços continuados que sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos⁷¹ (art. 61, § 4º).

Nesse mesmo sentido, o art. 13, do Decreto nº 9.507/2018, reafirmou a determinação contida no art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, ao dizer que "*o reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra (...)*". O decreto também facultou a aplicação do

69 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 374.

70 A regra, no ponto, não traz novidade, já que a Lei nº 10.192/2001, no art. 2º, § 1º, prevê ser "nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano".

Também essa é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme exemplificado no acórdão nº 1.246/2012 – Primeira Câmara: "É vedado pela legislação em vigor o reajustamento contratual em período inferior a 12 meses". (TCU. *Acórdão nº 1.246/2012*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.)

71 A definição de insumos é a constante do Anexo I, item X, da IN SEGES/MP nº 05/2017, que estabelece que insumos são: uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, utilizados diretamente na execução dos serviços.

reajuste em sentido estrito nos contratos de serviços continuados que sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos (art. 13, § 2º), na mesma sintonia do art. 61, § 4º, da IN nº 05/2017.

Em síntese, a regra é a aplicação do reajuste em sentido estrito em contratos de prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018). Contudo, é possível a aplicação do reajuste em sentido estrito, em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que esses sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, § 2º, do Decreto n.º 9.507/2018).

Todavia, não há impedimento para que se utilize, em um mesmo contrato de natureza continuada, com dedicação exclusiva de mão de obra, o reajuste em sentido estrito, para recompor os preços dos insumos não relacionados à mão de obra, e a repactuação, para reajustar os valores referentes ao custo com a mão de obra.⁷² Até porque a combinação dessas técnicas, que incidem sobre aspectos de composição de custos distintos, é medida que contribui para uma gestão contratual mais eficiente, na medida em que reflete a variação mais próxima dos custos contratuais. É o que defende, no ponto, Ronaldo Coelho Lamarão:

(...)

Nada impedindo que se utilizem ambos institutos em um contrato, quando houver, por exemplo, prestação de serviços com fornecimento de insumos, pois não são incompatíveis entre si.

(...)

Também é perfeitamente possível por uma questão de simplificação da gestão contratual que os insumos, que teriam seus preços readequados por reajuste, sejam incluídos na repactuação, prevendo o edital apenas uma única espécie de

⁷² Os **contratos** de serviços executados com dedicação exclusiva de mão de obra **possuem insumos de naturezas distintas**, decorrentes tanto dos custos da mão de obra e de seus reflexos como dos demais insumos necessários à execução do contrato.

recomposição de preços que englobe, conforme jurisprudência do TCU. 73

(Grifos nossos)

No mesmo caminhar, a Advocacia Geral da União (AGU), em seus modelos de Termos de Referência, que são utilizados como parâmetro pelos demais órgãos públicos do Poder Executivo federal, tem registrado a plena viabilidade de aplicação do reajuste em sentido estrito e da repactuação, em um mesmo contrato de natureza continuada com dedicação exclusiva de mão de obra:

(...), diante do arcabouço normativo acima citado, das Orientações Normativas AGU n.º 23 e n.º 25 e de todo o trabalho interpretativo e de consolidação de entendimentos realizados nessa seara, a Comissão Permanente de Modelos de Licitações e Contratos da CGU considera viável a adoção da repactuação para os insumos relacionados à mão de obra, combinada com a adoção de índices específicos, setoriais ou gerais para reajustamento dos insumos e materiais a ela não relacionados, nos contratos de serviços continuados executados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra dispensando-se a Administração de realizar pesquisa, levando em conta os aspectos do art. 57, § 2º, da IN 05/2017, para demonstrar o aumento desses custos.⁷⁴

(Grifos nossos)

Também é esse o entendimento do TCU, que, no Acórdão nº 1.212/2013 – Plenário, deixou registrado o benefício econômico de se prorrogar, dispensada pesquisa de mercado, contratos administrativos de natureza continuada que contenham previsão contratual de reajuste para os itens envolvendo insumos (não relacionados à mão de obra) e repactuação, para os itens referentes à mão de obra:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

73 LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 97.

74 Advocacia Geral da União. *Modelo de Termo de Referência*. Disponível em: < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375171> >. Acesso em: 20 de maio de 2019.

(...)

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;⁷⁵

(Grifos nossos)

Isto posto, é viável e recomendável, a utilização do reajuste em sentido estrito (atualização dos valores contratuais referentes aos insumos, por meio de índice específico fixado em contrato) e da repactuação (atualização dos custos relacionados à mão de obra), em contratos administrativos de natureza continuado com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

4.2. Repactuação

A repactuação encontra fundamento jurídico no art. 40, XI, combinado com o art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993 (quando se interpreta de modo amplo o conceito de reajuste, uma vez que Lei nº 8.666/1993 não prevê de forma expressa a repactuação), bem como no art. 12, do Decreto n.º 9.507/201876, que revogou o Decreto nº 2.271/1997, primeiro normativo a prever a repactuação contratual, e, no

⁷⁵ TCU. Acórdão nº 1.214/2013. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.

⁷⁶ Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:

I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e

II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

(Grifos nossos)

âmbito da Administração Pública federal, nos arts. 54 a 60, da IN nº 05/2017.77 O TCU78 e a AGU79 entendem que a repactuação é uma espécie de reajuste contratual, classificando-a dentro do gênero “reajustamento”.

A IN nº 05/2017 e o Decreto n.º 9.507/2018, acompanharam esse entendimento, haja vista o art. 54, da instrução em destaque, dizer que a repactuação é “espécie de reajuste contratual”. De outra banda, o art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018, interpretado *a contrario sensu*, coloca a repactuação no patamar de reajuste em sentido amplo.

De toda sorte, a repactuação, assim como o reajuste, visa a recompor as perdas geradas pela inflação, no período de 12 (doze) meses. Todavia, uma das diferenças reside no fato de que, diferentemente do reajuste, em que se adota um índice setorial, na repactuação deverá ser apresentada pelo contratado a

77 Art. 54. *A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.*

(Grifos nossos)

78 O Acórdão nº 1.563/2004 - Plenário, não deixa dúvidas a respeito:

(...)

19. Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

20. Assim, seria defensável a existência do gênero reajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos.

(...)

(TCU. *Acórdão nº 1.563/2004*. Primeira Câmara. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti.)

79 É o que se extrai da Orientação Normativa nº 23/2009: “O edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos”. (Advocacia Geral da União. *Orientação Normativa nº 23/2009*. Disponível em < <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189184>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.)

demonstração analítica, devidamente justificada, da variação dos custos componentes do contrato relacionados com a mão de obra.⁸⁰

Desse modo, um dos requisitos indispensáveis para o deferimento da repactuação é a demonstração da variação analítica dos custos do contrato (atrelados à mão de obra, frise-se), conforme previsão estabelecida no art. 12, II, do Decreto nº 9.507/2018, e no art. 57, da IN nº 05/2017.

O TCU, no ponto em destaque, possui entendimento já consolidado no sentido de que é imprescindível a demonstração da variação analítica dos custos incorridos pelo particular contratado, como condição para o deferimento da repactuação. Há uma série de deliberações que tratam desse assunto, de modo a exemplificar, remete-se aos seguintes julgados: Acórdão nº 1.828/2008 – Plenário⁸¹, Acórdão nº 161/2012 - Plenário⁸² e Acórdão nº 1.574/2015 – Plenário⁸³.

A IN nº 05/2017 estabelece, em seu art. 57, § 2º, que a variação dos custos decorrentes do mercado, na repactuação, somente será concedida mediante a

80 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 382.

81 (...) 10.6. A melhor forma de interpretar a repactuação é como uma espécie do já mencionado instituto de reajuste, pois a repactuação também se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação. 10.7. A diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua." (TCU. *Acórdão nº 1.828/2008*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 22/08/2008.)

82 (...) 5. A repactuação se apresenta com um mecanismo para preservar a relação econômico-financeira dos contratos de serviços contínuos, porém devendo ser respeitado o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes de custo do contrato, devidamente justificada, e não se aplica ao presente caso porque não houve o detalhamento da proposta do licitante vencedor demonstrando a representatividade de cada profissional envolvido no projeto na composição do ponto de função, bem como planilhas de custos dos profissionais. (TCU. *Acórdão nº 161/2012*. Plenário. Relator: Valmir Campelo.)

83 (...) 27. O objeto licitado não se enquadra nem como serviço continuado, nem como atividade com dedicação exclusiva de mão de obra. Assim, o edital deveria prever o uso do instituto do reajuste, e não da repactuação. Como deixei registrado no voto condutor do Acórdão 1.827/2008-TCU-Plenário, o reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. Por sua vez, a repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (TCU. *Acórdão nº 1.574/2015*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler.)

comprovação, pela empresa contratada, do aumento dos custos considerando-se: os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração (art. 57, § 2º, I); as particularidades do contrato em vigência (art. 57, § 2º, II); a nova planilha com variação dos custos apresentada (art. 57, § 2º, III); indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes (art. 57, § 2º, IV); e a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante (art. 57, § 2º, V).

Outra distinção, já destacada anteriormente, reside na aplicação da repactuação em contratos de natureza continuada com disponibilização de mão de obra, nos termos do que determina o art. 12, do Decreto nº 9.507/2018, e o art. 57, da IN nº 05/2017. A jurisprudência do TCU é uníssima quanto a essa característica da repactuação.⁸⁴

Nesse aspecto, considerando a necessidade de se provar analiticamente a variação dos custos contratuais, o entendimento firmado pelo TCU, por meio do Acórdão nº 1.827/2008 - Plenário, é de que o direito ao realinhamento dos valores do contrato surge no momento da majoração de seus custos, cabendo à Administração o mero reconhecimento de direito preexistente ao pedido. Ou seja, os efeitos financeiros da repactuação devem ser reconhecidos desde a data do fato gerador que ocasionou o aumento (ou diminuição) dos valores contratuais.

É o que ocorre, por exemplo, com as Convenções Coletivas de Trabalho – CCT ou Acordos Coletivos de Trabalho - ACT85, apresentados como fundamento normativo para repactuar o contrato. Nessas situações, o efeito financeiro da repactuação deve retroagir à data dos reajustes estabelecida na respectiva CCT ou ACT, de modo a compensar o ônus suportado pelo contratado e manter o equilíbrio econômico-financeira do contrato.

Ainda sobre os efeitos da repactuação, o art. 57, § 1º, da IN nº 05/2017, determina que não se deve conceder, quando da análise do pedido de repactuação, benefício já existente à época da proposta de lances e não oferecido pela licitante,

84 É o que se observa a partir do Acórdão nº 1.488 – Plenário:

(...) a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada apenas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

(TCU. *Acórdão nº 1.488/2016*. Plenário. Relator: Vital do Rêgo.)

85 A CCT é um acordo firmado entre dois sindicatos, representantes da classe empregatícia e laboral. O ACT é um acordo firmado entre o sindicato dos empregados e determinada empresa.

de forma a se garantir a vitalidade do princípio da isonomia, conforme art. 3º da Lei nº 8.666/1993. No mesmo entender, deságua a jurisprudência do TCU, consubstanciada no Acórdão 1.563/2004 – Plenário.⁸⁶

4.3. Atualização Monetária

A atualização monetária (ou compensação financeira), de modo singelo, refere-se à correção dos valores devidos ao contratado, quando ocorre atraso no pagamento. É, portanto, mera recomposição do valor da moeda. O instituto está previsto no art. 40, XIV, "c", da Lei nº 8.666/1993. O TCU, por meio do Acórdão nº 2.316/2017 – Plenário, consignou que:

86 (...) 9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, *vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;*

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97;

(Grifos nossos)

(TCU. Acórdão nº 1.488/2016. Plenário. Relator: Augusto Sherman.)

87 Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

c) *critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplimento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
(Grifos nossos)

19.3.14 A compensação financeira pode ser *aplicada nos casos em que o contratado tiver* executado o objeto ou cumprido a obrigação e a Administração não tenha efetuado o pagamento dentro do prazo estipulado no ato convocatório e no contrato (...).

19.3.15 Quando aplicável, a compensação financeira deve ser calculada com base em critérios previamente estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório e no contrato.⁸⁸

Assim, a atualização monetária, similarmente ao reajuste, objetiva manter atualizado o valor nominal do contrato, de maneira a compensar os efeitos da inflação. Ocorre que na atualização monetária, que pressupõe atraso no pagamento devido ao contratado, constitui-se verdadeira dívida de valor, em consequência do atraso. Nesse caso, requer-se a aplicação de um índice geral de correção inflacionário, diferentemente do que sucede no reajuste, que exige índice setorial, sendo exceção a utilização de índices gerais.⁸⁹

4.4. Revisão

A revisão de preços tem relação com a incidência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências inevitáveis, que possam ocorrer ao longo da execução do contrato. A doutrina especializada relaciona a revisão com a teoria das áleas.⁹⁰ Com base nessa teoria, tem-se a álea ordinária (empresarial), que corresponde aos eventos inerentes a qualquer tipo de negócio, e a álea extraordinária, que, por sua vez, divide-se em álea administrativa, decorrente de uma

⁸⁸ TCU. *Acórdão nº 2.316/2017*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.

⁸⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 384.

⁹⁰ Flávio Amaral Garcia observa que: “a percepção contemporânea do tema é a de que à teoria das áleas, abstratamente considerada, deveria ser acrescida uma partilha de riscos definida objetivamente no instrumento contratual, o que já é uma realidade nos contratos de parceria público-privada e mesmo nas concessões comuns” (Ibidem, p. 386).

ação estatal, a exemplo da alteração unilateral⁹¹, do fato do príncipe⁹² e do fato da administração⁹³, e álea econômica, resultante de circunstâncias exógenas ao contrato e à vontade das partes.

Imperioso destacar que a revisão é aplicada na órbita da álea extraordinária. Isso porque a álea ordinária é referente aos condicionantes inerentes ao negócio pactuado. Para os casos em que a equação econômico-financeiro é maculada em consequência de alterações na álea ordinária, aplica-se o reajuste em sentido estrito e/ou a repactuação, conforme o caso. Necessário, todavia, conforme defende parcela da doutrina, que o contrato preveja, em cláusula específica, o reajuste ou a repactuação.⁹⁴

Evidente, de igual modo, que ao prever o critério de reajustamento a ser utilizado no contrato, reajuste em sentido estrito e/ou repactuação, as partes preveem a atualização dos preços contratuais, conforme a racionalidade própria do negócio. Contudo, a revisão, na ocorrência da álea extraordinária, vai além da mera atualização de preços contratuais, podendo incidir sobre quaisquer cláusulas, como as que dizem respeito ao objeto, ao prazo e outras condições do contrato.⁹⁵ Por isso

91 É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei nº 8.666/1993, art. 65, I, a e b). Nesses casos, é obrigação da Administração restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido.

92 Para Maria Sylvia Zanella di Pietro: fato do príncipe “(...) seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315).

93 Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, colhe-se que o fato da administração é: “(...) o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 671).

94 É o que sustenta Lucas Rocha Furtado, consignando que: “nos contratos administrativos, os mecanismos de reequilíbrio financeiro devem estar expressamente previstos nos instrumentos contratuais e em lei” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 752).

95 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 385.

é que a revisão, haja vista a imprevisão e a inevitabilidade da sua ocorrência, independe de previsão expressa em contrato.⁹⁶

A revisão contratual, portanto, aplica-se na lógica da álea extraordinária. Relaciona-se, também, a álea extraordinária econômica com a teoria da imprevisão. Na explanação, sempre acurada, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.⁹⁷

Concebe-se, em vista disso, que a teoria da imprevisão (*théorie de l'imprévision*) nada mais é do que uma exceção à regra de cumprimento obrigatório dos contratos.⁹⁸ Bem dizer, é uma ressalva ao brocardo romano *pacta sunt servanda*⁹⁹, em vista da modificação das condições iniciais do negócio. Modificações essas que não resultam da vontade das partes, são imprevisíveis e inevitáveis. É, em síntese, a noção de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias que delimitaram a constituição da relação contratual, manifestando-se na máxima romana *rebus sic stantibus*.¹⁰⁰

96 LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 180.

97 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 318.

98 BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 906.

99 Geraldo Evangelista Lopes esclarece que: “*Pacta sunt servanda* pode ser traduzido como a afirmação de força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidas devem ser respeitados e cumpridos integralmente. Tem por ideia que o contrato celebrado foi firmado por iniciativa das partes, alicerçado na autonomia da vontade destes. Assim, cumpre a estes honrarem todo o pacto estabelecido. Sob esse aspecto é inadmissível a intervenção externa para alteração do estabelecido livremente entre os contratantes”. (LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 167, dez. 2017, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19969&revista_caderno=7>. Acessado em 05 de maio de 2019).

100 A seu turno, *Rebus sic stantibus*, traduz-se como “a manutenção do contrato enquanto as coisas estejam assim, ou seja, desde que mantidas as mesmas condições quando da elaboração do contrato/pacto, para todas as partes envolvidas. Essa é a exceção a obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) de cumprimento dos contratos pois que, havendo excessiva onerosidade à uma das partes, poderá referido contrato ser revisto e ter alteradas suas cláusulas, visando manter-se o equilíbrio idêntico ao do momento em que este foi firmado”. (Ibidem)

A teoria da imprevisão desenvolveu-se a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, no célebre caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916.¹⁰¹ Na França, quando se aplica a teoria da imprevisão, os prejuízos são divididos, já que não decorrem da vontade das partes. No Brasil, adota-se posicionamento distinto: seja a álea extraordinária administrativa (alteração unilateral, fato do príncipe ou fato da administração) ou álea extraordinária econômica (teoria da imprevisão), o contratado tem garantido o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro.¹⁰² O fundamento legal, para tal desiderato, reside no art. 37, XXI, da Constituição Federal, como já observado, e no art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.* (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Grifos nossos)

101 Ensina Odete Medauar que: “(...) Essa teoria teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês, em 1916, no caso “Gaz de Bordeaux”, relativo a um contrato de concessão de serviço público de distribuição de gás de iluminação, afetado por grande alta de preços do carvão, durante a guerra. Seus fundamentos são os seguintes: princípio da continuidade do serviço público; trazer solução à situação extracontratual, imprevisível e estranha à vontade das partes; e, principalmente, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226.)

102 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 386.

Odete Medauar, ao comentar o artigo em destaque, esclarece que:

A alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária.¹⁰³

(Grifos nossos)

Assim, o art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993, expressamente reconheceu a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, tendo por fato gerador a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que onerem excessivamente uma das partes.¹⁰⁴ O excerto também ressalta os casos de força maior, o caso fortuito¹⁰⁵ e o fato do príncipe.

Ressalte-se que não é qualquer alteração na relação contratual que se compatibiliza com a teoria da imprevisão. Além do requisito da imprevisibilidade do fato ou, ainda que seja previsível, seja o mesmo de consequência incalculável, conforme determina o art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993, é indispensável que se estabeleça o vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos

103 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226.

104 BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 907.

105 A força maior e o caso fortuito, em ocorrendo, ocasionam o rompimento da relação contratual, em consequência da impossibilidade de continuação do negócio, consoante a previsão do art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

encargos da empresa.¹⁰⁶ Marçal Justen Filho, ao analisar o tema, traz inteligível análise, a saber:

A revisão de preços envolve análise ampla e minuciosa da situação do particular e abrange várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originalmente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original.¹⁰⁷

Desse modo, é necessário, como acima apontado, a comprovação dos custos que efetivamente oneraram o particular. A invocação genérica de fatos não se presta como fundamento para a concessão da revisão. Nesse particular, o TCU, em reiteradas manifestações (Acórdão nº 12.460/2016 - Segunda Câmara¹⁰⁸ e Acórdão nº 3.495/2012 - Plenário¹⁰⁹, por exemplo) tem apontado para a necessidade de demonstração inequívoca da alteração dos custos do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.

106 LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 178.

107 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 399.

108 O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993. (TCU. *Acórdão nº 12.460/2016*. Plenário. Relator: Vital do Rêgo.)

109 O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é caracterizado pela comprovação, inequívoca, de alteração nos custos dos insumos do contrato. Essa alteração deve ser em montante de tal ordem que inviabilize a execução do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (TCU. *Acórdão nº 3.495/2012*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.)

Além disso, importa ressaltar que, assim como o reajuste em sentido estrito e a repactuação, a revisão também prospera no interesse da Administração. Bem dizer, ela não resulta apenas em elevação de custos em favor do contratado.

Por fim, para fixar, de modo didático e objetivo, as espécies de reequilíbrio econômico-financeiro, a tabela a seguir demonstra os elementos característicos de cada instrumento:

Tabela 1 - Síntese dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro

	REAJUSTE <i>(em sentido estrito)</i>	REPACTUAÇÃO	ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	REVISÃO
Previsão Legal	Art. 40, XI, e art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993; arts. 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001; art. 13, do Decreto nº 9.507/2018; e, no âmbito da Administração Pública Federal, arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017	Art. 12, do Decreto nº 9.507/2018; e, no âmbito da Administração Pública Federal, nos arts. 54 a 60, da IN nº 05/2017	Art. 40, XIV, "c", da Lei nº 8.666/1993	Art. 37, XXI, da CF, e no art. 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993
Objetivo	Compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados	Recomposição dos custos dos insumos relacionados à mão de obra nos contratos de natureza continuada	Correção dos valores devidos à contratada, quando ocorre atraso no pagamento	A compensação referente à superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que onerem excessivamente uma das partes
Prazo para Concessão?	Sim. Doze meses, a contar da data da apresentação da proposta, ou do orçamento a que está se referir, ou do último reajuste (art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001, e art. 61, §§ 2º e 3º, da IN nº 05/2017)	Sim. Interregno mínimo de um ano contado das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir ou, nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação (arts. 54, 55 e 56, todos da IN nº 05/2017)	A partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data efetivo pagamento	Não há prazo
Previsão em Edital e Contrato?	Sim. Conforme arts. 40, XI, e 55, XIII, ambos da Lei nº 8.666/1993; art. 53, da IN nº 05/2017; e a jurisprudência do TCU	Sim. Conforme arts. 40, XI, e 55, XIII, ambos da Lei nº 8.666/1993; art. 53, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017; e a jurisprudência do TCU	Sim. Conforme art. 40, XIV, "c", da Lei nº 8.666/1993; e a jurisprudência do TCU	Não, tendo em vista a imprevisibilidade dos acontecimentos

Tabela elaborada pelo autor.

5. Há direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro?

A Constituição Federal estabelece como garantia ao particular que contrata com a Administração Pública o direito à manutenção das condições efetivas da proposta, consoante é a determinação do art. 37, XXI. Daí se extrai a fundamentação constitucional para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Conforme destacado anteriormente, o reequilíbrio econômico-financeiro é gênero que comporta quatro espécies: o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão. As três primeiras relacionam-se com a álea ordinária e a segunda é vinculada à álea extraordinária.

Quando se questiona a respeito do direito subjetivo do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro, não se põe em dúvida a obrigação constitucional de garantir ao contratado a atualização das condições da proposta, que resultaram na efetivação do contrato administrativo.

Sucedem que, para parcela da doutrina¹¹⁰ e do TCU¹¹¹, se a alteração versar sobre aspectos da álea ordinária, os mecanismos de reequilíbrio devem estar obrigatoriamente previstos em contrato, caso contrário o contratado não terá direito ao reequilíbrio de preços. É o que defende Flávio Amaral Garcia:

Sem prejuízo de outras linhas de interpretação que acolham orientação diversa, parece incabível a concessão de reajuste na hipótese de omissão nos instrumentos convocatório e contratual. Isto porque, se o edital e o contrato nada previram, parte-se da premissa de que o preço a ser ofertado é irremediável e que o licitante já incluiu na sua proposta de preços a não incidência de reajuste no valor original. (...) A falta de previsão do reajuste não é motivo novo, mas fato já conhecido desde o início da realização da licitação.¹¹²

110 Para exemplificar, têm-se: BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 911; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 379; e, FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 758.

Em sentido contrário, colhe-se a manifestação de Marçal Justen Filho: “a previsão da cláusula de reajuste não é uma mera faculdade da Administração. Estando presentes os pressupostos (basicamente o decurso de prazo superior a doze meses entre a data de apresentação das propostas e a data da liquidação das obrigações), será obrigatória a existência de cláusula de reajuste”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 534)

111 Nesse sentido, tem-se o Acórdão nº 2.703/2011 – Primeira Câmara:

(...)

4. Também houve ofensa ao princípio da isonomia entre os licitantes, em decorrência da celebração de termos aditivos para concessão de reajuste não previsto no instrumento convocatório, assim como descumprimento das disposições do art. 65 da Lei de Licitações e Contratações. O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato somente se justifica na ocorrência de fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado, o que não ocorreu no caso em exame. (TCU. *Acórdão nº 2.703/2011*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.)

112 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 379.

Isso porque, como se trata de álea ordinária, variações inerentes ao objeto do negócio, previsíveis e evitáveis, a ausência de cláusula de reajuste em sentido estrito, repactuação e atualização monetária, não obriga a Administração a recompor os custos contratuais, se os eventos ocasionados se relacionam às condições indissociáveis do objeto contratado.

Outro argumento é que, quando da publicação do edital, o licitante, assim como qualquer cidadão, tem o direito de questionar os seus termos (art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/1993). Por conseguinte, se o licitante não questionou a ausência de cláusula de reequilíbrio, ele não poderia, sagrando-se vencedor do certame e após celebração do contrato, requerer a aplicação de reajuste em sentido estrito e/ou repactuação. Isso seria medida que afrontaria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, da Lei nº 8.666/1993).

O art. 40, XI, e o art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993, são utilizados como fundamento legal pelos que sustentam esse entendimento, haja vista o art. 40, XI, determinar que o “edital (...) indicará, obrigatoriamente, (...) critério de reajuste” e o art. 55 dizer que “são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam (...) os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária (...)”. Ou seja, interpreta-se que, se o edital e o contrato não trazem tais cláusulas, não há obrigatoriedade da Administração em reajustar os preços contratuais, por força dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da garantia da isonomia da licitação.¹¹³

113 Há manifestações da AGU que corroboram essa tese, a exemplo do Parecer nº 00566/2016/CJU-PE/CGU/AGU:

(...)

Ante todo o exposto, opina-se pelo acolhimento do posicionamento do Parecer n.00444/2016/CJU-PE/CGU/AGU/JA, por entendermos:

1. que o reajuste de preços em sentido estrito deve estar previsto nos editais e contratos firmados pela Administração federal, conforme estabelecem a Lei 8.666/93, em seus arts. 40, XI, 55, III, bem como dos arts. 1ª, 2ª e 11 do Decreto 1.054, de 1994; e a Orientação Normativa AGU nº 23;
2. que é possível que as partes acordem que os valores contratados serão fixos e irremovíveis de forma expressa ou tácita, vez que se trata de direito disponível; e
3. que ausente a previsão em edital e contrato de cláusula de reajuste é possível a impugnação ao edital, mas não é lícito aditar ao contrato, nesse aspecto, por afrontar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como o princípio da isonomia dos licitantes.

(Advocacia Geral da União. *Parecer nº 00566/2016/CJU-PE/CGU/AGU*. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/12190325>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.)

Registre-se, também, que, mesmo quando o edital e o contrato preveem hipóteses de reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e repactuação), o contratado pode ter seu direito precluso, caso ocorra a prorrogação da avença e não seja solicitado o reajustamento ou ressalvado o interesse em reajustar os valores contratuais em momento oportuno.¹¹⁴

Por sua vez, como já explanado, em se tratando de álea extraordinária, seja administrativa ou econômica, ensejando a incidência da revisão contratual, entende-se que não há a necessidade de previsão contratual expressa. Ou seja, não é necessário existir cláusula contratual que autorize a revisão. O raciocínio é simples, se o evento é imprevisível e, mesmo que o seja, suas consequências são inevitáveis,

114 Esse é o entendimento do TCU, consubstanciado no Acórdão nº 1.827/2008 – Plenário:

(...) 3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

4. Sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado.

5. A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.

Também é o que estabelece o art. 57, §7º, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017: Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

não há como prever tais circunstâncias em contrato. É o que se extrai da doutrina¹¹⁵, nesse caso, sem divergências, e da jurisprudência do TCU.¹¹⁶

Portanto, concebe-se que, conforme defende a doutrina especializada e o TCU, o contratado tem direito subjetivo, cumpridos os demais requisitos inerentes ao instrumento, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando se tratar de revisão contratual (art. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993). Todavia, ao referir-se à álea ordinária, reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e a repactuação) e à atualização monetária, parte da doutrina sustenta que o direito ao reequilíbrio, na hipótese, só existe se houver previsão no edital e no contrato. Há julgados do TCU que confirmam essa posição, mas a jurisprudência da Corte de Contas da União parece balançar para ambos os lados: o que entende ser direito subjetivo do contratado, mesmo estando ausente a regra de reajustamento no ato convocatório e no contrato¹¹⁷, e o que exige determinação expressa em contrato.¹¹⁸

6. Conclusões

Por todo o exposto ao longo do presente artigo, pode-se concluir que:

- a) Contrato administrativo pode ser caracterizado como o pacto celebrado entre a Administração e terceiros, com temperamentos de

115 Por todos, Ronaldo Coelho Lamarão: "(...) ao contrário dos demais institutos, a revisão não precisa vir expressa no instrumento convocatório e pode ser concedida a qualquer momento (...)". (LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 180.)

116 Na esteira do Acórdão nº 2.055/2013 – Plenário:

(...) 38. No que se refere à definição das hipóteses de caso fortuito e força maior, reitero as razões ofertadas no despacho por mim proferido. O caráter aberto das normas jurídicas e das previsões editalícias é justificável, na maioria das vezes, pela impossibilidade de se prever todas as situações fáticas sobre as quais devam incidir as hipóteses normativas.

39. Nesse sentido, a configuração das situações de caso fortuito e forma maior deve ser demonstrada em cada situação concreta, podendo os eventuais prejudicados se socorrer de todos os elementos de prova cabíveis para demonstrar a materialidade e o prejuízo advindo das situações fortuitas e de força maior.

40. Desse modo, a despeito da alegação de insegurança jurídica ou do temor da representante quanto à suposta interpretação restritiva dos institutos pela ECT, compreendo não ser razoável partir da premissa de que a entidade irá desprezar a jurisprudência e o entendimento doutrinário acerca da teoria da imprevisão. Por esses motivos, considero improcedente tal alegação das representantes. (TCU. *Acórdão nº 2.055/2013*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler.)

117 Nesse sentido, *vide*: *Acórdãos nº 1.685/2000, 963/2010, 714/2016 e 2.205/2016*, todos do Plenário.

118 Nesse sentido, *vide*: *Acórdãos nº 1.621/2012, 2.055/2013, 477/2015 e 209/2017*, todos do Plenário.

direito público, perfazendo a existência de características distintivas para a Administração;

- b) Contrato administrativo de natureza continuada é o contrato de prestação de serviço que atende a uma necessidade permanente da Administração e que, por tal característica, a sua interrupção compromete o funcionamento regular do órgão contratante. Não há como estabelecer um rol taxativo de serviços contínuos, tendo em vista a necessidade de analisar o contexto fático de cada contratação;
- c) O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é formado quando o particular apresenta sua proposta e esta é aceita pela Administração, seja na licitação ou na contratação direta (nos termos no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993). É a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo;
- d) A doutrina aponta quatro instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro: o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão;
- e) O reajuste de preços é um meio de reposição de perdas geradas pela inflação. Consiste na indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados. A regra é a aplicação do reajuste em sentido estrito em contratos de prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018). Contudo, é possível a aplicação do reajuste em sentido estrito, em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que esses sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, § 2º, do Decreto n.º 9.507/2018).
- f) A repactuação, assim como o reajuste, visa a recompor as perdas geradas pela inflação, no período de 12 (doze) meses. Todavia, diferentemente do reajuste, em que se adota um índice setorial, na repactuação deverá ser apresentada pelo contratado a demonstração analítica, devidamente justificada, da variação dos custos componentes do contrato relacionados com a mão de obra;

- g) A atualização monetária objetiva manter atualizado o valor nominal do contrato, de maneira a compensar os efeitos da inflação. Na atualização monetária pressupõe-se atraso no pagamento devido ao contratado, constitui-se verdadeira dívida de valor, em consequência do atraso. Nesse caso, requer-se a aplicação de um índice geral de correção inflacionário, diferentemente do que sucede no reajuste, que exige índice setorial, sendo exceção a utilização de índices gerais;
- h) A revisão de preços tem relação com a incidência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências inevitáveis, que possam ocorrer ao longo da execução do contrato. É aplicada na órbita da álea extraordinária;
- i) Mesmo quando o edital e o contrato preveem hipóteses de reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e/ou repactuação), o contratado pode ter seu direito precluso, caso ocorra a prorrogação da avença e não seja solicitado o reajustamento ou ressalvado o interesse em reajustar os valores contratuais em momento oportuno;
- j) Conforme defende a doutrina especializada e o TCU, o contratado tem direito subjetivo, cumpridos os demais requisitos inerentes ao instrumento, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando se tratar de revisão contratual (art. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993). Todavia, no tocante à álea ordinária, reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e a repactuação) e à atualização monetária, parte da doutrina sustenta que o direito ao reequilíbrio, na hipótese, só existe se houver previsão no edital e no contrato.

7. Referências

BRASIL. *Anais do ciclo de seminários: terceirização no setor público com ênfase na Instrução Normativa MP nº 05/2017*. Antônio Carlos Fini, Hércules Barros, Maria de Fátima (organizadores). Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2018.

BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 167, dez. 2017, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19969&revista_caderno=7>. Acessado em 05 de maio de 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

PEREIRA, Thiago Sales. *O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos na esfera federal*. In: Aspectos do direito ferroviário: uma visão através do contencioso. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 535-558.

REQUI, Erica Miranda dos Santos. *Serviços contínuos: caracterização*. Zênite. Disponível em < <https://www.zenite.blog.br/servicos-continuos-caracterizacao/>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. *Prestação de serviços de natureza continuada, sob a ótica da legislação, da doutrina e da jurisprudência do TCU*. BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 8, p. 785-790, ago./2014.

SOUZA, Arthur Moura de. *Panorama do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 79-107, nov./dez. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

A ARBITRAGEM À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

THAIS CRISTINA DE CASTRO OLIVEIRA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho pretende realizar uma breve abordagem a respeito da possibilidade de introdução da arbitragem dentro de conflitos trabalhistas, possibilidade esta trazida por meio do artigo 507-A da CLT, oriundo da Reforma Trabalhista de 2017. A partir desta adição dentro da Consolidação das Leis do Trabalho, questionou-se: a arbitragem, ainda que autorizada pelas alterações trazidas a legislação por meio da Reforma Trabalhista, condiz com o ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que existe uma forte proteção ao trabalhador, em decorrência dos princípios do Direito do Trabalho? Dessa maneira, conduziu-se o presente trabalho por meio do método da revisão de leitura, por meio do método dedutivo e qualitativo. No decorrer da pesquisa, concluiu-se que a arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas pode ser um método de resolução que não privilegia toda a complexidade da relação entre o empregado e empregador e, portanto, potencialmente ineficaz a total resolução do conflito trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Princípio da Proteção. Trabalhadores.

ABSTRACT: The present work intends to carry out a brief approach regarding the possibility of introducing arbitration within labor conflicts, a possibility brought up by article 507-A of the CLT, arising from the Labor Reform of 2017. From this addition within the Consolidation of Laws of Labor, it was questioned: the arbitration, although authorized by the changes brought to the legislation through the Labor Reform, is in line with the labor legal system, since there is a strong protection for the worker, due to the principles of Labor Law? In this way, the present study was conducted through the reading review method, through the deductive and qualitative method. In the course of the research, it was concluded that arbitration for the resolution of labor disputes can be a resolution method that does not privilege all the complexity of the relationship between the employee and the employer and, therefore, potentially ineffective in the total resolution of the labor conflict.

KEYWORDS: Arbitration. Labor Reform. Labor Law. Protection Principle. Workers.

INTRODUÇÃO

O modo de produção capitalista é marcado pela desigualdade. Seja esta desigualdade oriunda da dificuldade maior de acesso à meios de informação a

respeito de seus direitos, seja ela de recursos financeiros para o pagamento de advogados, inexistente igualdade entre o empregado e o empregador no curso do processo.

Assim, evidencia-se que o empregado é parte vulnerável dentro do Direito do Trabalho, uma vez que não há paridade de armas entre o empregador, dono dos meios de produção e de muitos recursos, e seus empregados.

Por este motivo, a legislação brasileira, por meio da Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho impunham diversas prerrogativas processuais aos empregados, que conseguiam lograr êxito em algumas de suas demandas, a partir da possibilidade de apresentação mais simples e auxiliada pelo próprio Juiz do Trabalho e demais auxiliares da Justiça durante o decorrer do processo.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, em se tratando do Processo do Trabalho, possui algumas singularidades que auxiliam o empregado e o empregador a solucionarem seus conflitos, de maneira que o intermédio do juiz – representando, neste momento, o próprio Estado – pode fazer com que estes possíveis acordos sejam resolvidos de maneira satisfatória a ambas as partes, ou ao menos de maneira mais célere.

A partir da introdução da Reforma Trabalhista no direito brasileiro, houve a chamada “flexibilização” de direitos trabalhistas, que, na prática, diminuíram muito a ocorrência de resolução judicial de conflitos, uma vez que perante a instauração desta lei, importantes princípios tais como a proteção ao empregado, por exemplo, foram relativizados.

Diante disso, instaurou-se a possibilidade de resolução de conflitos por meios alternativos, com a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem, por meio da introdução do artigo 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, justamente por meio da lei que instituiu a Reforma Trabalhista.

Nesse seguimento, questionou-se: esta instituição seria condizente com o ordenamento jurídico trabalhista? Em caso de resposta negativa, de que maneira esta habilitação por meio da Reforma Trabalhista encontra entraves na própria legislação trabalhista? Existem impedimentos constitucionais nesse sentido?

Assim, surgiu a ideia da criação do presente artigo, de maneira que se pretende explicar, no item 1, os métodos de resolução de conflitos aplicados dentro do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

A partir do item 2, aborda-se a respeito de inúmeros princípios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, elencados de modo que se poderá

verificar que, ao interpretarmos esses princípios de forma concatenada, se percebe que existe uma espécie de proteção generalizada a figura do trabalhador, uma vez que a lei possui o entendimento de que o trabalhador é, de maneira geral, uma pessoa leiga e que tem menos condições financeiras que o empregador, tornando-se efetivamente alguém muito vulnerável aos impactos da resolução desta lide, que decidirá sobre temas como salários atrasados, a título de exemplo.

1 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DENTRO DO DIREITO DO TRABALHO

Os métodos de resolução de conflitos são meios utilizados pelo Direito Processual – aqui posto de maneira geral – com o fim de resolução mais célere e justa da problemática colocada em questão dentro do conflito.

Para Oliveira (2015), tem-se a ideia da heterocomposição, definida como meio utilizado para resolução de conflitos decorrentes da relação de trabalho onde as partes optam pela resolução do conflito por meio de um órgão ou agente externo, desinteressado a lide:

A heterocomposição é o meio utilizado para solucionar os conflitos decorrentes da relação de trabalho em que as partes utilizando-se de suas próprias forças não conseguem dirimi-lo, e utiliza-se, para resolução dos mesmos, de um órgão ou um agente externo e desinteressado a lide que irá solucioná-lo e sua decisão será imposta às partes de forma coercitiva. Utiliza-se para o bom entendimento sobre heterocomposição a divisão didática apontada por Sérgio Pinto Martins, como sendo subdividida em mediação, arbitragem e jurisdição. Somente a presença de um agente externo à relação do conflito não caracteriza heterocomposição. Este tem que ser impositivo, deve impor sua posição influenciando na solução do conflito.

A partir da Reforma Trabalhista, em 2017, foi disponibilizada a possibilidade de resolver conflitos sem o intermédio da Justiça do Trabalho, por meio processual. Tal possibilidade trata-se da inserção do artigo 507-A, que permite a aplicabilidade da arbitragem a solução de conflitos de origem trabalhista. (MALLET, 2019)

Segundo Mallet (2019), esta aplicabilidade é um tanto quanto duvidosa, uma vez que há possibilidade de os conflitos trabalhistas resultarem em conflitos de cálculos de créditos trabalhistas que podem variar, tais como comissões, por exemplo.

O autor ressalta, ainda, que para que ocorra a aplicabilidade da arbitragem, é necessário que seja verificado as condições em que esta poderia ser aplicada, além de outros fatores importantes de aplicação, tais como se a condição de julgamento por meio da arbitragem deve ser imposta quando da contratação do empregado ou se esta pode também ser colocada após a finalização do contrato:

É também preciso examinar se a arbitragem (i) pode ser adotada em qualquer modalidade de contrato ou não, (ii) se tem de ser estabelecida quando da celebração do contrato ou se pode também ser pactuada antes disso, durante a vigência do vínculo ou após a sua extinção, (iii) se há que pactuar desde logo o compromisso ou se é antes lítica a adoção de cláusula compromissória, (iv) se a negociação coletiva pode alterar os requisitos para a adoção da arbitragem, tornando-os mais ou menos rígidos (pense-se na redução ou na ampliação do valor da remuneração), (v) se a forma escrita é da essência do ato, (vi) se a arbitragem tem de ser de direito ou pode ser também de equidade (*Lei nº 9.307/1996*, art. 2º, *caput*), (vii) se a previsão de arbitragem tem de ser bilateral ou pode ser unilateral (*asymmetrical arbitration clause*) e, ainda, (viii) se a arbitragem tem de envolver toda e qualquer controvérsia decorrente do contrato ou pode ser parcial, para a discussão de apenas algumas delas (arbitragem somente para discutir o plano de ações, por exemplo) (MALLET, 2019).

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Primeiramente, ao falarmos no Direito Processual do Trabalho e seus princípios, torna-se importante destacarmos o princípio da Inércia da jurisdição. Este princípio diz, basicamente, que não existe processo sem que haja a prévia provocação das partes, segundo Castelo (2015):

No processo do trabalho, preconiza-se, igualmente, o princípio da inércia, também denominado inquisitivo ou impulso oficial (art. 765 da *CLT*), no qual, expressa que apesar de o ajuizamento da ação competir à parte interessada e que teve seus direitos possivelmente feridos, cabe ao juiz dar andamento ao processo, com o uso de seus poderes e atribuições jurisdicionais, visto que o direito buscado pelo reclamante (autor do processo trabalhista) possui natureza alimentar, sendo fundamental que o próprio juízo confira um andamento célere, eficaz no processo, não ficando inerte após

a distribuição do feito, sempre buscando meios para o esclarecimento das questões controvertidas contidas no processo.

Existem algumas exceções a respeito da aplicação deste princípio, como o processo de execução, que pode ser iniciado de ofício pelo juiz (art. 878, CLT), na situação de o trabalhador (reclamante) não constituir advogado nos autos do processo, por exemplo.

Outro importante princípio no direito processual do trabalho, está o Princípio da Proteção, que também é chamado de princípio da correção de desigualdades. Para Cavalcanti (2014) "Com base na evolução histórica das relações de trabalho é correto afirmar que o princípio protecionista justifica-se no direito do trabalho como forma justa de redução da desigualdade existente entre empregado e empregador".

Este princípio visa a proteção do empregado frente à força desigual permeada pelos empregadores, quando da relação de emprego. E encontra previsão na Constituição Federal de 1988, por meio do art. 3º, III: "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

A partir deste princípio, são colocados alguns "privilégios" ao empregado, como a inversão do ônus da prova, ou seja, cabe ao empregador provar ser indevido o pleito do empregado, a gratuidade de justiça no processo para o empregado e a possibilidade de desistir da ação e ingressar novamente, além da obrigatoriedade de depósito recursal apenas para o empregador e não para o empregado beneficiado pela justiça gratuita, conforme pode-se verificar pelo art. 899, CLT:

Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição [...]:

(...) omissis

§ 4º - O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança (modificado pela RF/2017)

§ 5º - (revogado pela RF/2017)

É importante citar que tais princípios não são totalmente favoráveis unicamente ao empregado. Isso porque existem exceções a este princípio, como os que podemos verificar a partir do artigo 731 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a

possibilidade de perda do direito de reclamar perante a justiça do trabalho, por exemplo:

Art. 731, CLT - Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho.

O parágrafo único ao qual o artigo anterior é referente ao prazo, que será de 5 (cinco) dias para apresentação dentro do cartório ou a secretaria para redução a termo:

Art. 786, CLT. (...) *omissis*

Parágrafo Único: distribuída a reclamação verbal, o reclamante deverá, salvo motivo de força maior, apresentar-se no prazo de 5 (cinco) dias, ao cartório ou à secretaria, para reduzi-la à termo, sob a pena estabelecida no art. 731.

O artigo 732 da CLT, por sua vez, impõe que haverá pena, também, a aquele reclamante que, por duas vezes seguidas, for aquele que vai dar causa ao arquivamento de que trata o artigo 844: "Art. 732 - Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844".

O artigo 843 dispõe que no julgamento de mérito devem estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes, a não ser nos casos previstos em lei:

Art. 843 - Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

O parágrafo 1º traz que o empregador pode ser substituído pelo gerente ou outro preposto que tenha conhecimento do fato, além de obrigar ao proponente: "§ 1º - É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente".

Já o parágrafo 2º traz que, se o empregado precisar deixar de comparecer à audiência por motivo poderoso (justificável), deverá ser representado por outro empregado da mesma profissão ou pelo seu sindicato. Esta é uma hipótese de substituição processual:

Art. 843 (...)

§ 2º - Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

Com relação ao parágrafo terceiro, a lei traz que o substituto processual do empregador não precisa ser, necessariamente, empregado, o que acaba com a controvérsia anterior a Reforma Trabalhista: “§ 3º - O preposto a que se refere o §1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada. (Acrescido pela Reforma 2017)”.

Houve alteração do artigo 844, CLT, na Reforma 2017, revogando o parágrafo único e acrescentando os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência. (Revogado pela Reforma Trabalhista)

§ 1º Ocorrendo motivo relevante poderá o juiz suspender o julgamento designando nova Audiência;

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da Justiça gratuita, salvo se comprovar no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o §2º é condição para a propositura de nova demanda;

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

I – Havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar.

Quanto ao Princípio da Proteção Processual, Leite (2016, p. 104) entende que a legislação privilegia o Empregado, pessoa física que é necessariamente a parte mais vulnerável do processo, sendo que isto pode ser evidenciado uma vez que quando não existe o empregado dentro do processo do trabalho, não há que se falar em proteção processual entre as duas pessoas jurídicas:

A proteção processual, é do Empregado; pois nos casos em que a Justiça do Trabalho (art. 114, CF/88) está processando ações oriundas de multas impostas por órgãos de fiscalização do trabalho em que o empregador figura como réu, e a União como autora, ou nas ações em que dois sindicatos disputam a representatividade de categoria, não há que se falar em proteção processual entre duas pessoas jurídicas.

Outro considerável princípio do direito do trabalho é o Princípio da Finalidade Social do Processo, em que há a flexibilização do princípio da isonomia. Uma vez que o processo do trabalho compreende que o trabalhador deve ser auxiliado pela Justiça do Trabalho durante o decorrer do processo, o juiz deve auxiliar o empregado na busca de uma solução justa para eventuais demandas de competência da justiça do trabalho.

Segundo Gonçalves (2016) este princípio se junta ao princípio da proteção dentro da norma jurídica trabalhista, incumbindo ao juiz o auxílio ao trabalhador para chegar a uma solução justa:

De acordo com o princípio da finalidade social, ao Juiz é dado ter uma atuação ativa no sentido de auxiliar o trabalhador em busca de uma solução justa, até o momento de proferimento da sentença.

Tal princípio se coaduna e harmoniza com o princípio da proteção, referido anteriormente. Assim é dado ao juiz, na aplicação da lei, corrigir uma injustiça criada por ela própria.

Um dos principais fundamentos deste princípio são os fundamentos constitucionais do bem-estar e na paz social, conforme podemos verificar diante da leitura do artigo 1º da Carta Magna:

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:

I - A soberania;

II - A cidadania;

III - A dignidade da pessoa humana;

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - O pluralismo político.

Princípio trazido por outros ramos do direito processual, o princípio da verdade real do processo zela pela apuração dos fatos que realmente ocorreram, sem necessariamente estar preso apenas às provas documentais, podendo o juiz, de forma livre, exarar esforços em busca da verdade "real".

Este princípio deriva da primazia da realidade e tem fundamento no artigo 765, CLT: "Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas."

Segundo Silva (2014), geralmente as relações oriundas do direito do trabalho trazem relação de hipossuficiência por parte do empregado e condições e exigências por parte do empregador para a realização do trabalho, ou seja, se trata de uma situação desigual:

Já definiu Sérgio Pinto Martins, em sua obra Direito do Trabalho: "Os fatos são muito mais importantes que os documentos". Tal ressalva é feita devido, a relação de trabalho quase sempre trazer uma relação de hipossuficiência, onde de um lado o empregador detém as condições e exigências para o empregado realizar o trabalho. Fica clara o dispare que ocorre na relação empregado x empregador, onde por muitas vezes o empregado se permite concordar com ordens que transpassem sua função laboral, e até mesmo assinar documentos com inverdades. Afinal que alternativa lhe resta para manter seu emprego.

O Princípio da Conciliação, apesar de não estar expresso na norma legal trabalhista, impõe a necessidade de tentativa de acordo entre as partes como forma de aplicação processual pertinente. Pode ser visualizado, principalmente, pelo art. 764, CLT e Sum 418, TST, além dos artigos. 846 a 850, CLT:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

Sum. 418 TST. Mandado de segurança visando a concessão de liminar ou homologação de acordo. A concessão de liminar ou homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º - Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º - Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencional, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

§ 1º - Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante.

§ 2º - Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

Art. 849 - A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Manus (2018) entende que a conciliação é muito importante a aquele a quem incumbe arbitrar o conflito (no presente caso, o juiz). Isso porque a conciliação auxiliaria, no fim de contas, a resolução do conflito, com uma decisão teoricamente mais equânime uma vez que os litigantes participariam efetivamente da referida resolução:

A conciliação dos interesses de partes contrapostas é o objetivo de todo aquele a quem incumbe arbitrar o conflito. A importância da conciliação reside no fato de que, quando esta é alcançada, há participação efetiva dos litigantes, que, para chegar a bom termo, atuam positivamente na solução do problema.

Os atos na Justiça do Trabalho têm que se pautar pela celeridade dos procedimentos, o que conduz à aplicação da instrumentalidade simplificada e da oralidade, as quais são a base do Princípio da Simplicidade.

Pode ser visualizado especialmente pelo artigo 899 da CLT: "Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora".

Camargos (2016) entende que o princípio da simplicidade tem presença no Direito Processual do Trabalho principalmente por conta da natureza das verbas trabalhistas:

(...) por tratar, precipuamente, de verbas trabalhistas de natureza alimentar, o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho é mais facilitado, bem como o trâmite processual em seu âmbito é simplificado, fazendo com que o Processo do Trabalho seja “mais simples e menos burocrático” que o Processo Civil (PEREIRA, 2014).

Já por meio do Princípio da Tenacidade, a Carta Magna entende que é necessário um foro especial e privilegiado, em que o processo do trabalho encontra melhores condições de cumprir com o julgamento destes processos. Por este motivo é que foi criada a Justiça do trabalho, que tem por competência art. 114 CF/88:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com relação ao Princípio da Extrapetição, temos como principal exemplo os casos em que o juiz acrescenta à condenação, juros legais e correção monetária, ainda que não pedido pelo autor. Encontra fundamento legal nos artigos 467, 496 e 497 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 467 - Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é

garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

Coelho (2018) elenca, ainda, algumas hipóteses as quais o juiz decide extra petita, ou seja, quando sua decisão abrange pedidos para além dos que constaram em sua inicial:

O magistrado pode condenar o reclamado em pedidos que não constaram no rol da inicial (Ex.: condenação em juros e correção monetária). Art. 137, §§ 1º e 2º da CLT (juiz pode determinar as férias do trabalhador e ao mesmo tempo pode condenar o empregador a uma multa). Art. 467 da CLT: As parcelas incontroversas devem ser pagas em audiência, sob pena de acréscimo de 50% pelo juiz. Art. 496 e 497 da CLT: Na ação de reintegração, quando esta se tornar desaconselhável, o juiz poderá converter a reintegração em indenização, mesmo que a parte não peça. Portanto, o juiz pode condenar além da inicial, sem que se configure uma sentença extra ou ultra petita.

Nesse seguimento, os princípios aqui trabalhados atendem a ideia de que o Direito do Trabalho, de maneira geral, tem um escopo voltado a proteção do trabalhador, mesmo que existam algumas exceções.

Assim, a ideia de uma “modernização” das leis trabalhistas que viole completamente esta ideia tem um escopo contrário as próprias leis trabalhistas, pois, como vimos, existe a ideia de proteção ao trabalhador no decorrer dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho.

3 SINGULARIDADES ORIUNDAS DO PROCESSO DO TRABALHO E A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE LIDES TRABALHISTAS

No processo do trabalho, os direitos e garantias do empregado são, em tese, irrenunciáveis. Deste modo, seria impossível abdicar o direito a férias, por exemplo.

Há parte da doutrina, no entanto, que entende que este princípio é questionável, uma vez que a Justiça do Trabalho dispõe das Semanas da conciliação, como também privilegia a conciliação, que pode vir por meio de acordo, por exemplo.

A partir da leitura do parágrafo único do art. 444 CLT, parte da doutrina entende que o legislador tem por intenção devolver a autonomia da vontade a todo e qualquer empregado que preencha os requisitos: portador de diploma universitário mais ganhos superiores a 2 (duas) vezes o teto da previdência social.

Este parágrafo entende, portanto, que aquele que tem estas condições definidas por lei teria, em tese, conhecimento a respeito de seus direitos trabalhistas, o que autorizaria a renúncia de direitos, exceto aqueles de indisponibilidade absoluta do rol do art. 611-B, CLT.

Art. 444. (...) *omissis*

Parágrafo único – a livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A, desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos beneficiários do regime geral da Previdência social. (RF/2017).

Em consequência dos Princípios do Direito Processual do Trabalho, destaca-se as seguintes singularidades processuais: Primazia da tentativa de conciliação, Celeridade processual, Concentração processual, Legitimidade do representante sindical, a Gratuidade processual e demais singularidades que veremos no decorrer do presente trabalho.

A Primazia da tentativa de conciliação entre as partes ocorre, geralmente, em duas ocasiões: no início da audiência (sendo esta obrigatória, sob pena de nulidade) e ocorre novamente após as razões finais.

A Celeridade processual ocorre dentro do processo do trabalho, com vista ao caráter alimentar das verbas salariais. Não se verifica, na prática, a celeridade processual em decorrência unicamente da sobrecarga do sistema judiciário brasileiro, aí abrangendo também a justiça do trabalho.

Por meio da Concentração processual, verifica-se vários atos processuais que são realizados em uma única audiência, com vista à economia processual. Nesse seguimento, pode-se dizer que a audiência é uma, reúne todos os atos numa só audiência.

Existe também a possibilidade de Legitimidade do representante sindical como parte interessada na audiência, conforme vimos em artigos anteriores, em se tratando de substituição processual.

A Gratuidade processual, tida como regra geral, ocorre somente para o empregado. Existem duas exceções a esta singularidade: o caso de empregador doméstico e o

caso da empresa optante pelo “simples nacional”, tendo por um dos principais fundamentos o artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º CF/88 (...) *omissis*

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Existe a ocorrência da Informalidade em várias situações processuais. Dentre elas, podemos citar: 1) Maior importância às informações orais, sendo aceita a petição oral, a defesa oral (Contestação), e a apresentação de razões finais, também oral; 2) *Jus (ius) postulandi*, ou seja, a possibilidade de a própria parte – seja empregado ou empregador – ingressar em juízo sem estar representada por advogados na esfera trabalhista, isto é, Varas do trabalho ou Juízos de Direito (por exceção); 3) As notificações e intimações dirigidas às partes são feitas por meio de serviço postal, dispensando a necessidade do oficial de Justiça no processo do trabalho, regra que admite exceção; 4) Admissibilidade de qualquer meio de prova em direito admitidos.

Outra importante singularidade trazida é o Poder normativo da justiça do Trabalho, por meio da sentença normativa e a possibilidade de execução da sentença que parte do próprio juiz, de ofício, sem que a parte necessite agir (CLT artigos. 876, 877 e 878).

Art. 876 - Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 877 - É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

Art. 877-A - É competente para a execução de título executivo extrajudicial o juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria.

Art. 878 - A execução poderá ser promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. (RF 2017)

Parágrafo único – revogado pela Reforma 2017.

Desta feita, passaremos a conclusão do trabalho, onde verifica-se que a aplicabilidade da arbitragem talvez não seja a melhor saída para a resolução de conflitos trabalhistas, em decorrência do que foi aqui previamente exposto.

CONCLUSÃO

O Direito Processual do Trabalho é o ramo do direito que é essencialmente atento às particularidades oriundas da relação de trabalho e emprego entre empregadores e empregados, tendo, conforme vimos no decorrer do presente artigo, a tenacidade para a resolução de conflitos, que se traduz na verificação fática dos fundamentos de fato e de direito que compõem o pedido do requerente – geralmente representado pelo empregado, que entra na Justiça por conta de verbas não pagas ou de salários atrasados, por exemplo.

Ora, o empregado tem apenas a sua força de trabalho para venda, sendo, em muitos casos, o trabalhador alheio aos seus direitos garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho ou, até mesmo, de seus direitos constitucionais trabalhistas.

Embora tenha o pretexto de “modernização” das leis trabalhistas, haja vista que a Consolidação das Leis do Trabalho trata-se de uma legislação adaptada a uma suposta diferente realidade social, onde a maioria dos trabalhadores realmente não tinham condições de ter acesso à informação e a meios de defesa, tais como o acesso à advogados, por exemplo, a Reforma Trabalhista trouxe a possibilidade de muitos regressos em relação aos direitos do empregado, sob o pretexto de fomento ao empreendedorismo.

Uma destas flexibilizações foi justamente a possibilidade de resolução de conflitos por meio de juízo arbitral, o que iria totalmente contra o princípio da tenacidade do direito do trabalho, uma vez que o juízo arbitral não é especializado na resolução das lides trabalhistas.

Além disso, o juízo arbitral não tem a prerrogativa da decisão extra petita nos processos, tal qual o tem o juiz do trabalho, uma vez que esta prerrogativa é única do Direito Processual do Trabalho, que faz parte integrante de seus princípios.

Isso sem falar do princípio da proteção ao empregado, uma vez que existem algumas singularidades as quais são oriundas deste princípio, tal qual a inversão do ônus da prova em favor do empregado, por exemplo.

Nesse sentido, no decurso do presente trabalho, entendemos que a arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas pode ser um método de resolução que não privilegia toda a complexidade da relação entre o empregado e empregador e, portanto, potencialmente ineficaz a total resolução do conflito trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRITO, C M A. **O Judiciário Brasileiro e as novas resoluções nos conflitos trabalhistas.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/287755/o-judiciario-brasileiro-e-as-novas-resolucoes-nos-conflitos-trabalhistas>.

CAMARGOS, M E. **Princípios do Direito Processual do Trabalho.** Disponível em: <https://dudacamargos.jusbrasil.com.br/artigos/462947801/principios-do-direito-processual-do-trabalho>.

CASTELO, F B. **O princípio da inercia e o direito processual do trabalho.** Disponível em: <https://fernandobc.jusbrasil.com.br/artigos/335310495/o-principio-da-inercia-e-o-direito-processual-do-trabalho>.

CAVALCANTI, A P. **O princípio protecionista como forma justa de redução de desigualdade entre empregado e empregador.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26651/o-principio-protcionista-como-forma-justa-de-reducao-de-desigualdade-entre-empregado-e-empregador>.

COELHO, D. **Os princípios do Processo do Trabalho.** Disponível em: <https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/620557756/os-principios-do-processo-do-trabalho>.

GONÇALVES, T L. **Os princípios do Direito Processual do Trabalho na ordem jurídica brasileira.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46584/os-principios-do-direito-processual-do-trabalho-na-ordem-juridica-brasileira>.

MALLET, E. **A arbitragem no Direito do Trabalho.** Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/artigo-a-arbitragem-no-direito-do-trabalho/>.

MANUS, P P T. **A Justiça do Trabalho e a importância da conciliação no processo judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/reflexoes-trabalhistas-justica-trabalho-conciliacao-processo-judicial>.

OLIVEIRA, C A. **Formas de composição frente aos conflitos trabalhistas.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9345/Formas-de-composicao-frente-aos-conflitos-trabalhistas>

PARIZE, F R. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70596/a-arbitragem-no-ambito-do-direito-do-trabalho>.

SILVA, L P E. **A arbitragem no Direito do Trabalho.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25084/arbitragem-no-direito-do-trabalho>

SILVA, R R. **O princípio da verdade real: processo do trabalho.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8688/O-principio-da-verdade-real-processo-do-Trabalho>.

O AFETO COMO JUSTIFICATIVA IDÔNEA A RESPONSABILIZAR CIVILMENTE OS PAIS QUE ABANDONAM O SEUS FILHOS EM VIRTUDE DOS DANOS EMOCIONAIS CAUSADOS.

RICHELLE VASCONCELOS RIBEIRO:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus – FAMETRO

ANTÔNIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO
(orientador)

RESUMO: O presente estudo se destina a esquadrihar o enquadramento jurídico do abandono afetivo nas relações familiares, averiguando o entendimento doutrinário e jurisprudencial existentes, a fim de verificar a possibilidade, ou não, de o seu reconhecimento gerar responsabilização civil por danos morais ao pai que abandona seu filho, bem como o respectivo valor a ser eventualmente fixado para pagamento, tendo como objeto de estudo as inúmeras demandas que abarrotaram as cortes nacionais com pedidos de reconhecimento de dano moral lastreado no abandono afetivo praticado por pais em desfavor de seus filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Afeto. Dano moral. Abandono afetivo. Indenização.

ABSTRACT: This study aims to examine the legal framework of emotional abandonment in family relationships, investigating the existing doctrinal and jurisprudential understanding, in order to verify the possibility, or not, of its recognition generating civil liability for moral damages to the father who leaves his son, as well as the respective amount to be eventually fixed for payment, having as object of study the innumerable demands that filled the national courts with requests for recognition of moral damage based on the emotional abandonment practiced by parents in disadvantage of their children.

KEYWORDS: Affection. Moral damage. Affective abandonment. Indemnity.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Família como nascedouro do indivíduo e da sociedade. 2.1. A Família ontem e hoje. 2.2. O Direito, a família e a parentalidade. 2.3. A força impositiva irradiante da Constituição: interpretação e aplicação do ordenamento jurídico a partir e em direção aos valores constitucionais. 3. O dano moral decorrentes do abandono dos filhos. 3.1. a ordem jurídica, a sanção pelo seu descumprimento e a responsabilidade civil. 3.2. A dignidade da pessoa humana e a convivência parental como dever imposto pelo sistema jurídico: “eu não pedi pra nascer”. 3.3. A reparação civil decorrente da violação do dever de convivência parental: incontestável caráter

pedagógico individual e coletivo pelo comportamento parental desidioso. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da premissa (que será devidamente demonstrada) de que o ordenamento jurídico brasileiro permite a responsabilização civil dos pais que abandonam os seus filhos.

É de conhecimento comum não só no meio jurídico que moradia, alimentação, educação, e saneamento básico, por exemplo, não são suficientes para alicerçar o regular crescimento do cidadão, porquanto imprescindível ter paz espiritual, principalmente na infância através da convivência com os seus pais, tendo em vista ser essencial o recebimento de afeto paterno-maternal para o completo desenvolvimento da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o reconhecimento jurisdicional do dano moral decorrente de situações de abandono afetivo no âmbito das relações existentes entre pais e filhos revela-se inequivocamente plausível, devendo-se, conseqüentemente, verificar o modo pelo qual a Justiça brasileira decide em tais caso, notadamente em face do hiato normativo que paira sobre a questão.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988) é o ponto de partida da análise em epígrafe, contudo, abalizada doutrina e vultoso manancial jurisprudencial solidificaram orientação no sentido de que cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por expresse imperativo constitucional (artigo 105, inciso III, "a", do Carta Política), pacificar o tema, mesmo que ainda não haja tal sedimentação.

Logo, por se tratar de assunto ligado às questões da alma, das quais o direito sempre se esforçou, inutilmente, em se distanciar, erigindo o reconhecido jargão de que sobre a moral as leis (sentido amplo) não se imiscuem, essa pesquisa gravita em torno da possibilidade do reconhecimento judicial do abandono afetivo nas relações paterno-filiais gerar a devida responsabilização civil pelos danos morais praticados pelo pai que se abstém de conviver com o seu filho, com a conseqüente investigação do montante fixado à guisa de compensação pela dor causada.

1 FAMÍLIA COMO NASCEDOURO DO INDIVÍDUO E DA SOCIEDADE

1.1 A Família ontem e hoje

A família, como origem e, ao mesmo tempo, finalidade de toda sociedade, nasceu juntamente com a raça humana, disso não temos dúvidas. A indisfarçável

natureza coletiva e agregadora que possuímos como nação global é um dos inúmeros fatores que nos proporcionaram estarmos no momento presente desfrutando das benesses (e problemas) da civilização atual.

Dissemos acima que a família é o objetivo de toda comunidade precisamente em razão de entendermos, com todas as vênias, que a sociedade não é um fim em si mesma, mas, diferentemente, é um meio de proteção e promoção da dignidade das pessoas que a compõem, tornando-a também, por conseguinte, instrumento de tutela e emancipação dessa unidade menor, e não menos importante, que é a família.

Por outro lado, superamos diariamente, desde os primórdios, incontáveis intempéries e as vencemos (sempre pelo prisma da coletividade) exatamente porque, quando não mais haviam forças para nos sustentar, pensávamos e lembrávamos de nossas famílias, ou quaisquer agrupamentos humanos que detivessem tal relevância, como, antigamente, os clãs e as tribos e, hodiernamente, as comunidades, bairros, cidades, estados e países.

Esse nobre e excelso sentimento de pertencimento (fazer parte de algo maior) é o que sempre nos impulsiona não só a sobrevivermos, mas, em última análise, a nos aperfeiçoarmos material e moralmente, tanto em termos individuais quanto, especialmente, em proporção grupal de larga escala.

As origens remotas do que vem a ser “família” certamente dão azo a um sem número de reflexões, digressões e estudos acerca do seu nascedouro. Contudo, essas respeitáveis ilações não serão tratadas nestas apertadas linhas, motivo por que os ensinamentos de Farias (2017, p. 1642) são imperativos por ora:

Deixando de lado digressões históricas e antropológicas atinentes à origem antiga da família na pré-história, toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra *“até que a morte nos separe”*, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento. Mas ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. A sociedade avançou, passaram a vigor novos

valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se, *exempli gratia*, a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Nessa perspectiva, ganhou evidência a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana. Assim, ruiu o império do ter, sobressaindo a tutela do ser. Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepõem e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. Funda-se a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto*, na *ética*, *solidariedade recíproca entre os seus membros* e na preservação da *dignidade deles*. Esses são os referenciais da família contemporânea. (FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de direito civil – volume único. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1642)

Percebe-se, desta feita, que a “família de ontem” restava centralizada na figura do patriarca (“chefe de família”), o qual, ocupando o vértice da pirâmide familiar, espalhava o seu poder de forma verticalmente hierárquica e incontestável, vez que as pessoas só possuíam proeminência social em função da família a que pertenciam.

O casamento, aqui, tinha ares de eternidade, mas não pelo circunstancial amor existente, e sim, além do que já dissemos do peso social que a família ostentava, por conta de questões indubitavelmente patrimoniais, notadamente com a louvável finalidade de se legar quantos bens fosse possível aos seus herdeiros, eis que era sobremodo difícil acumular riquezas quando não se tinha de antemão tal respaldo.

Noutro giro, a “família de hoje” foi drasticamente ressignificada, tendo em vista o significativo e potencial avanço social das últimas décadas, sendo digno de nota a multifacetada vida que as mulheres atualmente detêm, cujos direitos e atribuições vão desde a possibilidade de votar e de serem votadas em eleições para cargos públicos eletivos, até a conhecida e cansativa jornada diuturna de trabalho que, por vezes, é acrescida dos infindáveis afazeres domésticos, os quais são extremamente potencializados quando se têm filhos ou outras pessoas que dependam diretamente dos seus cuidados e atenção.

A supracitada “família de agora” tem o seu centro gravitacional orbitando o ser humano e as suas mais sensíveis necessidades e aspirações, na medida em que o casamento, que outrora era a base de tudo neste monocromático universo, deixou, decisivamente, de ser o seu cerne, pois finalmente parcela esmagadora da população

percebeu que as questões patrimoniais e o eventual status social que a família que construíram possui não são capazes de esfriar aquele ardente desejo que desde o nascimento buscamos concretizar: o de sermos felizes.

Detalhando com incomum riqueza de detalhes a “dessacralização da família” é o escólio do competentíssimo Madaleno (2015, pp. 43-44):

O mundo testemunhou, com o início da Revolução Industrial, um súbito enxugamento da família, que migrou do campo para os grandes centros industriais, e assim reduziu a quantificação dos seus componentes. Surgiu pequeno grupo, formado por pais e filhos, centrando no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição de seus assuntos familiares mais íntimos. No começo, a tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, no trato diário da prole conjugal e conferir ao esposo a chefia econômica do lar. Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, ficava fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal, assumindo as tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual, em um papel de inquestionável subserviência da mulher, em inaceitável desigualdade em relação ao homem. Desenhada a nova família para uma concepção mais íntima, com natureza privada e perdendo com o seu estreitamento a sua finalidade principal de exploração rural, a sociedade defronta-se com outro modelo de conjunto familiar, de incontestável pé de igualdade e voltado para a realização individual de seus membros. É o caminho da crescente personalização da família, separando os direitos de seus membros, criando obrigações e direitos para o núcleo e direitos especiais para os mais necessitados e vulneráveis, como o são as crianças e adolescentes, os jovens e os idosos, que contam com Estatutos editados para a sua especial proteção jurídica. Luis Diez-Picazo, citando Cabornier, esgrima com o argumento da *proletarização* da família, porque seria a expressão que melhor designa a tendência verificada no Direito de Família contemporâneo, onde cada vez mais importam as pessoas e menos os seus capitais, suas heranças e suas riquezas pessoais. Essa mutação social da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo

importância a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e a paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família. O atual diagnóstico é de a moderna família suprimir algumas travas, algumas armaduras para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família: de afeição e solidariedade, e de entrega às suas verdadeiras tradições. Frente a tal destaque, verificou-se um câmbio de conceitos, dando lugar a uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes, limitando sua identificação com a ordem pública para a regulação jurídica das instituições, e ampliando o campo da intimidade e da privacidade do Direito de Família. Isso já foi dito por Eduardo de Oliveira Leite, quando referiu que o novo modelo de família objetiva o crescimento pessoal e a realização individual de seus componentes, dentro e fora do grupo familiar. Salvo as classes mais acomodadas, alerta Guillermo Borda, a economia familiar não mais se apoia nos rendimentos do homem, senão também nos ganhos da mulher, que precisou sair à rua para completar os aportes financeiros da família e nesse caminho já trilham também os filhos para, em solidariedade, reforçarem os ingressos necessários ao orçamento doméstico. (MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 43-44)

Destarte, a família deve e precisa promover a dignidade dos seus membros para que possa, então, ter a possibilidade de se perpetuar, o que também significa não representar obstáculos indevidos e incabíveis àquela procura acima falada: a busca pela felicidade. De fato, a “família de antigamente” executou perfeitamente bem o seu papel para a época em que foi concebida, amoldando-se àquela sociedade.

No entanto, a “família hodierna” já não é mais o ponto de chegada dos nossos sonhos, vez que se afigura, isso sim, no início e no lugar seguro de onde saímos a desbravar os constantes e diários desafios da vida.

1.2 O Direito, a família e a parentalidade

É inevitável tratar de família em termos jurídicos no Brasil sem se ater ao que a Constituição Federal de 1988 prevê:

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.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

(...)

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(...)

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (realce nosso)

Conforme acima mencionado, o texto constitucional inicia a sua abordagem sobre o tema fixando a basilar premissa de que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Portanto, a norma em questão se encontra no topo da pirâmide do ordenamento jurídico nacional e fixa que a coletividade por ela regida tem como alicerce a família, a qual não só é tutelada pelo Poder Público, mas o é com diferenciada relevância, exatamente porque, sem sobra de dúvidas, é a mais importante estrutura que origina e condiciona esta organização maior que é a congregação de incontáveis pessoas e as suas respectivas famílias.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o cidadão, momentânea ou permanentemente isolado, por escolha própria ou não, em decisão tomada consciente ou inconscientemente, muito provavelmente nasceu e foi criado no seio familiar. Assim, não é possível defender, de forma alguma, a prescindibilidade dessa fundamental instituição social, tendo em vista que surgiu inequivocamente bem antes da própria sociedade, que dela é obviamente consequência, resultado.

A Carta Política de 1988 impõe, ainda, que os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável iluminam o planejamento familiar, o qual é livre decisão do casal, cabendo ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para a realização de tal direito, sendo proibida que instituições oficiais ou privadas exerçam ingerência indevida no seu desenvolvimento.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável implicam, indiscutivelmente, no constante acompanhamento pessoal dos pais na

vida de seus filhos. E é essa participação, a nosso ver, que legitima o discurso da viabilidade, e necessidade, de se condenar monetariamente pela prática de danos morais decorrentes do abandono afetivo o pai (ou mãe) que injustificadamente se afasta de sua prole.

Em outras palavras, o comparecimento dos pais no dia a dia dos filhos corresponde perfeitamente ao mínimo exigível para que se alcance o cumprimento daquela diretiva constitucional que preconiza o dever de realizar o planejamento familiar pelo prisma da dignidade humana e da paternidade responsável. Dessa forma, embora não se possa obrigar ninguém a amar o seu semelhante (mesmo que seja seu filho), também não é permitido a nenhum pai ou mãe se omitir da criação de seu filho no que diz respeito a estar, verdadeiramente, presente.

Vale dizer, é inconstitucional não conviver com a prole, precisamente porque esta indiferença corresponde com clareza solar à violação da dignidade do filho, que não pediu para ser concebido e nascer, mas o foi e tem, desde o seu nascimento com vida, inegavelmente, o direito de ser assistido material e espiritualmente.

Nessa linha de raciocínio, temos devidamente delineada a paternidade negligente (consistente em fazer/dar menos do que deveria) quando a convivência com o filho ocorrer por período incapaz de impedir que este sofra com a ausência do pai (ou mãe), o que, conseqüentemente, viola a obrigação de efetuar o adequado planejamento familiar, na medida em que não há nada de responsável na postura de quem concebe um ser humano e não participa do seu crescimento.

Outrossim, a Constituição da República assegura que o Poder Público garantirá assistência à família em termos individualizados, isto é, em prol de todos os seus integrantes, permitindo-nos compreender que os membros desta sagrada e ancestral instituição popular detêm, por questões óbvias, tanta (ou maior) relevância para a sociedade quanto a família propriamente dita.

Logo, torna-se inarredável não apenas prever um infindável catálogo constitucional e legal em defesa desse fundamental organismo da coletividade, mas também é sobremaneira necessário que o Poder Judiciário, no seu salutar papel de aplicação do direito ao caso concreto, entenda e aceite de uma vez por todas que o reconhecimento do abandono afetivo como fundamento idôneo a justificar condenações por danos morais causados neste contexto não é, nunca foi e nunca será, mecanismo voltado a implementar uma "ditadura do amor" (no sentido de se obrigar a quem quer que seja a amar o filho).

Pergunta-se: qual a eficácia social da normatização de uma infinidade de direitos cujos beneficiários sejam crianças, adolescentes e jovens sem que haja a

efetiva punição contra quem não desempenhe a paternidade responsável, especialmente no que concerne a estar presente no desenvolvimento do filho?

A resposta a tal indagação é objetiva e direta: não adianta de nada, absolutamente nada, nem mesmo para fins pedagógicos, legislar sobre tais questões se os juízes compreenderem que a sua violação não pode ocasionar nenhum tipo de represália por parte do Estado, transformando-se em verdadeiro salvo-conduto àqueles que zombam das nefastas consequências que emergem na vida de quem se vê sozinho durante o seu processo pessoal de formação, vazio enorme que é de conhecimento notório.

Assim, utilizando-se linguajar comum no âmbito da temática relativa ao dano moral, o abandono afetivo aqui retratado não se amolda, de maneira nenhuma, a um “mero aborrecimento”, “dissabor normal e aceitável da vida em sociedade”, posto que, mesmo sendo, infelizmente, realidade recorrente em centros urbanos e rurais país afora, está longe de ser algo que não gere dolorosas e perenes sequelas emocionais em suas vítimas.

Ademais, curiosamente, quando o remorso (ou a culpa) alcança a alma e o coração do pai (ou mãe) que abandonou a sua prole, também dilacera agudamente o algoz que um dia se ausentou injustificadamente, revelando-se, em termos paradoxais, como mazela social de natureza ímpar, na medida em que a sua grotesca bilateralidade (atingindo pais e filhos) demonstra de forma cabal a urgência de se lhe dar resposta adequada e firme, ainda que não seja capaz de consertar o passado, a realização de justiça pode amenizar o presente e ressignificar o futuro de todos os atores envolvidos nessas tristes e melancólicas tragédias humanas.

O artigo 227 da Carta Maior ordena que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e crueldade.

Pois bem, essa obrigação incumbe a todos, não só ao Poder Público, e é qualificada como “absoluta prioridade” pelo mais importante diploma normativo existente no país, o qual garante, dentre tantos outros direitos, a convivência com a família e a proibição de que sejam submetidos a toda forma de negligência e crueldade.

Logo, ao olharmos atentamente aos ditames constitucionais supramencionados, facilmente constatamos que o abandono afetivo se qualifica indubitavelmente em transgressão direta (e por isso mesmo merecedora de justa reprimenda) a esses fundamentais comandos, ferindo de morte aqueles direitos (que

de tão indissociáveis à condição humana desde os primórdios nem precisavam ter previsão normativa, mas o tem) consubstanciados na harmoniosa coexistência da criança, do adolescente e do jovem com as suas origens, ou seja, com a sua família.

Além do mais, a vedação de tratamento cruel ou negligente em desfavor da prole há de equivaler à imprescindível condenação compensatória (já que reparar, efetivamente, este tipo de dano é algo que sequer deve ser discutido nesta seara) do agressor em sede judicial, a fim de, pedagogicamente, sinalizar a ele e a todos que se dispuserem a conceber uma criança que o Poder Judiciário poderá, se assim for provocado, condenar o pai (ou mãe) que inadvertidamente se ausentar da vida daquele que sequer teve a oportunidade de escolher se queria, ou não, nascer neste mundo, em justa homenagem à gigantesca e indelegável responsabilidade de quem assim se comportar.

O que estamos exaustivamente defendendo nestas linhas é levado muito a sério pela Constituição Federal, tanto que no § 4º, do seu artigo 227 impõe-se que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Ou seja, o abandono afetivo é o abuso e a violência praticados contra os filhos pela via da omissão, mesmo que não haja dolo no sentido de se almejar concretamente causar sofrimento à prole, ainda assim inexistem dúvidas acerca dos seus resultados, que deixam duradouras marcas emocionais negativas, equiparáveis, sem exagero, a abusos e agressões corpóreas, vale dizer, é de conhecimento geral a magnitude e a severidade de certos abalos psicológicos, os quais, por vezes, quando são curados, demoram anos e anos, mesmo que o paciente seja regularmente submetido aos melhores tratamentos clínicos existentes para tanto.

No § 6º, do artigo 227, do Diploma Político de 1988, há a relevantíssima ressalva de que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ora, o legislador constituinte previu nesse dispositivo que nem mesmo o filho adotivo ou o concebido em relação extraconjugal poderá ser tratado em patamar de inferioridade com o filho maritalmente gerado, significando, para fins de abandono afetivo, que o pai (ou mãe) que se utilizar destes odiosos e desumanos argumentos para se desvencilhar da criação de algum de seus filhos, estará infringindo tal diretriz normativa, na medida em que, por exemplo, o fato de ter construído nova família não representa, de maneira alguma, a morte da prole havida na relação anterior.

No mesmo passo, compreendendo o genitor que o filho adotivo (por não possuir a mesma origem genética) não é filho na mesma intensidade e medida do filho biológico, incidirá em total desrespeito àqueles constitucionais ditames, pois, a partir do momento em que for confirmada a respectiva adoção, a pessoa adotada é integralmente incorporada à família que o recepciona, sendo merecedora de todos os direitos a que fazem jus os demais filhos, impondo aos “novos pais” igualdade de tratamento, já que estes não têm o direito de discriminar os filhos fora das balizas constitucionais.

O artigo 229, da Carta da República, disciplina que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, dando facilmente a entender que a família deve necessariamente ser o lugar mais seguro possível a todos que a componham, independentemente da idade e do momento da vida em que estejam, seja na juventude, seja na fase madura.

No que atine ao abandono afetivo aqui discutido, depreende-se que o dever de educação, criação e assistência abriga, irremediavelmente, a obrigação de participar ativamente do dia a dia dos filhos, sob pena de lhes sonegar momentos e experiências cuja escassez interfere negativa e decisivamente na formação da sua personalidade, gerando, com certeza, danos morais.

1.3 A força impositiva irradiante da Constituição: interpretação e aplicação do ordenamento jurídico a partir e em direção aos valores constitucionais

O estudo realizado no âmbito deste artigo científico se pauta em algumas premissas. Uma delas tem o seu fundamento no princípio da força normativa da Constituição, o qual, para o professor Canotilho (2003, p. 229), significa que:

(...) na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 7. ed rev. Coimbra: Almedina, 2003, p. 229)

Assim, embora não estejamos a discutir tema exclusivamente constitucional, tendo em vista a sua inegável previsão no Texto Maior, somos partidários da ideia

segundo a qual a Constituição Federal de 1988 deve servir de parâmetro de aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive em sede de questões concernentes ao direito de família, como o é o abandono afetivo sob análise.

Desse modo, a fim de enriquecer o debate ora proposto, amparamo-nos na apresentação realizada pelo ilustre docente e Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Gilmar Ferreira Mendes acerca da obra de Konrad Hesse (A força normativa da Constituição), por ocasião de aula proferida em 1959 na Universidade de Freiburg na Alemanha:

Sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nessa toada, verifica-se que a “vontade de Constituição” deve e precisa ser o horizonte em direção ao qual toda a sociedade há de caminhar, na medida em que a concretização real e efetiva dos mandamentos lá previstos necessita ganhar vida, ultrapassando o aspecto teórico que caracteriza o presente tema, alcançando-se, finalmente, o dia a dia das pessoas, impregnando os seus espíritos da ideia de que família, planejamento familiar e responsabilidade com relação aos filhos é muito mais do que uma sugestão estatal normatizada, sendo, em verdade, importantíssimo referencial interpretativo das regras de direito civil, possuindo a inequívoca vocação de promover a dignidade de todos, individual e coletivamente considerados.

2. O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO DOS FILHOS

2.1 A Ordem jurídica, a sanção pelo seu descumprimento e a responsabilidade civil

Compreender a integralidade da cadeia lógica que legitima a condenação por abandono afetivo depende, inegavelmente, da exata compreensão do que é e de como funciona a ordem jurídica, o que faremos com espreque na aula de Cavalieri Filho (2012, pp. 01-02):

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria (*Programa de Direito Civil*, v. I/341, Ed. Rio). Podemos sintetizar a lição desse grande Mestre dizendo que o Direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos. Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*. Alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas. Entende-se, assim, por *dever jurídico* a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012 pp. 01-02)

Percebe-se, desta feita, que o maior símbolo de uma ordem jurídica é a consolidação da distinção entre certo e errado, lícito e ilícito, haja vista que, por indiscutivelmente representar um sistema concebido para proteger determinada coletividade de pessoas das condutas que elas mesmas elejam como indevidas, indesejáveis, ilegais, volta-se a promover as ações consideradas benéficas e, concomitantemente, proibir, prevenindo e reprimindo, os atos rotulados como maléficis, transgressores, antijurídicos.

Nesse viés, entender o que é dever jurídico originário e sucessivo desponta com importância salutar, motivo pelo qual bebemos novamente da fonte de saber que é a obra de Cavalieri Filho (2012, p. 02):

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja

violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano. É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012 p. 02)

Depreende-se, a partir dos ensinamentos acima expostos, que infringir um dever jurídico cria imediatamente a obrigação de repará-lo (quando possível) ou de compensá-lo (quando inviável restabelecê-lo ao mesmo patamar), de forma a responsabilizar o infrator não só pela sua conduta danosa, mas, principalmente, pela violação da legítima posição jurídica daquele que sofreu a injusta desobediência ao ordenamento jurídico. Disso deflui discernir obrigação de responsabilidade, tarefa que iremos desempenhar mediante a precisa preleção de Cavalieri Filho (2012, pp. 02-03):

Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. *Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico

sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”. Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente. Devemos a Alois Brinz essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro a visualizar dois momentos distintos na relação obrigacional: o do débito (*Shuld*), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento da obrigação originária (*apud* Arnoldo Wald, *Direitos das obrigações*, 15^a ed., Malheiros Editores, 2001, p. 35). O Código Civil faz essa distinção entre obrigação e responsabilidade no seu art. 389. “Não cumprida a obrigação [*obrigação originária*], responde o devedor por perdas e danos [...]” – obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade. Esse dispositivo é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual, conforme se depreende desta primorosa lição de Aguiar Dias: “Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum

das partes, ao passo que a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contraditório, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito" (*Da responsabilidade civil*, 5ª ed., v. I/149, Forense). (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012 pp. 02-03)

Nesse jaez, tanto obrigação quanto responsabilidade constituem-se essencialmente em deveres jurídicos, todavia, enquanto este é dever jurídico secundário, por ser decorrente do descumprimento daquele, o primeiro também é dever jurídico, mas primário, eis que existe precisamente como consequência imediata de um direito, na medida em que direito sem obrigação, nem responsabilização, carece evidentemente da força cogente necessária para estabelecer-se como tal no mundo fenomênico e, incontestavelmente, no universo jurídico.

Além disso, de maneira interessante, a violação de uma obrigação cria outra obrigação, consubstanciada na reparação ou compensação daquela primeira que foi transgredida, o que, para fins de abandono afetivo e responsabilização por danos morais, amolda-se perfeitamente, porquanto desrespeitada a obrigação de bem desempenhar a paternidade de forma responsável, em nosso sentir, cria-se outra obrigação, qual seja, a de ser responsabilizado pelo descumprimento do dever de ser um pai efetiva e ativamente presente na vida do filho.

2.2 A Dignidade da pessoa humana e a convivência parental como dever imposto pelo sistema jurídico: "eu não pedi para nascer"

Tratar da dignidade humana nem sempre é tarefa fácil, ainda que se rememore a sua previsão constitucional no inciso III, do artigo 1º, do Diploma Maior, razão pela qual, notadamente em vista da inescusável finalidade do presente estudo, servimo-nos da cátedra de Farias (2017, pp. 1189-1190), para quem:

A dignidade humana reorienta, normativamente, o direito civil. O sistema das relações civis-materiais é regido fundamentalmente pela dignidade humana. Princípios e regras devem conduzir a soluções promotoras da dignidade, inclusive através dos conceitos da responsabilidade civil. Em todos os

setores civilísticos há incidência das generosas luzes da dignidade. A dignidade é protetiva e promocional. É protetiva no sentido de garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando a sua integridade psicofísica. É promocional, no sentido de viabilizar as condições de vida para que uma pessoa adquira a sua liberdade e possa projetar a direção que queira conceder a sua existência. Como *tarefa* (promoção), dela decorrem deveres concretos de tutela por parte de órgãos estatais, assegurando prestações. Trata-se da dimensão positiva (eficácia ativa) da dignidade humana, cuja função é criar condições que possibilitem o pleno exercício da personalidade humana. (...) Lembremos apenas que são variadas e múltiplas as repercussões da dignidade humana nas dimensões interpretativas da responsabilidade civil. Ara ficar num único exemplo, as soluções relativas ao nascituro, atualmente, são fortemente iluminadas pela dignidade humana. O mesmo se diga da decisiva opção pela proteção prioritária dos direitos e interesses existenciais da pessoa humana, e não só daqueles patrimoniais, como no passado, estão resguardados com olhar mais generoso. A dignidade não é apenas um valor, um *a priori*, mas um princípio normativo em permanente processo de construção e desenvolvimento. Não se trata de um conceito estático e rígido, mas dinâmico e plural. A dignidade da pessoa humana dialoga bem com a diversidade de valores que caracteriza as democracias constitucionais dos nossos dias. A dimensão cultural da dignidade alcança aspectos éticos de grande atualidade. A dimensão histórica do conceito é um convite à avaliação dos chamados “novos danos”. É, também, um vetor para a ponderação de bens (através da proporcionalidade) como técnica de aferição de danos injustos: várias colisões de princípios envolvem a dignidade humana num dos polos (lembremos, por exemplo, do direito à imagem, de um lado, e o direito da sociedade ao acesso à informação, do outro). (FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de direito civil – volume único. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 1189-1190)

Nesse elastério, verifica-se que o constitucional princípio da dignidade da pessoa humana espraia a sua eficácia não só por todo o texto da Carta Política de 1988, mas sim pela integralidade do ordenamento jurídico nacional, incidindo com

robustez e proeminência invulgar na seara civilista, mormente no bojo das relações familiares, graças à relevância ímpar para toda a sociedade da proteção e promoção da família e de seus membros como titulares da dignidade em apreço.

A força sabidamente centrífuga do princípio em lume proíbe que o pai (ou mãe) que abandone injustificadamente o seu filho deixe de responder civilmente por tal atitude, visto que o dever de paternidade responsável é consectário lógico direto da dignidade que a prole indiscutivelmente possui, tornando-a destinatária de direitos, inclusive no que concerne à obrigação de amparo emocional lastreada no acompanhamento presencial realizado de forma constante pelo genitor.

Calcada nas premissas acima declinadas, Hironaka (2006, pp. 135-141), discorrendo sobre o dever de educação que incumbe aos pais em favor dos filhos, estatui que:

[...] garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade (HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 135-141)

Sempre muito atento a essa triste realidade, Pereira (2012, p. 115) assevera que:

A paternidade/maternidade deixou de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do menor/adolescente, principalmente no que tange à convivência familiar, que deve ser vista de forma independente da existência ou não do tipo de relacionamento entre os pais. Não se deve restringir tão somente ao auxílio material, porque “nem só de pão vive o homem”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material – decisão comentada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, p. 115, dez./jan. 2012)

Na mesma senda é a percuciente observação da psicoterapeuta Groeninga (2006, p. 448), senão vejamos:

A psicanálise tem demonstrado a importância da pertinência a uma família e da convivência para a constituição do sujeito, desde a mais tenra idade. A personalidade desenvolve-se por meio dos exemplos significativos – as identificações são resultado destas experiências emocionais com os adultos, pais ou substitutos. Como disse Freud, o ego é um precipitado de identificações. [...] É também na família que se desenvolve fundamentalmente a capacidade ética, de empatia, e os valores morais em maior ou menor sintonia com o resto da personalidade. O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável. Assim, é na interação com o outro, inicialmente na família, por meio do amor, que se desenvolvem na personalidade as qualidades eminentemente humanas de pensamento, autorreflexão e empatia. (CROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 448)

Dessa forma, percebe-se o enorme grau de relevância tanto jurídica, quanto psíquica, que possui a figura do pai na formação psicológica da criança, merecendo, por tais razões, ser seriamente considerado pelos profissionais do direito, a partir de leitura interdisciplinar do tema que leve em consideração o ser humano como um todo, a fim de melhor proteger e promover a sua dignidade.

2.3 A Reparação civil decorrente da violação do dever de convivência parental: incontestável caráter pedagógico individual e coletivo pelo comportamento parental desidioso

É de conhecimento comum no meio jurídico o fato de que toda norma deve impreterivelmente corresponder a uma sanção, sob pena de se transformar em mero aconselhamento, visivelmente destituído de força cogente capaz de obrigar a que se lhe obedeam. Sensível a essa soberana lógica Diniz (2008, p. 20) apregoa que:

A sanção é, nas palavras de Godoffredo Telles Jr., uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A sanção é consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. A responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato ilícito. (DINIZ, Maria Helena *apud* Gagliano, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20)

Nota-se, portanto, que, para além do dano propriamente dito causado à vítima, a violação a um comando previsto no ordenamento jurídico concebe instantaneamente ao momento da sua ocorrência uma reação normativamente legitimada que tem como inescusável desiderato punir o infrator para fins de justiça individualmente considerada (caráter retributivo da penalidade) e, ao mesmo tempo, com muito mais razão, autoriza a retaliação do sistema em virtude da não obediência aos seus ditames (aspecto pedagógico da reprimenda). Noutra giro, urge superar a já ultrapassada ideia de que não há responsabilidade civil em sede de relações familiares, o que faremos mediante o auxílio da doutrina de Venosa (2012, p. 298):

É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou um jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Para esse quadro concorre definitivamente a Constituição de 1988, um marco e divisor de

águas no direito privado brasileiro. É indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa posição porque, em última análise, ao se protegerem abuso dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, de um cônjuge ou companheiro em relação ao outro, o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano. (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil – responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012, v. 4, p. 298)

Nesse panorama, o que se vê é a essência manifestamente garantista da Carta Política de 1988, eis que, ao prever a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, impregnou todo aquele elevado sistema de valores do paradigma humanitário que justifica e fomenta a possibilidade de se responsabilizar civilmente aquele que não respeitar os componentes de sua família.

Entretanto, dúvida pode surgir acerca das especificidades existentes entre a responsabilidade civil incidente sobre as relações conjugais e aquela que desponta em sede de relações filiais, razão por que a aula de Moraes (2006, pp. 200-201) há de ser transcrita:

De fato, há duas relevantíssimas diferenças entre relações conjugais e as relações parentais. A primeira é que as relações conjugais se dão entre pessoas presumidamente iguais, emancipadas, aptas para exercerem autonomamente a sua liberdade; as relações parentais, diversamente, ocorrem entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável e dependente. A segunda diferença é que a relação conjugal é dissolúvel, mediante a separação e o divórcio, enquanto na relação parental o vínculo é tendencialmente indissolúvel. Estas diferenças refletem-se na distinção de tratamento que se deu à responsabilidade civil nas relações familiares. Assim, na relação conjugal, os princípios da liberdade juntamente com o da igualdade se sobrepõem ao vínculo (esvaziado de conteúdo) de solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação – por não haver propriamente dano moral indenizável – nas hipóteses de infidelidade, abandono de lar, descumprimento de débito conjugal, e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio; já na relação parental, o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes poderá dar azo ao

dano moral quando tiver havido abandono completo por parte do genitor biológico e ausência de figura parental substituta. (MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade... *In*: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 200-201)

Desta feita, cai por terra eventual argumento no sentido de igualar o inigualável, vale dizer, no que atine à responsabilização civil, as relações de cariz conjugal posicionam-se visivelmente em patamar distinto das relações paternas, notadamente em razão da irrefutável fragilidade que caracteriza a infância, o que, entre adultos, é substituído pela autonomia de desígnios que guia a maneira pela qual se colocam diante dos momentos de crise marital.

O Superior Tribunal de Justiça, em paradigmática decisão prolatada em 2012, trilhou o mesmo caminho exaustivamente defendido no presente estudo, vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados

parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1159242 SP 2009/0193701-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435)

No julgado acima discriminado, o Tribunal da Cidadania entendeu, pioneiramente, que é perfeitamente possível aferir a presença de responsabilidade civil nas relações familiares, especialmente em sede filial, na medida em que a violação por omissão do dever de cuidado lastreado na garantia mínima aos filhos de afeto hábil a lhes proporcionar condições sadias de crescimento físico e emocional configura inegavelmente a odiosa figura do abandono afetivo, merecedora, certamente, de reconhecimento e punição, a fim de compensar as feridas criadas na alma de quem muito pouco recebeu em termos afetivos, bem como para educar o transgressor sobre a gravidade do seu injusto desamparo.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa científica buscou-se delinear os contornos jurídicos e psicológicos do abandono afetivo nas relações paterno-filiais, demonstrando-se que desde o mais importante diploma normativo pátrio, que é a Constituição Federal, explicitando o entendimento doutrinário sobre o tema, até a recente decisão jurisprudencial sobre o assunto exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, é plenamente viável responsabilizar civilmente o pai ou mãe que viola mediante omissão o dever de cuidado em face de seu filho.

Logo, o abandono afetivo cuja responsabilização defendemos não gira em torno de uma pretensa "obrigação de amar", mas, diferentemente, seu cerne repousa na irrefutável premissa normativamente estatuída de cuidado, vez que os danos,

principalmente psicológicos, decorrentes da ausência dos pais na vida das crianças é de conhecimento público e notório.

Assim, o dever de cuidado que embasa o raciocínio proposto neste artigo acadêmico possui relação direta com a responsabilidade que todos devem ter em sede de planejamento familiar, sendo correto admitir que o ato de conceber e trazer um ser humano a este mundo jamais poderá ser feito de maneira irresponsável e sem seriedade.

Portanto, com a inequívoca finalidade de reforçar a força impositiva desses elevados ditames, é que propugnamos pela operabilidade da responsabilização civil daquele que rejeitar injustificadamente as obrigações afetivas oriundas da paternidade.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 7. ed rev. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DINIZ, Maria Helena apud Gagliano, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de direito civil – volume único. Salvador: Juspodivm, 2017.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade... In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material – decisão comentada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, p. 115, dez./jan. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil – responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012, v. 4.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

MARINA BARBOSA PIRES:
Bacharelada em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo - TO.

RENATA MALACHIAS SANTOS MADER

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata-se da modalidade de responsabilização civil em razão do abandono afetivo Paterno-Filial. Tem por objetivo abordar quais são os véis da possibilidade de compelir o genitor a pagar reparação civil decorrente do abandono. Pretende-se analisar quais as melhores oportunidades para serem tomadas em busca do melhor interesse da criança e do adolescente. Diante disso, evidenciar a importância do papel paterno nas relações familiares no sentido de acompanhar o desenvolvimento ético, moral e social da criança e do adolescente, bem como relatar as consequências atribuídas a essa omissiva de afeto. Analisar-se-á, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, a importância de haver o afeto incluso no exercício do poder familiar, quais seriam as responsabilidades dos progenitores na formação da criança ou adolescente, verificando por fim a possível reparação, em caso de abandono afetivo paterno filial.

PALAVRA-CHAVE: Abandono Afetivo Paterno-Filial; Direito de Família; Responsabilidade Civil; Modalidades de abandono; Família.

ABSTRACT: This article deals with the civil liability modality due to the affective abandonment of Paternal-Filial. It aims to address what are the feasible possibilities of compelling the parent to pay civil reparations resulting from abandonment. It is intended to analyze what are the best opportunities to be taken in the best interest of the child and adolescent. the paternal role in family relationships in the sense of following the ethical, moral and social development of children and adolescents, as well as reporting the consequences attributed to this omission of affection. It will be analyzed, through bibliographic and jurisprudential research, the importance of having affection included in the exercise of family power, what would be the responsibilities of the parents in the composition of the child or adolescent, checking finally the possible reparation, in case of filial affective abandonment.

KEYWORDS: Affective Paternal-Child Abandonment, Family Law; Civil Liability, abandonment modalities, Family.

SUMARIO: 1 Introdução 2 Família. : 2.1 Conceito Contemporâneo. 3 Princípios Constitucionais Aplicados as entidades familiares. 3.1 Princípio da paternidade responsável. 3.2 Princípio da Afetividade .4 Abandono Afetivo Paterno –Filial .5 Responsabilidade Civil em Razão do Abandono .Conclusão .Referencias

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por foco primitivo abordar os casos em que é possível se configurar a omissão de afeto na modalidade paterno-filial, em que os filhos sofrem o que se denomina de abandono afetivo pelo genitor, destacando, para tanto, a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil quando houver danos à criança ou adolescente.

Importante ressaltar que a família, inclusive em termos constitucionais, representa a base da sociedade, e é considerada uma instituição responsável por promover o desenvolvimento social, ético e educacional dos filhos, sendo indispensável a sua contextualização dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Assim analisaremos como o ordenamento identifica e qualifica o afeto, já que é o cerne para a definição de família, focando especialmente em dois princípios que são cruciais para tanto: o Princípio da Paternidade Responsável e o Princípio da Afetividade, previstos explícita e implicitamente em diversos dispositivos do nosso ordenamento jurídico, inclusive da Constituição Federal. Além disso, foi com base no Princípio da Afetividade que várias decisões vêm se embasando para reconhecer e solucionar diversas questões ligadas ao direito de família: união estável homoafetiva, como também da filiação socioafetiva, da multiparentalidade, e da responsabilização civil por abandono afetivo, dentre outras.

Ademais, se faz importante ressaltar o papel paterno no desenvolvimento dos filhos na unidade familiar, destacando a importância do afeto nas relações entre pais e filhos, e as consequências do não cumprimento do dever de cuidado pelos genitores, inclusive com base em estudos científicos, de psicólogos e psiquiatras acerca do tema em questão.

Em sequência, verifica-se quais os requisitos para pretensão de responsabilização civil e a possibilidade de se requerer indenizações em razão do abandono afetivo, advindo da omissão do convívio e dever de cuidado paterno-filial.

O presente tema de artigo se dará por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, ligados aos estudos de doutrinas, revistas online, e artigos com fundamentos ligados ao assunto.

2 FAMÍLIA

2.1 CONCEITO CONTEMPORÂNEO

Ao examinarmos alguns aspectos históricos relacionados ao conceito de família, é possível notar que este vem sendo atualizado a cada instante. De forma que, atualmente, pode-se dizer que família acontece quando um grupo de pessoas estão voltadas a uma única intenção: interação familiar constante, ou seja, está intimamente ligada com o afeto entre os membros.

A respeito das mudanças ocorridas no conceito tradicional de família MADALENO (2017, p. 19) explana:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Ainda acerca da evolução do conceito de família, traz-se a definição de VENOSA (2018, p.3) acerca do assunto:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico.

Dessa forma, são diversos os tipos de família que se pode identificar atualmente: a família matrimonial, a monoparental, a anaparental, a unipessoal, a homoafetiva, dentre várias outras. Aqui não buscaremos conceituar cada uma delas, o mais importante, e que realmente interessa no momento, é perceber e entender que não importa qual o tipo de família, qualquer uma delas é baseada na reunião de três elementos para sua identificação como família: a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.

O primeiro elemento, a afetividade, está ligada ao fato de que aquele grupo de pessoas possui uma identidade familiar, voltados a um bem estar plural de todos os membros pertencentes a essa família, este requisito é o fundamento e a finalidade da entidade; o segundo elemento, a estabilidade, está ligada ao vínculo, a ideia de fidelidade na prestação de cuidados e comprometimento para com os familiares, de forma a excluir relacionamentos casuais; e, por fim, o último elemento, a ostensibilidade, que nada mais é do que apresentação desse grupo de pessoas como unidade familiar para toda a comunidade.

Como bem assevera FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 49):

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Logo, não restam dúvidas da evolução do conceito de família, que evolui na mesma velocidade que toda a sociedade evolui, não se admitindo que fique presa a conceitos ultrapassados e estáticos, presas a valores arcaicos e patriarcais. Por isso, é importante:

[...] vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano. (DINIZ, 2018, p. 27)

Sendo assim, mais do que o conceito, é importante destacar o papel da família na importância existencial do ser humano, é na família que cada indivíduo busca a sua base intelectual, moral, histórica, tendo grande relevância no desenvolvimento do indivíduo

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS ENTIDADES FAMILIARES

A Carta Magna de 1988 elevou a família como base da sociedade brasileira, não é à toa que em seu artigo 256 declara: "A família, base da sociedade, tem especial

proteção do Estado” (BRASIL, 1988). E, em razão disso, é que se pode verificar a existência de alguns princípios constitucionais norteadores do tema.

São vários princípios que podem ser citados, como o Princípio da *ratio* do Matrimônio e da União Estável, que determina a necessidade de *affectio* ou afeto como fundamento básico desses dois institutos; o Princípio da Igualdade, que se refere à igualdade de poderes entre os cônjuges nos deveres e direitos matrimoniais, bem como a igualdade entre todos os filhos, sejam os havidos dentro ou fora do casamento ou mesmo os adotados, sendo vedada qualquer conduta discriminatória; o Princípio do Pluralismo Familiar, que determina a possibilidade de se reconhecer os mais variados tipos de família, e não apenas a clássica e engessada família patriarcal e matrimonial; o Princípio da Liberdade, que possibilita que cada família escolha como irá administrar todas as questões a ela correlatas, desde o regime de bens até o planejamento familiar ou formação cultural, religiosa e educacional dos filhos; dentre tantos outros.

São inúmeros os princípios constitucionais que norteiam a família, mas dois princípios merecem destaque diante do presente estudo, são eles: o Princípio da Paternidade Responsável e o Princípio da Afetividade.

Sendo assim, trataremos de cada um em separado para melhor compreensão de sua importância em relação ao tema proposto: o abandono afetivo.

3.1 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O Princípio da Paternidade Responsável, representa o significado de responsabilidade a ser seguido na construção e na manutenção da família, que inicia desde a concepção e se estende até que seja necessário e considerado justificável a presença dos genitores perante seus filhos.

Este princípio está devidamente assegurado na Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada

qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

O mencionado princípio pode ser analisado sob dois aspectos: de um lado poder ser compreendido como a total autonomia dos pais de decidirem sobre ter ou não ter filhos, e ainda sobre quantos filhos ter, isto é, liberdade de planejamento familiar; como também, por outro lado, pode ser interpretado sob o dever de cuidado dos pais para com os filhos, dever parental, responsabilidade de provê-los, tanto financeira quanto emocionalmente.

É necessário mencionar que os deveres atribuídos aos genitores na formação dos filhos são de cunho irrenunciável, uma vez que a criança e adolescente requerem alto índice de atenção e amparo. Dever este que se encontra destacado em vários dispositivos do ordenamento jurídico, implícita ou explicitamente, a começar pela nossa Carta Magna que destaca em seu artigo 227:

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. (BRASIL, 1988)

Conforme dito anteriormente, o princípio analisado está implícita e explicitamente contido em diversos dispositivos legais do nosso ordenamento pátrio, sendo assim, além dos retro mencionados, podemos citar a Lei 9.263/96, que regulamenta o artigo 226, § 7º da CF e regula o planejamento familiar; a Convenção sobre Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990; bem como a Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu artigo 27 garante o direito de reconhecimento da filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Além disso, o ECA e o Código Civil brasileiro, como bem preceituam DILL e CALDERAN (2011):

[...] evidenciam a existência de deveres intrínsecos ao poder familiar, conferindo aos pais, obrigações não somente do ponto de vista material, mas especialmente, afetivas, morais e psíquicas. Nesse sentido o artigo 3º do ECA preceitua que toda criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a fim de lhes facultar

o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No mesmo sentido O Código Civil, em seu artigo 1.634, impõe como deveres conjugais, o sustento, criação, guarda, companhia e educação dos filhos (1.566, IV). Já os artigos 1.583 a 1.590 discorrem sobre a proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal.

Desse modo, os destaques mencionados configuram a preocupação em manter-se o vínculo fraternal mesmo quando do afastamento (emocional, relacional) dos pais por ocasião do divórcio, ou mesmo quando em momento algum os pais tenham estabelecido vida comum, diante de tantas formas de família que temos hoje.

As obrigações para com os filhos não devem ser modificadas por nenhum motivo, não importando qual genitor detenha a guarda ou não, o dever de cuidado e amparo a eles deve ser uma prioridade dos pais, visando o seu contínuo bem estar, atribuindo de forma igualitária o acompanhamento da rotina dos menores no que diz respeito à saúde, educação, lazer e cultura, evitando assim a omissão de cuidado e afeto para com os filhos.

Importante ressaltar, ainda, que o princípio que analisamos neste tópico está intimamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e juntos são considerados os fundamentos do livre planejamento familiar, objetivando o pleno desenvolvimento de todos os seus membros, especialmente da criança e do adolescente.

3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

No tocante ao Princípio da Afetividade, podemos destacar a existência de três correntes pensantes quanto o assunto é AFETO: os que defendem a afetividade como um princípio jurídico que se faz aplicável no âmbito do Direito de Família; os que o consideram como um valor, negando seu caráter jurídico; e, há ainda os que entendem que o afeto é simples sentimento, não devendo sequer ser valorado juridicamente.

A maior parte da doutrina, entretanto, reconhece a afetividade como um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar, conforme destaca LÔBO (2004):

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional, não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a

afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, (LÔBO, 2014, p. 43).

A afetividade, assim como o princípio anteriormente analisado, encontra-se implícita na Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como explícita e implícita em vários outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio. Em nossa Carta Magna é possível destacar quatro previsões cruciais em que é possível se verificar a presença do Princípio da Afetividade: no artigo 226, §4º da CF/88 que reconhece a existência de entidade familiar independentemente se formada por apenas um ascendente e seus descendentes; no artigo 227, §§ 5º e 6º da CF/88 a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos de qualquer filho biológico sendo certo que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem.

Sendo assim, é possível dizer que o Princípio da Afetividade possui duas nuances: uma voltada ao status de dever jurídico, como uma obrigação de cuidado e atenção dos pais para com os filhos; e outra representada por possibilitar o vínculo familiar, isto é, a possibilidade de se reconhecer vínculo familiar entre pessoas que não possuam vínculo primitivo reconhecido pelo sistema.

Apenas como forma de apresentar entendimento diverso, traz-se posicionamento contra o reconhecimento da afetividade como princípio jurídico, que entende pela impossibilidade de se tratar a afetividade como dever, já que para que haja afeto é crucial que exista espontaneidade, neste sentido ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR (2010, p. 564):

A principal característica do afeto é a espontaneidade de um sentimento que se apresenta naturalmente e, por isso, é autêntico. O afeto – uma vez imposto – não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhe são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o direito não possui meios, e menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares.

Dessa forma, os autores apontam pela impossibilidade de se impor a afetividade como dever jurídico, sendo, no entanto, posicionamento minoritário.

Por fim, enfatizando a importância do reconhecimento da afetividade como dever jurídico em nosso ordenamento pátrio, é possível destacar que a afetividade foi determinante no reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, como também da filiação socioafetiva, da multiparentalidade, e da responsabilização civil por abandono afetivo que passaremos a analisar nos tópicos seguintes.

4 ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL.

Conforme já comentado nos itens anteriores, quando analisamos os princípios da paternidade responsável e da afetividade, fica claro que o ordenamento jurídico defende que os pais são responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos em todas os setores: psíquico, emocional, educacional, etc., inclusive, reconhecendo o afeto como dever jurídico.

Aqui analisaremos justamente as consequências da falta de afetividade dos pais para com os filhos, em específico da afetividade paterna: o abandono afetivo paterno-filial.

Depreende-se por abandono afetivo paterno-filial a ausência do genitor para com a criança ou adolescente, que é omissa em cuidados em uma das fases mais relevantes para a contribuição do desenvolvimento psíquico e educacional dos filhos.

Essa omissão de afeto acaba por representar vários aspectos negativos para o desenvolvimento pessoal da criança ou adolescente, vários estudiosos, inclusive psicólogos e psiquiatras, estudam as consequências do abandono afetivo. Dentre as consequências mais comuns, é possível citar deficiências no comportamento mental e social para o resto da vida, apresentando-se como uma criança/adolescente isolado do convívio com outras pessoas, problemas escolares, depressão, baixa autoestima, tristeza recorrente, e vários outros problemas de saúde que na maioria das vezes se estenderá por toda a vida adulta, afinal, a infância é a base de formação do adulto.

Para demonstrar a importância do papel paterno na convivência com os filhos, podemos mencionar um artigo do ano de 2010, da Associação Americana de Psicologia, citado pelo site SEMPRE FAMILIA (2015), que apontou em seus estudos que a maioria das memórias de uma relação diária com a presença do pai na infância estará ligada de forma direta com a capacidade futura de lidar com as adversidades, pois o pai desempenha um reflexo importante associado à saúde mental dos filhos.

DIAS (2007, p.608), declara que com a imensa evolução das ciências, principalmente da psicologia, é sabido que a influência familiar se mostra essencial para o desenvolvimento sadio da pessoa em formação e ainda:

Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em *paternidade responsável*. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo é obrigação de visitá-lo.

As crianças nascem com uma predisposição para o aprendizado, os meios para adquirir personalidade, o desenvolvimento da fala, da percepção e do caráter vão se desenvolvendo na medida que crescem, e dessa forma vão colocando em seu pensar tudo que está a sua volta, é como se representassem uma folha em branco e a cada gesto, hora e dia vão preenchendo-a com a convivência familiar, aprendendo a perceber o que é certo, errado, o que é permitido, bem como o que não é.

O que se deveria tutelar com a teoria do abandono afetivo é o dever legal de convivência. Não se trata aqui da convivência diária, física, já que muitos pais se separam ou nem chegam a viver juntos, mas da efetiva participação na vida dos filhos, a fim de realmente exercer o dever legal do poder familiar (SILVA,P,2020)

É claro que a presença de ambos os genitores é importante para a educação, cultura e desenvolvimento emocional e comportamental dos filhos, para que dessa maneira as partículas de convivência sejam colocadas em prática de forma equilibrada. Mas a figura paterna e a materna, em sua individualidade, tem suas peculiaridades nesse desenvolvimento. Desse modo, como bem explicou o site A VOZ DA SERRA (2020) mencionando a psicóloga Betty Monteiro:

[...] o pai é o primeiro 'outro' na vida da criança, a primeira pessoa que introduz uma relação além da materna. "Imagine uma planta que se alimenta da seiva da árvore. Este é o símbolo simbiótico, o primeiro tipo de vínculo que a criança estabelece com a mãe. O pai vem para quebrar este vínculo", justifica a psicóloga.

Logo, é possível notar que existe sempre uma expectativa do filho para com o pai, é como se a criança tivesse na figura paterna a representação de proteção estendida, pois ambos os genitores atribuindo cuidados aos filhos proporcionam a eles a sua camada de importância, desenvolvendo os pontos necessários para uma convivência de afeto mútuo.

A figura paterna transfere aos filhos a possibilidade de poder contar com uma segunda voz, uma segunda fonte de aprendizagem, o pai representa na maioria das vezes a figura de primeiro amigo quando busca administrar momentos criativos com os filhos, estes simples exemplos demonstram o poder da relação afetiva, o poder de confiança e proteção .

Ainda neste sentido, dentre os grandes juristas estudiosos acerca do tema podemos destacar HIRONAKA (2009):

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (HIRONAKA, s. d. p. 07)

Amparar, instruir e guiar, esses são cuidados que devem ser dispensados dos pais aos filhos além do dever de alimentar (financeiro). O afeto está no auxílio em todo o decorrer de sua linha de desenvolvimento, no educar, no acompanhamento da vida escolar do filho, no observar de forma presente todas as dificuldades escolares e não apenas em pagamento de mensalidades escolares e despesas alimentares, enfim, é no convívio salutar e dedicação fraternal que o pais cumprem com o seu dever de afeto. Sendo assim, como bem destaca KRIEGER e KASPER (2015):

[...] dentre as obrigações parentais previstas constitucionalmente encontra-se a convivência familiar, decorrente do princípio da parentalidade responsável. E deve-se ir mais além: essa convivência familiar precisa ser regrada pelo afeto e cuidado. Surge deste entendimento o princípio da afetividade no Direito de Família: as relações familiares constituídas através de laços de afetividade representam a base da sociedade, pois é por meio do afeto que damos sentido à existência humana, que aprendemos a respeitar o outro e que desenvolvemos nosso caráter. A ausência destes elementos na criação dos filhos produz sequelas emocionais que podem comprometer o desenvolvimento da personalidade da criança e adolescente, assim como a capacidade deste indivíduo vir no futuro constituir uma base familiar regrada pelo afeto, inclusive em relação a seus próprios filhos.

Em resumo, portanto, uma vez que o Princípio da Afetividade corresponde a um dever familiar, paterno-filial, de forma que sem afeto haverá sérios prejuízos em relação à formação do indivíduo, seja psicológica ou social.

Esse afeto entre pais e filhos deve ser emanado da convivência familiar, pois não consegue ser uma consequência biológica, tampouco econômica.

Neste contexto, configurado o abandono afetivo paterno, ou seja, quando o genitor deixa de conviver com seus filhos, não lhes entregando carinho e afeto, certamente viola a integridade da criança e/ou do adolescente, causando sérias consequências em sua formação emocional e pessoal. A negligência, uma das causas do abandono afetivo “[...] é caracterizada pela desatenção, pela ausência, pelo descaso, pela omissão ou, simplesmente, pela falta de amor” (GOMIDE apud ROSSOT, 2009, p.12). Ainda neste sentido:

[...] Já o abandono afetivo pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente. (BASTOS e LUZ, 2008, p.70)

Dessa forma, discute-se a possibilidade de se requerer indenização em razão do abandono afetivo sofrido, o que será tratado no próximo tópico.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DO ABANDONO.

Toda ação ou omissão que traga prejuízos a um bem juridicamente tutelado gera para o ofensor o dever de reparar o dano, é essa a determinação do direito civil acerca da responsabilidade civil. Entretanto, no direito de família nem sempre é tão fácil desenvolver este raciocínio, especialmente no que diz respeito ao dano moral, vez que, é preciso analisar cada caso em concreto com cautela, em razão da elevada subjetividade e delicadeza do assunto que muitas vezes dificulta a determinação do que é lícito ou ilícito.

Alguns requisitos auxiliam na forma de reconhecer essa possibilidade de reparação civil: primeiramente a doutrina destaca a conduta humana, que pode ser comissiva ou omissiva; a culpa genérica ou *lato sensu*, que atribui tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito, que se reflete na imprudência, negligência ou imperícia; nexos causal entre a conduta e o dano causado; e por fim, a imputação de dano ou de prejuízo.

Os danos perpetrados pelo agente e suportados pelas vítimas podem assumir caráter patrimonial ou extrapatrimonial (moral), os danos materiais são mais fáceis de serem comprovados e ressarcidos, já o dano moral tem prova mais complexa e nem sempre será ressarcido por completo, é apenas uma forma de tentar compensar o sofrimento.

Conforme anteriormente demonstrado, é indiscutível os danos trazidos pelo abandono afetivo, a omissão dos pais para com seus filhos pode gerar consequências sérias para o desenvolvimento psíquico do menor, bem como danos na construção

de sua personalidade. Trata-se, portanto, de dano moral sofrido pelos filhos em razão da omissão paterna.

A responsabilidade civil em virtude do abandono afetivo advém, portanto, do objetivo de compensar a criança ou adolescente que recebe a negativa de afeto. Neste ponto:

[...] que os genitores além dos laços afetivos, mantêm vínculos jurídicos com os filhos relacionados à ordem moral e material, e o não cumprimento dos deveres pode caracterizar danos e, por consequência, a responsabilização civil. (NADER 2016)

Assim, para a caracterização da possibilidade de responsabilidade civil, é necessário que ocorra a omissiva do genitor, o descumprimento do dever de afeto, caracterizado pelo não convívio harmonioso, a omissiva de prestações de auxílio na alimentação, desenvolvimento social, cultural e de formação da criança.

[...] é dever de a família evitar negligências contra a criança e o adolescente. Deixar um filho em abandono é desrespeitar um ato disciplinado na Constituição Federal. Desse modo, pode-se dizer que o pai que não cumprir com seu dever está praticando ato ilícito. (CANEZIN, 2006)

Em síntese, uma das primeiras decisões acerca do referido tema ocorreu em 15 de setembro de 2003, proferida pelo Juiz Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível da Comarca de Capão Canoa –RS (Processo nº 141/1030012032-0), na mencionada ação o genitor foi condenado a pagar 200 salários mínimos de indenização por dano moral, em decorrência do abandono afetivo e moral de sua filha de apenas 9 (nove) anos de idade. O magistrado em sua decisão enalteceu o art. 22 da Lei nº 8.069/90 (ECA), e destacou os deveres decorrentes da paternidade.

Em suma, os julgados acerca do tema em questão, reforçam a possibilidade de se recorrer ao amparo de uma indenização por responsabilização civil em detrimento do abandono afetivo, neste sentido, transcreve-se julgado que trata de apelação civil, proferida em 2007, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0012003-042004.8.190208-2006.001.62576:

“Apelação Cível. Ação indenizatória. Dano moral causado pelo pai, por maus tratos e abandono afetivo à autora. Ação de improcedência. Improvimento do apelo. A Constituição Federal, de 05/10/88 (art. 227), e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90 (art. 4.),

adotaram, no ordenamento pátrio, a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que assegura, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos infanto-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los "a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não bastaria a Constituição e a lei prevê a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizasse, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além dos materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos expatrimoniais e, conseqüentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/16, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este Colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário.

Importante ressaltar, contudo, que para que se possa reconhecer a responsabilidade civil por abandono afetivo é imprescindível que haja o nexo causal entre a conduta paterna e os danos suportados pelo(s) filho(s), sendo tratada como uma responsabilidade objetiva, isto é, que não analisa a presença de culpa ou não.

Acontece que nem todos pensam da mesma forma, pois, embora muitos reconheçam a possibilidade de se responsabilizar civilmente em razão do abandono afetivo paterno, outros se posicionam em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade de se responsabilizar civilmente pela falta de afeto, alegando que

aconteceria a monetização do amor, além de alegarem que a ninguém se pode obrigar amar. Neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL.AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.PAI .ABANDONO AFETIVO.ATO ILÍCITO.DANO INJUSTO.INEXISTENTE.IMPROCEDENCIA DO PEDIDO.MEDIDA QUE SE IMPÕE.O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. (TJ-MG, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002; Relator: Exmo. Sr. Des. Luciano Pinto; Julgamento: 10/08/2006; Publicação: 07/09/2006)

Assim, a verdade é que apenas diante do caso concreto é que será possível verificar a existência ou não do dever de indenizar em razão de abandono afetivo, pois, como dito alhures, é necessário verificar o nexos de causalidade entre conduta e dano, bem como o grau das consequências perpetradas em desfavor do menor. Mas não restam dúvidas do dever de afeto juridicamente reconhecido, e nem da possibilidade de se responsabilizar em razão do abandono afetivo praticado pelo pai que se omite no dever de cuidado perante os filhos.

6 CONCLUSÃO

O conceito de família recebeu modificações no decorrer do tempo, a própria Constituição Federal de 1988 contribuiu de forma significativa para essas mudanças, trazendo reflexos nas relações sociais, principalmente no que diz respeito ao núcleo familiar, pois, até então, a família era subordinada ao poder patriarcal.

Atualmente, a família se apresenta de diversas formas, recebendo reconhecimento dentro de suas individualidades e necessidades, ou seja, são diversos os modelos de constituição familiar, não se limitando a família clássica composta pelos pais casados e sua prole, hoje o que determina a família é justamente a existência de afeto entre seus membros, de sua intenção de assim se manterem e de assim se apresentarem para a sociedade.

Além disso, o ordenamento jurídico voltou seus olhos para a criança e o adolescente, estabelecendo deveres (inclusive, mais uma vez, de cunho constitucional) de proteção e cuidado com o desenvolvimento em todos os setores da vida do menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002,

vieram para ensejar os valores já legitimados constitucionalmente, especialmente no que diz respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, do interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável, da convivência familiar, entre outros.

Dentre os vários princípios que norteiam a família destacamos o Princípio da Paternidade Responsável e da Afetividade, que são cruciais para a compreensão do dever de cuidado e amparo que os pais tem para com os seus filhos.

Destacando a importância do afeto, importante mencionar que este se traduz na dedicação, no amor, no carinho, no cuidado além das questões materiais e financeiras, imprescindíveis na formação do caráter e da personalidade da criança.

Dessa forma, o não cumprimento deste dever de afeto pelos pais, pode acarretar na responsabilização civil dos mesmos. A jurisprudência brasileira durante muitos anos não formava um entendimento claro e conciso acerca do tema abandono afetivo, por se tratar de problemas diversos e com grande complexidade a respeito da causa e nexos causalidade.

Atualmente, embora não haja unanimidade acerca do assunto, é possível notar número considerável de julgados que reconhecem a possibilidade de se responsabilizar civilmente o pai que se omite no dever de cuidar, desde que se comprove o nexo de causalidade entre a conduta e os danos causados.

Neste artigo enfatizamos os efeitos advindos do abandono paterno-filial, o mais comum e recorrente em nossa sociedade, mas sabemos e destacamos a importância de ambos os genitores participarem da criação dos filhos.

Responsabilizar os pais civilmente não é apenas ter a intenção de receber uma indenização, mas sim de reparar um dano causado por aquele que deveria cuidar naturalmente da sua prole. O afeto não é um sentimento que pode ser obrigado a ter por alguém, contudo no momento que a pessoa se torna pai ou mãe, o dever de cuidado é inerente e indispensável na formação psíquica e emocional daquela criança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_227_>. Acesso em: 04 de Nov. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. E-book.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 3. n, 18, p. 568-582, set. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. **IBDFAM**, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+ab>. Acesso em: 15 out.2020BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia em língua portuguesa**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA Regina Beatriz da. **Curso de direito civil: direito de família**. 43 .ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier . Abandono afetivo e suas consequências jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 40, p. 339-369, 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18545>. Acesso em 02 nov. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva. 2016. v. 5. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono>> Acesso em : 28.Nov.2020

Farias, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: famílias, volume 6 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 470

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias, 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 382, 608.

BASTOS, Eliene Ferreira. A Responsabilidade Civil pelo Vazio do Abandono. In. __: BASTOS, Eliane Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da.(Coord.) Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 70. V.II.

SILVA, Priscila Menezes da. A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso em: 27/11/2020.

GOMIDE, Paula Inez Cunha apud ROSSOT, Rafael Bucco. O Afeto nas Relações Familiares e a Faceta Substancial do Princípio da Convivência Familiar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, Ano XI, nº. 09, p. 05-24, Abr-Maio 2009, p. 12.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IDBFAM, v.8, n.36, jun/jul, 2006, ISSN 1519, 1869.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 32. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. V. 5.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier . Abandono afetivo e suas consequências jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 40, p. 339-369, 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18545>. Acesso em 27 Nov.. 2020.

Disponível em :<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>. Acesso em :28.Nov. 2020.

A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL E SEU VALOR PROBATÓRIO EM JUÍZO

PAULO HENRIQUE PEREIRA BRITO:
Acadêmico do Curso de Direito, Assistente
Administrativo na Secretaria de Segurança
Pública.

Prof. Me. ENIO WALCÁCER

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo possui como objetivo a verificação dos limites em que se podem utilizar os elementos informativos e provas colhidas no inquérito para as decisões judiciais. Sua problemática consiste em se verificar quais são os limites do valor probatório do inquérito policial. O estudo se justifica em virtude da repercussão e importância do tema. Isso porque na seara criminal, os primeiros passos se dão no Inquérito Policial. Com isso, os operadores de Direito e comunidade acadêmica devem dedicar parcela de seus estudos aos seus pressupostos. Contextualizando, O princípio do livre convencimento motivado, instituído pelo art.155 CPP, no Código Processual Penal, trouxe em sua redação a vedação de sentença que possua sua fundamentação embasada exclusivamente em provas colhidas na fase de investigação, excepcionando as provas repetíveis, não repetíveis, cautelares e antecipadas. Como hipótese, conjecturou-se inicialmente que o Inquérito Policial consiste em documento de significativa proeminência, ainda que parcela dominante dos doutrinadores o considere como peça de mera informação, olvidando que em diversas situações irá haver contenda com o direito de liberdade do indivíduo. Para alcançar o problema proposto, foi feito um estudo bibliográfico, analisando as doutrinas, literaturas, julgados e legislações referentes ao tema proposto. O estudo iniciou-se abordando a persecução e investigação criminal. Posteriormente, verificou se os aspectos jurídicos que circundam o inquérito policial e sua valoração em juízo. Em sede de conclusão, observou-se que não se pode negar a importância do Inquérito Policial para as investigações criminais e, conseqüentemente, a garantia efetiva de um Estado Democrático de Direito em esfera Penal, garantido aos envolvidos o acesso à justiça.

Palavras-Chave: Inquérito. Valor Probatório. Persecução criminal.

ABSTRACT: The present study aims to verify the limits within which the information elements and evidence collected in the investigation can be used for judicial decisions. Its problem consists in verifying what are the limits of the probative value of the police investigation. The study is justified due to the repercussion and

importance of the theme. This is because in the criminal field, the first steps are taken in the Police Inquiry. Thus, law and academic community operators must dedicate part of their studies to their assumptions. Contextualizing, The principle of motivated free convincing, instituted by art.155 CPP, in the Penal Procedural Code, brought in its wording the sentence prohibition that has its grounds based exclusively on evidence collected in the investigation phase, except for repeatable, non-repeatable evidence , precautionary and advance. As a hypothesis, it was initially conjectured that the Police Inquiry consists of a document of significant prominence, although a dominant part of the indoctrinators considers it as a piece of mere information, forgetting that in several situations there will be contention with the individual's right to freedom. In order to achieve the proposed problem, a bibliographic study was made, analyzing the doctrines, literature, judgments and legislation regarding the proposed theme. The study began by addressing prosecution and criminal investigation. Subsequently, it verified the legal aspects surrounding the police investigation and its valuation in court. In conclusion, it was noted that the importance of the Police Inquiry for criminal investigations cannot be denied and, consequently, the effective guarantee of a Democratic State of Law in the Criminal sphere, guaranteeing access to justice to those involved.

Keywords: Inquisitor. Evidencevalue. Criminal process.

1 INTRODUÇÃO

Conforme previsão da Constituição Federal, em seu artigo 144, que versa sobre a Segurança Pública e a polícia ostensiva ou administrativa, consta que o poder de polícia judiciária é incumbência de duas polícias: a Polícia Federal e a Polícia Civil. Sua ação investigativa resulta na elaboração do Inquérito Policial e outros procedimentos investigativos que não serão analisados no corpo deste artigo.

O inquérito policial se mostra como sendo procedimento essencial para o processamento criminal, sendo essencial que se analise os limites probatórios para consolidação dos direitos e garantias constitucionais. O Inquérito Policial consiste em documento de significativa proeminência, ainda que parcela dominante dos doutrinadores o considere como peça de mera informação, olvidando que em diversas situações irá haver contenda com o direito de liberdade do indivíduo. Diante tal situação, deve ser bem conduzido seguindo criteriosamente os termos da lei, para afiançar o exercício do direito do Estado em efetivar a justiça penal.

Incube, nesse sentido, a Polícia Judiciária, por meio da investigação de crimes, a apuração dos delitos. A investigação criminal é assim um instrumento no qual se

verá os fatos levados posteriormente ao juízo. Para tanto deverá ser efetivado por meio do Inquérito Policial.

Com a adoção de um sistema misto de valoração de prova passou-se a prezar por princípios constitucionais como princípio do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal visando com isso se resguardar o direito do acusado de um processo idôneo e justo.

O estudo se justifica em virtude da repercussão e importância do tema. Isso porque na seara criminal, os primeiros passos se dão no Inquérito Policial. Com isso, os operadores de Direito e comunidade acadêmica devem dedicar parcela de seus estudos aos seus pressupostos. Ante o exposto, a Constituição Federal comina às polícias Federal e Cível, a investigação de crimes. Com isso, ambas as polícias desempenham a função de polícia judiciária, visto que auxiliam o judiciário em suas atribuições, em especial à do *jus puniendi*.

Ressalta que Inquérito Policial consiste em um conjunto de ações praticadas pela atribuição executiva do Estado com o objetivo de apurar a autoria e materialidade e as circunstâncias do crime. O inquérito policial, desde que elaborado no âmbito limítrofe da moralidade, e observando, ainda, aos prazos explanados pela lei processual penal, proporciona ao Estado-Juiz elementos para a avaliação.

Conforme se verifica, a investigação criminal serve para dar suporte à ação penal, com o fulcro de proporcionar ao Ministério Público nas ações de iniciativa pública e ao querelante nas ações penais privadas a oportunidade de pleitear em juízo a punição dos autores de ilícitos, satisfazendo assim a justiça e à punibilidade. Ante o exposto, o estudo possui o seguinte problema: Quais os limites para a utilização dos elementos informativos e provas produzidos no inquérito policial?. Como hipótese, pode-se conjecturar que no sistema processual brasileiro, ainda que seja vedada a utilização exclusiva de alguns elementos produzidos no inquérito, basicamente todo conjunto probatório do processo é construído naquele procedimento.

2 O SISTEMA PROBATÓRIO E AS PROVAS ILÍCITAS

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Prova é qualquer elemento que se destine a convencer o magistrado a respeito do que se busca demonstrar no processo. É o modo pelo qual, no curso do processo, é possível demonstrar que um fato ocorreu de verdade ou não, se uma afirmação é falsa ou verdadeira, com o escopo de se tornar possível ao juiz formar

seu juízo, sua convicção sobre o caso, para que seja capaz de emitir uma decisão ao final.

Conforme preleciona Filho (2018, p. 196) “A palavra prova é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”. Tourinho Filho (2015, p. 213) discorre brilhantemente que:

Provar é, inicialmente, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-las. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

“Toda afirmação feita pelas partes em juízo ‘consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado’, de que o juiz não tem conhecimento direto. Necessário, portanto, é que se dê ao magistrado ‘a possibilidade de formar uma opinião’ sobre esses fatos; e nisso, precisamente, consiste o objetivo das provas”, conforme preleciona Libman (1952) *apud* Marques (2016, p. 330).

Tendo em vista que o magistrado não acompanha todos os fatos que acontecem na vida das pessoas, não sendo possível ele estar em todos os lugares, torna-se necessário que as partes tragam ao processo elementos capazes de demonstrar como ocorreu o fato em questão para que dessa forma o juiz passe a ter uma melhor visão de como o fato aconteceu.

2.1.1 Sujeito e objeto

Quanto ao sujeito ou causa, a prova pode ser: a) real (provas consistentes em uma coisa externa, distante da pessoa como, por exemplo: o local do crime); b) pessoal (originadas por intermédio da pessoa humana como, por exemplo, os depoimentos).

No que diz respeito ao sujeito, importante trazer a baila da presente pesquisa o posicionamento de Capez (2017, p. 54), o qual será adotado no trabalho em tela:

[...] a prova pode ser pessoal ou real a primeira é aquela que encontra sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe: o interrogatório, os

depoimentos, as conclusões periciais. A segunda consiste em análise de uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação: por exemplo, o lugar, o cadáver, a arma etc.

A prova tem como objeto o fato, a coisa, a circunstância ou acontecimento que precisa ser evidenciado no processo.

As provas podem ser classificadas em indiretas ou diretas. As provas indiretas destinam-se em demonstrar os fatos acessórios, que acontece quando o fato principal é provado por um segundo fato, um fato subsidiário. Como exemplos de provas indiretas, podem ser citados os indícios e as presunções. Já as provas diretas destinam-se a demonstrar o fato principal da demanda propriamente, caracterizam-se por comprovarem o fato principal por si só.

Não é necessário submeter todos os fatos à atividade probatória, somente aqueles que tenham real pertinência no processo é que precisam do engajamento das partes para que sejam demonstrados. Ademais, conjuntamente com a pertinência, apenas os fatos relevantes devem ser comprovados, os quais possivelmente sejam capazes de influenciar na solução do processo.

De acordo com o que prescreve Marques (2016, p. 250), "Objeto *in concreto* da prova são os fatos relevantes para a decisão do litígio. Donde excluir-se, do procedimento instrutório, toda prova impertinente ou irrelevante".

Nesse sentido preleciona Mirabete (2015, p. 250) que os fatos que não apresentem alguma relação com o objeto da discussão do processo devem ser excluídos, visto que estes fatos não influenciam em nada na solução do caso, dessa forma o objeto da prova diz respeito somente aos fatos relevantes para a decisão que irá dar fim ao litígio.

Diferentemente do processo civil, no processo penal o fato incontroverso não é excluído do objeto da prova. Entende-se por fato incontroverso, o fato que é admitido por ambas as partes, ou seja, não reside celeuma quanto a este fato.

Isto porque não existe a obrigação de o magistrado penal admitir o fato em que autor e réu concordaram em depoimento, foram contestes, visto que lhe é permitido questionar sobre todos os fatos que lhe pareçam ser suspeito e duvidoso, conforme Manzini *apud* Marques (2016).

No que diz respeito aos fatos intuitivos, denominados como axiomáticos, não necessitam de comprovação, pois estes por si só já são evidentes, por exemplo, uma pessoa afirma que não praticou determinado crime pelo simples fato de que não

estava no local do crime e prova que realmente estava em outro local no momento do crime, neste caso ela não precisa provar que não estava no lugar do delito, visto que, como ela comprovou que estava em outro lugar, intuitivamente conclui-se que ela não estava no lugar do crime.

Os fatos presumidos também não necessitam de comprovação. Entende-se por presumir o ato de transformar em verdadeiro determinado fato, independente de existir ou não prova sobre ele. Existem duas formas de presunção, a relativa e a absoluta. A presunção relativa é aquela em que é admitido o uso de prova em contrário. No que tange, a presunção absoluta, nela não se admite prova em contrário, pois ela presume ser o fato verdadeiro absolutamente, sem qualquer ressalva.

Também sobre o objeto da prova Mossin (2017, p. 207), preleciona:

Ainda, quanto ao objeto, a prova pode ser plena ou semiplena. A prova plena é aquela que é persuasiva, completa a respeito dos fatos. É aquela de que se gerou a certeza relativamente ao fato e foi produzida segundo as regras legais, culminando em esclarecer, irrefutavelmente, a controvérsia sobre o fato afirmado.

Já quanto a prova semiplena, entende-se como sendo esta a que gera uma simples probabilidade, não demonstra certeza incontestável sobre determinado fato, não gera uma convicção plena.

2.1.2 Forma e meios de prova

Entende-se por meios de prova, todos os métodos que o magistrado se utiliza para tomar conhecimento sobre os fatos, são todos os atos usados para evidenciar a verdade. Pode se dizer, a princípio, que os meios de prova podem compreender tudo e quaisquer coisas que possam servir à elucidação da verdade que se busca.

Quanto à forma, também dispõe Capez (2017), que a prova pode ser testemunhal, material ou documental. Prova testemunhal é aquela oriunda das declarações informadas por determinado sujeito, alheio ao processo, a respeito de fatos que tenha relação com o objeto da demanda, e que o depoente tenha conhecimento. Prova material, são entendidas como sendo aquelas produzidas por meio físico, biológico ou químico, como o exame de corpo de delito, vistorias entre outras. E finalmente a prova documental são, simplesmente, as provas coligidas através de documentos.

Nesse sentido, os chamados meios legais de prova, exemplificados no código processual criminal (a partir do art.158), são: o exame de corpo de delito e outras perícias; o interrogatório do acusado; a confissão; as perguntas à vítima; as testemunhas; o reconhecimento de pessoas e coisa; a acareação; os documentos; o indícios; a busca e apreensão

Visto que vigora no processo o princípio da verdade real, não há restrições aos meios de prova, sendo assim, é permitido tanto ao autor quanto ao réu utilizarem dos meios de prova com total liberdade, pois se existisse restrição, prejudicado estaria o alcance da verdade real.

Mirabete (2015, p. 252), preleciona sobre o tema da seguinte forma:

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam o mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real, e, portanto, a justa aplicação da lei.

Dessa forma, já houve decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (Supremo Tribunal Federal, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário de Justiça 04/09/1992).

No entanto, existem no Código de Processo Penal, certas restrições a esta liberdade dos meios de prova, dessa forma, o princípio da liberdade dos meios de prova não é absoluto.

Observa-se que o art. 155, em seu parágrafo único do Código de Processo Penal, prevê que no processo penal devem ser observadas as mesmas formalidades e exigências do processo civil para a prova que trata do estado das pessoas. Podem-se citar as seguintes situações, o parentesco, a morte, o casamento, as quais são comprovadas apenas por meio das certidões referentes a cada caso.

Pode se citar como restrição à liberdade dos meios de prova também o art. 158 do Código de Processo Penal, o qual determina o exame de corpo de delito nos

delitos que restam vestígios, não permitindo que seja preenchido nem mesmo se o acusado confessar que praticou a infração.

Cite-se ainda, como restrição a liberdade dos meios de prova, a não admissão de provas produzidas através de meios ilícitos, conforme dispõe o inciso LVI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, embora essa norma, não seja absoluta, a qual, inclusive é o objeto principal de análise do presente trabalho.

2.2 ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é dividido em duas espécies. A primeira é o ônus material ou objetivo, o qual determina como o juiz deve julgar a ação caso se descubra provas dos fatos, ou seja, qual parte, autor ou réu, irá aguentar os prejuízos oriundos de um exercício probatório que não obteve êxito.

Moreira (2012, p. 74-75) dispõe que ônus formal é norma de conduta para as partes, ao passo que ônus material é norma de julgamento a ser utilizada pelo juiz nos casos em que as provas sejam insuficientes.

De acordo com Capez (2017, p. 242) "A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável".

Importante distinguir obrigação de ônus. Obrigação concerne a um dever, está associada à obrigatoriedade, ao passo que o cumprimento do ônus é facultativo, porém, caso a parte não atue, ou seja, não cumpra o ônus que lhe cabe, ela não obterá a vantagem que teria se tivesse o cumprido.

Capez (2017, p. 243), ainda preleciona que:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

A diferença existe ainda, no que tange ao ônus da prova e a obrigatoriedade da defesa, visto que ser defendido ou defender-se por si só é uma obrigação dentro do processo, ao passo que a produção de provas que é um ônus, é um ato facultativo.

O art. 156 do Código de Processo Penal prevê:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

[...]

II: determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Conforme a regra, a parte que alega um fato fica encarregada de prová-lo, porém na parte final do artigo supra existe a exceção de o magistrado poder determinar no curso do processo que sejam realizadas diligências para suprimir dúvidas sobre fatos relevantes, contudo essa faculdade é relativa.

A doutrina, bem como a jurisprudência, ao interpretarem o mencionado art. 156 do Código de Processo Penal, adotaram o ensinamento de Carnelluti(2014, p. 22), o qual preleciona “Cabe provar quem tem interesse em afirmar; portanto, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos, ou as condições impeditivas ou modificativas”

Sobre o tema discorre Barros (2013, p. 09):

Os fatos constitutivos são aqueles que dizem respeito à tipicidade e à autoria. Fatos extintivos são aqueles que têm eficácia de fazer cessar a relação jurídica, (por exemplo: prescrição, decadência etc.). Fatos impeditivos todos os que excluem o elemento vontade livre e consciente (erro de fato, coação irresistível, as causas de exclusão da culpabilidade etc.) Fatos modificativos são todos aqueles que dão um novo aspecto ao fato (ex. a exclusão de antijuridicidade)

Em regra, o direito não necessita ser provado, basta que seja alegado, daí extrai-se a frase “dê-me o fato que eu te darei o direito”. Porém essa regra comporta uma exceção, a qual ocorre quando a parte alega direito estadual, municipal, neste caso ela deve comprovar a existência de tal direito, neste sentido preleciona Tornaghi *apud* Mossin (2017, p. 218):

Não havendo, na lei em vigor, preceito legal que obrigue o alegante a provar o Direito estadual ou municipal, parece-me que ele está dispensado de fazê-lo. Trata-se na verdade, de Direito pátrio que o juiz, se não conhece, deve diligenciar para conhecer.

Dessa forma, caso a parte alegue um direito estadual, municipal, consuetudinário e o magistrado não o conheça, deve impor que a parte prove a existência desse direito.

3 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL E SUA IMPORTÂNCIA EM JUÍZO

3.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL

A investigação promovida pelo Estado teve início em Roma, sendo que para tal, não havia qualquer obstáculo, visto que não havia limitação do poder de julgamento, bastando tão somente a notícia do crime para que o julgador estabelecesse as diligências a serem realizadas com vista ao esclarecimento do fato com a indicação do autor. Na Grécia Antiga, entre os atenienses, havia prática investigatória para investigar a probidade individual e familiar daqueles que eram escolhidos como magistrados (BARROS, 2013).

Mossin (2017, p. 150) leciona que praticado o fato criminoso, o direito de punir estatal se transfere do plano abstrato ou hipotético para o concreto e efetivo, a partir daí, nasce para o Estado o dever de impor a sanção legal ao transgressor da norma proibitiva, conforme Olmedo apud Mossin,

Esse dano público ou político se mostra como uma alteração da ordem estabelecida, cuja manifestação subjetiva consiste em que os cidadãos consideram diminuída a garantia da própria segurança. Ela conduz à necessidade da repressão em virtude de ter-se concretado, ao menos como conceituação fático-jurídica, um dos abstratos esquemas da lei penal (MOSSIN, 2017, p. 150).

Entretanto, praticado o ilícito penal, não está seu transgressor sujeito a automática e imediata sanção penal, porquanto o Estado autolimitou seu direito de punir, em virtude do direito de liberdade do sujeito ativo da infração penal. Assim, somente por meio do processo é que o Estado pode aplicar qualquer sanção ao infrator, mas dando ao mesmo condições para defender sua liberdade física, para tanto exercendo seu direito de contestar a pretensão punitiva. Sendo que para que

o processo se concretize necessário se faz uma intensa movimentação de órgãos estatais ou do particular, visando noticiar ao Estado-juiz a prática de um fato típico e quem foi seu autor. Tal movimentação se chama persecução penal. (MOSSIN, 2017)

Mossin (2017) ensina que a persecução criminal se divide em dois momentos: investigação ou fase pré-processual da persecução penale ação penal. Na primeira fase o Estado, por meio da polícia judiciária, órgão administrativo, através da investigação procura catalisar elementos comprobatórios do fato típico e de quem o praticou. Exaurida a fase pré-processual, a qual tem caráter informativo e preparatório da ação penal, tal informação é levada a outro órgão administrativo do Estado, chamado Ministério Público, em que, havendo elementos para formação da opinião a respeito do delito, poderá provocar a atividade jurisdicional, por intermédio da ação penal.

Neste sentido, o autor leciona que a partir do oferecimento da peça postulatória e sendo recebida por meio de decisão interlocutória, instaura-se o processo penal, iniciando-se a segunda fase da persecução penal, ou seja, a persecução penal em juízo. A persecução penal termina normalmente com a prestação jurisdicional, que acolhe a pretensão punitiva ou a rejeita (CAPEZ, 2017).

Neste contexto, para Garcia (2012, p. 4) o objeto da persecução penal é a apuração do fato delituoso. No primeiro momento, da investigação, buscam-se elementos de materialidade e autoria. Na segunda fase o Ministério Público de posse dos resultados da investigação, forma sua opinião própria, levando ao juízo o caso penal, e as provas e elementos informativos que foram colhidos no inquérito.

Em harmonia com o ensinamento acima, Mossin (2017) informa que a finalidade da persecução penal nesta sua primeira fase é apurar o crime e sua autoria, com o fim subsidiar a acusação para ulterior interposição da ação penal (segundo momento da persecução criminal), a qual se constitui no instrumento que se destina a provocar a atividade judicante do Estado-juiz. A persecução penal, sob um ângulo mais abrangente, relacionado com a prática delitiva e a necessidade do Estado de impor uma sanção ao infrator da norma.

Muito embora a fase da investigação policial se caracteriza por ser um procedimento inquisitório, em que, em tese, não abriga os princípios do contraditório e da ampla defesa, por não haver acusação, mas sim investigação.

Nesta seara, Rangel (2018, p. 118) leciona que por decorrência de uma interpretação dos nossos princípios constitucionais, são inválidas as provas obtidas por meios ilícitos, tendo por base a doutrina constitucional americana sintetizada na expressão - fruto da árvore envenenada. Como ocorre no Brasil, no Estados Unidos também ocorrem investigação protegidas pelo sigilo, devendo haver justacausa para

adoção de tal medida, sendo sempre decretado por uma autoridade judiciária, conforme princípios da razoabilidade, excepcionalidade e notório interesse público dentro do devido processo legal.

Corroborando com esse entendimento, Mossin (2017, p. 156) ensina que na colheita de provas realizada pela polícia, com vistas ao esclarecimento dos fatos e de suas circunstâncias, deve ser feita dentro do respeito aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal. Segue informando que há limitação ao princípio da liberdade da prova, e que tal limitação alcança, sem dúvida, a atividade policial no curso das investigações.

Ademais, considerando as limitações impostas pela Constituição Federal, nesta mesma esteira, Lopes Júnior (2018, p. 118) afirma que a polícia age em nome do Estado de forma imparcial, podendo produzir provas não só que favoreçam a acusação, mas também a defesa, já que sabiamente no processo penal busca-se a verdade real. O exame das provas deve ser sempre analisado sem paixões, tendências, à luz do ordenamento jurídico, distante do prisma “policialesco”. A imparcialidade deve prevalecer como garantia à cidadania, pois o agente investigador não deve vincular nem à acusação nem à defesa, mas em somente em elucidar os fatos em sua integralidade. Entretanto, numa visão mais sociológica e imparcial, o autor citado ensina que a persecução é precedida de uma fase preliminar ou preparatória, que no Brasil adquiriu uma “forma jurídica” para se chegar às instâncias judiciárias, sendo, portanto, uma forma de “instrução criminal”.

A instauração de inquérito policial, conforme artigo 5º, II, CPP, pode ser requisitada por promotores, sendo que requisição por juiz não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por violar o princípio da inércia da jurisdição. Ademais, o artigo 13, II, CPP preceitua que os membros do Ministério Público podem requisitar, ou seja, apontar para uma necessidade investigatória. Quanto aos juízes, estes não podem requisitar visto que violaria o princípio acusatório. Não obstante, o juiz determina que se cumpra a cota, que é um pedido de diligência do Ministério Público, o qual deve ser cumprido se estiver dentro das atribuições da polícia e for diligência certa e definida

As provas produzidas no decorrer das investigações são de interesse somente das partes. A esse respeito, necessário ressaltar a diferença entre as provas e os elementos informativos de inquérito. Estes são os obtidos durante a investigação do fato delituoso, na etapa pré-processual.

Levanta-se uma questão importante, se aos juízes não é dado exercer o papel que cabe às partes nos sistemas acusatórios, não poderiam determinar que as

investigações fossem feitas. Todavia, em caso de necessidade de mais prazo para continuidade das investigações é ao juiz que é solicitado prorrogação do prazo de permanência do inquérito em sede policial para realização de novas diligências.

A investigação é fase preliminar e administrativa, não faz parte do processo. O inquérito deve servir prioritariamente para convencer o juiz no desencadeamento da Ação Penal, mas há várias provas que poderão ser usadas para o convencimento na sentença, ainda que sozinhas (cautelares, não repetíveis, antecipadas). Na investigação por ser um procedimento inquisitorial. Com isso, a doutrina mais moderna ressalta que há uma mitigação do contraditório e a possibilidade de defesa, não obrigatoriedade.(GARCIA, 2016, p. 6).

Desta forma, por muito tempo foi por meio da força que se resolvia as lides. O Estado, como conhecemos hoje não existia, como também não existia ordenamento jurídico, via-se um estado de anomia, que se caracteriza justamente pela ausência de normas e pela desorganização social (MOSSIN, 2017).

Em momento posterior implementou-se um certo progresso, quando a resolução dos conflitos foi atribuída a uma terceira pessoa, na qual as partes confiassem. Todavia, devia ser estranha ao conflito, a quem cabia o restabelecimento da paz social. Tais medidas representaram a queda da lei do mais forte, sem, no entanto, deixar de ser empregado em certos casos, como ainda pode ser visto em tempos atuais. O Estado a partir deste momento chama para si a responsabilidade do direito de punir. Deste modo Lopes Júnior (2017, p. 39) ensina que a ordem social a partir de então passou a ser baseada na coação estatal em face dos relacionamentos sociais entre os indivíduos da comunidade. Desta forma os juízes criminais dispunham quase que ilimitadamente do poder de punir.

Para o autor, houve avanços no processo evolutivo, passando, então a haver uma certa ponderação entre a defesa social, contra a prática de ilícitos, e os direitos à liberdade do indivíduo. Deste modo surge para o Estado a necessidade de se obter a verdade processual penal mais próxima do real, com o menor prejuízo possível aos direitos de personalidade, tendo em vista que um dos pilares do ordenamento jurídico são os direitos fundamentais.

3.2 A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL E SUA VALORAÇÃO EM JUIZO

O inquérito policial é importante procedimento informativo, e os vícios nele existentes, não afetam à ação penal. O julgador, na busca de formar a sua convicção, é livre para apreciar as provas dos autos. Esta determinação encontra-se no Art. 155 do Código de Processo Penal, da seguinte forma: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova...". O ordenamento processual pátrio afasta todas as teorias

ou formas de apreciação da prova ou de formação do convencimento, que possam inibir o magistrado, ao contrário, confere ao julgador liberdade para edificar a sua convicção.

O princípio da verdade real, norteador do Processo Penal, conferiu ao magistrado ampla liberdade para produzir provas na instrução processual. Na segunda fase do procedimento do júri, após o libelo e contrariedade ao libelo, o presidente do Tribunal do Júri poderá ordenar de ofício ou a requerimento das partes, diligências necessárias para o esclarecimento de fatos que interessem à decisão da causa. Esta determinação situa-se no caput do Art. 425 do Código de Processo Penal da seguinte forma:

Art. 425. O presidente do Tribunal do Júri, depois de ordenar, de ofício, ou a requerimento das partes, as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa, marcará dia para julgamento, determinando sejam intimadas as partes e as testemunhas.

Da mesma forma, antes da votação dos quesitos pelos jurados, o magistrado também poderá requisitar perícias. Esta determinação está positivada no Art. 477 do Código de Processo Penal, cujo texto é:

Art. 477. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida essencial para a decisão da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz dissolverá o conselho, formulando com as partes, desde logo, os quesitos para as diligências necessárias.

Cabe ao magistrado, na busca da verdade real, utilizar da prerrogativa conferida pelos dispositivos retro citados para requerer as diligências necessárias, a fim de dirimir dúvidas. Acerca da autoria delitiva, excluindo as probabilidades e transformando-as em certeza, consubstanciando desta forma a convicção dos jurados, conseqüentemente propiciando julgamentos justos (RANGEL, 2018).

Entretanto, apesar de possuir a prerrogativa de apreciar livremente as provas, o julgador deverá explicar os motivos que o levaram a escolher determinada prova e os critérios de valoração que utilizou.

A motivação exigida no juízo condenatório, como em qualquer outro, é requisito indispensável para que a sentença possa ter validade. A nossa Carta Magna determina que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser

fundamentadas, sob pena de nulidade. Esta previsão constitucional situa-se no Art. 93, inciso IX da Constituição Federal em vigor (CAPEZ, 2017).

A motivação do julgador exposta na sentença, apresenta-se como uma garantia tanto para as partes como para o Estado, a fim de que se evitem excessos, falhas, conseqüentemente injustiças. Isto posto, extrai-se o sistema de apreciação das provas adotado pela Legislação Processual Penal pátria, qual seja, o sistema da livre convicção ou persuasão racional. De acordo com o aludido sistema de apreciação, apesar de ser livre na escolha e valoração das provas dos autos, o juiz não está dispensado de motivar sua sentença. Assim sendo, o juiz é livre para decidir de acordo com a sua consciência, contudo deverá explicitar motivadamente as razões de sua convicção, impedindo o absolutismo pleno do julgador (CAPEZ, 2017).

A partir do sistema em estudo, extrai-se, também, que para formar um juízo condenatório, é necessário que o julgador analise o conjunto fático-probatório inserido nos autos, não podendo fundamentar a sua decisão a partir de elementos estranhos ao processo, estando subordinado às provas deste. Isto permite que as partes avaliem se a convicção do magistrado foi realmente extraída do conjunto probatório contido nos autos (FILHO, 2018).

Esse sistema de apreciação conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, tendo em vista que ao formar sua convicção a partir do conjunto probatório dos autos, o juiz deverá atingir um resultado lógico análogo ao da maior parte das pessoas que desinteressadamente examinem o conteúdo probatório. De acordo com o sistema de apreciação em estudo, o julgador tem liberdade para edificar a sua convicção apreciando livremente a prova, devendo fazê-la através de um trabalho de caráter científico, que sustente a atividade intelectual do seu convencimento (MUCCIO, 2017).

Desta forma, o magistrado poderá motivar a sua decisão através de regras científicas, quais sejam jurídicas, lógicas e experimentais. Destarte, este sistema também é conhecido como sistema de convicção condicionada ou da persuasão racional, pois o juiz tem liberdade para apreciar as provas de acordo com a sua convicção, porém está condicionado às colhidas no processo, às legalmente admitidas e aquelas sujeitas a um juízo de credibilidade (ARANHA, 2014).

Na busca de formar sua convicção, o juiz age livremente na apreciação das provas, podendo inclusive rejeitar, no todo ou em parte, um laudo pericial, conforme o Art. 182 do Código de Processo Penal, cujo texto é: "O juiz não ficará adstrito ao laudo".

O legislador, à época da edição do vigente Código de Processo Penal, anteviu a robustez da prova científica diante dos outros meios de prova, inserindo dispositivos que assegurassem ao magistrado a livre valoração do Inquérito Policial. O dispositivo supracitado nos mostra que o julgador não deve apreciar o laudo como uma verdade absoluta, não sendo usados exclusivamente em detrimento de outros meios de prova, pois se assim o fizesse o perito seria uma espécie de juiz (NUCCI, 2016).

Contudo, esta avaliação do magistrado em rejeitar a prova corporificada no Inquérito Policial, deve ser ajustada às regras científicas de persuasão racional. Já se frisou anteriormente que a prova pericial é produzida a partir de fundamentação científica, porém, nem todo laudo pericial é infalível, podendo ser carente de motivação ou com motivação insuficiente.

Diante das alegações aduzidas acima, ao relacionarmos a prova pericial com a motivação exigida no juízo condenatório, aferimos a dificuldade que tem o magistrado em desconsiderar a prova pericial, corporificada em um documento preparado com bases científicas, a partir do trabalho de profissionais especializados que coletaram evidências nos locais de crime a fim de resolver tecnicamente as dúvidas em relação ao delito. De fato, a prova pericial prevalece tecnicamente sobre as demais provas admitidas no processo penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, pelo que se pode observar, muito embora não haja consenso acerca de aprimoramentos pontuais no instituto do inquérito policial, com um ponto todos concordam, a investigação precisa ser melhorada, ser mais célere, deve-se eliminar o caráter burocrático e cartorial, para que as provas não se percam com o tempo. Apesar da necessidade de aprimoramento, não se pode negar a importância do Inquérito Policial para as investigações criminais e, conseqüentemente, a garantia efetiva de um Estado Democrático de Direito em esfera Penal, garantido aos envolvidos o acesso à justiça.

O inquérito policial é um meio legal destinado a investigar e descobrir a existência de um fato e sua autoria, que pode ou não constituir uma infração penal, e eventualmente servir de base para uma ação penal.

O Estado, ao chamar para si o direito de punir quem pratica determinada infração penal, deve fazê-lo com a mais absoluta transparência, baseado em um conjunto probatório de qualidade irrefutável, o que depende muito de uma investigação criminal de boa qualidade e célere, haja vista que muitos crimes chegam

a prescrever sem a conclusão da investigação, impossibilitando inclusive, o exercício do direito de punir.

Mas para que possa ingressar com a ação penal, ele deve dispor de elementos de prova que indiquem de forma inequívoca a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, que normalmente serão obtidas com as diligências investigatórias materializadas no inquérito policial.

A investigação criminal desenvolvida sob o modelo do inquérito policial, que é uma peça informativa destinada à apuração de uma infração penal e de sua autoria, é de grande relevância a todo o processo criminal, pois se bem realizada subsidia o Ministério Público na apresentação de denúncia e em eventual condenação pelo Judiciário.

À polícia é dada uma atribuição altamente relevante dentro de sistema jurídico criminal, ou seja, é responsável pela apuração de crimes, devendo revelar materialidade e autoria. Partindo-se deste pressuposto, quando a polícia realiza um bom trabalho, atingindo a finalidade da investigação, com produção de provas robustas, subsidia o Ministério Público na apresentação de uma denúncia também bem fundamentada, resultando por consequência em maior possibilidade de condenação do autor do fato delituoso, o que é de grande interesse à sociedade como um todo.

O inquérito policial, como já citado anteriormente, é procedimento preliminar na apuração de crimes, é, diante de escalada criminal e da audácia dos marginais, um instrumento de defesa social superado, porque lento e, apenas com valor informativo, não dá pronta resposta à agressão criminal; serve mais para ensejar contradição em benefício do acusado, tendo em vista a repetição dos atos da polícia na Justiça.

A motivação dos crimes são as mais variadas, mas, certamente a impunidade é fator acelerador do trajetória criminal ascendente, coadjuvada pela lei natural da imitação, reportada por Gabriel Tarde, pensador e jurista francês.

Ao Ministério Público, que é o titular da ação penal, cabe propor e exercer a persecução penal sendo que foi dividida em duas fases: investigação e ação penal. A investigação é realizada pela Polícia Judiciária.

Segundo a exposição de motivos do CPP, a investigação criminal é uma garantia contra juízos formados apressadamente, quando ainda existe a trepidação moral causada pelo crime, ou antes, que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos nas suas circunstâncias. Por mais perspicaz e circunspeta, quem dirige a

investigação quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeito a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Aranha. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Antônio Milton. **Da prova no processo penal**. São Paulo: JO, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAIOSO, Ígor Magalhães. **Provas proibidas no processo penal: garantias constitucionais e reformas processuais**. 2009. 85 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Millenium, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Marco Antônio. Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1307, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC n. 69.204-4/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário de Justiça 04/09/1992

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

LARICE BRUCE PEREIRA:

Graduanda do Curso de
Direito do Centro Universitário
CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: É de conhecimento da maior parte da população que a construção das cidades brasileiras ocorre através de assentamentos informais e precários, como as favelas, invasões, loteamentos clandestinos etc. Como um meio de tentar amenizar isso, surgiu no campo jurídico o termo, regularização fundiária, que em seu sentido mais literal, consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, e também servem como meios de garantir o Direito à moradia, que não é somente fundamental, mas também é um direito natural do indivíduo, sendo principalmente indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, bem como ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, pois devidos essas ocupações que muitas vezes ocorrem em áreas de Preservação Permanente, fizeram com que surgisse os impactos ambientais negativos, como por exemplo; poluição das águas, dos solos e do ar; esgotamento dos recursos naturais, que estão a levar o planeta a um avançado e preocupante estado de degradação, fazendo com que desse modo o direito à moradia e ao meio ambiente preservados se tornassem opostos, porém o uso controlado do meio ambiente, é possível que se obtenha desenvolvimento humano e econômico e um dos fatores principais para impedir o acesso à moradia digna é justamente o fator econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Regularização Fundiária. Ocupação. Moradia. Meio Ambiente.

LAND REGULARIZATION IN A PERMANENT PRESERVATION AREA

ABSTRACT: It is known to the majority of the population that the construction of Brazilian cities occurs through informal and precarious settlements, such as favelas, invasions, clandestine subdivisions, etc. As a means of trying to alleviate this, the term, land tenure regularization, which in its most literal sense, consists of the set of legal, urban, environmental and social measures that aim to regularize irregular settlements and the titling of their occupants, appeared in the legal field. , and also serve as a means of guaranteeing the right to housing, which is not only fundamental, but also a natural right of the individual, being mainly indispensable for the protection of life, health, freedom, as well as the Ecologically Balanced Environment, because of these occupations that often occur in areas of Permanent Preservation, they caused negative environmental impacts, such as for example; pollution of water, soil and air; depletion of natural resources, which are taking the planet to an

advanced and worrying state of degradation, thereby making the right to housing and the preserved environment become opposites, but the controlled use of the environment, it is possible that obtain human and economic development and one of the main factors to prevent access to decent housing is precisely the economic factor.

KEYWORDS: Land Regularization. Occupation. Home. Environment.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve Histórico Sobre Ocupações; 2.1 Ocupações Irregulares na Amazônia; 3 Conceito de Área De Preservação Permanente e Exemplos de Ocupações Nessas Áreas; 3.1 Lagoa dos Índios/Macapá; 3.2 Parque Estadual De Utinga/Pará; 4 Fatores Que Influenciam no Crescimento Desordenado em Assentamentos Clandestinos; 5 Instrumentos Legais de Prevenção do Meio Ambiente; 6 Regularização Fundiária; 7 Direito Fundamental ao Meio Ambiente; 8 Direito a Moradia; 9 Exigências Legais para Viabilizar a Regularização em Áreas Frágeis Ambientalmente – Moradia e Meio Ambiente; 10 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

É de grande importância ter uma reflexão sobre a necessidade de integrar a política ambiental em conjunto com a política de regularização fundiária, como uma forma de reconhecer que os dois problemas estão conectados na matriz do modo de produção do espaço urbano brasileiro, pautada numa ordem socioeconômica excludente do ponto de vista social e predatória para o meio ambiente, uma vez que a população residente nesses locais são famílias de baixa renda.

A Política de Regularização Fundiária é um meio que se encontrou para normatizar a ocupação do meio urbano e rural, levando em consideração que ao longo do tempo houve uma crescente ocupação do solo resultando em muitos loteamentos clandestinos e na decadência do meio ambiente, tendo em vista que tais ocupações se dão na maioria das vezes em áreas de preservação permanente.

Essas áreas de preservação permanente até um certo período e levando em consideração a letra da lei, não poderiam servir de moradias nem para qualquer tipo de exploração, devendo-as serem mantidas intactas, porém com o crescimento da população residente nesses locais, foram feitas mudanças na legislação e está acabou flexibilizando a habitação, mas somente se fossem observadas alguns pontos importantes no caso concreto, o que então resultaria na regularização fundiária sustentável, como é demonstrado.

Para isso é feito uma análise no que diz respeito ao direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos constitucionalmente

reconhecido na nossa Carta Magna, mas que devido à falta de fiscalização e planejamentos por parte do poder público, acaba se dando uma falsa ideia de que a garantia de um só se tem em detrimento do outro, porém ao se criar um diálogo e um estudo aprofundado de caso, é possível se garantir os dois.

Por fim, com o decorrer do tempo percebemos que a preocupação do legislador é justamente assegurar ao ser humano uma moradia digna, mas preservando o meio ambiente.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OCUPAÇÕES

Após a chegada dos portugueses ao porto no litoral do território brasileiro, por direito de conquista da coroa, toda extensão passou a ser considerada terra pública, e foi através das denominadas Capitanias Hereditária, tendo como instrumento jurídico das sesmarias, que eram terrenos abandonados pertencentes a Portugal e entregues para ocupação, primeiro no território português em seguida, na colônia, o Brasil (1530 até 1822), que surgiu a primeira opção de política pública para demarcação de posse, tendo em vista que existia o desafio de colonizar as novas terras, ao tempo que Portugal e toda a Europa buscavam estreitamento das rotas comerciais com as Índias Orientais. Vale lembrar que esse instituto já existia no ordenamento jurídico lusitano desde 1375, por ocasião de necessidade de otimizar o uso das terras da coroa naquele território (LAMBURGINI, 2018).

Mesmo se tendo conhecimento desde o período colonial sobre a origem do posseiro, sua maior representação será no século XVIII. Porém, foi no período do ano de 1822 até 1850, que a posse se tornou a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por esse motivo que na história da apropriação territorial essa época ficou conhecida como a “fase áurea do posseiro” (CAVALCANTE, 2005).

Historicamente, as cidades brasileiras, seguindo a tradição dos povos ibéricos, cresceram e se desenvolveram privilegiando as ocupações de topos de morros e margens de rios e lagoas. Tais ocupações visavam facilitar a captação da água para as atividades domésticas e agrícolas, bem como a destinação dos efluentes domésticos (MPF, 2018).

Sendo assim, é possível observar uma concentração notável de assentamentos em áreas de encostas íngreme e em áreas alagáveis, são comunidades sob o risco ambiental. E isso se dá, devido a alternativa em que a população de baixa renda, excluída do processo formal de acesso à terra urbanizada, encontra para ter a possibilidade de moradia (MOREIRA & SOUZA, 2017).

2.1 Ocupações Irregulares na Amazônia

Após a chegada dos portugueses ao porto no litoral do território brasileiro, por direito de conquista da coroa, toda extensão passou a ser considerada terra pública, e foi através das denominadas Capitânicas Hereditária, tendo como instrumento jurídico das sesmarias, que eram terrenos abandonados pertencentes a Portugal e entregues para ocupação, primeiro no território português em seguida, na colônia, o Brasil (1530 até 1822), que surgiu a primeira opção de política pública para demarcação de posse, tendo em vista que existia o desafio de colonizar as novas terras, ao tempo que Portugal e toda a Europa buscavam estreitamento das rotas comerciais com as Índias Orientais. Vale lembrar que esse instituto já existia no ordenamento jurídico lusitano desde 1375, por ocasião de necessidade de otimizar o uso das terras da coroa naquele território (LAMBURGINI, 2018).

Mesmo se tendo conhecimento desde o período colonial sobre a origem do posseiro, sua maior representação será no século XVIII. Porém, foi no período do ano de 1822 até 1850, que a posse se tornou a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por esse motivo que na história da apropriação territorial essa época ficou conhecida como a “fase áurea do posseiro” (CAVALCANTE, 2005).

Historicamente, as cidades brasileiras, seguindo a tradição dos povos ibéricos, cresceram e se desenvolveram privilegiando as ocupações de topos de morros e margens de rios e lagoas. Tais ocupações visavam facilitar a captação da água para as atividades domésticas e agrícolas, bem como a destinação dos efluentes domésticos (MPF, 2018).

Sendo assim, é possível observar uma concentração notável de assentamentos em áreas de encostas íngreme e em áreas alagáveis, são comunidades sob o risco ambiental. E isso se dá, devido a alternativa em que a população de baixa renda, excluída do processo formal de acesso à terra urbanizada, encontra para ter a possibilidade de moradia (MOREIRA & SOUZA, 2017).

3 CONCEITO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E EXEMPLOS DE OCUPAÇÕES NESSAS ÁREAS

Ao longo do tempo, surgiu no Brasil o Conceito de Área de Preservação permanente, oficializado com a Lei nº.4.771 em 1965, denominado Novo Código Florestal Brasileiro, mas que passou a ser questionado, tendo em vista que o entendimento era de que os espaços territoriais especialmente protegidos seriam apenas aqueles providos de florestas e se aplicava a áreas rurais, sendo omissa quanto às áreas urbanas.

Já por imposição vigente hoje, através da Lei nº12.651, de 25 de maio de 2012, refere-se que as áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais legalmente protegidos, ambientalmente frágeis e vulneráveis, podendo ser públicas ou privadas, urbanas ou rurais, cobertas ou não de vegetação nativa (BRASIL, 2012).

Visando garantir a preservação dos recursos hídricos, da estabilidade geológica e da biodiversidade, bem como o bem-estar das populações humanas, a lei determinou que a vegetação das Áreas de Preservação Permanente - APP devem ser mantidas intactas. Sendo assim, o regime de proteção das APP é bastante rígido: a regra é a intocabilidade, admitida excepcionalmente a supressão da vegetação apenas nos casos de utilidade pública ou interesse social (ARAÚJO, 2002).

Porém, existem afirmações que discutem que a legislação ambiental federal e a questão urbana são duas conexões mal trabalhadas, uma vez que são apontadas falhas nas leis que contribuem para que se venha ser descumpridos as normas em áreas urbanas (ARAÚJO, 2002).

Figueiredo (2004) destaca que ao abordar sobre as APP, nem o Código Florestal e nem o CONAMA, conseguem combater a situação mais crítica, que é justamente a recuperação das Áreas de Preservação Permanente Urbanas com ocupação consolidada. Diz assim: "Este é o quadro normalmente verificado em áreas urbanas de grande densidade populacional e de inexistência de instabilidade ambiental provocada pela intervenção antrópica no meio ambiente" (VARGAS, 2008).

3.1 Lagoa dos Índios/Macapá

Foi por volta da década de 1950 que teve início o processo de ocupação das áreas de planícies fluviais inundáveis denominadas localmente como "ressacas", na cidade de Macapá. Porém, segundo Portilho (2010), foi somente a partir da segunda metade da década de 1980 que este processo de ocupação se fortaleceu, fazendo com que a alteração na estrutura dessas áreas acontecesse de forma cada vez mais rápida (MEDEIROS et al, 2018 in apud PORTILHO, 2010).

Um exemplo de ocupação irregular, foi a da ressaca da Lagoa dos Índios, a qual compreende um ecossistema rico e biodiverso, drenado por água doce, ligada ao curso principal d'água, o Igarapé da Fortaleza, e influenciada fortemente pela pluviosidade (MEDEIROS et al, 2018).

Segundo Vargas e Bastos (2013) devido às atividades relacionadas com a expansão urbana desordenada que foram intensificadas nas décadas de 1980 e 1990, as intervenções ao decorrer do tempo passaram a ser quase imperceptíveis a

degradação na Lagoa dos Índios o que ocasionou deste modo diversos conflitos socioambientais (MEDEIROS et al, 2018)

Sendo assim, conforme Takiyama (2004) e Takiyama (2012) os primeiros estudos específicos feitos no início da década de 2000 se deram em consequência dos impactos antrópicos em ressacas de Macapá e Santana o qual serviram para a caracterização e diagnóstico dessas áreas. Os diagnósticos apontaram que as principais atividades que causam impactos ambientais nessas localidades são: ocupação desordenada do solo, queimadas intencionais, descarte inadequado de resíduos e pastagem para búfalos. Existem também outras atividades comuns nas áreas de ressacas que são: a extração de argila para olarias, a caça e a pesca de subsistência, a piscicultura, a navegação, a extração vegetal e a recreação (MEDEIROS et al, 2018).

A área que corresponde ao entorno do noroeste da ressaca da Lagoa dos Índios, teve uma significativa modificação na ocupação do solo, tendo em vista que até o ano de 2009 não existiam edificações na mesma. Todavia, com o decorrer do tempo passou a ser ocupada em razão da expansão urbana e em consequência disso a região passou por processo de desmatamento da vegetação nativa dando lugar a bairros hoje existentes (MEDEIROS et al, 2018).

No Município de Macapá, o estudo de caso da Lagoa dos Índios exemplifica os conflitos socioambientais que ocorrem por toda Amazônia, desrespeitando as legislações ambientais e urbanas. Verificou-se escassez de estudos que abordam a quantificação da degradação ambiental e diagnóstico da situação atual das áreas de preservação permanente na Amazônia (MEDEIROS et al, 2018).

3.2 Parque Estadual de Utinga/Pará

O crescimento desordenado da Região Metropolitana de Belém que, em 1883, teve a construção da estrada de ferro Belém - Bragança, traz como consequência o processo de ocupação da área que corresponde ao Parque Estadual de Utinga, tendo em vista que seu trecho inicial encontra-se próximo a bacia hidrográfica do Utinga, onde se tem os principais mananciais de abastecimento de água potável da cidade.

Com a sua criação em 1993, o objetivo principal do Parque foi assegurar a vida útil dos lagos Bolonha e Água, que por sua vez são responsáveis pelo abastecimento de água potável da capital, tendo grande importância neste sentido. No entanto, a ocupação desordenada no âmbito urbano em torno do mesmo e as dificuldades pertinentes aos aspectos jurídicos e operacionais da gestão ambiental estabelecem uma discussão sobre as diferentes estratégias de uso do parque na região a partir da sobreposição de territórios e os impactos na paisagem (SOUZA, 2020).

Neste cenário surge a Área de Proteção Ambiental dos Mananciais de Abastecimento de Água de Belém (também chamado de APA Belém²), cuja criação derivou da necessidade, conforme discrimina o Decreto Estadual nº1551/93, de proteção dos reservatórios de água dos lagos Bolonha e Água Preta, responsáveis pelo abastecimento de 65% da população da região metropolitana de Belém (SECTAM, 2003). A APA Belém possui uma extensão de 7500 hectares e envolve os municípios de Belém e Ananindeua (SOUZA, 2020).

O processo de criação da APA Belém gerou desencontros entre os ocupantes da área do Utinga com o poder público pela forma como foi conduzida a implantação da UC. Durante o período entre os anos de 1993 e 2003 o processo de implantação aconteceu de forma arbitrária por desconsiderar a presença dos moradores residentes a pelo menos 30 anos. Além disso, a ausência de gestão ambiental consistente possibilitou que o crescimento da ocupação irregular continuasse no entorno da UC, inclusive invadindo os limites previstos pelo Decreto Estadual 1.551 de 3 de maio de 1993 (SOUZA 2020).

Portanto, o município de Belém, assim como muitas outras cidades brasileiras, não planejou o seu crescimento urbano e os impactos ambientais têm afetado direta e indiretamente a preservação dessas áreas. No caso do PEUT, também tem a questão do espaço de recreação para os moradores, bem como possibilitar o desenvolvimento de atividades científicas, culturais, educativas e turísticas. De acordo com Araújo et al (2012) o êxito da gestão dos mananciais passa pela apropriação da questão da sustentabilidade, que por sua vez depende da concretização dos objetivos imperfeitos pela Lei Federal 9.985/00 (SNUC) (SOUZA, 2020).

4 FATORES QUE INFLUENCIAM NO CRESCIMENTO DESORDENADO EM ASSENTAMENTOS CLANDESTINOS

O modelo econômico aplicado no Brasil pós-1964 que visava a substituição das importações foi implementado por meio de políticas públicas que tinham como objetivos centrais autossustentação e independência do país em relação ao mercado externo. Esse modelo desenvolvimentista, fundamentalmente na década de 1960, provocou uma intensificação no movimento rural-urbano. O êxodo rural foi um dos fatores que provocou o crescimento acelerado e desordenado das cidades, principalmente as da região Sudeste, cujo processo de industrialização se manifestou de forma preponderante. Assim, surgiram nesses locais um aumento gradual da pobreza, violência interpessoal, criminalidade e insalubridade, deficiência dos serviços de infraestrutura, além das situações de risco das moradias e degradação ambiental – configurando um quadro de urbanismo de risco (PEGORETTI et al, 2004).

Com isso, uma opção que a população de baixa renda, excluída do processo formal de acesso à terra urbanizada encontra é fixar moradia em áreas de fragilidade ambiental, desvalorizadas pelo processo formal de urbanização devido a problemas de ocupação impostas pelas características ambientais do sítio, ou dificuldades provocadas por restrições jurídico-fundiárias definidas pelo poder público em leis de proteção ambiental (MOREIRA & SOUZA, 2017).

Sendo assim, os assentamentos urbanos clandestinos instalados sobre áreas de preservação permanente defrontam-se com a ameaça de esgotamento dos recursos hídricos e representam um conflito socioambiental que envolve a preservação do ambiente, a exploração econômica da propriedade privada e o direito à moradia, e tudo isso se dá devido à falta de planejamento e de políticas públicas, destinadas a proporcionar moradia digna a todas as pessoas, assim como a ausência de uma estrutura administrativa eficiente de fiscalização permitem a ocupação das margens de rios e lagoas. (VARGAS, 2008).

A dificuldade do Poder Público em atender simultaneamente os direitos à moradia e ao meio ambiente não se resume à escassez de recursos. Trata-se de questões estreitamente imbricadas, só podendo ser compreendidas quando se considera o processo de produção do espaço urbano numa perspectiva social e política, e não meramente jurídica (formalista). Com efeito, a degradação ambiental é tributária da insuficiente oferta de moradias populares pelo mercado imobiliário formal, incluindo-se aí tanto o Poder Público como a iniciativa privada. Essa situação, de imediato, leva à ocupação de áreas impróprias para fins residenciais, especialmente as áreas de preservação ambiental. Ao invés de culpabilizar a população de baixa renda, há de se reconhecer o papel decisivo desempenhado pelos agentes e instituições que controlam a terra urbana e asseguram o seu uso para beneficiar apenas interesses individualistas ou mesmo especulativos, em franca oposição ao princípio da função social da propriedade (Gondim, 2012).

5 INSTRUMENTOS LEGAIS DE PREVENÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O Código Florestal Brasileiro foi criado em 1934 e reeditado em 1965 (Lei n.º 4.771) e 2012 (Lei n.º 12.651), definindo os princípios necessários para proteger o meio ambiente e garantir o bem-estar da população. Segundo Garcia (2012), o Código Florestal trata das duas principais fontes de proteção ambiental – previstas através de situações de preservação e conservação – que são as Áreas de Preservação Permanente (APP) e a Reserva Legal (RL) (MEDEIROS et al, 2018).

O Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793/1934) expressamente tratou da proteção da vegetação de margens dos rios, sem, contudo, fazer qualquer

previsão de larguras mínimas, como ocorreu a partir de 1966 (MPF, 2018). Foi através deste que tivemos uma ideia de proteção do território brasileiro, mais especificamente das áreas representativas dos ecossistemas naturais de um determinado ambiente. Este código, por sua vez apresentava algumas características preservacionistas, estabelecendo o uso da propriedade em função do tipo florestal existente, definindo as categorias de florestas protetoras, remanescentes, modelo e rendimento. As florestas protetoras apresentavam, para a época, um indício do que seria o instituto das florestas de preservação permanente, instituído pelo Código Florestal de 1965. Mesmo assim, a ideia e, ou, o espírito do Código Florestal de 1934 já era bastante conservacionista (BORGES et al, 2011).

Coube ao Código Florestal de 1965 (Lei Federal nº 4.771/1965) a disciplina sobre o tema e a definição de limites visando à proteção da vegetação ciliar. Desde a primeira legislação sobre o tema (o Código Florestal de 1934), já se tinha a ideia de conservação perene das florestas protetoras e remanescentes, sendo que o Código Florestal de 1965 passou a utilizar a nomenclatura “áreas de preservação permanente” (MPF, 2018).

Diante do problema social decorrente da enorme quantidade de construções irregulares situadas nas APPs urbanas, já em 2006, o Conama, por meio da Resolução nº369/2006, em seu art. 9º, inovou no ordenamento jurídico, permitindo a regularização das construções em áreas de baixa renda predominantemente residenciais e nas áreas situadas em Zonas de Especial Interesse Social (Zeis), desde que inseridas em áreas urbanas consolidadas até 10 de julho de 2001 (MPF, 2018).

Porém, conforme o art. 9º, IV, da Resolução nº 369/2006 do Conama, somente eram passíveis de regularização as construções situadas em alguns tipos de APP, quais sejam, ao longo das margens de curso d’água (respeitando-se uma faixa mínima de 15 m ou 50 m, a depender da largura do rio), em topos de morro (respeitadas as áreas de recarga de aquíferos) e em restingas (respeitada a faixa mínima de 150 m traçada a partir da linha de preamar máxima), foram vedadas regularizações em áreas de risco (art. 9º, § 2º, da referida resolução) (MPF, 2018).

Em 2012, foi editado o Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), que manteve a conceituação finalística de área preservação permanente, definindo-a como área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (art. 3º, II da Lei Federal nº 12.651/2012) (MPF, 2018).

6 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

É de conhecimento da maior parte da população que a construção das cidades brasileiras ocorre através de assentamentos informais e precários, como as favelas, invasões, loteamentos clandestinos etc. Formada em sua maioria por pessoas marginalizadas socialmente. Como resultado, o déficit habitacional do país é grande, seja do ponto de vista quantitativo ou qualitativo. Isso, na verdade, é o resultado de um longo processo histórico de exclusão social e de falta de planejamento urbano, que tornou a moradia, e o próprio direito à cidade, um artigo de luxo. E, é aí que se percebe a importância de se discutir sobre a regularização fundiária como um mecanismo de aproximação entre a cidade real e a cidade legalmente constituída (CORREIA et al, 2015).

A regularização fundiária em seu sentido mais literal, consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, 2009).

Nessa seara diversas foram as tentativas realizadas. Para Jones (2003), a Regularização Fundiária busca formas de “[...] conter e combater a ocupação ilegítima e, sobretudo, especulativa, de grandes áreas de terras públicas. É neste sentido que todas as diversas normas reguladoras do acesso e legitimação de posses e propriedades foram propostas”. Mais uma vez a oposição da oligarquia fundiária, especuladores e grandes posseiros barraram estas tentativas. No ano de 1964 é publicada a Lei nº. 4.504, (BRASIL, 1964), conhecida também como Estatuto da Terra (LAMBURGINI, 2018).

É de grande importância mencionar que, em concordância com o previsto nos artigos 51 a 53 da Lei Federal nº.11.977/2009, a regularização fundiária deverá estabelecer certos pontos em seu projeto, quais sejam: definir quais as áreas ou lotes a serem regularizados, indicar as vias de circulação existentes e outras áreas destinadas ao uso público, estipular as condições para a promoção de segurança da população em situação de risco, deliberar sobre as medidas de infraestrutura básica devidas e as demais, necessárias à promoção de sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo também as compensações urbanísticas e ambientais previstas no ordenamento jurídico (CORREIA et al, 2015).

Com isso, a aprovação de um projeto de regularização fundiária pode corresponder à própria concessão pelo poder público municipal, sendo que neste caso só será possível a autorização advinda deste ente, se estiver dotado de órgão ambiental capacitado e de conselho de meio ambiente, caso contrário, poderá ser feito pelo Estado. A possibilidade de fazer intervenções em Área de Preservação

permanente só se dará devido ao interesse social e observados os requisitos no parágrafo 2º do artigo 54 da Lei nº.11.977/2009, isso tudo porque de alguma forma esse procedimento poderá causar degradação ao meio ambiente, ou no mínimo se utilizará dos recursos ambientais (CORREIA et al, 2015).

7 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

De acordo com a Resolução Conama 306/2002, "Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". (CONAMA, 2002).

Antes de tudo, vale destacar a importância de que no último século, o Planeta vem sofrendo inúmeras alterações devido ao avanço da ciência e da tecnologia. Tudo isso Permitiu ao homem usufruir de maior conforto e melhores condições de vida. No entanto, em decorrência desse avanço tecnológico, surge, impactos ambientais negativos, como por exemplo; poluição das águas, dos solos e do ar; esgotamento dos recursos naturais, que estão a levar o planeta a um avançado e preocupante estado de degradação (BEZERRA et al, 2014).

Por outro lado, é imprescindível destacar que ao acompanhar a onda pró-verde no decorrer do século XX, os dispositivos normativos no âmbito nacional, teve como referência de mudança de mentalidade, até o momento em divulgação, a promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 que incorporou um tratamento sistematizado ao tema "meio ambiente". A perspectiva diferente desta Carta Magna sobre o assunto, ora em pauta, teve por objetivo final a proteção do homem, por meio do uso racional do meio ambiente, bem como integrante da ordem econômica e indispensável para a sobrevivência do ser humano, tendo em vista que os Textos Fundamentais que antecederam ao de 1988 enxergavam os recursos naturais apenas como parte de uma cadeia de produção de bens, sendo assim, necessária para a infraestrutura do país, e consequentemente impulsionando a economia nacional (JUNIOR, 2012).

À luz da Constituição Federal, se tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no caput do artigo 225, o qual prevê: "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" (BRASIL, 2012).

8 DIREITO A MORADIA

O Direito à moradia, não é somente fundamental, mas também é um direito natural do indivíduo, sendo principalmente indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, por este motivo desde os primórdios o homem procurou em qualquer parte construir o seu abrigo, sendo ele em uma caverna, na copa de uma árvore, nos buracos das penhas e até mesmo no gelo, procurando sempre resguardar-se dos maus tempos e dos predadores (VIANA, 2000).

É imperioso destacar que, com a corrente inclusão do direito à moradia na Constituição Federal de 1988, declaradamente em seu enunciado no artigo 6º, e não sendo impeditivo a percepção de que a nossa ordem jurídica, de certa forma já reconhecia e protegia a moradia mesmo na vertente constitucional, não há como discordar que a questão da moradia, agora evidentemente guinada à exigência de direito fundamental, atribui-se pela ótica da ordem jurídica feições novas, requerendo, imprescindivelmente, especial atenção por parte dos que se ocupam do tema, seja pela razão apontada, seja, dentre outras razões, pelo aumento gritante da exclusão social no nosso país, bem como conseqüente agravamento do antigo, porém lamentavelmente cada vez mais atual problema do acesso a uma moradia digna para grandes parcelas da nossa população (SARLET, 2003).

Todavia, se analisarmos o direito fundamental à moradia pela ótica de reconhecimento expresso na ordem jurídica positiva, tendo em vista o plano internacional, poderemos concluir que foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, que se teve pela primeira vez o reconhecimento, dos denominados direitos econômicos, sociais e culturais, que por sua vez está o direito à moradia (SARLET, 2003).

Ainda que o texto constitucional consagre a dignidade humana como princípio estruturante de nosso sistema jurídico, poucos habitantes de nossa cidade desfrutam do direito à vida segura e vivem em habitações dignas. Vale aduzir que a habitação digna é uma das prioridades que a União definiu para a realização de programas e políticas de desenvolvimento urbano (MPE DO PARÁ, 2010).

A Carta Magna também define como competência de todos os entes da Federação a promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX).

9 EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA VIABILIZAR A REGULARIZAÇÃO EM ÁREAS FRÁGEIS AMBIENTALMENTE – MORADIA E MEIO AMBIENTE

O art. 65 do Código Florestal veda a regularização de áreas de preservação permanente identificadas como áreas de risco. Todavia, essa disposição, constante do caput do art. 65 da Lei Federal nº 12.651/2012, deve ser compreendida à luz da

Lei Federal nº 13.465/2017, que permite a regularização fundiária em áreas de risco, mediante a realização de estudos técnicos, desde que haja a possibilidade de eliminação, correção ou administração de riscos na parcela por eles afetada (art. 39 Lei Federal nº 13.465/2017) (MPF, 2018).

Seguindo a mesma linha de raciocínio a Lei n. 11.977/2009 faculta a possibilidade de se promover, por decisão fundamentada, regularização fundiária em Áreas de Preservação Permanente – APPs, assim definidas no referido Código Florestal (CORREIA et al, 2015).

Nesse aspecto também, a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 – o Estatuto da Cidade – garante o direito a cidades sustentáveis, como verificado no art. 2º, inciso I, que assegura, para as presentes e futuras gerações, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer. Conforme o seu art. 2º, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda devem ser feitas com base no estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (ALMEIDA et al, 2017).

Como já mencionado, o acesso à moradia digna está previsto na Constituição Federal de 88, mais especificamente no caput do artigo 6º, garantido como direito fundamental do ser humano, figurado desta forma também desde 1948 através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual dispõe sobre os direitos humanos universais, aceito e aplicável no mundo todo, porém foi só com a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, que a moradia passou a ser reconhecida como direito social, ou seja, após 12 anos da aprovação da Carta Magna (ALMEIDA, et al, 2017).

Ao mesmo tempo, o artigo 225 da CF/88, discorre a respeito do meio ambiente e assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que é dever do poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, tendo em vista que é garantido como bem de uso comum, sendo primordial a uma qualidade de vida saudável (ALMEIDA et al, 2017).

Em relação aos Direitos Fundamentais que ocorreram através do tempo. Na primeira dimensão o indivíduo era o centro, o detentor do direito, já a partir da segunda dimensão o direito se tornou coletivo, e, por fim nas últimas dimensões, a preocupação com a humanidade vem se tornando um tópico a mais. Através da análise das dimensões, fica claro como os Direitos Fundamentais acompanham o

desenvolvimento e as necessidades da sociedade que sofre mudanças com o decorrer do tempo.

Perante ambos os direitos alhures mencionados, tem-se a ideia de os conflitos pela regularização fundiária em APP baseiam-se na primazia de um direito em detrimento de outro, além é claro, da questão que envolve à dignidade das moradias, abrangendo as condições de vida sadia e segurança, tendo uma localização adequada e não passível de possíveis desastres naturais (ALMEIDA et al, 2017).

De acordo com Santini (1993, p.34), o espaço é natural, modificado pelo homem, torna-se uma apreciação cultural; e as maneiras como é organizado variam enormemente em função das complexidades e das solicitações tecnológicas do grupo que nele se instala. Os princípios fundamentais para essa organização espacial estão baseados em dois fatores: a Postura e a Estrutura do ser humano. Assim como a experiência de seu corpo, o homem organiza seu espaço, adequando-o às suas necessidades biopsicossociais.

10 CONCLUSÃO

Na maioria das vezes o direito fundamental à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são considerados como opostos um do outro, embora ambos sejam de extrema importância para a vida humana, pois uma é essencial para a dignidade e sobrevivência e outro para a saúde e o bem-estar.

Pode-se perceber então, que em uma visão legalista é provável que se garanta os dois direitos constitucionalmente previstos. Porém ainda é necessário que se crie uma combinação, na prática, para que ambas se tornem aliadas, sendo necessário que a legislação ambiental incorpore nas suas problemáticas as barreiras sociais, que nesse caso é o acesso à moradia, uma vez que é possível com o uso controlado do meio ambiente, que se obtenha desenvolvimento humano e econômico, e um dos fatores principais para impedir o acesso à moradia digna é justamente o fator econômico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. S.; SILVA, I. C. N. Regularização Fundiária em Área de Conservação: Análise da Legislação Ambiental e seus Reflexos nas Populações Locais Vulneráveis e no Meio Ambiente entre 2000 e 2010 no Reservatório Billings Impacto na Saúde Humana, 2017.

ARAÚJO, I. V. Regularização Fundiária e Terras Devolutas, 2010.

ARAÚJO, S. M. V. G., Consultora Legislativa da Área XI Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional, Áreas de preservação Permanente e a Questão Urbana, 2002.

BEZERRA, A. K. L.; NETO, J. M. M. Justiça Ambiental: uma análise à luz da Constituição Federal, 2014.

BORGES, L. A. C.; REZENDE, J. L. P.; PEREIRA, J. A. A.; JUNIOR, L. M. C.; BARROS, D. A. Áreas de preservação permanente na legislação ambiental brasileira, 2011.

BRANDIMILLER, T. U. Programa de Regularização Fundiária Sustentável de Assentamentos Irregulares de São Bernardo do Campo: Avanços e desafios ao Processo de Regularização Fundiária no Âmbito da Política Habitacional Municipal, 2017.

BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE AS FORMAS JURÍDICAS DE APROPRIAÇÃO, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

BRASIL. Lei nº. 4.504, de 30 de novembro de 1964, dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal nº 4.771/1965, Antigo Código Florestal.

BRASIL. Lei Federal 9.985, de 18 de julho de 2000, institui o Sistema Nacional de Unidade de Conservação e Natureza e dá outras providências.

BRASIL. Lei 11.977 de 7 de julho de 2009, dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

BRASIL. Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, Código Florestal.

CAVALCANTE, J. L. A LEI DE TERRAS DE 1850 E A REAFIRMAÇÃO DO PODER BÁSICO DO ESTADO SOBRE A TERRA, 2005.

CORREIA, A. F; **FARIAS**, T. Regularização Fundiária Sustentável, Licenciamento Urbanístico – Ambiental e Energia Solar, 2015.

Decreto Estadual nº1.551 de 03 de maio de 1993, decreta a Área de Proteção Ambiental dos Mananciais de Abastecimento de Água de Belém – APA Belém, passa a ser denominada Área de Proteção Ambiental da Região Metropolitana de Belém - PARÁ.

FILHO, I. A. P. O Processo de Ocupação do território Brasileiro e a sua influência na Construção do Instituto das Terras Devolutas, 2016.

GADELHA, R. M. A. F.; Conquista e Ocupação da Amazônia: A fronteira Norte do Brasil, 2002.

GONDIM, L. M. P. Meio ambiente urbano e questão social: habitação popular em áreas de preservação ambiental. 2012.

JUNIOR, E. C. D. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e a sua Devida Proteção no Ordenamento Jurídico, 2012.

LAMBURGINI, W. J. A PROPRIEDADE PRIVADA E O REGIME DE TERRAS NO BRASIL: APONTAMENTO SOBRE AS FORMAS JURÍDICAS DE APROPRIAÇÃO. Fundação Universidade Federal de Rondônia - Rondônia, 2018.

MPF, Ministério Público Federal. Regularização Fundiária Urbana em Áreas de Preservação Permanente - 4º Câmara de Coordenação e Revisão/Série Manuais de Atuação-Brasília-DF, 2018.

MEDEIROS, J. M. M.; ROMERO, M. A. B.; MEDEIROS, M. M.; ARAÚJO, D. S. Conflitos e Possibilidades em Áreas de Preservação Permanente Urbanas na Amazônia - Estudo na Lagoa dos Índios. 2018.

MOREIRA, C. G. & SOUZA, M. A. A. Ilha de Deus no Recife - Brasil: Um caso emblemático do direito à moradia conquistado em área de risco legalmente preservada. Universidade Federal de Pernambuco – Curso de Graduação em Arquitetura e Urbanismo Recife, Pernambuco, 2017.

PEGORETTI, M. S.; SILVA, M. R.; ANGELO, V. A. O CONTEXTO DAS NOVAS POSTURAS POLÍTICAS URBANAS NO PROCESSO DE INTERVENÇÃO DE ÁREAS OCUPADAS POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. O CASO DO PROJETO TERRAVITÓRIA (ES), 2004.

RDC, RESOLUÇÃO CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006 Publicada no DOU no 61, de 29 de março de 2006, Seção 1, páginas 150 - 151.

REIS, Arthur César Ferreira. Limites e demarcações na Amazônia Brasileira, 2 vols. (Belém: Secretaria do Estado da Cultura, 1993). Volume 1: A fronteira colonial com a Guiana Francesa; Volume 2: A fronteira com as colônias espanholas.

SANTINI, R. C. G. Dimensões do lazer e da recreação: Questões espaciais, sociais e psicológicas. Angelotti: São Paulo, 1993.

SARLET, I. W. O Direito à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia, 2003.

TÓRTOLA, E.R; O Direito de Propriedade em Face da Preservação Ambiental. Universidade Paulista Campus São José do Rio Preto - São Paulo, 2012.

VARGAS, H. L. Ocupação irregular de APP urbana: um estudo da percepção social acerca do conflito de interesses que se estabelece na Lagoa do Prato Raso, em Feira de Santana, BA. Universidade de Brasília - Brasília, 2008.

VIANA, R. G. C. O Direito à Moradia - Aula Inaugural. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - São Paulo, 2000.

SANÇÕES PENAIS E SUA APLICABILIDADE À ASSASSINOS EM SÉRIE NO BRASIL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ANDRESSA DA SILVA CUNHA:
Bacharelanda do Curso de Direito
do Centro Universitário Fametro.

DARIO ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: Este estudo teve como objetivo geral analisar de que maneira as sanções penais previstas na legislação brasileira abrangem a punição e tratamento em casos de assassinos em série. Para tanto, propôs-se os seguintes objetivos específicos: discutir acerca da origem da psicopatia e suas intervenções para o surgimento de um serial killer ; apresentar uma breve análise sobre o conceito de *serial killer*, sua tipologia e classificações existentes; por fim, presta-se a verificar os aspectos jurídicos considerados em casos de psicopatia e assassinatos em série. Por meio de uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo quanto aos dados encontrados na literatura pertinente à temática visou-se resolver os objetivos propostos. Verificou-se que a PLS nº140/2010, foi uma tentativa de criar moldes legais para lidar com *serial killers*, que além de estabelecer conceito de tal tipologia no art. 121 do CPB, também descrevia formas de lidar com estes sujeitos, penalidades e outros. Entretanto, devido as desarmonias apresentadas pela PLS com o sistema de penas da Parte Geral do Código Penal, foi arquivado em 2014 e, desde então não houve novas expressões. Faz-se necessário que o Poder Legislativo brasileiro desenvolva esforços para a elaboração de leis que considerem elementos de dignidade da pessoa humana, a segurança da coletividade, além de considerar a perspectiva psicológica e psiquiatria, fornecendo resposta adequada para o sistema penal nessa temática.

PALAVRAS-CHAVE: Serial killer; psicopatia; penalidades.

ABSTRACT: The general objective of this study was to analyze how the criminal sanctions provided for in Brazilian legislation include punishment and treatment in cases of serial killers. Therefore, the following specific objectives were proposed: to discuss the origin of psychopathy and its interventions for the emergence of a serial killer; present a brief analysis on the concept of serial killer, its typology and existing classifications; finally, it lends itself to verifying the legal aspects considered in cases of psychopathy and serial murders. Through a qualitative bibliographic search regarding the data found in the literature relevant to the theme, the aim was to solve the proposed objectives. It was found that PLS nº 140/2010, was an attempt to create

legal molds to deal with serial killers, which in addition to establishing the concept of such typology in art. 121 of the CPB, also described ways of dealing with these subjects, penalties and others. However, due to the disharmony presented by PLS with the penalty system of the General Part of the Penal Code, it was shelved in 2014 and, since then, there have been no new expressions. It is necessary for the Brazilian Legislative Branch to make efforts to draft laws that consider elements of dignity of the human person, the safety of the community, in addition to considering the psychological and psychiatric perspective, providing an adequate response to the penal system in this area.

KEYWORDS: Serial killer; psychopathy; penalties.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como delimitação de tema as sanções penais e sua aplicabilidade à assassinos em série no contexto brasileiro. A literatura pertinente sobre a temática dos comumente chamados de *serial killers* indica que estes sujeitos dispõem de características únicas que os diferem de assassinatos comuns, além de possuírem personalidades psicopáticas que impossibilitam assimilar a gravidade e crueldade com a qual praticam seus crimes ou a punição que por ele recebem. Nesse contexto, o tema em questão oferece amplo potencial de discussão, pois, de acordo com Ramos (2017), é de extrema relevância social e não é atendido corretamente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil o tema em questão possui uma discussão ligeiramente pontual na perspectiva jurídica, podendo ser considerando um tanto quanto recente. Desse modo, a discussão do tema proposto visa contribuir para a compreensão dos crimes de tal cunho, fomentando medidas que possam vir a reduzir índices de ocorrência dos mesmos, bem como idealizar medidas que contemplem ainda o direito do acusado, no senti de prover-lhe acompanhamento de saúde física e mental adequados à sua condição.

Com base no supramencionado, justifica-se a relevância deste estudo a partir da compreensão de que os crimes cometidos por psicopatas no Brasil precisam ser amplamente discutidos, sob diferentes óticas, a proposta de temática precisa ser discutida levando em conta ligações entre a sociologia, psicologia, antropologia, psiquiatria e ciência jurídica penal, de modo que favoreça a construção de um ordenamento jurídico brasileiro que contemple uma lógica ideal de atuação junto a estes sujeitos.

Nesse interim, o estudo tem como objetivo geral analisar de que maneira as sanções penais previstas na legislação brasileira abrangem a punição e tratamento

em casos de assassinos em série. Para tanto, propôs-se os seguintes objetivos específicos: discutir acerca da origem da psicopatia e suas intervenções para o surgimento de um *serial killer*; apresentar uma breve análise sobre o conceito de *serial killer*, sua tipologia e classificações existentes; por fim, presta-se a verificar os aspectos jurídicos considerados em casos de psicopatia e assassinatos em série.

Para a construção deste estudo objetivou-se uma pesquisa de caráter exploratório utilizando-se de uma metodologia bibliográfica, de modo que, a partir do levantamento bibliográfico sobre a temática foco, tem-se a coleta de dados que permitirá a análise e resolução da problemática, bem como o alcance dos objetivos propostos.

Sendo assim, a priori apresentaremos informações de caráter mais elucidativo quanto à temática, portanto, abordaremos questões bibliográficas quanto a origem da psicopatia sua contribuição para o surgimento do *serial killer*, desmistificaremos o conceito, tipologias de análise e classificações existentes. A posteriori, superadas as questões psicossociais quanto ao tema, abordaremos os aspectos jurídicos considerados em casos de psicopatia e assassinos em série na normativa brasileira.

1. PSICOPATIA: ORIGEM E CONCEITO

A psicopatia é descrita como um transtorno de personalidade antissocial que apresentam características singulares de comportamento, Silva (2008) por exemplo, descreve os psicopatas como sendo pessoas de sangue frio, inescrupulosas, calculistas, dissimuladas, mentirosas, que agem apenas em benefício próprio, quase sempre manifestam-se de maneira hostil e violenta, sem apresentarem remorso ou culpa pelos atos transgressores que cometem.

Pinheiro (2016) acrescenta que os psicopatas geralmente são violadores de direitos de terceiros, não sabem lidar com frustração, reagindo com violência, sendo a racionalização e a projeção seus principais mecanismos de defesa inconscientes, ressalta ainda a conduta reiterada e habitual, bem como outros aspectos que indicam a existência do transtorno.

Contudo, para que possamos compreender o que é psicopatia mais a fundo, é necessário identificar suas origens. Silva (2008) explica que a psicopatia sempre existiu em todos os tipos de sociedades, das mais primitivas às modernas, sendo esta uma forte indicação da condição como um componente biológico, sem, entretanto, invalidar os condicionantes culturais para a composição do quadro de transtorno que podem tanto favorecer, quanto inibir seu desenvolvimento.

A natureza e origem da psicopatia são alvo de intensas controvérsias desde o século IXI, início da psiquiatria, imputando ao comportamento psicopático à causas orgânicas, até a admissão de uma diversidade de fatores na constituição da psicopatia. A evolução do conceito de psicopatia acompanhou a evolução do conceito de doença mental, seu surgimento é marcado pelo isolamento e perseguição dos sujeitos com a personalidade destoante da totalidade, nesse contexto, a emergência da psiquiatria investigava a interrelação dinâmica do homem na totalidade da sociedade, permitindo assim uma compreensão ampliada (BITTENCOURT, 1981).

Durante muito tempo, em função da falta de conceituação, definição e categorização da doença mental em geral, o termo de personalidade psicopática foi utilizado para designar um conjunto de quadros nosográficos que, apesar de certos traços em comum, dificilmente poderiam, pelos padrões atuais, ser incluídos numa mesma categoria. Inversamente encontra-se também ao longo do tempo uma diversidade de rótulos caracterizando anomalias que poderiam ser agrupadas sob o termo psicopatia. Até recentemente, assinala Cassiers (1968), encontra-se na literatura psiquiátrica uma variedade de termos utilizados para a designação de tais casos. O levantamento deste autor inclui as denominações de desequilibrados mentais, psicopatas, desadaptados, perversos, neuróticos de caráter, como algumas das mais freqüentes. Em síntese, vê-se que a indefinição de conceitos, inerente não só ao campo da psicopatia, mas a todo o campo abrangido pela psiquiatria tomou difícil durante muito tempo uma diferenciação precisa da psicopatia em relação a outros quadros clínicos, de conduta etc (BITTENCOURT, 1981, p. 21).

Miranda (2012) salienta que a psicopatia baseia-se em um construto clínico utilizado para especificar um forma de transtorno específica de personalidade antissocial, prevalente em indivíduos que cometem atos criminais diversificados, comportando-se de maneira irresponsável. A mesma fonte lembra ainda da importância de dissociarmos os termos psicopatia e transtorno de personalidade antissocial, pois apesar de serem semelhantes, possuem muitas diferenças, a principal delas é que a psicopatia não está incluída no Manual de Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais – IV (DSM-IV TR) e na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), tal exclusão, de acordo com a autora é justificada pelo fato de que a psicopatia está relacionada não somente por questões comportamentais, mas também questões interpessoais e afetivas.

Contudo, Martins (2019) ressalta que no contexto do direito penal é comum verificar nos estudos o entendimento de que a psicopatia e o transtorno de personalidade antissocial possuem a mesma definição no DSM-IV TR e classificação da CID-10, sendo um transtorno mais comum em homens (3%) e mulheres (1%).

2 SERIAL KILLERS: ORIGEM

A expressão advém do inglês *to kill – killed* (matar), dando origem ao termo *killer*, ou seja, matador, assassino, sendo este último uma palavra de origem persa e árabe que, segundo historiadores afirmam, durante o século XI, era a terminologia adotada para pessoas cruéis, perversas, chamados também de *hashishins* (chamados assim devido ao uso de *haxixe*, que lhes tirava o ímpeto para agirem), um grupo extremamente cruel e violento com seus inimigos (LIMA; SANCHEZ, 2017).

Contudo, a expressão "*serial killer*" solidificou-se realmente nos Estados Unidos durante o período da Grande Depressão, o homicida Albert Fish era noticiado como um assassino em massa. Tempos depois, o Federal Bureau of Investigation (FBI), ao fundar a Unidade de Ciência Comportamental passou a usar o termo, em 1970 durante uma conferência da academia de polícia britânica. Entretanto, o livro de John Brophy, *O significado de Assassino*, de 1966, já havia utilizado o termo homicida em série reiteradamente (LIMA; SANCHEZ, 2017).

Schechter (2013) o *serial killer* sentem prazer na prática de seus atos criminosos que submetem seres humanos a sofrimentos terríveis, sentindo-se bem com a dominação da vítima e, para continuarem desfrutando de seus atos, é necessário utilizar métodos que dificultem o descobrimento de seus crimes, mas deixa pistas que ele próprio tem interesse de serem descobertas, uma assinatura de seu comportamento.

3 PSICOPATIA E ASSASSINOS EM SÉRIE (SERIAL KILLERS)

Dentre as características do psicopata, Cleckley (1988) foi o primeiro a descrever a psicopatia como um Transtorno de Personalidade antissocial, de acordo com ele, a psicopatia apresenta 16 características bem definidas, são elas:

1. Aparência sedutora e boa inteligência;
2. Ausência de delírios e de outras alterações patológicas do pensamento;
3. Ausência de "nervosidade" ou manifestações psiconeuróticas;
4. Não confiabilidade;
5. Desprezo para com a verdade e insinceridade;
6. Falta de remorso ou culpa;
7. Conduta antissocial não motivada pelas contingências;
8. Julgamento pobre e falha em aprender através da experiência;
9. Egocentrismo patológico e

incapacidade para amar; 10. Pobreza geral na maioria das reações afetivas; 11. Perda específica de insight (compreensão interna); 12. Não reatividade afetiva nas relações interpessoais em geral; 13. Comportamento extravagante e inconveniente; 14. Suicídio raramente praticado; 15. Vida sexual impessoal, trivial e mal integrada; 16. Falha em seguir qualquer plano de vida (CLECKLEY, 1988 apud HENRIQUES, 2009, p.289).

Assim, com uma aparência comum, o psicopata não causa má impressão, pois, no cotidiano, demonstra bom senso e bom raciocínio lógico, agindo livremente, sendo amplamente capaz de entender as consequências de seus atos antissociais e, diferente do ideário social, estes sujeitos não tem tendência a apresentar atitudes loucas ou doença mental, tampouco sofrem de alguma psicose (SILVA, 2018).

E qual a relação entre a psicopatia um assassino em série? Um assassino em série, comumente chamado de *serial killer*, expressão inglesa para a terminologia, é um tipo de psicopata, porém, é importante destacar que nem todo psicopata é um *serial killer*, pois, de acordo com Palomba (2003) e Silva (2008) a psicopatia divide-se em três espécies: os mentalmente normais ou psicopatia leve, os doentes mentais ou psicopatia moderada, e os fronteirios ou psicopatia grave.

[...]leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não “sujarão as mãos de sangue” nem matarão suas vítimas. Já os últimos botam verdadeiramente a “mão na massa”, com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais (SILVA, 2008, p. 162).

Pimentel (2019) indica que o *serial killer* não apresenta deformidade mental, comete seus atos em razão de agressividade própria, todavia, sua doença não é mental, e sim, moral, incapaz de sentir empatia, não possui discernimento ético e afetividade. Para caracterizar-se como *serial killer*, Capone (2019) destaca a definição dada pelo Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos da América (NIJ), um assassino serial seria alguém que cometeu dois ou mais assassinatos, mas nem sempre, por um infrator atuando isolado, sendo os crimes separados por períodos longos ou curtos de tempo, motivados em sua maioria por questões psicológicas, sendo as evidências do crime marcadas por nuances sádicas e sexuais

4. PSICOPATIA E ASPECTOS JURÍDICOS

Até o início de 1941, mediante os estudos realizados por Hervey Milton Cleckley, a psicopatia não dispunha de uma abordagem jurídica diferenciada frente

as demais patologias já listadas, até então, os indivíduos que sofriam com insensibilidade moral e outras características antissociais tinham duas possibilidades de tratamento legal: ou eram considerados loucos e não recebiam punição, ou eram entendidos como criminosos natos devido a desvios de caráter sendo-lhes aplicadas punições extremamente rígidas pelo crime cometido (PIMENTEL, 2016).

Atualmente, no Brasil, o tratamento penal para assassinato em série não é específico, além de que muitos casos que possam vir a ser entendidos como assassinatos em série foram descobertos por acaso, muitos foram arquivados por falta de especialistas preparados para lidar com esse tipo de crime (FREIRE, 2012). No Contexto jurídico e social, considera-se crime uma infração da lei penal, sendo assim, o crime ocorre em detrimento da lei, norma ou algo anteriormente elaborado com intuito de garantir uma ordem geral. Ou seja, por meio das normativas estabelece-se um padrão de conduta, criando limitações aos indivíduos sociais. Nesse interim, o Direito Penal atua como um regulador de condutas, estabelecendo padrões comportamentais aceitos socialmente baseados nos tipos penas e suas respectivas sanções (RAMOS, 2017).

Mas como o rompimento com os padrões de conduta aceitos socialmente são aplicados ao *Serial killer* no Brasil considerando as especificidades psicológicas destes sujeitos? No Direito Brasileiro, não há ao menos um conceito jurídico para o homicídio em série, sendo assim, os tipos penais aplicáveis nestes casos mostram-se insuficientes para a efetivação de uma punição adequada.

No Direito Penal Brasileiro atual, os crimes que possam vir a ser entendidos como assassinatos em série são interpretados legalmente como homicídio qualificado “por motivo fútil”, conforme previsões do art. 121, §2º, inciso II. É comum também que seja reconhecido o instituto do crime continuado – art. 71 do Código Penal, porém muitas vezes, considerando as circunstâncias do fato, tais como tempo, lugar e *modus operandi*, é reconhecido como recurso material de crimes com base no art. 69 do Código Penal.

Cabe salientar que a psicopatia ainda não é muito discutida no país, há pouco investimento em psicologia forense no ramo penal e abordagens neurocientíficas, frente a isso, as sanções penais são aplicadas de maneira indistinta, sendo importante que hajam intervenções do poder legislativo para que sejam previstos legalmente a necessidade de exames criminológicos que possam vir a determinar a existência do transtorno ao meliante, além disso, faz-se necessária ainda condições penitenciárias adequadas para tal condição (OLIVEIRA, 2018).

Entretanto, faz-se importante destacar ainda que o tema da capacidade de culpabilidade à estes sujeitos não é falho somente na doutrina, há também divergências na psiquiatria quanto a questão. A jurisprudência também não dispõe de grandes debates sobre a temática, assim, a legislação brasileira reflete tal carência (SOARES, 2018).

5. MUDANÇAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO PARA TRATAMENTO DE *SERIAL KILLERS*

No Brasil, o projeto de Lei do Senado nº 140/2010 propôs-se a introduzir a figura do *serial killer* no direito penal nacional, pois até então, o ordenamento jurídico o faz de maneira não específica, frente a natureza incomum desse tipo de crime no país.

Tal projeto de lei tem por objetivo precípuo oferecer suporte legal para que seja fornecido o tratamento jurídico adequado as condicionalidades destes sujeitos, geralmente com transtornos psiquiátricos, que vos classificam como ameaças à segurança pública (TUMA, 2010). Com as alterações propostas pelo Projeto de Lei em tela, o conceito de assassino em série estaria contido no art. 121 do Código Penal Brasileiro. Conforme proposta:

Art. 121. Matar alguém:

[...] Assassino em série

§ 6º Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico.

Além disso, Sores (2018) destaca ainda que o PLS nº 140/2010 que pretendia o reconhecimento do *serial killer* no ordenamento jurídico previa ainda o acréscimo de outros parágrafos. No art. 7º dava-se além das características elencadas anteriormente, enfatizava-se a importância do laudo pericial unânime de um grupo de profissionais composto por dois psicólogos, dois psiquiatras e um especialista com comprovada experiência no assunto. No artigo seguinte, o PLS se dispunha a acrescentar que o assassino em série teria que passar por uma expiação de 30 anos de reclusão em regime integralmente fechado, podendo ser submetido a medida de

segurança em algum hospital psiquiátrico pelo mesmo tempo (TUMA, 2010), dando um tratamento específico ao criminoso, entendendo-o como merecedor de medidas extremas.

Apesar dos avanços significativos que a PLS propunha no que diz respeito a caracterização do assassino em série, tal projeto de lei, de acordo com Siena (2011), reverbera desarmonia com o sistema de penas da Parte Geral do Código Penal, visto que a pena mínima de 30 anos de reclusão iria de encontro com o disposto no art. 75, sendo o regime “integralmente fechado” incompatível com a individualização da pena descrita no art. 5º, XLVI da Constituição Federal Brasileira.

Além disso, o autor lembra ainda que o art. 9º do PLS impossibilitava a aplicação de qualquer tipo de anistia, graça, indulto ou progressão de regime, ferindo ainda o princípio da igualdade ao criar exceções. Tal projeto fora arquivado em 2014 e, desde então, não houve tramitações sobre a temática.

6. IMPUTABILIDADE, SEMI-INIMPUTÁVEL E INIMPUTÁVEL À *SERIAL KILLERS*

No contexto jurídico a perspectiva do psiquiatra é levada em consideração para avaliar se o psicopata, durante o ato criminoso dispõe de contato com a realidade, sendo de extrema importância a avaliação deste profissional para que o mesmo seja imputável, semi-imputável ou inimputável.

O Art. 179 do CPB indica que em casos onde haja dúvida quanto a integridade mental do acusado, o juiz poderá ordenar de ofício ou requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado que o mesmo seja submetido por exame médico-legal:

§ 1º - O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º - O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

A imputabilidade penal corresponde a um conjunto de condições pessoais correspondentes à inteligência e vontade que permitem ao agente dispor de entendimento do caráter ilícito do fato cometido, comportando-se de acordo com seu entendimento (FREIRE, 2016). Ou seja, é elemento sem o qual o sujeito não possui

discernimento para comportar-se de outro modo, não sendo capaz de culpabilidade, portanto, torna-se inculpável (SANCHES, 2016).

Nesse sentido, a imputabilidade trata-se da possibilidade de atribuir ao indivíduo a responsabilidade por sua infração, responsabilizando-o pelo ato criminoso, uma vez que são capazes mentalmente de reconhecer o caráter ilícito do fato, desde que estejam presentes os elementos de culpabilidade, quanto a isso Fiorelli e Mangini (2012) salientam que a imputabilidade penal está diretamente ligada ao entendimento da ação praticada, podendo a compreensão estar prejudicada devido as especificidades psicopatológicas ou deficiências cognitivas. Assim, Greco ressalta que:

No âmbito do Direito Penal, a perícia psiquiátrica tem por objetivo estabelecer diagnóstico e auxiliar o juiz a estabelecer a culpabilidade. Dessa maneira, mostra-se a impossibilidade de atribuir culpabilidade para um indivíduo portador de transtorno mental que comete algum ilícito, após diagnosticada a sua insanidade psíquica por meio de perícia. Nesse contexto, existe o reconhecimento de que essa pessoa apresenta incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento, não podendo ser estereotipado como criminoso (GRECO, 2011, p. 150).

Destarte, a perícia psiquiátrica é fundamental para a decisão judicial, uma vez que seu diagnóstico fundamentará a aplicação da culpabilidade, avaliando se o indivíduo possui incapacidade de compreensão ou não do ato ilícito, sendo a determinação da imputabilidade ou não, um dos pressupostos para a culpabilidade, essencial para o exercício do jus puniendi (FREIRE, 2016; SOARES, 2018).

Temer (2019) destaca quanto a imputabilidade a questão do dolo, sendo este a vontade, enquanto a imputabilidade corresponde a compreensão da vontade, ou seja, depende da capacidade de compreensão do ato ilícito. Assim, salienta que o dolo corresponde ao elemento subjetivo do tipo, referente a soma do elemento cognitivo com o elemento volitivo do agente, não havendo como confundir imputabilidade com dolo.

A inimputabilidade, por sua vez, considerando o disposto no art. 26 do Código Penal, corresponde a uma das causas de exclusão da culpabilidade do autor, em que se constitui a impossibilidade do agente do fato típico e antijurídico, de compreensão do caráter ilícito do fato, logo, não pode se comportar dentro do esperado, uma vez que não possui sanidade mental ou maturidade para tanto.

Entretanto, Abreu (2013) lembra que, para o reconhecimento da inimputabilidade é indispensável que a psicopatia correspondesse a uma doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, mediante confirmação de tais anomalias, tornar-se-ia possível analisar se, durante a ocorrência, as circunstâncias seriam suficientes para a retirada da capacidade de entendimento e vontade do autor. No Código Penal Brasileiro há algumas causas descritas para aplicação da inimputabilidade, são elas: a menoridade, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (MASSON, 2015).

Outrossim, a mesma fonte lembra ainda que caso o psicopata sofra de alguma doença mental (inclui-se embriaguez patológica) em caráter de comorbidade, sendo esta suficiente para indispor-lo no momento do fato de capacidade de compreensão, torna-se viável alegação de inimputabilidade, sendo aplicada em detrimento de doença mental.

Quando comprovada a inimputabilidade a recomendação do CPB, de acordo com art. 386, IV, é que o indivíduo seja absolvido. Entretanto, quando provada periculosidade, o indivíduo deve se submeter à medida de segurança, conforme art. 96 do Código Penal vigente.

Já no tanger a semi-imputabilidade, corroborada pelo parágrafo único do art. 26 do CPB, não exclui a culpabilidade do agente delitivo, entretanto, a culpabilidade fica diminuída em razão da dificuldade de valorar adequadamente o fato, além de posicionar-se de acordo com essa capacidade (BITENCOURT, 2011). Quanto a semi-imputabilidade, Freire (2016) explica que esta modalidade faculta ao magistrado a possibilidade de diminuição da pena ou encaminhamento do autor a um manicômio judicial psiquiátrico para que possa receber tratamento, em casos de recomendação médica para especial tratamento curativo, configurando-se assim, como medida de segurança. De acordo com Freire (2016, Pp. 55):

a semi-imputabilidade aplica-se a impulsos mórbidos, ideias prevalentes e descontrole impulsivo somente quando os fatos criminais se devem, de modo inequívoco, a comprometimento parcial do entendimento e da autodeterminação. Nos delitos cometidos por psicopatas – convém registrar – verifica-se pleno entendimento do caráter ilícito dos atos e a conduta está orientada por esse entendimento (premeditação, escolha de ocasião propícia para os atos ilícitos, deliberação consciente e conduta sistemática).

Sendo assim, para a aplicação da semi-imputabilidade é indispensável a verificar se a psicopatia corresponde a uma perturbação da saúde mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, verificada, analisar-se-ia quanto as implicações para retirada do autor dos fatos, no momento da conduta, a capacidade de entender e querer.

7. PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE E MEDIDA DE SEGURANÇA

No atual sistema penal Brasileiro, implica-se como sanção penal no caso dos psicopatas e *serial killers* é a pena restritiva de liberdade e a medida de segurança, sendo adotado um sistema unitário, não sendo possível a aplicação cumulativa de penas restritivas de liberdade e medidas de segurança (RAMOS, 2017). A escolha da pena se dá a partir da análise do caso e das condições pessoais do réu, levando em conta os dados dos laudos periciais. Com base no art. 75 do Código Penal, o cumprimento das penas de restritivas de liberdade:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

No bojo dessa discussão é preciso considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida e o direito à segurança da coletividade, sendo assim, nos casos de aplicação de medida de segurança ao psicopata ou *serial killer* tem-se como objetivo a proteção da sociedade das ações do indivíduo considerado perigoso, neste caso, consideram-se as prerrogativas do art. 97 do Código Penal Brasileiro:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26).

Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de

periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Constitui-se a medida de segurança, tal como uma sanção penal de natureza preventiva, sem que sejam considerados prazos pré-estabelecidos, sendo assim, perdure por quanto dure a periculosidade do agente. Assemelha-se a pena no sentido de que fornece meios para a privação da liberdade e diminuição de um jurídico, entretanto, divergem-se na fundamentação, pois enquanto uma é aplicada considerando a culpabilidade do agente, a segunda se baseia na periculosidade (FREIRE, 2016).

8. PSICOPATIA X RESSOCIALIZAÇÃO: É POSSÍVEL?

Os indivíduos psicopatas apresentam como principais características o *déficit* emocional, falta de empatia e afetividade, sentimentos considerados necessários para a construção do julgamento moral. Nesse interim, a razão e a emoção são mecanismos utilizados para decidir o que é ou não moral nos acontecimentos. A falta de tais características dificulta a compreensão do conjunto de valores éticos preexistentes que determinam uma ação é aceitável ou não do ponto de vista moral (OLIVEIRA; STRUCHINER, 2011).

Desta maneira, a capacidade de julgamento para decisões morais destes sujeitos é questionável. Oliveira e Struchiner (2011) apontam que existem duas possibilidades de entendimento quanto ao comportamento psicopata. O entendimento clássico em que os psicopatas, diferentemente dos que sofrem de esquizofrenia e demência, possuem capacidade de julgamento moral, porém não se importam com tal julgamento para direcionar suas ações, agindo intencional e voluntariamente, além de saberem a diferença entre certo e errado, porém, emocionalmente, não possuem a sensação de tal distinção. À ainda uma posição não clássica, em que os psicopatas não possuem capacidade de julgamento moral, apenas fingem dispor de tal capacidade para fins de manipulação.

Frente a esses dois posicionamentos é importante que o ordenamento jurídico considere possibilidades de abordagem para estes casos, existe uma cura? Existem medidas paliativas que possam ser adotadas? Qual seria a melhor abordagem para o cumprimento de pena? De acordo com Emílio (2013):

Existem tratamentos por meio de medicamentos e psicoterapias, porém, salvo algumas exceções, estes métodos mostraram ser ineficazes, pois os indivíduos psicopatas acreditam não haver problema nenhum com eles, em suma, para eles não existem problemas de ordem psicológica ou

emocional que devam ser tratados (EMÍLIO,2013, p.27 apud BRAYNER, 2016, p.40).

Há correntes de estudo que apontam a terapia como um mecanismo de agrave do problema psicopata, entendendo que o tratamento, para que seja eficiente, necessita da colaboração do mesmo, entretanto, não há manifestação de interesse, fornecendo ao psicopata novas formas de racionalização de seu comportamento, novas formas de manipulação, além de desmistificar novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana (HARE, 2013).

Uma das formas alcançar melhores resultados é através da identificação precoce da psicopatia e início de intervenções para alteração dos padrões comportamentais do indivíduo em sua vida adulta, ensinando estratégias de controle das necessidades, sem que haja emprego de mal a outrem (RAMOS, 2017).

Mesmo com a evolução científica quanto ao tema, além das divergências quanto ao entendimento do que é um psicopata, é importante que a jurisprudência desenvolva um posicionamento quanto ao tema, pois, mesmo não sendo considerada uma doença mental para a medicina os crimes de assassinos em série são uma realidade que precisa ter correspondente jurídico.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como foco a temática das sanções penais e sua aplicabilidade à assassinos em série no código penal brasileiro. Para tanto, tratou-se de identificar origem e conceito do termo psicopatia, visando demonstrar quais as implicações da condição para as relações sociais e reconhecimento do crime. Nesse contexto, estão inseridos os *serial killers*, definidos como indivíduos psicopatas como um Transtorno de Personalidade antissocial que dispõem de características bem definidas como atrativos a suas presas.

No contexto jurídico, a psicopatia não possui uma abordagem jurídica bem definida, principalmente quando se trata de assassinos em série, uma vez que o Código Penal Brasileiro não dispõe se quer de definição de tal tipologia.

O mais perto que se chegou de obter uma definição clara no CPB foi através da PLS nº140/2010, que além de estabelecer conceito de tal tipologia no art. 121 do CPB, também descrevia formas de lidar com estes sujeitos, penalidades e outros. Entretanto, devido as desarmonias apresentadas pela PLS com o sistema de penas da Parte Geral do Código Penal, foi arquivado em 2014 e, desde então não houve novas expressões.

Há grandes dificuldades do Poder Judiciário Brasileiro para aplicação de penalidades à psicopatas e *serial killers* devido a falta de medidas para serem aplicadas nestes casos, de políticas criminais voltadas à pessoas com transtornos psicológicos, uma vez que a aplicação de penas restritivas de liberdade isoladamente está longe de ser o ideal. Contudo, mostra-se eficaz quando verificadas como resposta penal, sendo importante que o Poder Legislativo brasileiro desenvolva esforços para a elaboração de leis que considerem elementos de dignidade da pessoa humana, a segurança da coletividade, além de considerar a perspectiva psicológica e psiquiátrica, fornecendo resposta adequada para o sistema penal nessa temática.

REFERÊNCIAS

ABREU, Michele. Da imputabilidade do psicopata. Pub. 2013. Disponível em: <http://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-dopsicopata> Acesso em: 5 de nov. de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte g eral 1 . 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.,

BITTENCOURT, Maria Inês G. F. Conceito de psicopatia: elementos para uma definição. Arq. bras. Psic., Rio de Janeiro, 33 (4): 20-34, out./dez. 1981.

CAPONE, Robson Corrêia Passos de Souza. A dificuldade de ressocialização do psicopata e a necessidade de distancia-lo do convívio social. 28 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53840/a-dificuldade-de-ressocializao-do-psicopata-serial-killer-e-a-necessidade-de-distanci-lo-do-convvio-social> Acesso em: 10 de jun. de 2020.

FIORELLI, José O.; MANGINI, Rosana C.R. Psicologia Jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

FREIRE, Isabelle Alencar. Responsabilidade penal do psicopata / Isabelle Alencar Freire - 2016. 110 p. : il color. Monografia (Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

FREIRE, Isabelle Alencar. Responsabilidade Penal do psicopata. Universidade Estadual da Paraíba. João Pessoa – 2016. Disponível em: [PDF Isabelle Alencar Freire tcc | Passei Direto](#) Acesso em: 14 de out. de 2020.

FREIRE, Renan Arnaldo. PLS nº 140/2010: o tratamento penal ao *serial killer*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3366, 18 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22638> Acesso em: 09 set. de 2020.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil. – 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.

LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 5 ed. - São Paulo: Atlas: 2003.

LIMA, Giovanni Roma de; SANCHEZ, Claudio José Palma. O surgimento de um assassino sequencial. ETIC 2017 – Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76-8498. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/6470/6164> Acesso em: 10 de ju. De 2020.

MARTINS, Marcia Erica Felipe. Psicopatia e o direito penal brasileiro: a imputabilidade do *serial killer*. Conteúdo Jurídico, 8 de out. de 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53545/psicopatia-e-o-direito-penal-brasileiro-a-imputabilidade-do-serial-killer> Acesso em: 10 de jun. de 2020.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. Psicopatia: Conceito, Avaliação e Perspectivas de Tratamento. Psicologado, [S.l.]. (2012). Disponível em: <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento> Acesso em 12 Jun 2020.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal. Disponível em: http://www.pucrio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf Acesso em:10 DE AGO. DE 2020.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal. Disponível em: http://www.pucrio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf Acesso em: 29 de jun de 2020.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147, abr 2016. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068 Acesso em 25 Jun. de 2020.

PINHEIRO, Carla. *Psicologia Jurídica - Col. Direito Vivo - 2ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Késsia de Santana Flório. *Serial killer: prisão ou tratamento.* Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Cachoeiro de Itapemirim – 2017. Disponível em: [Monografia \(fdci.br\)](http://fdci.br) Acesso em: 17 de set. de 2020.

RAMOS, Késsia de Santana Flório. *Serial Killer: prisão ou tratamento.* Faculdade de Direito de Cchoeiro de Itapemirim – 2017. Disponível em: https://fdci.br/arquivos/200/K_SIA%20DE%20SANTANA%20FL_RIO%20RAMOS%20-%20VIA%20DEFINITIVA%20MONOGRAFIA.pdf Acesso em: 09 de jun. de 2020.

SCHECHTER, Harold: *Serial killers, Anatomia do Mal/Harold Schechter;Tradução Lucas Magdie.* Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013. 480 p. ISBN 978-85-6663612-3.

SEVERINO, Antônio Joaquim, 1941 – *Metodologia do Trabalho Científico* – 24 ed. Editora Cortez.- São Paulo: Cortez, 2018.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. O "*serial killer*" como inimigo no Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3065, 22 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20457>>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado.* Rio de Janeiro, Objetiva, 2008.

SOARES, Carolina Freitas. *O serial killer e o direito penal brasileiro.* Lavras – MG, 2018. Universidade Federal de Lavras. Disponível em: [Carolina Freitas Soares - TCC.pdf \(ufla.br\)](#) Acesso em: 11 de set. de 2020.

TEMER, Brenda Coelho. *Serial Killers: Análise contemporânea do ordenamento jurídico.* Monografia apresentada ao Curso Superior de Direito. Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu – MG., - 2019.

TUMA, Romeu. *Projeto de Lei do Senado nº 140, de 2010, Brasília, DF, 2010.*

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE A TRANSEXUAL FIGURAR COMO SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE FEMINICÍDIO

JÉSSICA MOREIRA DE SOUSA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Unirg Gurupi/TO.

WENAS SILVA SANTOS¹¹⁹

Resumo: Em 09 de março de 2015, entrou em vigor a Lei 13.104/2015, que modificou o artigo 121 do Código Penal, acrescentando o crime de feminicídio, uma qualificadora do homicídio, incluso no rol de crimes hediondos. O feminicídio é o homicídio praticado contra mulher por razão do sexo feminino. O presente trabalho tem o objetivo de verificar sobre a possibilidade de a transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio, analisar as discussões doutrinárias sobre três critérios para definir quem pode ser mulher: critério biológico, jurídico e psicológico. Trata-se de um estudo qualitativo, mediante a utilização de livros conseguidos na biblioteca, na internet, e adquiridos, bem como artigos científicos publicados em sites acadêmicos, revistas, jornais e leis. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que a mulher transexual pode sim figurar como sujeito passivo do crime de feminicídio.

Palavras-chave: Feminicídio. Lei 13.104/2015. Gênero. Mulheres transexuais.

Abstract: On March 9, 2015, Law 13,104 / 2015 came into force, which amended article 121 of the Penal Code, adding the crime of femicide, a qualifier for homicide, included in the list of heinous crimes. Femicide is the homicide committed against women due to the female sex. The present work has the objective of verifying on the possibility of the transsexual being a passive subject in the crime of femicide, analyzing the doctrinal discussions on three criteria to define who can be a woman: biological, legal and psychological criteria. It is a qualitative study, using books obtained in the library, on the internet, and acquired, as well as scientific articles published on academic websites, magazines, newspapers and laws. With the result of the research it was possible to conclude that the transsexual woman can appear as a passive subject of the crime of femicide.

Keywords: Femicide. Law 13.104 / 2015. Genre. Transsexual women

Sumário: Introdução. 1. Sexo e Identidade de gênero. 1.1. Transexualidade. 1.2. Cirurgia de Redesignação Sexual. 1.3. Alterações do nome e sexo no registro civil. 2.

¹¹⁹ Profº. Mestre em Direito e Professor Universitário de Direito na Universidade Unirg Gurupi/TO.

Feminicídio. 2.1. Ordenamento Jurídico da Lei 13.104/2015. 3. Aplicabilidade do feminicídio para as mulheres. 3.1. Critério Biológico. 3.2. Critério Jurídico. 3.3. Critério Psicológico. 4. Entendimento Jurisprudencial. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

A lei 13.104/2015 entrou em vigor no dia 09 de março de 2015, alterando o artigo 121 do Código Penal, e o feminicídio foi classificado como crime hediondo. Foi acrescentado o inciso VI e o §2º-A. No inciso VI dispõe que ocorrerá o feminicídio quando o homicídio é praticado contra a mulher, por razão do sexo feminino. Já no §2º-A, esclarece que o homicídio da mulher é considerado como razão da condição do sexo feminino, quando o crime envolver violência doméstica ou familiar; menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pena desse crime é a reclusão de doze a trinta anos, e ocorrerá aumento de pena de 1/3 até metade, se o crime for praticado durante gestação ou três meses após o parto; contra mulher menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; e na presença de ascendente ou descendente da vítima.

O Projeto de Lei que deu origem a Lei 13.104/2015, foi a PL 8.305/2014. Porém, ocorreu uma alteração na lei, em que, na PL constava: "contra a mulher por razões de gênero", e na Lei 13.104/2015, consta: "contra a mulher por razões da condição do sexo feminino". Houve a alteração da expressão gênero para sexo, ocorrendo assim, uma exclusão com as mulheres transexuais.

Alguns doutrinadores mais modernos entendem que a mulher transexual pode sim figurar como sujeito passivo do feminicídio, seguindo o critério jurídico, em que a transexual alterou o seu registro civil, e nele constar como sexo feminino. Já alguns doutrinadores mais conservadores, que seguem o critério biológico, afirmam que a transexual não poderá figurar como sujeito passivo do feminicídio, pois segundo esse critério, que a mulher é identificada através da concepção genética, sendo assim, mesmo a transexual passando pela cirurgia de redesignação sexual, seria alterada a estética, mas não a concepção genética, então, para esse critério, a transexual não poderia ser vítima do feminicídio.

Este artigo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, em doutrinas, jurisprudências, artigos publicados em sites acadêmicos, jornais e legislações vigentes referentes ao tema, portanto caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa. Portanto, tem-se como objetivo analisar sobre a possibilidade de a mulher transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio.

Desse modo, o primeiro capítulo tratará sobre a diferença de sexo e gênero, como se conceitua a transexualidade, como ocorre a cirurgia de redesignação sexual e a alteração do nome e sexo no registro civil.

O segundo capítulo foi discutido sobre o feminicídio, sobre a sua origem, quando ocorrerá, a aplicação do ordenamento jurídico da Lei 13.104/15, e sobre dados do feminicídio no Brasil. O terceiro capítulo foi abordado a respeito dos critérios para definição de mulher, tratando dos critérios: biológico, jurídico e psicológico. E, por fim, o quarto capítulo tratou da possibilidade de a transexual ser vítima no feminicídio, sendo analisado o entendimento jurisprudencial.

1. Sexo e Identidade de Gênero

O Projeto de Lei que deu origem a Lei 13.104/2015, a Lei do Feminicídio, foi a PL 8.305/2014. Porém, ocorreu uma alteração na lei, em que, na PL constava: “contra a mulher por razões de gênero”, e na Lei 13.104/2015, consta: “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”. Houve a alteração da expressão gênero para sexo. Porém, as expressões sexo e gênero possuem um significado diferente.

Sexo se refere às características biológicas que se distinguem dos homens e das mulheres. O sexo biológico é o sexo anatômico, físico e pode ser constatado pelos órgãos sexuais externos (MONTEIRO, 2017).

Sexo é a aparência física externa da pessoa, em que no instante do nascimento de um recém-nascido, é determinado se é um menino ou uma menina, levando em conta o visual do corpo da criança e qual o órgão sexual externo. (EIRAS, 2019).

O gênero se diz respeito sobre a identidade, a personalidade que uma pessoa se identifica, se assemelha; o gênero não se determina pelo sexo, e sim a relações sociais, culturais, e está vinculado ao dever que uma pessoa tem na comunidade e como que ela se identifica. (CUNHA, 2014).

Gênero está ligado a um complexo de representações culturais, sociais, econômicas, e que é composta com base na distinção biológica dos sexos, o homem e a mulher.

Porém, gênero é confundido com identidade de gênero, em que gênero é concepção social e a identidade de gênero é como um sujeito se compreende como pessoa e como demonstra quem é. (EIRAS, 2019).

Identidade de gênero é a maneira como a pessoa se identifica e se compreende no que diz respeito com o seu gênero. (BERNADINO, 2020).

Apesar de uma pessoa nascer do sexo masculino ou feminino, esse indivíduo pode se reconhecer como homem ou mulher, independente do seu sexo biológico.

Existem três principais tipos de identidade de gênero: cisgênero, transgênero e não-binário.

Cisgênero é a pessoa que nasceu com um sexo biológico masculino ou feminino e o seu gênero se reconhece com o seu sexo biológico. Ex: uma mulher (identidade de gênero) com o sexo denominado como feminino (sexo biológico). (OKA, 2020)

Transgênero, é a pessoa que não se reconhece com o seu gênero que lhe foi determinado, não há relação entre o psicológico e o sexo biológico, podendo ser uma travesti, uma mulher transexual ou homem transexual. Ex: uma mulher (identidade de gênero) com o sexo designado como masculino (sexo biológico), no caso, é uma mulher transexual. (MONTEIRO, 2017)

Não-binário: é a pessoa que não se sente adequado inteiramente nem como mulher, nem como homem. (OKA, 2020)

1.1 Transexualidade

O termo transexualidade adveio pela primeira vez por volta dos anos de 1950, depois de uma intervenção médica pelo Dr. Christian Hamburguer, na alteração da aparência sexual por via de hormônios e cirurgias, da mulher trans Christine Jorgensen. O endocrinologista responsável foi o Dr. Harry Benjamin, e oferecia auxílio as pessoas que não se aceitavam com seu sexo biológico e desejava a mudança de sexo. (FRIGNET, 2002, p. 24).

Transexualidade é quando a condição sexual da pessoa não se identifica com sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, reconhecendo-se psicologicamente com o gênero oposto do seu sexo biológico. Refere-se a um drama jurídico-existencial por existir uma desarmonia entre a identidade sexual física e psíquica. (DINIZ, 2012).

Transexual é uma pessoa que se reconhece psicologicamente e socialmente com o sexo oposto do seu. A pessoa possui as características físicas do sexo mencionado na sua certidão de nascimento, mas se considera relacionado ao sexo oposto do seu. Enfim, a transexual feminino, é uma mulher existindo em um corpo do sexo masculino e o transexual masculino é um homem vivendo no corpo de uma mulher. Nessa situação, a cirurgia de mudança de sexo, a redesignação sexual pode se demonstrar como uma forma essencial para a adaptação do seu estado físico e psíquico (Cardoso, 2008).

A pessoa transexual, o seu psicológico não se sente bem com o seu biológico, e isso acaba provocando sofrimento, manifestando aspectos de depressão, angústia, ansiedade, inconformismo e negação pelo seu próprio corpo. Sofre um incômodo psíquico com seu sexo biológico, e com isso, deseja muito ter seu corpo readaptado ao sexo oposto em que considera possuir.

1.2 Cirurgia de Redesignação Sexual

A primeira cirurgia de redesignação sexual ocorreu em 1952, pelo Dr. Christian Hamburguer, na alteração da aparência sexual por via de hormônios e cirurgias, da mulher trans Christine Jorgensen. O endocrinologista responsável foi o Dr. Harry Benjamin, e oferecia auxílio as pessoas que não se aceitavam com seu sexo biológico e desejava a mudança de sexo. (FRIGNET, 2002, p. 24).

Assim, a primeira conquista dos transexuais ocorreu em 10 de setembro de 1997, em que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.482/97, autorizou, "a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo". Na resolução, considera que o paciente é transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e com certa tendência à automutilação e ou autoextermínio. (RESOLUÇÃO CFM nº 1.482/97).

Em 12 de agosto de 2010, a resolução de 1482/1997 foi revista e substituída pela resolução nº 1955/2010, em que foi retirada a palavra experimental que continha na resolução anterior, e independe de autorização judicial.

No artigo 3º da resolução 1.955/2020, dispõe sobre os critérios para que o transexual realize a cirurgia de redesignação sexual:

"Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais."

Pela leitura do artigo 13 do Código Civil, pode-se considerar que existe uma repressão de que se realize o ato cirúrgico de transgenitalização, a redesignação sexual, conforme dispõe:

"Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes."

Apesar de que esta pressuposta proibição descumpra a garantia da dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente. De acordo com a IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo CJF/STJ, o Enunciado 276, dispõe:

“O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.”

A cirurgia de transgenitalização, também conhecido como redesignação sexual, que ocorre com a neocolpovulvoplastia, que é a cirurgia de alteração da genitália masculina para feminina, poderá ser efetuado em hospitais públicos ou privado, independente da atividade de pesquisa. Já a neofaloplastia que é de maneira inversa, muda o aparelho feminino para o masculino, e só poderá ser realizada em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa. Em nenhuma dessas cirurgias, não precisa da autorização judicial. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

1.3 Alterações do nome e sexo no registro civil

O direito e a proteção ao nome estão previstos no artigo 16 do Código Civil, que dispõe: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

O direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, referente ao gênero do direito à integridade moral, visto que toda pessoa tem o direito à identidade pessoal, de ser identificado por denominação própria pela sociedade. (GONÇALVES, 2017).

Porém, para o transexual, mesmo após ter realizado a cirurgia de redesignação sexual, o mesmo tem que buscar por meio do judiciário, que o seu registro civil seja adaptado para a nova realidade, que é o novo sexo, sendo assim, necessita da reparação do sexo e do novo prenome escolhido pela pessoa (CARDIN; BENVENUTO, 2013).

Na lei 6.015/1973, no artigo 58, dispõe que, o prenome é definitivo, que para ocorrer à alteração, somente em caso excepcionais como de erro, exposição ao ridículo e adoção. No seu paragrafo único, consta acerca da possibilidade de substituição do prenome por apelidos públicos e notórios.

Não é encarado justo para uma pessoa que é física e psicologicamente de um sexo, e em seu registro civil e outros documentos, esteja constando o sexo e o nome diferente da sua nova realidade. (CARDIN; BENVENUTO, 2013).

No dia 09 de maio de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu que a pessoa transexual poderá modificar o sexo e o prenome que consta no seu registro civil, sem ser necessário ter realizado a cirurgia de redesignação sexual, porém tem que comprovar por meio judicial sua mudança de sexo. E ainda, diante disso, a averbação no registro civil não poderá abranger, mesmo que de forma sigilosa, a denominação "transexual", o sexo biológico e os motivos de modificação. (STJ, 2017).

E ainda em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu por meio da ADI 4275, a possibilidade de os transexuais alterarem o registro civil, sem a necessidade da cirurgia de mudança de sexo. O Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) defende que o transexual tem o direito em adaptar os seus documentos, referente ao nome e ao sexo, pois segundo ele, não adianta vencer essa dificuldade, que é a dicotomia físico-psíquica, sendo que a pessoa vai continuar lidando com o constrangimento de se identificar como portadora do sexo oposto ao seu. (DE MELLO, 2018).

2. Femicídio

A expressão feminicídio, vem do termo femicide em inglês, que foi utilizado pela primeira vez na década de 1970, por Diana Russel no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, que ocorreu na cidade de Bruxelas, no ano de 1976, a fim de identificar e dar transparência em relação à opressão, abuso, discriminação, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que pode ocasionar em morte. (PASINATO, 2011).

As expressões Feminicídio e femicídio geralmente são utilizadas como sinônimos, consistindo no homicídio contra mulher por razões de gênero. Porém, existe uma diferença entre essas duas expressões. O termo feminicídio é homicídio praticado contra mulher por razões de gênero, a vítima do sexo feminino, contendo ódio ou menosprezo por sua condição, enquanto que a expressão femicídio é o homicídio da mulher. (SILVA, [201-]).

O feminicídio é dividido em três subtipos: feminicídio íntimo, não íntimo e por conexão. O feminicídio íntimo é aquele homicídio praticado por homem sendo que tem ou teve uma relação íntima, doméstica, de convivência com a vítima mulher. Envolvem o homicídio praticado por parceiro sexual sendo, companheiro, namorado, marido, podendo ter sido uma relação atual ou passada. Já o feminicídio não íntimo

é aquele realizado por homem sendo que não possuía relação próxima com a vítima mulher, doméstica ou convivência, que não conhecia a vítima, porém sustenta menosprezo pela condição de mulher vem a assassiná-la. O feminicídio por conexão ocorre quando a mulher é assassinada, pois tenta interferir para impossibilitar um homicídio contra outra mulher, e assim termina morrendo, sendo que esta pode ser parente, mãe, filha, amiga, ou até mesmo uma mulher desconhecida. (PASINATO, 2011).

2.1 Ordenamento Jurídico da Lei 13.104/2015

No dia 09 de março de 2015, a partir do Projeto de Lei nº 8.305/2014, foi aprovada a Lei nº 13.104/2015, em que foi adicionada uma qualificadora ao crime de homicídio, que é o Feminicídio, e classificando esse crime como hediondo. Essa Lei alterou o artigo 121 do Código Penal, acrescentando o inciso VI, e o §2º-A. (BRASIL, 2015).

A Lei 13.104/2015 adicionou o inciso VI no artigo 121 do Código Penal, o feminicídio, compreendido como o homicídio de uma mulher em razão da condição do sexo feminino. A existência da qualificadora determina a condição de violência cometida contra a mulher, em circunstância definida por relação de poder e submissão, realizada por homem ou mulher sobre mulher em condição de vulnerabilidade. O §2º-A foi adicionado para demonstrar quando o homicídio da mulher deve ser analisado por causa da condição do sexo feminino, a pena desse crime é reclusão de doze a trinta anos (CUNHA, 2018).

“VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.”

Em relação ao inciso I, considera-se que ocorre o homicídio contra mulher por razão do sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar, o conceito de violência doméstica e familiar está previsto no artigo 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que dispõe:

“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:

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."

Para que se caracterize a violência doméstica ou familiar determinadora do feminicídio, é preciso que a violência tenha como motivo o gênero feminino, não sendo suficiente que a vítima seja a esposa, namorada, companheira, filha, etc. Se o marido assassina a esposa, pois a mesma não quis ter relação sexual ou pediu o divórcio, configura-se feminicídio. Porém, se o homem mata a esposa, pois queria receber o seguro de vida que a esposa contratou, não seria tipificado como feminicídio, e sim como homicídio qualificado pelo motivo torpe (GONÇALVES, 2016)

No inciso II do §2º-A, ocorrerá a qualificadora do homicídio quando houve o crime de homicídio contra mulher por razão do sexo feminino, quando se tratar de menosprezo e da discriminação à condição de mulher. O menosprezo é compreendido na definição de desprezo, indiferença; já a discriminação possui a definição de agir de maneira diferente com a pessoa, a diferença pelo motivo da vítima ser mulher. Nesse caso, a vítima pode ser uma mulher em que o autor do crime não conhece a mesma (GRECO, 2017).

O crime de feminicídio pode ser cometido por qualquer pessoa, seja homem ou mulher.

No §7º, artigo 121 do Código Penal, também acrescentado pela Lei nº. 13.104/2015, dispõe sobre a pena do feminicídio que será aumentada de 1/3 até a metade quando for praticado:

"§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;"

Nos incisos I e II do §7º do art. 121 do CP, para que o autor do feminicídio possa ter a sua pena aumentada, é necessário que ele tivesse conhecimento que a vítima estava grávida ou que havia realizado seu parto há 3 meses, ou que a vítima era menor de 14 anos ou maior de 60. (GRECO, 2017)

No inciso II, faz a utilização da expressão "com deficiência" que será uma causa de aumento de pena, em qualquer dos tipos de deficiência: Auditiva, física, visual, mental ou múltipla.

No inciso III, será aplicado o aumento de pena quando o feminicídio for praticado na presença de descendente ou ascendente da vítima, quer dizer, a pessoa observar a prática do homicídio. Pode-se suceder tanto pessoalmente quanto virtualmente, por meio de computador ou celular. (GRECO, 2017).

O Brasil ocupa 5º posição no Ranking Mundial de Feminicídio. Nos casos de feminicídio, o Brasil apresentou um aumento de 7,3% em 2019, em relação ao ano de 2018. Foram 1.314 mulheres assassinadas pelo motivo de serem mulheres, uma média de 1 mulher a cada 7 horas, ou seja, a cada dia, três mulheres são assassinadas pelo fato de serem mulheres. (G1, 2020).

3. Aplicabilidade do feminicídio para as mulheres

Segundo a Lei 13.104/2015, para acontecer o crime de feminicídio, é necessário que o sujeito passivo seja uma mulher, e que o crime tenha sido realizado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. Sendo assim, quem pode ser vista como mulher, para fins de reconhecimento do homicídio qualificado, quem pode figurar como sujeito passivo do feminicídio?

Neste tópico será trabalhado a respeito dos critérios biológico, jurídico e psicológico, com a finalidade de apresentar os conceitos e as definições para cada

um dos critérios, à luz da legislação e o posicionamento doutrinário sobre o determinado assunto.

3.1 Critério Biológico

Para os doutrinadores mais conservadores, é definida como mulher a sua concepção genética ou cromossômica. Esse critério reconhece homem ou mulher pelo sexo morfológico, genético e endócrino. Para esses doutrinadores a cirurgia de redesignação sexual, a neocolpovulvoplastia modifica a estética, porém não altera a concepção genética, que mesmo alterando o órgão genital, geneticamente não é mulher. Para esse critério, não seria possível a transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio. (Barros, 2016)

3.2 Critério Jurídico

Os doutrinadores mais modernos apoiam o critério jurídico. Para esse critério, é reconhecida como mulher aquela que for portador de um registro oficial, a certidão de nascimento, documento de identidade. Nesse documento, tem que demonstrar claramente, o sexo feminino. No caso da transexual, que a vítima nasceu com o sexo masculino, em que constava na sua certidão de nascimento, porém, como não se reconhece com o seu sexo biológico, entra com uma ação judicial, para a alteração da mudança de sexo, e assim, o seu registro oficial é modificado, consistindo agora, como pessoa do sexo feminino. Sendo assim, a partir desse instante, conforme a posição do critério jurídico poderá figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio. (Greco, 2017).

Segundo Cunha (2018), é considerada mulher aquela que é reconhecida por meio judicial. Para ele, a transexual que formalmente conseguiu o direito de ser reconhecida civilmente como mulher, não há como rejeitar a incidência da lei penal, pois, para todos os efeitos, esta pessoa é reconhecida como mulher.

3.3. Critério Psicológico

O critério psicológico é considerado quando alguém do sexo masculino, psicologicamente, considerar pertencer ao sexo feminino, e vice-versa, isso é o que acontece com os transexuais. (Greco, 2017).

O transexualismo, segundo o Genival Veloso de França (2019) é:

“Uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem em uma forma de curar por meio da cirurgia de

reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.”

Em vista disso, os doutrinadores que apoiam o critério psicológico entendem que toda pessoa que se reconhece como sendo do gênero feminino, apesar de não ter feito a realização da cirurgia de redesignação sexual, se for assassinada por razão do sexo feminino, será considerada como vítima do feminicídio.

4. Entendimento Jurisprudencial

Em junho de 2016, ocorreu a primeira atuação no Estado de São Paulo, em que a Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri da Capital ofereceu a denúncia, pelo crime de feminicídio contra Luiz Henrique Marcondes dos Santos, ex-companheiro de Michele, uma mulher transexual. Michele foi morta a facadas, em fevereiro, pelo seu parceiro. No caso, o suspeito possuía um relacionamento com a vítima há 10 anos, e a mesma já havia alterado o seu nome social, e era de conhecimento público.

O Ministério Público do Estado de São Paulo (2016) entende que:

“A denúncia reflete a interpretação da Lei Maria da Penha no sentido de caracterizar como violência doméstica sofrida pela mulher “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, ocorrida dentro do ambiente doméstico, familiar ou de sua intimidade, podendo ser violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral e tantas outras”. Para o promotor de Justiça Flavio Farinazzo Lorza, “não há que se questionar o caráter de violência doméstica empregada pelo denunciado à vítima, visto que eram companheiros e coabitavam há dez anos”.

O Promotor de Justiça Flávio Lorza, completa que, o reconhecimento formal da violência doméstica tem que ser tratada sob a visão não do sexo, mas sim do gênero da mulher. (MPSP, 2016).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) analisou o artigo 5º da Lei Maria da Penha e entendeu que a sua aplicação pode ser estendida às mulheres transexuais que estão sofrendo violência doméstica e familiar. Essa percepção tem como objetivo proteger todas as pessoas em que a identidade de gênero seja feminina, e que assim sejam garantidos seus direitos fundamentais, conforme a Constituição Federal. (MPMG, 2017).

A 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios permaneceu, por unanimidade, a decisão do juiz-presidente do Tribunal do Júri de Taguatinga, que recebeu a denúncia do Ministério Público contra dois acusados, em que praticaram a tentativa de feminicídio contra uma mulher transexual. Conforme os autos, os acusados em abril de 2018, com a intenção de matar, agrediram a vítima acarretando-lhe graves lesões corporais. Os réus apresentaram um recurso, que tinha como objetivo excluir a qualificada, com a argumentação de que a vítima não pertencia, biologicamente, ao sexo feminino, e que assim não se pode colocar o homicídio com a qualificadora de feminicídio. Portanto, foi negado o provimento ao recurso, dando destaque a dupla vulnerabilidade das mulheres transexuais que são expostas tanto pela discriminação em relação à condição de mulher quando ao preconceito em relação ao reconhecimento da identidade de gênero assumida. (TJDF, 2019).

No dia 05 de outubro de 2020, uma jovem mulher transexual de 17 anos foi morta pelo seu ex-companheiro, na cidade de Ibitinga, estado de São Paulo. A jovem era conhecida como Paola, estava na sua casa, quando seu ex-companheiro quebrou a porta e desferiu golpes de facas na vítima. O réu foi preso em flagrante por homicídio qualificado, por motivo fútil, meio cruel, impossibilidade de defesa da vítima e feminicídio. (G1, 2020).

Considerações Finais

Conforme todo exposto, o Trabalho de Conclusão de Curso teve como objetivo acerca sobre a possibilidade jurídica de a transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio. E que com o grande aumento de casos de mulheres que são assassinadas por violência doméstica, foi criada a lei 13.104/2015, para os crimes contra as mulheres, quando ocorrer em violência doméstica ou familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Desde a criação da Lei 13.104/2015, o ano de 2019 foi o que teve o maior número já registrado do crime de feminicídio, em que 1.314 mulheres foram assassinadas pelo motivo de feminicídio, uma média de 1 mulher a cada 7 horas. O Estado do Tocantins, nesse mesmo ano, foi o Estado que teve o menor número de casos de feminicídio registrado, com um total de 5 casos.

No primeiro capítulo foi abordada a respeito da diferença entre sexo, gênero e identidade de gênero, pois na maioria das vezes esses termos são considerados como sinônimos, a diferença entre cisgênero, transgênero e não binário. Foi abordado sobre a transexual, como é conceituada em relação ao sexo e ao gênero, sobre a cirurgia de redesignação sexual, quando foi a primeira vez que ocorreu a

cirurgia. Com o advento da ADI 4275, os transexuais podem alterar o seu registro civil, sem precisar fazer a cirurgia de redesignação sexual.

No segundo capítulo foi tratada a respeito do feminicídio, a diferença entre feminicídio e femicídio, e como o feminicídio é dividido entre íntimo, não íntimo e por conexão. Foi abordado também sobre o ordenamento jurídico da Lei 13.104/2015, sobre cada inciso, quando será considerado feminicídio.

No capítulo terceiro, foi feita uma análise da aplicabilidade do feminicídio para as mulheres, que são três: biológico, jurídico e psicológico. Em que os mais conservadores, acreditam no critério biológico, em que somente a mulher com sua concepção genérica do sexo feminino, podem ser consideradas como mulher. No critério jurídico, se a pessoa alterar seu registro civil, pode ser definida como mulher, nesse caso, a transexual. E no critério psicológico, em que a pessoa não precisa alterar seu registro civil e nem fazer a cirurgia, será considerada como mulher.

E, por fim, no quarto capítulo, foi tratado do entendimento jurisprudencial dos tribunais de justiça do Estado de São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal, em que foi constatado, que os tribunais têm abrangido a proteção especial do feminicídio e da Lei Maria da Penha às mulheres transexuais.

Portanto, diante de todo o exposto, foi verificado que as mulheres transexuais necessitam de uma lei para ter garantida a sua proteção, a sua dignidade humana. E, por fim, diante do posicionamento dos doutrinadores modernos e do entendimento da jurisprudência, pode-se concluir que é possível a mulher transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio.

Referências Bibliográficas

BERNADINO, Matheo. **Psicologia, sexualidade e gênero: identidade de gênero e orientação sexual são a mesma coisa?** Disponível em: <<https://blog.psicologiaviva.com.br/identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo completo do feminicídio. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: v. 17, nº 98, jun/jul. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

BRASIL, **Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Lei Maria da Pena pode ser aplicada a vítima transexuais, decide TJMG. 08 set. 2017. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/lei-maria-da-pena-pode-ser-aplicada-a-vitimas-transexuais-decide-tjmg.htm#:~:text=Lei%20Maria%20da%20Penha%20pode%20ser%20aplicada%20a%20v%C3%ADtimas%20transexuais%2C%20decide%20TJMG,-Decis%C3%A3o%20tomada%20em&text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20de,de%20viol%C3%A7%C3%A3o%20dom%C3%A9stica%20e%20familia>> Acesso em 08 out. 2020

BRASIL, **Ministério Público do Estado de São Paulo.** MPSP oferece primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher trans. Promotor Flávio Farinazzo Lorza. 06 out. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=15908065&id_grupo=118> Acesso em 08 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.305/2014**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>> Acesso em 12 ago. 2020.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.482/97**. Sistemas CFM. 10 set. 1997. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1997/1482_1997.pdf> . Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. TJDFT entende que feminicídio deve alcançar mulheres transgêneros. 12 jul. 2019. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que-delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros>> Acesso em 08 out. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 13. Nº 1. Julho 2015, p. 113-130

CARDOSO, Patricia Pires. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo**.

Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-transexual-e-as-repercussoes-juridicas-da-mudanca-de-sexo/>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

CUNHA, Carolina. **Gênero e identidade – Muito além da questão homem-mulher**. Disponível em:

<<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/genero-e-identidade-muito-alem-da-questao-homem-mulher.htm>>. Acesso em 23 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (art. 121 ao 361). Salvador: JusPODIVM, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012

EIRAS, Natália. **Entenda a diferença entre sexo biológico, gênero e orientação sexual**. Disponível em:

<<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/06/27/entenda-a-diferenca-entre-sexo-biologico-genero-e-orientacao-sexual.htm#:~:text=O%20importante%20%C3%A9%20entender%20que,Neste%20caso%2C%20ele%20%C3%A9%20homossexual>> Acesso em: 22 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

Feminicídios no Brasil. G1. 05 mar. 2020. Disponível em:

<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/feminicidios-no-brasil/?_ga=2.132346766.1095624070.1599791736-408974184.1585659597> Acesso em: 08 set. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MONTEIRO, Frida Pascio. **Desvelando a transexualidade: recortes, conceitos e diferenciação entre as travesti e as mulheres transexuais**. Disponível em: <<https://www.pstu.org.br/desvelando-a-transexualidade-recortes-conceitos-e-diferenciacao-entre-as-travestis-e-as-mulheres-transexuais/>> . Acesso em: 22 ago. 2020.

OKA, Mateus. **Identidade de gênero**. Disponível em:

<<https://www.todoestudo.com.br/sociologia/identidade-de-genero>>. Acesso em 22 ago. 2020.

OMS retira transexualidade da lista de doença e distúrbios mentais. Governo Federal. 22 jun. 2018. Disponível em:

<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais#:~:text=Neste%20m%C3%AAs%2C%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,transtorno%20de%20identidade%20de%20g%C3%AAnero.%E2%80%9D>> Acesso em 28 ago. 2020.

PASINATO, Wania. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 37, p. 219-246, Dez. 2011.

STJ. Quarta turma decide se retificação de sexo em registro civil exige cirurgia. Portal STJ, 2016. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-11_08-27_Quarta-Turma-decide-se-retificacao-de-sexo-em-registro-civil-exige-cirurgia.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2020.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 4275**. DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 01 mar. 2018. Portal STF, 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em 28 ago. 2020

SILVA, César Dario Mariano. **Primeiras impressões sobre o feminicídio – Lei nº 13.104/2015**. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/Primeiras%20impress%C3%B5es%20sobre%20o%20feminic%C3%ADdio.pdf/> Acesso em: 02 set. 2020.

OS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS E A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO

MARIZELHA SILVA COSTA QUEIROZ:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: A presente pesquisa teve por objetivo tratar do tema crimes contra os direitos humanos e a competência jurisdicional para o processo e julgamento. Neste rumo buscou-se dar uma visão mais ampla do vem a ser este tema a partir da análise da Emenda Constitucional nº 45, que reformou parcialmente o Judiciário brasileiro, tendo entrado em vigor no mês dezembro de 2004. A partir daí, ocorreu no ordenamento jurídico pátrio muitas e boas polêmicas. Na sequência dos estudos para a análise dos crimes contra os direitos humanos e a competência jurisdicional para o processo de julgamento, adentrou-se nas questões atinentes aos direitos humanos, ou seja, sua origem evolução, e a influência que o Direito Internacional tem sobre este processo, já que foi a partir da assinatura destes que os mesmos foram sendo valorizados, ou seja, a partir do respeito a condição humana das pessoas. No que diz respeito ao incidente de deslocamento de competência, este é um instituto criado por meio da introdução de um novo inciso e de um novo parágrafo ao artigo 109 da Constituição Federal, que cuida da competência dos juízes federais. Por conseguinte, o citado artigo, em seu inciso V-A, passou a prever que é de competência dos juízes federais processar e julgar "as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo".

Palavras-chave: Direitos humanos, incidente, tratados.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. DIREITOS HUMANOS - 2.1 ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS - 2.2 A FUNÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - 3. TRATADOS INTERNACIONAIS - 3.1 ASPECTOS GERAIS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS - 3.2 O BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - 4. CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS - 5. A COMPETÊNCIA FEDERAL PARA O PROCESSO E O JULGAMENTO - 6. CONCLUSÃO - 7 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versará sobre o tema "crimes contra os direitos humanos e a competência jurisdicional para o processo e julgamento". Para que se possa entender esta questão é preciso ater-se à Emenda Constitucional nº 45, que reformou parcialmente o Judiciário brasileiro. A mesma entrou em vigor em dezembro de 2004 e, desde então, vem abastecendo o mundo jurídico com inúmeras e boas polêmicas.

A que mais interessa, para efeitos deste estudo, é a que diz respeito ao incidente de deslocamento de competência, instituto criado por meio da introdução de um novo inciso e de um novo parágrafo ao artigo 109 da CF (Constituição Federativa do Brasil), que cuida da competência dos juízes federais.

Por conseguinte, o citado artigo, em seu inciso V-A, passou a prever que é de competência dos juízes federais processar e julgar "as causas relativas a direitos humanos sobre as quais se refere o § 5º deste artigo".

Para melhor entendimento deste estudo, o mesmo foi dividido em quatro capítulos, quais sejam:

O primeiro capítulo tratará dos Direitos Humanos, trazendo considerações sobre as origens do mesmo, sua historicidade, juridicidade e a função dos Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito.

O segundo item analisará a questão dos Tratados Internacionais. O terceiro capítulo analisará a questão dos crimes contra os direitos humanos, quarto e último item analisarão as questões atinentes ao tema deste texto.

2. DIREITOS HUMANOS

2.1 ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

A origem dos Direitos Humanos tem relação com a fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, os quais tem sua origem nos primórdios da civilização humana. Neste sentido, são inúmeros os princípios que embasavam os sistemas de proteção dos valores humanos, que foram marcados pelo humanismo ocidental, isto feito a partir das tradições hindu, chinesa e islâmica, bem como das leis hebraicas (BOUCAULT, 1999).

Neste sentido, a origem dos direitos humanos remonta à tradição cristã ocidental, pois pode se apreender no ensinamento cristão um dos elementos formadores da mentalidade que os tornou possíveis.

O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não há distinção entre judeu e grego (São Paulo, Epístola aos Romanos, 10, 12), pois não há judeu, nem grego, não há escravo, nem livre, não há

homem, nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus (São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28) (LAFER, 1991).

Pode-se também observar que estes direitos possuem origem diversificada na humanidade, conforme diferentes momentos da história do pensamento e das sociedades humanas, sendo várias as definições e classificações, conforme variações de acordo com o modo de organização da vida social, bem como a concepção político-ideológica de determinado povo.

Em face desta concepção, pode-se observar que estão presentes, por exemplo: no pensamento cristão as raízes de um princípio de igualdade entre os homens, que talvez estivesse como uma qualidade transcendente, profundamente enraizada no próprio ordenamento cristão, que serve neste momento de ordem normativa que conduz o homem pela fé. Pode-se assim constatar que esse possível princípio de igualdade é que veio possibilitar a emergência da moderna igualdade e, conseqüentemente, de outros direitos humanos formais entre os homens nos séculos XVII e XVIII, a partir das teorias de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

A partir das observações destes filósofos, o tema direitos humanos adquiriu maior dimensão, fundamentado por ideias contidas em vários períodos que formaram a histórica libertação do homem da escravidão em que se encontrava, tais ideias, estão presentes na:

Revolução Francesa, Declaração da ONU, Independência Americana, Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o nazismo, a ditadura, desaparecidos na América Latina, Apartheid, as madres de La Plaza de Mayo, a pena de morte, o aborto, as torturas nas delegacias de polícia, a ação dos Esquadrões de Morte, a devastação da Amazônia, o massacre das nações indígenas, a discriminação racial, a luta de Betinho, o assassinato de Chico Mendes, as condições de vida dos sem-terra, os favelados, os menores abandonados, os mendigos (queimados por delinqüentes da classe favorecida da sociedade), etc (BOUCAULT, 1999).

Como visto, questiona-se se os direitos humanos enunciados e garantidos são verdadeiros, já o que se vê não é o que se propõe, já que se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza desses direitos – se são direitos naturais e inatos, ou direitos positivos e históricos, ou ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Tal questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo.

Pode-se também apontar uma outra dimensão fundamental que visualiza muito bem a emergência dos direitos humanos e que é parte integrante da lógica da modernidade, e que recebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano. Fala-se aqui do individualismo na sua forma mais ampla (LAFER, 2012).

Sob este manto, cabe evidenciar estarem as raízes do individualismo presentes na cultura judaico-cristã, fato este, que coloca o cristão como um indivíduo relacionado a Deus, e que bem poderia ter possibilitado a emergência do indivíduo na concepção contemporânea.

Em termos de história, estas anotações foram as condições de emergência dos direitos humanos. Contudo, são estas situações emergenciais que provocam a possibilidade de ver o mundo de forma mais ampla. Ou seja:

Um mundo composto de valores, crenças e interesses da classe social emergente que luta contra a dominação histórica do feudalismo aristocrático fundiário, que surge o liberalismo, tornando-se expressão de uma ética individualista voltada para a noção de liberdade total, e constituindo-se na bandeira revolucionária da burguesia capitalista apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas contra o Antigo Regime Absolutista (WOLKMER, 2005).

Ao adotarem uma forma revolucionária fundamentada na "liberdade igualdade e fraternidade", esta nova classe social, a burguesia, luta pela derrubada do poder absoluto do rei.

Desta forma, o momento central e que determina a origem formal dos direitos do homem e do cidadão é, sem dúvida, estabelecido pelas Declarações de Direitos do homem, aprovadas pelos Estados Norte-americanos em 1776 e pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, emergentes num clima cultural no qual predominava o jusnaturalismo, segundo o qual, os homens teriam direitos naturais anteriores à formação da sociedade política, os quais o Estado deveria reconhecer e garantir como direitos do cidadão.

2.2 A FUNÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conceituação de direitos humanos, feita pelo Direito brasileiro, se assemelha muito à dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição de 1988. Além disso, o respeito aos Direitos Humanos está estreitamente ligado ao princípio democrático.

De acordo a Constituição pátria, define-se a forma de governo republicana, impondo a indissolução federal de entidades autônomas entre si, denominadas Estados e Municípios, proclama o povo como fonte de emanção do poder legítimo (expressão principal do Estado Democrático), (artigo 1º CF/88).

Esta decisão lhe permite escolher seus governantes por meio do voto e garante a proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade diante do mesmo Estado. Os objetivos visados pelo Estado brasileiro compreendem a construção do que a Carta Magna denomina uma sociedade livre, justa e solidária.

A Constituição entendida como a lei das leis, na verdade é um instrumento jurídico pelo qual:

... verificamos a validade das demais normas jurídicas ditadas no tempo e no espaço determinados. Contém o conjunto de regras que ordenam as relações socioeconômicas e políticas dos Estados. Para conseguir tudo isso, somente inclui-se em seu texto, organizados por capítulos, os fundamentos políticos, sociais, e econômicos dos Estados, as questões relativas à cidadania, aos estrangeiros, à família, à educação, à cultura, à igualdade dos cidadãos aos direitos e garantias fundamentais, etc (SERRANO; BARLETTA JUNIOR, 1997)

Em razão deste contexto constitucional poderão ser localizadas regras relacionadas com os direitos humanos.

Para Norberto Bobbio o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos cercamentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, da transformação das técnicas, etc (BOBBIO, 2010).

A Constituição efetivamente democrática (Constituição enquanto processo legitimador das mudanças democraticamente apontadas pela população) deve ter como valor básico apenas os princípios universais de direitos humanos. É necessário, pois, explicar o significado desta expressão, que deverá representar todo o conteúdo principiológico constante do texto federal.

Por outro lado, uma Constituição verdadeiramente democrática, legitimadora das mudanças apontadas pelo:

... povo, deve ter como valores básicos os princípios universais de direitos humanos, tratando-se, esclarecendo-nos o significado dessa expressão. A Constituição têm diferentes

princípios e oferecem tratamentos variados aos grupos e direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, uma Constituição liberal limitar-se-á a declarar os direitos individuais e políticos reduzindo os direitos humanos a esta perspectiva, oferecendo como garantia constitucional a simples inserção de princípios (SERRANO; BARLETTA JUNIOR, 1997).

Os direitos fundamentais e os seus princípios basilares serão variáveis de acordo com o texto constitucional. Neste sentido, uma Constituição Liberal terá como fronteiras os direitos individuais e os direitos políticos, sendo que dentro do referencial teórico da época, "os direitos humanos se reduziam, numa perspectiva constitucional, a este conteúdo, dentro de uma perspectiva teórica que consagrava o abstencionismo estatal e considerava como garantia constitucional a simples inserção de princípios do Direito, no texto constitucional" (MAGALHÃES, 2005).

Convém ressaltar que as Constituições sociais ampliam esse leque de direitos fundamentais, oferecendo variações que:

... correspondem às situações históricas específicas de cada país. Essas variações ocorrem em função da organização política de cada Estado, no tratamento dado aos direitos fundamentais e na relação entre seus grupos de direitos, incidindo nos princípios constitucionais (SERRANO; BARLETTA JUNIOR, 1997).

De acordo com a doutrina até aqui analisada, observa-se que os princípios constitucionais não são exatamente iguais, mesmo quando o tipo de Constituição adotada é o mesmo. Sofrem, assim, influências nacionais específicas que serão marcantes na construção dos princípios de direitos humanos numa perspectiva constitucional, e têm seu início em sistemas econômicos, culturas, histórias diferentes, assim como outros elementos, que nos indicarão com certeza a impossibilidade de se procurar um sistema constitucional único de Direitos Humanos (MAGALHAES, 2005).

Sob este ponto de vista, bem mais do que a impossibilidade é a certeza de que esta diversidade deverá ser mantida, como elemento de riqueza que permite a evolução do ser humano dentro de uma diversidade que incentiva e promove esta evolução desejada, afastando a massificação medíocre de grandes mercados transformadores dos humanos em "em seres consumidores de matérias inúteis", onde a perspectiva de ser se transforma num ter sem limites. Por outro lado, questões

polêmicas da atualidade submeteram o homem à necessidade de realizar uma análise da contemporaneidade dos direitos humanos. As últimas:

... grandes mudanças políticas que aconteceram no mundo, como o fim da guerra fria, a perda do modelo socialista, atribuem aos direitos humanos a condição de paradigma de transformação social, na busca da dignidade de vida dos homens. Em tempos de globalização, questões como a internacionalização dos direitos, a democracia e a soberania surgem-nos frente aos direitos humanos como novo paradigma, provocando redefinições de conceitos aparentemente imodificáveis (BOUCAULT, 1999).

Note-se, que tal perspectiva parece ser a mais precisa, pelo fato de ser contrária aos direitos humanos constituídos sobre valores locais. Sob este foco, tem-se em primeiro lugar o princípio humano universal, presente na liberdade do ser humano em poder fazer, de forma concreta, o seu futuro em determinada comunidade.

Cabe lembrar que os direitos humanos surgiram para preencher o vazio deixado pela crise do paradigma marxista. Neste rumo, assumiram a função de novo paradigma de transformações sociais, "com a potencialidade de serem colocados a serviço de uma política progressista e emancipatória" (BOUCAULT, 1999).

Neste mundo dito democrático, durante muitos séculos, somente os homens do sexo masculino – e nem todos – tiveram o direito de votar:

ainda hoje não têm esse direito os menores, e não é razoável pensar que o obtenham num futuro próximo. Vale dizer que, na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos, não se podem deixar de levar em conta determinadas diferenças, que justificam um tratamento não igual. Do mesmo modo, e com maior evidência, isso ocorre no campo dos direitos sociais (BOBBIO, 2010).

Convém ressaltar que só de modo genérico e retórico se poder dizer que todos são iguais, com relação aos três direitos sociais fundamentais, quais sejam: ao trabalho, à instrução e à saúde. E em contraponto, pode-se dizer que todos são iguais no gozo das liberdades negativas (BOBBIO, 2010).

Um fato importante que precisa ser colocado em evidência aos princípios universais, que em função da diversidade existe e não são os direitos humanos a

supremacia de valores de uma “cultura sobre as outras, ou de um modelo de sociedade sobre os outros. A diversidade é sua essência e o núcleo comum compartilhado por todas as culturas será o seu real conteúdo mutável” (MAGALHAES, 2009).

Neste sentido, com base na melhor doutrina, os direitos humanos universais são aqueles que podem ser aceitos por:

.. todas as culturas, não se chocando com o essencial encontrado em cada comunidade do mundo. Isso não quer dizer que não possa haver choque entre determinados princípios e regras de culturas e comunidades específicas. Tal choque deve possibilitar a superação de regras e princípios locais pelo que existe de humano ou de universal em cada cultura, ou comunidade, pois não é possível a permanência de qualquer cultura ou comunidade, mesmo por curto espaço de tempo, sem os valores de auto-preservação, o que implica na vida como núcleo fundamental da humanidade, núcleo este que poderá ser ampliado pelos princípios universais (SERRANO; BARLETTA JÚNIOR, 1999)

Deve-se aqui entender a diversidade como aquela que impede a supremacia de uma cultura sobre outras transformando-se, assim, em sua essência e o núcleo comum compartilhado por todas as culturas será o seu real conteúdo mutável.

Pode-se agora pretender a identificação de quais os princípios que deverão estar presentes em uma Constituição democrática: a) os princípios universais conforme; b) os princípios e direitos universais declarados pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os princípios decorrentes desta Declaração; c) ou os princípios de Direitos Humanos consagrados nas declarações internacionais em uma perspectiva regional (SERRANO; BARLETTA JÚNIOR, 1999).

3. TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1 ASPECTOS GERAIS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Diante de um mundo cada vez mais globalizado, surgiu a necessidade ainda maior de uma uniformização das leis. Em face de um contexto deste surgem os tratados, conhecidos como convenções internacionais. Estes tratados significam um acordo concluído entre Estados que deverão ter forma escrita e ser regulado pelo Direito Internacional.

Em um mundo que por força da tecnologia está cada vez mais estreito, força a tendência dos tratados internacionais se multiplicarem cada vez mais, devido ao desenvolvimento das relações internacionais e a dependência que se forma entre os Estados. Os mais numerosos são os tratados especiais, reguladores de situações especiais ou particulares de interesse direto das partes contratantes.

Para a Convenção sobre Direito dos Tratados de Viena de 1969, a definição de tratado é a seguinte:

... um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica (TRATADOS INTERNACIONAIS, 2005).

Também, é o tratado, "um ato jurídico segundo o qual os Estados e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo entre diversos Estados criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles" (ARAUJO, 2008).

Cabe salientar que os tratados são por excelência,

... expressão de consenso apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que os Estados soberanos, ao aceita-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência de consenso é prevista pelo artigo 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou o uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrado pela Carta da ONU (PIOVESAN, 2012).

Mas, para que possam tornar-se efetivos, precisam ultrapassar um processo de negociação, celebração e ratificação descrita em lei, em que o Congresso e Presidência da República estarão dotados de competências diversas, mas voltados para a mesma finalidade.

Por exemplo, o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos situa-se como um movimento, muito recente na história do direito, apresentando delineamentos mais concretos após a Segunda Guerra Mundial, ou seja:

Após a Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos tem criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito

às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Esse direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional (HEKIN, 2006) .

Logo percebe-se que, diante das barbáries cometida durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção aos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional.

Desta feita, ao se constituir em tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos vencem as barreiras do domínio exclusivo do Estado ou a competência nacional a ele restrita. Sob este foco foram criados parâmetros globais de ação estatal, que constituem um código comum de ação, em que os Estados precisam se adaptar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos, consolidando assim, o movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com referência mais específica, observa-se que os tratados, em geral, permitem que sejam:

... formuladas reservas, o que pode contribuir para a adesão de um maior numero de Estados. Nos termos da Convenção de Viena, as reservas constituem uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acesso "ao ades" ou aprovação de um tratado, com propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado. No entanto são inadmissíveis as reservas que se mostrem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, nos termos do artigo 19 da Convenção (PIOVESAN, 2008)

As fases de elaboração dos tratados no Brasil são identificadas, não raro, da seguinte forma: negociação, assinatura, ratificação, publicação e registro. Pode-se separá-los da seguinte maneira: o que se chama de processo solene e completo, e o processo simples e abreviado, rito dos acordos em forma simplificada: negociação,

assinatura e publicação, utilizada para os acordos em forma simplificada (CACHAPUZ DE MEDEIROS, 1995).

No que tange ao processo de formação dos tratados, em geral os atos: ... de negociação, conclusão e assinatura do tratado são da competência de órgão do Poder Executivo (ex.: Presidente da República ou Ministro das Relações Exteriores). Observe-se que, no Direito Internacional, o ato de assinatura do tratado é parte do processo de negociação, que envolve a adoção e a autenticação do tratado e, por si só, não gera obrigações (PIOVESAN, 2005).

Efetivamente, trata-se de mera aceitação por parte do Estado, no que tange, a forma e conteúdo final do tratado. E geralmente a assinatura do tratado, indica tão somente que o mesmo é autêntico e definitivo.

Mas, uma vez celebrados, os tratados estabelecem uma relação jurídica entre os Estados (ou entre Estados e organizações internacionais), e aplicam-se em todo o território estatal, desde o momento em que estejam cumpridas as normas internas relativas a sua entrada em vigor, e ainda, aquelas relativas à vigência internacionais do ato estabelecidas no próprio tratado (BOUCALT. ARAUJO, 2012).

3.2 O BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988⁴³ fixou os direitos humanos como um dos princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil (artigo 4º, inciso II). O texto reconhece ainda, como tendo status constitucional, os direitos e garantias contidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que não tenham sido incluídos no artigo 5º da Constituição.

Neste sentido, foi possível a institucionalização e instauração de um regime político democrático no Brasil, em que foi introduzido um indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantia e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileiro, bem como, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a presente constituição em um documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil (PIOVESAN, 2012).

Dentro de tal contexto, no domínio de proteção dos direitos humanos, o direito internacional e o direito interno não operam como mecanismos inertes, pelo contrário, interagem buscando assegurar a eficácia da proteção do ser humano, ou seja, busca-se a identidade de propósitos. Nessa sequência os tratados internacionais se incorporam ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária.

Não existe hierarquia entre tratados internacionais e leis internas. Prevalece no Brasil a regra do monismo moderado, ou seja, que em se tratando de preceitos normativos de idêntica hierarquia, o ato normativo mais recente revoga o anterior (RESEK, 2001)

Assim, ao efetuar essa incorporação, a Constituição Federal brasileira termina por atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, "a natureza de uma norma constitucional, relativos aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integrante, isto é, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados" (CANÇADO TRINDADE, 2010).

Note-se que, a novidade inserida no artigo 5º da vigente Constituição consiste no acréscimo por proposta, ao elenco dos direitos constitucionalmente aceitos, relativos aos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, e que se fazem acompanhar necessariamente das garantias, registrando que as conquistas do direito internacional em prol do ser humano venham a se projetar no direito constitucional, garantindo que a busca pela proteção da pessoa humana encontra amparo nas raízes tanto internacionalista quanto constitucionalista .

4. CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

O debate em torno da questão da efetivação dos direitos humanos no Brasil tem centrado esforços em alguns objetivos programáticos, principalmente sobre os denominados crimes contra os direitos humanos.

A partir de um estudo feito em conjunto por procuradores da República, do Estado de São Paulo e acréscimos posteriores, costuma-se asseverar que um rol ideal de crimes deste gênero abarcaria: os crimes dolosos contra a vida; os de extorsão mediante sequestro; os relacionados a conflitos fundiários coletivos; os crimes praticados mediante violência contra a pessoa e motivados por preconceitos racial, social, sexual, religioso ou de opinião; os contra a liberdade sexual; os delitos contra crianças, adolescentes, deficientes físicos e idosos; os delitos contra índios; os crimes de tortura, terrorismo, trabalho escravo, tráfico de pessoas e genocídio, sempre que tais infrações forem praticadas por organizações criminosas ou por grupos de extermínio ou por agentes estatais ou com o concurso destes (ARAS, 2006).

Inexistindo uma lei definidora, é possível a adequação, e bem apropriado considerar crimes contra os direitos humanos, para os efeitos do § 5º, do art.109 da Constituição, todos os delitos previstos nos tratados internacionais de direito humanitário de que o Brasil seja parte, sempre que a vítima for uma pessoa humana ou um grupo de pessoas. Aí estão presentes os crimes de tortura, de genocídio, de

racismo, os delitos contra crianças e adolescentes, de exploração de trabalho escravo, entre outros (ARAS, 2006).

O século XX foi marcado pelas grandes violações aos direitos humanos (como guerras e ditaduras). Não há muitos mecanismos jurídicos para resolvê-los, por isso foram criados tribunais como os de Nuremberg, da ex-Iugoslávia e de Ruanda. Contudo, estes são tribunais dos vencedores, que atuam sem imparcialidade, e vinculados ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), o que não existe para países como o Camboja, Vietnã ou Afeganistão, por exemplo? A resposta é fácil: O poder político dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU é muito grande e são eles que decidem que tribunais criar (MARTINS, 2005).

Com vista a resolver este impasse é que foi criado, pelo Tratado de Roma de 1998, a Corte Penal Internacional. O presente tratado traz muitas diferenças quando comparado aos tribunais anteriores. Em primeiro lugar o Tribunal Internacional é autônomo, desvinculado do Conselho de Segurança e com o mesmo status da Corte Internacional de Justiça de Haia.

É de caráter permanente, ou seja, não é um órgão gerado por vencedores, com vistas a um revide contra os países derrotados. A competência vem definida no art. 5º do Tratado de Roma: para crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão, expressamente tipificados pelo tratado (apesar de muitos já estarem definidos também em outros tratados internacionais).

O Congresso Nacional com fundamento na Constituição Federal, por meio de decreto legislativo, e o Poder Executivo por meio de decreto presidencial, aprovou o Tratado Internacional de Roma que passou a integrar o sistema jurídico nacional, ao lado das leis federais e complementares.

Por força do Tratado, brasileiros que praticarem crimes de guerra, genocídio, atos de agressão a civis, ou violação às convenções de guerra, ficarão sujeitos a julgamento com base nas disposições do Estatuto Internacional.

Estados que sejam, ou não, parte nos conflitos poderão postular junto ao Tribunal Penal Internacional, que tem uma atuação subsidiária, somente agindo quando os órgãos judiciários locais não puderem atuar com independência ou simplesmente não agirem.

5. A COMPETÊNCIA FEDERAL PARA O PROCESSO E O JULGAMENTO

A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, também conhecida como a "Reforma do Judiciário" trouxe importantes inovações no mundo

jurídico. Uma dessas inovações está vinculada ao tema de competência, que sofreu significativas mudanças, e que afetou diversos campos do Direito.

No bojo destas alterações de competência, pode-se citar a inovação ocorrida no artigo 109 da Constituição Federal, que trata especificamente, da competência atribuída à Justiça Federal. Neste artigo da Constituição acresceu-se um parágrafo 5º, até então inexistente, com os seguintes dizeres in verbis:

Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar: § 5º - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal

Este artigo, proporcionou ao Procurador Geral da República a possibilidade de atribuir a competência do julgamento de crimes cometidos com grave violação aos Direitos Humanos Fundamentais e declinar este julgamento para a Justiça Federal, sob o argumento de comprometimento dos órgãos estaduais, pois que a Justiça Federal encontra-se mais distante desta parcialidade.

Desta forma, em que pese à presença do IDC, era possível prever, no regime anterior à emenda constitucional n. 45/2004, hipótese de competência da Justiça Federal para o julgamento de graves crimes contra os direitos humanos que comprometessem a responsabilidade internacional do Brasil.

Isto é fato concreto, já que de acordo com o inciso V do artigo 109, já citado, tais crimes podem vir a ser julgados sob a esfera federal, ou seja, os crimes previstos em tratados internacionais, já eram de competência federal antes da emenda 45, desde que os fatos tivessem "tocado" o território brasileiro e o de outro país, em qualquer dos momentos do iter criminis. Vale dizer que isto diz respeito à clássica hipótese dos crimes à distância.

Deve-se também mencionar que a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 119, inciso V, expressava que aos juízes federais competia processar e julgar "[...] os crimes previstos em tratado ou convenção internacional e os cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada, a competência da Justiça Militar".

A partir dessa observação, fica claro a inexistência da limitação expressa no artigo 109, V, da Constituição, que atualmente abarca apenas os crimes à distância, consumados ou tentados, previstos em tratados internacionais.

Todavia, mesmo se for deixado de lado o IDC, bem como os crimes à distância, mesmo assim seria possível estabelecer, em conjunto:

com a tradição jurídica brasileira e com o direito comparado, a competência federal para o julgamento de crimes delineados em tratados internacionais. É que, numa situação bem mais abrangente que a dos atuais incisos V e V-A, o inciso IV do artigo 109 prevê que são de competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Quem negará que os crimes instituídos em tratados internacionais de direitos humanos, que podem, por si mesmos, acarretar a responsabilização internacional do País (representado pela União) não interessam a essa mesma União? (ARAS, 2016)

De acordo com o artigo IV os:

... crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

É impossível aceitar uma posição contrária, já que cabe a manter relações com Estados estrangeiros, bem como firmar compromissos com organizações internacionais. Cabe ao Estado brasileiro possuidor de personalidade jurídica internacional perfeitamente capaz de responder a comunidade das nações por violação de suas obrigações convencionais.

Por sinal cabe a União legislar privativamente sobre direito penal e inclusive é o ente que personifica os ideais republicanos expressos nos artigos 1º e 4º da Constituição.

Conclusivamente pode-se dizer que se acentua a competência federal originária, a partir da leitura do inciso III, do artigo 109, da Constituição que, também permite implicitamente a federalização de crimes contra os direitos humanos, já que confere a juízes federais a competência para julgar "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional".

Tais considerações levam a crer que, inexistindo adjetivo posposto às causas mencionadas em tal inciso, podem ser da alçada federal as causas cíveis e/ou criminais, desde que fundadas em tratado internacional.

6. CONCLUSÃO

Neste estudo buscou-se ter uma visão ampla do que ver ser o Incidente do Deslocamento da Competência a partir do ponto de vista dos Direitos Humanos. Neste sentido viu-se que os Direitos Humanos tem sua origem na fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, e que por sua vez tem seu berço de nascença s principio da civilização humana.

Nessa sequência, muitos são os princípios que deram contorno aos sistemas de proteção dos valores humanos, atuais, marcados pelo humanismo ocidental, tendo como base às tradições hindu, chinesa e islâmica, bem como das leis hebraicas.

A partir dos textos analisados, observou-se que a proclamação dos direitos humanos veio acontecendo paulatinamente sendo que a fonte de lei passou a ser o homem em vez da ordenação divina, ou seja, Deus ou os costumes.

O que não exclui, o fato de que os direitos humanos se tenham originado na modernidade, já que, de acordo com a ideia teológico-política dos direitos subjetivos e objetivos, os homens ao conviverem em comunidade, são portadores de direitos por vontade de Deus.

Por outro lado, na atualidade, este mesmo homem e seu saber vinculado a figura de Deus e da Igreja, dá início ao seu relacionamento à própria natureza, originando aí o individualismo, pregador da ruptura do conhecimento em relação aos antigos modelos de comportamento e ação.

Já a retomada da reflexão a respeito dos direitos fundamentais começa a acontecer no seio das universidades, mais especificamente no direito, levando em conta a conceituação de direitos humanos, que se assemelha muito à dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição de 1988. Neste rumo os direitos humanos terminam por se transformar em realidade, que por sua vez está estreitamente ligado ao princípio democrático.

Mas, como os Direitos Humanos se tornaram fatos de interesse mundial, acessível a todos os indivíduos, independente de situações discriminadoras, ele precisa do lastro internacional, o que vem ocorrendo por meio dos Tratados Internacionais, que uma vez celebrados criam uma relação jurídica entre os Estados (ou entre Estados e organizações internacionais).

Os mesmos devem ser aplicados em todo o território estatal, a partir do instante em que sejam efetivadas as normas internas relativas a sua entrada em vigor, e ainda, aquelas relativas à vigência internacional do ato estabelecida no próprio tratado. Cumpre ainda lembrar que os Tratados Internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a denúncia. Desta forma, não há que falar-se em legislação interna, pelo critério cronológico, possa revogar ou derogar tratado. Este só pode ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei interna.

Essa relação toda sobre Direitos Humanos, Tratados Internacionais, conduz ao que vem a ser a importância do Incidente do Deslocamento da Competência agora posto no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Emenda Constitucional n. 45, que reformou parcialmente o Judiciário pátrio, em vigor desde de dezembro de 2003.

Deve-se considerar que o Incidente do Deslocamento da competência é uma velha batalha de organizações de defesa da pessoa humana para instituir no Brasil a federalização dos crimes contra os direitos humanos, o que resultou na inclusão da proposta no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 1996.

Um Estado Democrático que pressuponha o respeito dos direitos humanos requer uma eficiente resposta estatal, quando de sua violação. O estabelecido na Emenda Constitucional n. 45, que expressa o Incidente do Deslocamento de Competência, ou seja, a federalização dos crimes contra os direitos humanos, reflete sim, a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados.

7. REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. A Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos. Disponível em: Acesso em 17/10/2020.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Curso de Direito Internacional Público. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33. BRASIL. Lei n.º 8.072/90. Dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília: Diário Oficial da União. 25 de julho de 1990.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: 1992.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia. Os Direitos Humanos e o Direito Internacional. Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Poder de Celebrar Tratados. Porto Alegre: CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Monopólio da Impunidade. Disponível em: Acesso em: 04 julho 2005.

BRAUNER, Maria Cláudia; CARLOS, Paula Pinha de. A Violência Intrafamiliar sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Disponível em: Acesso em 25.06.05.

LAFER, A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LINHARES NETO, Benon. Algumas Considerações sobre o Princípio Constitucional do Promotor Natural. Disponível em: . Acesso em: 20.06.05.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Princípios Universais de Direitos Humanos e o Novo Estado Democrático. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=74>. Acesso em 21.06.05.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I.

MARTINS, Rogério Maffei. Reflexos do Tribunal Internacional no Brasil. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/reflexoestribunal.html> Acesso em>20.08.05.

MELLO FILHO, José Carlos de, apud WOLGRAN, Junqueira Ferreira. Direitos e Garantias Individuais. São Paulo: Edipro, 2002, p. 306.

MIRANDA, Elizabeth de F. H. Cerquinho. Direitos Humanos no Brasil. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>> Acesso em: 20.07.05.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 102. 78

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. Curso Elementar. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SERRANO, Paulo Juménez e BARLETTA JÚNIOR, Sidney J. Teoria dos Direitos Humanos. São Paulo: UNIBAN, 1997.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Advogado, 2004, p. 150.

TRATADOS INTERNACIONAIS. Disponível em: <
<http://www.verbojuridico.net/doutrina/>> Acesso em: 05.08.05.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631. 79

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideología, estado e Direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 114 -115.

CRIMES VIRTUAIS E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

MARIANE BORGES DOS SANTOS:

bacharelada do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: A partir da década de 1990, com o surgimento da internet, surgiram novas formas de se comunicar e de se relacionar. Esses novos relacionamentos ocorrem sobretudo nas redes sociais, espaços virtuais nos quais todo indivíduo pode produzir e compartilhar conteúdos. Essa democratização das formas de comunicar foi positiva no sentido de tornar possível a visibilidade de grupos excluídos e oprimidos, mas também teve consequências negativas, como a prática de crimes de ódio. O objetivo geral do presente artigo é analisar o comportamento de indivíduos perante a falsa impressão de proteção que o ambiente virtual traz, tipificando sua conduta e entendendo os melhores meios para se identificar o autor do delito. Os objetivos específicos são definir crimes cibernéticos, definir o marco civil. Para tanto, foi realizado um estudo qualitativo, do tipo revisão de literatura. Os resultados indicam que crimes de ódio na internet são caracterizados de diferentes maneiras pelos legisladores, dada a ausência de leis específicas para a matéria. Conclui-se que são necessárias leis que orientem os legisladores a respeito da qualificação de crimes de ódio na internet e que são necessárias também ações nas administradoras de redes sociais, que foquem na prevenção de tais crimes em suas fontes.

Palavras-chave: Crimes de ódio. Internet. Revisão de Literatura.

ABSTRACT: From the 1990s, with the emergence of the internet, new ways of communicating and relating were emerging. These new relationships occur mainly on social networks, virtual spaces in which every individual can produce and share content. This democratization of ways of communicating was positive in the sense of making possible the visibility of excluded and oppressed groups, but it also had negative consequences, such as the practice of hate crimes. The general objective of this article is to analyze the behavior of individuals before the false impression of protection that the virtual environment brings, typifying their conduct and understanding the best means to identify the offender. The specific objectives are to define cyber crimes, define the civil framework. To this end, a qualitative study was carried out, such as a literature review. The results indicate that hate crimes on the internet are characterized in different ways by lawmakers, given the absence of specific laws for the matter. It is concluded that laws are needed to guide legislators regarding the qualification of hate crimes on the internet and that actions are also needed in the administrators of social networks, which focus on preventing such crimes at their sources.

Keywords: Hate crimes. Internet. Literature review.

Sumário: Introdução. 1. Direito Penal e Crimes da Internet. 2. Direito a privacidade e liberdade de expressão. 3. Discurso de ódio na internet Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

Estamos numa geração que anda cada vez mais a uma experiência de vida tecnológica mais abrangente, ou seja, uma era em que viveremos mais no meio virtual, e precisamos que o direito esteja presente de maneira efetiva nesse tipo de ambiente. Já está bem disseminado que a internet não é terra sem lei e que assim como no mundo físico, existem regramentos e limites para as nossas ações, mesmo assim, ainda é possível se deparar com situações nas quais existem conflitos e a quebra de limites de direitos. Esse trabalho visa o estudo da liberdade de expressão, de quando ela se torna um crime virtual, contra a honra, de racismo, crime de ódio entre outros que ela alcance, quais as ferramentas que podemos adotar para identificar quem está atrás daquele ambiente virtual e meios de tirar o conteúdo ofensivo da rede havendo a menor exposição possível da vítima.

O objetivo do presente artigo foi analisar o comportamento de indivíduos perante a falsa impressão de proteção que o ambiente virtual traz, tipificando sua conduta e entendendo os melhores meios para se identificar o autor do delito.

O artigo discute a tipificação dos crimes cometidos pela internet no código penal para em seguida definir a liberdade de expressão e discutir como os discursos de ódio são compreendidos pela jurisprudência brasileira e quais as penalidades aplicadas em casos que tiveram relevância midiática e social.

É um estudo relevante levando em consideração que é algo que só tende a crescer com o passar do tempo, uma vida virtual mais ativa requer meios de protegê-la com mais eficácia, garantindo os direitos fundamentais e aplicando as devidas sanções legais aos delitos que ferem direitos de outrem. Apesar de liberdade de expressão ser direito fundamental como todas as características que este possui, a nossa constituição que teve sua construção inspirada na constituição francesa que coloca a dignidade humana como o mais relevante direito a ser resguardado.

Existe um desafio imposto às sociedades contemporâneas que diz respeito ao desenvolvimento digital de sucesso que possa resistir a ameaças cibernéticas, com o conhecimento e as capacidades para maximizar as oportunidades e, ao mesmo tempo, gerenciar os riscos com eficiência.

1 DIREITO PENAL E CRIMES DA INTERNET

De acordo com Fábio Ponte Pinheiro (2013, p.10), no Brasil não há uma legislação específica para punir quem comete crimes no meio virtual. Há um consenso em analisar a situação e enquadrar o infrator, que o autor chama de “pirata eletrônico” em outros delitos. “Por exemplo, quem rouba números de cartão de crédito numa loja virtual, comete estelionato”. O autor também explica a classificação dos crimes virtuais como próprios (são crimes que necessitam obrigatoriamente do computador para serem praticados, como roubo de dados e informações) ou impróprios (quando o computador é usado como um instrumento a mais para prática ilícita de algum crime já tipificado pela lei):

Crimes virtuais próprios: são aqueles em que o sujeito se utiliza necessariamente do computador o sistema informático do sujeito passivo, no qual o computador como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime. Nessa categoria de crimes, está não só a invasão de dados não autorizados, mais toda a interferência em dados informatizados como, por exemplo, invasão de dados armazenados em computador, seja no intuito de modificar, alterar, inserir dados falsos, ou seja, que atinjam diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos. Para alguns doutrinadores, como VIANA (2003), trata esse tipo de conduta como próprios: são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados), (Fundamentos de direito penal informático).

Crimes virtuais impróprios: são aqueles realizados com a utilização do computador, ou seja, por meio da máquina que é utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atinge todo o bem jurídico já tutelado. Crimes, portanto, que já tipificados, que são realizados agora com a utilização do computador e da rede utilizando o sistema de informática e seus componentes, como mais um meio para realização do crime, e se difere quanto a não essencialidade do computador para concretização do ato ilícito, que pode se dar de outras formas e não necessariamente pela informática, para chegar ao fim desejado como no caso de crimes como: pedofilia (PINHEIRO, 2013, p.11).

Também há uma classificação para determinar os sujeitos que praticam crimes na internet, como hacker e cracker. Segundo Pinheiro (2013), *hacker* é uma pessoa que possui amplo conhecimento em informática e sistemas de informação e que conseguem acessar sistemas privados, mas não necessariamente fazem isso de forma ilegal e antiética.

Um *hacker* é especialista em entrar nos sistemas de outras pessoas sem permissão, geralmente para mostrar a baixa segurança do mesmo ou simplesmente para mostrar que ele é capaz de fazê-lo. Também são conhecidos por gostar de investigar os detalhes dos sistemas operacionais e programas, procurando novas maneiras de aumentar suas capacidades. *Hackers* são programadores, as vezes obsessivos, que gostam de qualquer disciplina (não só de computação), mas gostam de alcançar um conhecimento profundo sobre o funcionamento interno dos sistemas, de um computador ou uma rede de computadores. Este termo é muitas vezes mal utilizado como pejorativo, quando no último sentido seria mais correto usar o termo "cracker".

O *cracker*, ainda segundo o autor, é um hacker com intenções destrutivas ou criminosas, um intruso. Um *cracker* é uma pessoa que tenta acessar um sistema de computador sem autorização. Essas pessoas muitas vezes têm más intenções, em contraste com hackers, e muitas vezes têm muitos meios para entrar em um sistema. Ou seja, é uma pessoa que entra ilegalmente em um sistema de computador para roubar ou destruir informações, ou simplesmente causar desordem. É também chamado cracker quem busca decifrar os esquemas de proteção anticópia de programas comerciais, para poder usar ou vender cópias ilegais.

No Direito Penal, a determinação do direito legal protegido cumpre, entre outros, a função de servir de limite material ao Estado e a base da interpretação jurídica da norma, além de constituir o ponto de partida sobre o qual se baseia. Ergue uma grande parte da sistematização de comportamentos criminosos, porque através dela é permitido ordenar classes e famílias de crimes. Por isso é importante determinar nesta parte quais são os direitos legais que são considerados violados quando falamos de crimes de computador e que, portanto, requerem proteção especial por lei.

Considerar o cibercrime como especialidade da lei penal é uma necessidade diante dos novos desafios da sociedade da informação, no entanto, não significa que esta categoria de crimes viole única e exclusivamente os direitos legais que lhes são próprios e que, conseqüentemente, outros devem ser excluídos de sua área de atuação, uma vez que deriva das características desses crimes que, além de atentar contra o patrimônio legal da informática, também, na maioria dos casos, deve envolver outros interesses legais tradicionais, como a propriedade, privacidade, etc.

De acordo com Pinheiro (2013), a dificuldade em lidar com esses crimes cibernéticos se deve a pouca divulgação e compartilhamento das informações, ou mesmo porque muitos que foram lesados não denunciam o crime. Como exemplo, ele cita as grandes corporações que sofrem ataques ou invasões virtuais mas preferem não tornar o assunto público por medo de demonstrarem vulnerabilidade na segurança e comprometer seus negócios. Ou ainda, as pessoas físicas que por falta de informação e mesmo de canais adequados para realização de denúncias, acreditam que o crime será impune e não buscam seus direitos. Além disso, o ciberespaço é um território de alcance mundial que dificulta muito o rastreamento dos criminosos, pois essas pessoas podem estar em qualquer lugar e utilizando equipamentos variados para evitar que sejam localizados.

Contudo, o Brasil já avançou no cenário contra crimes cibernéticos com a Lei 12.737/2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann, como explica Pinheiro (2013, p.14):

Tipifica como crimes infrações relacionadas ao meio eletrônico, como invadir computadores, violar dados de usuários ou “derrubar” sites. O projeto que deu origem à lei (PCL 35/2012) foi elaborado na época em que fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann foram copiadas de seu computador e espalhadas pela rede mundial de computadores. O texto era reivindicado pelo sistema financeiro, dada a quantidade de golpes aplicados pela internet.

O pesquisador também destaca o tipo de punição que os crimes recebem. Aqueles de menor gravidade, tais como invasão de privacidade em dispositivo de informática, podem receber detenção de três meses a um ano e multa. Caso essa invasão ocasione prejuízo econômico ou ainda divulgação, venda e compartilhamento das informações roubadas, a pena pode aumentar para um sexto ou dois terços do estabelecido anteriormente.

As penas também poderão ser aumentadas de um terço à metade se o crime for praticado contra o presidente da República, presidentes do Supremo Tribunal Federal, da Câmara, do Senado, de assembleias e câmaras legislativas, de câmaras municipais ou dirigentes máximos “da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal” (PINHEIRO, 2013, p.15).

Em 2014 também foi aprovado o Marco Civil da Internet, que regulamenta a utilização da internet no Brasil. Agostini (2014, p.69) ressalta que o Marco civil é essencial para a consolidação do debate público e do avanço em políticas públicas sobre segurança cibernética, ainda que não esteja ligado diretamente às estratégias de defesa nacional, porque orienta sobre os “princípios, garantias, direitos, responsabilidades e deveres para usuários e empresas, tratando de neutralidade, privacidade, retenção de informações e dados, entre outros”.

2 DIREITO A PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade é uma das principais conquistas da sociedade. A ausência de garantia a liberdade cria um contexto de total opressão e submissão humana aos desejos de outrem. Ela é um dos direitos fundamentais e está diretamente relacionada a dignidade humana. No entanto, é necessário que a liberdade esteja condicionada a certos limites, que incluem que ela não represente uma violação a outros direitos fundamentais.

A liberdade de expressão é fundamental para a democracia e está garantida no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, de modo a assegurar o direito de expressão de pensamento e de difusão de ideias por indivíduos de quaisquer origens étnicas, sociais e religiões. No entanto, o mesmo documento indica que a liberdade não pode ser usada como motivos para insultar, ofender ou desqualificar outrem. No mesmo sentido a Carta Magna brasileira indica, em seu artigo 220, caput, que todo cidadão tem direito a manifestação do livre pensamento e expressão, mas o parágrafo primeiro indicam que a liberdade de informação jornalística está associada ao direito de vedação do anonimato e inviolabilidade da vida privada e da honra e imagem dos indivíduos.

A legislação brasileira garante que à imagem, honra, intimidade e a vida privada são invioláveis. A Constituição Brasileira diz em seu Artigo 5º, inciso X:

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

O Ordenamento pátrio garante que a privacidade é um direito basilar contudo, é justamente esse direito que muitas vezes é transgredido na internet. Muitas vezes pessoas, empresas, órgãos governamentais colocam em exposição suas informações na internet seja por falta de conhecimento e de prática no uso da mesma ou por fraudes criadas por indivíduos para roubar informações, sendo assim na maioria das vezes isso facilita a intervenção de hacker ou crackers pessoas que criam programas

e outros artifícios para roubarem, fraudarem e invadirem os computadores dos usuários.

Um dos principais requisitos com a promulgação da Lei 12965/14 conhecida como Marco Civil da Internet foi em relação a privacidade das informações dos usuários. Os artigos 10º e 11º do Marco Civil tratam dos direitos relacionados à privacidade dos usuários. O artigo 10º diz, que um provedor não pode violar o direito à intimidade e vida privada dos seus usuários ou seja, não pode divulgar seus dados ou ainda monitorar os dados trafegados.

Certamente com o grande avanço da internet por todo o nosso território, a criação de regras, deveres e direitos foi de grande relevância para a proteção da privacidade das pessoas resguardando também o seu direito a liberdade de expressão.

A privacidade das pessoas é um direito fundamental, protegendo assim que sua intimidade e vida privada não sejam expostas a terceiros sem o seu consentimento. A Lei 12965/14, do Marco Civil protege esse direito no mundo virtual dos usuários que utilizam a rede online esta Lei também protege o usuário, pois proíbe que os provedores de acesso divulguem os dados dos mesmos ou fiscalizem os dados trafegados. Sendo assim, no nosso ordenamento jurídico existe a regulamentação do direito à liberdade de expressão e à proteção da privacidade na internet, tanto na Constituição, como pela Lei do Marco Civil da Internet.

3 DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET

O Ministério da Justiça brasileiro tem constituído um grupo de trabalho interministerial, focado no monitoramento e mapeamento dos crimes contra os direitos humanos no Brasil. Esse grupo de trabalho atua de maneira cooperativa com a Polícia Federal na identificação de indivíduos e grupos de indivíduos que atuam na disseminação de discursos de ódio em redes sociais (STEIN; NODARI, SALVAGNI, 2018).

Martins (2019) afirma que o termo discurso de ódio é conhecido desde a década de 1980 e utilizado em estudos focados na sensibilização da sociedade contra a expansão do fenômeno do discurso de ódio nas sociedades contemporâneas. O discurso de ódio é considerado pela autora como qualquer manifestação. O tema passou a ser tratado mais especificamente a respeito das redes sociais a partir da década de 2010, com o crescimento das redes sociais e, no Brasil, aumentou consideravelmente em consequência dos debates políticos que se acirraram no país.

O desenrolar das recentes disputas políticas – sejam nacionais (p. ex., desde as eleições presidenciais brasileiras de 2014, de marcado antagonismo entre os candidatos Dilma Rousseff e Aécio Neves, até a conflagração do processo de *impeachment* da presidente eleita, em 2016) ou internacionais (...) – demonstram que a arena de tais disputas está se ampliando, vindo a ingressar em território virtual. Nesse patamar, observa-se que o confronto, ora firmado sobre dimensão simbólica, traduz-se por vezes em ataques a grupos e/ou indivíduos por conta de sua religião, cor de pele, região de proveniência, enfim, por razões de identidade. Trata-se de fenômeno dia a dia mais expressivo e nocivo à convivência com a alteridade: o discurso de ódio em redes sociais (MARTINS, 2019, p. 1).

Martins (2019) dedicou a sua pesquisa a investigar o caso de M., uma estudante moradora de São Paulo que insultou nordestino no Twitter ao publicar a frase “Nordestino (sic) não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado!”, em resposta a vitória da presidenta Dilma Rousseff no segundo turno das eleições. A autora discute que esse tipo de discurso busca deslegitimar a existência do indivíduo, por meio de violência. Ao outro é negado o direito de existir como igual, como também a sua singularidade. Essa reação de M. não pode ser analisada somente sob o viés individual. Ela representa a ideia consolidada no país de que existe um Nordeste atrasado em dicotomia com um Sudeste desenvolvido.

(...) quando é mencionado que a morte de um nordestino constituiria “um favor a São Paulo”, M. está se relacionando mais estreitamente com a contribuição das antigas elites nordestinas para certo desdobramento do “discurso da seca”, qual seja, a pecha de que o Nordeste seria uma região de atraso em comparação com as demais (sobretudo, com o Sudeste). Essas elites, insatisfeitas com a diminuição de seu capital pelo desvio do foco de produção do açúcar nordestino para o café paulista, perceberam na divulgação da seca uma oportunidade de captação de novas verbas estatais (MARTINS, 2019).

O discurso de ódio não nasce de maneira espontânea, ele somente ganha maior projeção nas redes sociais devido ao maior alcance. Ele também não tem uma definição clara em termos de direitos. Os direitos humanos internacionais e as políticas nacionais divergem, refletindo tradições específicas para cada país. Um

exemplo frequentemente citado, os Estados Unidos aplicam uma atitude mais "tolerante", protegendo o princípio da liberdade de expressão, consagrado na primeira alteração da Constituição dos EUA. No entanto, no Brasil, discurso de ódio abrange qualquer forma de expressão que justifique ou espalhe o ódio racial, xenofobia, o antissemitismo ou qualquer forma de ódio baseado na intolerância, incitação ou defesa.

Alguns grupos são explicitamente protegidos por lei por causa de suas características e identidades específicas: étnicas, religiosas ou sexuais. A capacidade de avaliar a periculosidade potencial de certas observações hostis ou desqualificantes às vezes dão origem a dúvidas e disputas.

O Ministério Público de São Paulo, na ocasião relatada por Martins (2019) denunciou a ré por infração ao artigo 20, parágrafo 2º da Lei n. 7.716/1989, que qualifica como crime de discriminação realizado por meio de meios de comunicação a prática ou indução a ato de discriminação de qualquer natureza. Observa-se que a decisão da juíza contribuirá com a legitimação de uma queixa relacionada ao reconhecimento do outro com indivíduos de direitos.

A proliferação desse fenômeno tem acentuado a necessidade de regulação das relações online; mas alguns contestam a legitimidade de tal abordagem, citando os aspectos do direito a liberdade de expressão. No caso de M, a defesa logo tratou de evocar o direito à "liberdade de expressão" como protetivo da livre expressão da ré, solicitando que o processo fosse extinto, tendo em vista que não houve dolo a um indivíduo específico. No entanto, o parecer da juíza foi favorável ao Ministério Público, a qual afirmou que

[...]. Se a acusada estivesse em um contexto de humor, poder-se-ia cogitar que de fato não queria ofender, mas provocar o riso com uma piada, ainda que se considerasse de mau gosto [...]. Trata-se, porém, de situação diversa da presente. No interrogatório M. disse que fez o comentário, porque estava indignada com o resultado do pleito eleitoral e é justamente este ponto que caracteriza a seriedade de sua declaração, o contexto político, no âmbito do comportamento social, a sede do preconceito (BRASIL, 2012, p. 11-12 apud Martins, 2019, p. 5).

A juíza destacou, ainda, que a acusada possuía vasto conhecimento da matéria, tendo em vista que era uma estudante de Direito que já trabalhava na área, fato que causava ainda mais gravidade ao contexto, tendo em vista que um

profissional em formação necessidade de qualidades éticas que permitam a boa execução de sua atividade profissional.

M. também afetada pelo crime que cometeu. Do mesmo modo que se sentiu livre para cometer crimes de ódio por meio de redes sociais, foi vítima de tais crimes, que a induziram ao abandono do curso de Direito e do estágio e a reclusão em sua residência. A juíza tipificou o crime no artigo 287 do Código Penal, considerando que a ré estimulava o homicídio culposo contra nordestinos. Mas a pena foi acentuada diante do contexto de reclusão e deslegitimação moral já vivido pela ré, de modo que ela foi condenada a pagar multa e cumprir a pena em ações sociais.

Destaca-se que a condenação penal é a última instância na qual o discurso de ódio é avaliado. Em um país no qual a população carcerária é maior do que a capacidade do sistema e no qual um número significativo de crimes não é solucionado, é necessário que sejam construídas estratégias que dificultem a possibilidade de compartilhamento desse tipo de discurso em redes sociais.

Apesar de, às vezes contestadas, as práticas de moderação das redes sociodigitais confrontam as dificuldades de avaliar sistematicamente o escopo e o significado das práticas de linguagem de seus usuários. Na verdade, essas dificuldades são de vários tipos: dificuldade em categorizar um conteúdo considerado como "Odioso", dificuldade técnica na localização deste conteúdo, dificuldade ética ou legal para enquadrá-los.

É por isso que é essencial questionar os contextos jurídicos, históricos e socioculturais que definem o significado do discurso de ódio e as modalidades de punição. Nesse contexto, as iniciativas se multiplicam para a constituição de um protocolo para identificar este conteúdo online para combater a incitação ao ódio.

Stein; Nodari; Salvagni (2018) realizaram um estudo no qual buscaram identificar as estratégias adotadas por gerenciadores de redes sociais para conter discursos de ódio compartilhados em plataformas digitais. As autoras contam que o Facebook recebe aproximadamente 1 milhão de denúncias todos os dias, associadas a conteúdos publicados na rede social que representam crimes de ódio ou informações relacionadas a negócios ilegais.

(...) os temas mais sensíveis de serem tratados são os que abordam política, religião, animais, gêneros e raça. Por serem estes os temas mais suscetíveis, os profissionais que atuam diretamente com questões ligadas a eles, tendem a ser favoráveis a penas mais rígidas aos usuários que disseminam o ódio (STEIN; NODARI; SALVAGNI, 2018, p. 10).

Em uma iniciativa voltada para a contenção dos crimes de ódio praticados na internet, as empresas Microsoft, Google, Twitter e Facebook, em 2016, ratificaram um documento no qual fazem recomendações e informações ações que serão desenvolvidas no combate a conteúdos violentos e racistas divulgados nas redes sociais de propriedade das referidas empresas.

De acordo com o documento, o objetivo da união dessas empresas, que são dependentes de comentários de usuários para manter suas redes ativas, é criar uma colaboração entre as grandes companhias de redes sociais para que o conteúdo de ódio seja controlado com mais firmeza e rapidez (STEIN; NODARI, 2018, p. 3).

No Brasil, o Facebook tem um departamento focado na prevenção dos crimes de ódio praticados na internet. O departamento atua no controle da disseminação de conteúdos de ódio por meio da rede social e também no apoio as vítimas.

Em entrevistas com social medias de empresa brasileiras, Stein; Nodari (2018) identificaram uma postura conciliadora das redes sociais diante de casos de discursos de ódio. As empresas buscam, antes da denúncia as autoridades, informar aos acusados que o conteúdo compartilhado representa um discurso de ódio e pode levá-los a problemas jurídicos. Esse tipo de advertência pode contribuir com a coibição de discursos de ódio, mas também contribui com a organização de ações de ocultação quando são repassadas para grupos especializados na divulgação desse tipo de conteúdo, dificultando assim ações de caráter punitivo ou rastreamento no âmbito da segurança pública. Advertir um indivíduo que divulga conteúdo racista em redes sociais a respeito do crime que está cometendo, o tornaria não-racista ou somente impediria a sua ação naquela rede social específica?

Escobar (2018) realizou um estudo no qual buscou analisar a Lei 13.642/2018 (Lei Lola), que modifica a lei 10.446 de 2002 para incluir a atribuição da Polícia Federal na investigação de crimes cometidos na internet, que estejam relacionados a misoginia.

A lei Lola foi criada pelo presidente Michel Temer, no ano de 2018, em resposta as denúncias que a argentina naturalizada brasileira Dolores Aronovich realizava em seu blog, de nome "Escreva Lola, escreva!" No seu website, Dolores denunciava manifestações de ódio identificadas em redes sociais e revelava os nomes dos responsáveis. As suas denúncias contribuíram com a prisão dos dois principais responsáveis pela divulgação de misoginia na internet no Brasil, Marcelo Valle Silveira Mello e Emerson Eduardo Rodrigues. Marcelo foi o primeiro brasileiro condenado

pela prática de crimes de ódio na internet, em 2012. Em 2013 ele foi solto, mas foi preso novamente em 2018, acusado de cometer crimes de racismo novamente pela internet (ESCOBAR, 2018).

Schäfer; Leivas; Santos (2015) analisaram o Inquérito n. 3.590, do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a discutir os efeitos do discurso de ódio entre os parlamentares.

Da perspectiva do controle de convencionalidade e da importância do diálogo entre as jurisdições, é possível notar a relevância da Convenção Interamericana contra Todas Formas de Discriminação e Intolerância, diga-se, já assinada pelo Brasil a fim de harmonizar a legislação interna sobre discriminação e intolerância, bem como evitar uma futura responsabilização internacional em caso de descumprimento do pacto. Quanto ao seu conteúdo, o instrumento internacional aponta caminhos jurídicos seguros, indicando soluções adequadas para os problemas atinentes aos efeitos negativos acarretados pelo discurso do ódio, e importará em sensível aprimoramento de um conceito jurídico capaz de descrever o fenômeno de acordo com a realidade social (SCHAFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 149).

No ano de 2018 o Ministério Público denunciou o deputado Marcos Feliciano por ter divulgado em redes sociais afirmações discriminatórias, que indicavam preconceito e induzia o ódio entre grupos distintos, com foco nos homossexuais e transgêneros. A mensagem foi divulgada no Twitter do deputado e dizia "A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição" (SCHAFER; LEIVAS; SANTOS, 2015).

O Supremo Tribunal Federal identificou uma atipicidade no fato, determinando que o ordenamento jurídico repudia e condena esse tipo de manifestação. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso indicou que o ato fere o princípio da dignidade humana, embora não existam leis específicas para esse tipo de conduta. Considerando que esse tipo de conduta não é passível de tipificação, o STF decidiu não aceitar a denúncia (SCHAFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 149).

Note-se que a substituição dos critérios de proibição mantém as características identificadoras do fenômeno. São manifestações de caráter discriminatório, intolerantes ao diferente, que induzem ao ódio a um determinado grupo. A inferiorização provocada pela fala coloca o grupo na condição

de inimigo e, mais que isso, resulta em fato criminoso, como se o fato de pertencer a tal grupo conduzisse naturalmente ao crime. A mensagem, mesmo que substituídos os critérios de proibição, continua a indicar uma situação caótica, motivada por ideologias racistas, sexistas, antisemitas ou homofóbicas (SCHAFFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 151).

Quando um parlamentar utiliza dos meios oficiais para proferir esse tipo de discurso, observa-se uma legitimação do ódio pelo Estado, de modo que a incerteza a respeito do posicionamento do estado em relação a esse tipo de violência, caracterizando insegurança jurídica. Também não havia lei específica para crimes de ódio quando M. cometeu xenofobia. No entanto, ela foi condenada com base no Código Penal. Por que ao parlamentar não foi aceita a denúncia junto ao STF?

Observa-se que os crimes de ódio nas redes sociais representam a sociedade brasileira. Infelizmente, tais crimes contam com a omissão do Estado, quando cometidos pelos seus representantes, e com a proteção da própria sociedade, que tende a minimizar seus efeitos em relação as vítimas, ou até mesmo negar que tais efeitos existam.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou caracterizar os crimes de ódio praticados na internet no Brasil, bem como as possibilidades de punição e suas consequências. Verifica-se que cada tipo de crime de ódio é passível de uma aplicação, relacionada a caracterização do crime (misoginia, xenofobia, racismo) e a legislação a partir da qual ele pode ser interpretado.

O fato de não existir uma lei específica para qualificar todos os tipos de crimes de ódio praticados na internet torna a punibilidade subjetiva, cabendo ao legislador definir a sua configuração.

Em relação aos crimes de ódio praticados por autoridades públicas, verifica-se uma certa omissão dos legisladores, sob o argumento de que não existe norma específica para a matéria.

Dado o contexto estudado, conclui-se que é importante e urgente a construção de uma lei focada na prevenção e aplicação de pena para aqueles que cometem crimes de ódio pela internet. Além disso, é necessário regular as empresas que atuam na oferta de redes sociais no Brasil, de modo que elas assumam a responsabilidade pela construção de filtros que impeçam esse tipo de crime e atuem

de maneira solidária as instituições de investigação para identificar os praticantes de tais atos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Marcos Tocchetto, et al. **A cibernética sob a ótica do fenômeno da guerra e da agenda de segurança**. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. , 1988 .

Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf . Acesso em 4 de novembro de 2020.

BRASIL. Justiça Federal. **Ação Penal** autos n. 0012786-89.2010.403.61.81. 9ª Vara Federal Criminal em São Paulo/SP. Juíza Monica Aparecida Bonavina Camargo. São Paulo, SP: 3 maio 2012. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012, e <https://www.conjur.com.br/dl/nordestino.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ESCOBAR, Patricia Elena Santos. **Misoginia e Internet**: a manifestação do ódio contra mulheres no ambiente virtual e as possíveis implicações da Lei nº 13.642/2018. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: UFPB, 2019.

MARTINS, Anna Clara Lehmann. Discurso de ódio em redes sociais e reconhecimento do outro: o caso M. **Rev. direito GV** , São Paulo, v. 15, n. 1, e1905, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100203&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 de novembro de 2020. Epub em 02 de maio de 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201905> .

PINHEIRO, Fábio Ponte. **A Cibernética como arma de combate**. 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed., rev., atual. e ampl. 2011, 3. tiragem 20 São Paulo: Saraiva, 2013. 472 p.

SCHÄFER, Gilbert; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, SANTOS; Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação legislativa (RIL)**. Año 52, No. 207 (jul. - set. 2015). Brasília : Senado Federal , 2015, p. 143-158.

STEIN, Marluç; NODARI, Cristine Hermann; SALVAGNI, Julice. Disseminação do ódio nas mídias sociais: análise da atuação do social media. **Interações (Campo Grande)**, Campo Grande , v. 19, n. 1, p. 43-59, Jan. 2018 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122018000100043&lng=en&nrm=iso> . access on 26 Nov. 2020. <https://doi.org/10.20435/inter.v19i1.1535>.

A SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ROSA MARTINS MADEIRA:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

Prof. LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO

(Orientador)¹²⁰

RESUMO: A Súmula Vinculante nº24 do Supremo Tribunal Federal. O estudo foi feito por revisão bibliográfica de artigos, doutrinas, legislações e jurisprudências relativas ao tema proposto. A Sumula Vinculante, de iniciativa do STF, vem como um importante instrumento de agilidade nos processos, tendo em vista que o que está pacificado por seu intermédio não poderá voltar a ser discutido em instancias inferiores. De acordo com o explicitado na Súmula Vinculante nº24 do STF. Assim, de acordo com o explicitado no entendimento supra, é **inviável a instauração da persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário. Com isso, necessário se faz o lançamento do crédito tributário para a consumação delitiva.** No Brasil, a lei que regula sobre crédito tributário e lançamento é a nº 5.172/66, conhecida também como Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela CF/88, que trata de forma geral sobre direito tributário. Segundo norma insculpida em seu artigo 139, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. No estudo conclui-se que, quando houver erro de fato, a administração é obrigada a revisar o lançamento, pois não se trata de modificação de critério jurídico, mas sim de critério objetivo, como quantidade de produto, valores, alíquotas etc.

Palavras-chave: Crimes. Sumula Vinculante. Tributos.

ABSTRACT: Binding Summary No. 24 of the Supreme Federal Court. The study was carried out by bibliographic review of articles, doctrines, laws and jurisprudence related to the proposed theme. Binding, initiated by the Supreme Court, comes as an important instrument of agility in the processes, considering that what is pacified through it cannot be discussed again in lower instances. In this direction, according to what is explained in the binding summary No. 24 of the STF. Thus, according to what was explained in the above understanding, it is not feasible to institute criminal prosecution before the definitive constitution of the tax credit. With this, it is

¹²⁰Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (2005). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). Auditor Fiscal do Estado do Tocantins.

necessary to launch the tax credit for criminal consumption. In Brazil, the law that regulates tax credit and entry is No. 5.172 / 66, also known as the National Tax Code (CTN), received by CF / 88, which deals in general with tax law. According to a rule included in Article 139, the tax credit arises from the main obligation and has the same nature as this. The study concludes that, when there is a real error, management is obliged to revise the entry, as it is not a question of modifying the legal criterion, but rather an objective criterion, such as product quantity, values, rates, etc.

Keywords: Crimes. Binding. Taxes.

SUMÁRIO: 1 . Introdução. 2. Crimes tributários. 3. A súmula vinculante nº 24 do supremo tribunal federal. 3.1. Súmula vinculante. 3.2. A súmula vinculante nº 24 do supremo tribunal e a obrigação tributária. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em tela visa examinar a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. Sabe-se que a Sumula Vinculante, de iniciativa do STF, vem como um importante instrumento de agilidade nos processos, tendo em vista que o que está pacificado por seu intermédio não poderá voltar a ser discutido em instancias inferiores.

Contextualizando, a Súmula Vinculante surge com o fulcro de unificar os entendimentos, aplicando a lei de forma justa, considerando julgamentos reiterados referentes a mesma matéria. Nesse contexto, a Súmula Vinculante também poderá ser empregada no sentido de trazer maior segurança jurídica ao direito tributário.

O Decreto-lei 2848/40 (Código Penal), traz em seu diploma alguns dispositivos referentes à matéria de Crime Contra a Ordem Tributária como em seu Título II, nos art 171 e 172 ao falar de estelionato, os arts 175, 176, 177 e 179 falam de fraude, bem como o Título X (Dos Crimes Contra Fé Pública), Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública).

A primeira lei ao falar de crime de sonegação fiscal foi a Lei 4729/65, onde em seu artigo 3º menciona que "Somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal", ou seja, qualquer ato que não se enquadrava nesta lei não poderia falar em crime de sonegação fiscal.

A lei 8137/90, Crime contra Ordem Tributária, elenca o que é crime tributário, fala das multas, esse Crime é de Ação penal Pública (Ação Penal Pública é de iniciativa do Ministério Público, onde promoverá a ação através de uma denúncia que é a peça

principal do processo). A lei que definirá se a ação é Pública ou não e tudo dependerá de qual bem jurídico será atingindo.

Nesse enfoque, conforme explicitado na Súmula Vinculante nº24 do STF. Assim, de acordo com o explicitado no entendimento supra, é **inviável a instauração da persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário. Com isso, necessário se faz o lançamento do crédito tributário para a consumação delitiva.** No Brasil, a lei que regula sobre crédito tributário e lançamento é a nº 5.172/66, conhecida também como Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela CF/88, que trata de forma geral sobre direito tributário. Segundo norma insculpida em seu artigo 139, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. É nessa questão que residirá o presente estudo acadêmico.

2 CRIMES TRIBUTÁRIOS

É importante destacar o que é ilicitude e ilegalidade. A primeira diz respeito ao campo do ordenamento jurídico, ou seja, ilicitude é um ato contrário ao nosso ordenamento jurídico, de modo geral ela é mais ampla/abrangente. Ilegalidade é um ato contrário à lei.

O ilícito tributário poderá ser observado sobre diversos aspectos, desde conceito, a prática da omissão ou a ação do agente de recolher ou não recolher o valor devido no tributo. Esse tipo de ilícito tem como intenção prejudicar a máquina do Estado. Em alguns países desenvolvidos tais atitudes implicam na pena restritiva de direito daquele que cometeu o ato, porém, no Brasil com o simples pagamento já é o suficiente para extinguir a ação penal (BUSATO, 2017).

Os ilícitos dos crimes fiscais são:

Sonegação Fiscal – O contribuinte, terceiro ou sucessor, tem a intenção de fraudar/enganar o fisco com o não recolhimento do tributo, agindo assim com dolo em sua conduta. Sua atitude será comissiva (ação) ou omissiva (omissão), exemplo: agente que tomar a iniciativa de eliminar dados, programa eletrônico, ou nota fiscal, com o escopo, de pagar, menos tributo ainda, como, o sujeito passivo que tendo um desconto incompatível entre as despesas com o cartão de crédito e aquilo que declara simplesmente se omite no propósito de não pagar o respectivo imposto de renda.

Apropriação Indébita – No art 2ª, II da lei 813790 diz: “Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres

públicos”, ou seja, existe a lesão ao Estado, pelo fato que o agente ao deixar de repassar o valor do tributo dentro do prazo prescrito, ele agregar o mesmo ao seu capital.

Evasão Fiscal – (A evasão fiscal é o uso de meios ilícitos para evitar o pagamento de taxas, impostos e outros tributos. Entre os métodos usados para evadir tributos estão a omissão de informações, as falsas declarações e a produção de documentos que contenham informações falsas ou distorcidas, como a contratação de notas fiscais, faturas, duplicatas etc.

Já a **elisão fiscal** configura-se num planejamento que utiliza métodos legais para diminuir o peso da carga tributária num determinado orçamento. Respeitando o ordenamento jurídico, o administrador faz escolhas prévias (antes dos eventos que sofrerão agravo fiscal) que permitem minorar o impacto tributário nos gastos do ente administrado). Ela será praticada por pessoa física ou jurídica, abrangendo obrigação principal ou acessória, tendo assim por natureza comissiva ou omissiva (PRADO, 2017).

Supressão de Escrituração e Livros – É a eliminação, cancelamento ou extinção de informações relevantes ao fisco, com o intuito de impedir o levantamento e a imposição do tributo. Ela pode ocorrer em obrigação acessória ou principal.

Crimes Tributários Eletrônicos – O art 2º, V da lei 8137/90, menciona: Constitui crime da mesma natureza: “Utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita o sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública”.

Esse crime se caracteriza pelo fato que o agente presta informações contrária à sua realidade, porém, com as informações se cruzam por meio eletrônico, onde fisco consegue rastrear essas informações com isso reduzindo as fraudes fiscais.

O Bem Jurídico Tutelado no Crime Fiscal é bem divergente, tendo assim várias correntes para tratar do assunto. Conforme a Professora Patrícia Schoerpf, o bem jurídico tutelado é o de ordem patrimonial, havendo o interesse do Estado em criminalizar a dívida tributária. Na Constituição Federal em seu 5º LXVII prevê dois tipos de prisão civil: alimentícia e depositário infiel (sendo o último não mais considerado) (MACHADO, 2018).

Para esta corrente se admitiria a prisão civil por dívida tributária, uma vez não sendo o pago tributo devido, onde configuraria abuso ao poder já que este tipo de prisão não está regulamentado em nosso ordenamento, o que caracterizaria a

inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal diz que o não pagamento do tributo acarretaria prisão pela prática do ato ilícito e não pela prisão civil (COSTA, 2014).

Já os Professores Anderson Soares Madeira e Celso Ribeiro Bastos dizem que não são cabíveis nem a prisão civil e nem a prisão penal tributário, onde nesse caso o patrimônio do contribuinte seria afetado pela execução, até a satisfação do pagamento do crédito tributário.

Outra parte da doutrina menciona que o bem jurídico tutelado é o de ordem jurídica tributária, pelo fato que as normas jurídicas limitam o Estado o poder de instituir e cobrar tributos. Tomemos o seguinte exemplo, imaginemos que funcionário público exige do contribuinte tributo que sabe ou deveria saber indevido, ou até mesmo quando devido, emprega meios vexatórios ou gravosos que a lei não autoriza para cobrança deste tributo, ele não estaria cumprido com o que a primeira corrente definiu, não estaria ofendendo o interesse do Estado em arrecadar tributo?

No exemplo exposto, estaria o funcionário cometendo crime previsto no artigo 316, § 1º do Código Penal, com redação do artigo 20 da Lei 8137/90 (crime de excesso e exação), apesar de estar agindo pelo interesse da arrecadação, porém, o Estado é detentor do poder de tributar, poder este instituído pela Magna Carta, entretanto, a mesma Carta que instituiu o poder, também o limita (BUSATO, 2017).

A doutrina não chegou a um consenso de qual é o bem jurídico tutelado, porém é mais coerente afirmar que esse bem jurídico é o da ordem jurídica tributária. Para o crime fiscal é importante saber qual o bem jurídico tutelado foi atingido com a ilicitude do ato, justamente para que se possam aplicar as penalidades cabíveis para possíveis reparações ao bem atingido. Os tributos sempre existiram desde a época do Império Romano, Idade Média, Moderna até os dias de hoje. O tributo era/é a forma de movimentar/alimentar o Estado, do qual através dele é revertido em benefícios e melhoria para a população. Porém o não pagamento dele sempre foi visto como um tipo de crime, do qual a sua prática era/é sujeito as penalidades; penalidades essas que em tempos remotos chegavam a atingir não só a liberdade, como a vida daquele delituoso e até mesmo a liberdade de membros de sua família.

Antigamente a dívida tributária era passada de pai para filho até o término de seu pagamento e muitas vezes mesmo com o pagamento, a liberdade não era devolvida. Hoje em nosso sistema tributário, caso o responsável pelo pagamento do tributo venha a falecer, esse crédito tributário irá para o espólio, onde esse responderá até o término de seu inventário, porém ninguém que seja herdeiro terá sua liberdade/vida tolhida.

3 A SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 SÚMULA VINCULANTE

O Brasil é um país de forte influência jurisprudencial. Esta é considerada como fonte do Direito e é fundamental para a resolução dos diversos litígios existentes. Entretanto ela não vincula o juiz, que poderá descartá-la se assim o quiser. Logo, em virtude da tradição jurídica romana ser a patriarca do sistema jurisprudencial pátrio, a jurisprudência no Direito pátrio possui um papel distinto ao proposto pelo direito anglo saxão. Eis o que explica Ernesto Neto sobre a função da jurisprudência nas decisões:

No sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de que jurisprudência pode figurar como fonte direta e imediata do Direito é fortalecido à medida que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do common law nas últimas décadas, como se depreende dos seguintes fenômenos: (...) o aprimoramento dos mecanismos de uniformização jurisprudencial; o prestígio das súmulas dos tribunais superiores, com maior importância daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal; (...) a positivação constitucional da súmula vinculante, sob a inspiração da doutrina conhecida como *stare decisis*, forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso). (...) A jurisprudência é mais uma ferramenta que auxilia na decisão do magistrado, mas não determina sua decisão, que é pessoal baseada não só na jurisprudência, mas também e principalmente no fato, norma e valor. Não se pode deixar de considerar que o esforço excessivo em se criar uma jurisprudência uniformizada poderia resultar na subversão da supremacia da lei que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. A Garantia Constitucional de acesso à Justiça está intimamente ligada à prerrogativa do magistrado de julgar o caso fático, sendo que nada, exceto à lei, poderia vincular a sua decisão. (NETO, 2012, p 12.)

Por outro lado, quando o precedente for injusto, o juiz poderá caracterizar alguma diferença entre este e o caso que está sendo analisado, de modo que não seja aplicado por versar sobre situação ou contexto factual distinto por intermédio do devido raciocínio jurídico, que deverá ser bem fundamentado.

Nesse sentido, Nader explana:

Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência se limita a revelar o Direito preexistente. No Estado moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do Legislativo. [...] Em vez de as normas jurídicas anteciparem-se aos fatos, estes seriam um *prius* e aquela um *posterius*, o que tornaria vulnerável a segurança jurídica dos indivíduos. Os juízes devem ser leais guardiões da lei e o seu papel consiste, conforme assinala Bacon, em *ius dicere* e não em *ius dare*, isto é, a sua função é a de interpretar o Direito e não a de criá-lo. (NADER. 2018, p. 177)

Conforme ressaltado, em decorrência do juiz não ser obrigado a seguir a jurisprudência, mesmo que esta seja dominante, de modo que esta tenha a singela função de revelar o Direito preexistente. A jurisprudência, por outro lado, não possui o papel de “criar legislação”, diferente do que ocorre no sistema anglo saxão, mas de fazer uma interpretação do Direito. Desse modo, a tradição jurisprudencial brasileira, que antecede ao instituto da Súmula Vinculante, não possui efeito vinculante. Poderá, por outro prisma, ser o norte dos magistrados na fundamentação de suas decisões, ao lado da doutrina. Em outras palavras: assim como a doutrina não é vinculante, a jurisprudência também o não é (CALLEGARI, 2015).

Por outro ângulo, quando o julgamento for para a instância superior, por intermédio de recurso, o tribunal recursal deverá rever o precedente aplicado e, conforme o caso, desconsiderá-lo, aplicando novo precedente. Um tribunal recursal também poderá propor uma visão totalmente distinta das instâncias inferiores, e será limitado por suas próprias precedentes.

No Brasil, país onde imperam as leis, a situação é distinta do direito anglo saxão. Conforme explicitado no texto acima, a uniformização de uma jurisprudência pátria poderá resultar no esquecimento dos ditames legais, que são os principais vetores do Direito pátrio além de prejudicar significativamente o livre convencimento do magistrado. Por estes motivos que a jurisprudência pátria é apenas um mecanismo judicial, que não deverá ser superior à lei ou ao entendimento do Estado-juiz (CASTILHO, 2018).

Não se pode, nesse sentido, ignorar a importância da tradição jurisprudencial no direito pátrio. Além de auxiliar o juiz nos julgamentos de modo que este forme o seu convencimento baseado em pressupostos objetivos e cristalinos também poderá ser de muita valia para o legislador, na medida em que for sugerindo na criação de novas leis.

A respeito das funções da jurisprudência Andréa Cristina Duarte Andrez destaca as seguintes, retiradas da doutrina pacífica:

Segundo a doutrina, a jurisprudência possui cinco funções básicas: a) Interpretar a lei: sendo a lei um preceito geral, porém sempre impessoal, cumpre ao Judiciário esmiuçar o sentido dos elementos de que as leis se compõem e, sobretudo, a aceção em que o legislador os desejou empregar; b) Vivificar a lei: a lei, entrando em vigor, só passa a ter seus efeitos concretos realmente sentidos quando surge a controvérsia; sendo esta levada ao Judiciário, cumpre-lhe interpretar os preceitos jurídicos, dando-lhes o dinamismo que os torna vivos e atuantes; c) Humanizar a lei: tornar a norma justa, alcançando o bem e a equidade, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como afirma o art. 5º da LICC; d) Suplementar a lei: o magistrado não pode eximir-se de julgar, na lacuna da lei, devendo socorrer-se da analogia, do costume e dos princípios gerais do Direito; e) Rejuvenescer a lei: adaptar o Direito à realidade social e às transmutações da vida cotidiana, uma vez que este não pode permanecer estático, sem acompanhar o desenrolar dos fatos, as constantes mudanças sociais. (ANDRÉZ, 2011. p. 07)

Conforme explanado, as cinco funções da jurisprudência são: interpretar a lei; vivificar a lei; humanizar a lei, tornando a justa ao caso concreto; suplementar a lei, quando houver lacunas e rejuvenescer a lei, adaptando o Direito à atualidade.

A Reforma do Judiciário acolheu os anseios da população e de diversos operadores do direito no que atine à uma justiça menos morosa e mais acessível. Contudo as transformações advindas per si não são suficientes para diminuir os impactos advindos de uma justiça lenta e incompatível com os princípios que a devem nortear.

No bojo das aludidas inovações trazidas pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que originou a Reforma do Judiciário, surgiu o instrumento chamado Súmula Vinculante.

3.2 A SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL E A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Conforme explicitado no item anterior, a Súmula Vinculante, de iniciativa do STF, vem como um importante instrumento de agilidade nos processos, tendo em vista que o que está pacificado por seu intermédio não poderá voltar a ser discutido em instâncias inferiores. É, em tese, o maior salto que o legislador concedeu à jurisprudência pátria, dando-lhe força normativa. Com o efeito vinculante, procurou-se proporcionar maior celeridade nos processos, bem como garantir o cumprimento das leis em vigor. O Art. 103-A da Constituição Federal explicita, a posterior, que:

Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Em linhas gerais, após ler os dispositivos constitucionais, não se pode olvidar que o instituto em epígrafe imprime uma relação de obediência das instâncias judiciais inferiores. O poder de julgar do juiz poderia ter, a princípio, uma flexibilização que divide muitos doutrinadores, conforme será tratado oportunamente (COSTA, 2014).

O procedimento da Súmula Vinculante, a ser visto oportunamente, é bastante criterioso, na medida em que busca evitar a edição de Súmulas sem os requisitos legais e constitucionais. Com isso, os Ministros do Supremo Tribunal Federal somente poderão deliberar acerca da edição, revisão e cancelamento da Súmula se estiverem embasados nos dispositivos atinentes ao epigrafado instituto. Nesse sentido, vale realçar que a Súmula Vinculante deverá atender para as suas finalidades, referentes à diminuição da morosidade do Poder Judiciário, à celeridade, à segurança jurídica etc. (FELDENS, 2016).

Nesse contexto, a súmula é primordial para a unificação de determinados entendimentos jurídicos. Nesta senda, de acordo com o explicitado na Súmula

Vinculante nº24 do Supremo Tribunal Federal: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. A aludida Súmula possui o seguinte precedente representativo:

Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571 MC), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 — que é material ou de resultado —, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9.249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. [HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 10-12-2003, DJ de 13-5-2005.]

Desse modo, conforme explicitado no entendimento supra, é **inviável a instauração da persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário. Com isso, necessário se faz o lançamento do crédito tributário para a consumação delitiva. Nesse mesmo sentido, cite-se que, conforme entendimento do ministro Roberto Barroso:**

os crimes tributários são de natureza material, uma vez que sua consumação se dá não com a conduta de declaração falsa ou omissão de dados, mas com a ocorrência do resultado consistente na supressão ou redução do tributo. E não há tributo sem que a autoridade administrativa, após o devido processo legal, constitua o crédito em termos definitivos. 6. Nesse contexto, a justa causa deve ser aferida no momento da apresentação da exordial, já que os elementos indiciários de autoria e prova da materialidade devem lastrear a admissão da acusação. Em outras palavras, a condição objetiva de punibilidade não pode ser preenchida depois de iniciado o processo penal. [Rcl 31.194 MC, rel. min. Roberto Barroso,

dec. monocrática, j. 29-11-2018, *DJE* 257 de 3-12-2018.]

Por seu turno, de acordo com o ministro Toffoli:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Crime contra a ordem tributária. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Trancamento da ação penal por inexistência de justa causa. Súmula Vinculante 24. Pretendida absolvição sumária. Impossibilidade. Agravo regimental não provido. 1. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário inviabiliza o desenvolvimento válido da persecução criminal, acarretando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, o que não impede o oferecimento de nova denúncia (ou aditamento da já existente) após o esgotamento da via administrativa, a teor do disposto na Súmula Vinculante 24. [ARE 1.047.419 AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, 2ª T, j. 27-3-2018, *DJE* 77 de 23-4-2018.]

No Brasil, a lei que regula sobre crédito tributário e lançamento é a nº 5.172/66, conhecida também como Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela CF/88, que trata de forma geral sobre direito tributário. Segundo norma insculpida em seu artigo 139, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Assim, para melhor compreensão sobre crédito tributário, é imprescindível que antes defina-se obrigação tributária (LOVATTO, 2013).

Surge a obrigação tributária quando todos os requisitos necessários ao nascimento de um tributo são implementados no mundo fático pelo contribuinte. Segundo a doutrina majoritária, enquanto esses requisitos permanecerem apenas no mundo das suposições, eles serão denominados de hipóteses de incidência do tributo, já que não passam de hipóteses. No entanto, quando praticados no mundo dos fatos, nascerá o fato gerador.

Realizado o lançamento, ter-se-á constituído o crédito tributário, tornando-se este certo, líquido e plenamente exigível. Só assim, o Estado poderá proceder com a cobrança ao contribuinte do valor correspondente ao tributo, objeto da obrigação tributária.

Por isso, entende o STJ que a natureza jurídica do crédito tributário é constitutiva, pois depende da atividade estatal para existir, e por sua vez, a natureza jurídica da obrigação tributária é declaratória, pois basta ao fiscal verificar se ocorreu ou não o fato gerador. Por isso, diz-se que a natureza jurídica do lançamento é mista

(FISCHER, 2016).

Ainda de acordo com o CTN, o lançamento só poderá ser realizado por uma autoridade administrativa e caberá a cada ente federado livremente, atribuir a competência pelos lançamentos dos seus tributo a cada autoridade respectiva. Trata-se de uma atividade vinculada, tendo a administração o poder-dever de exercê-la.

A legislação tributária que fundamenta o lançamento é a vigente quando da ocorrência do fato gerador. Não obstante, quanto às normas procedimentais, as quais por ventura prevejam novos critérios de apuração do tributo, por exemplo, vigorará a legislação da época do lançamento.

Ainda, o lançamento é dividido pela doutrina em duas fases, sendo a primeira oficiosa, e a segunda contenciosa. A primeira compreende o momento em que o fisco junta as informações colhidas e necessárias à constituição do crédito e realiza o lançamento. A segunda inicia-se a partir da notificação oficial do lançamento ao contribuinte, que poderá pagá-lo, ou impugná-lo se entender que se trata de um ato equivocados da administração (GOMES, 2017).

Por isso, não é correto dizer que o crédito tributário é absoluto, pois, o mesmo ainda poderá sofrer alterações, seja a partir da impugnação pelo sujeito passivo, seja por recurso de ofício, ou mesmo pela iniciativa da autoridade administrativa.

Assim, quando o crédito tributário é impugnado pelo contribuinte, e a autoridade julgadora modifica total ou parcialmente o lançamento, de acordo com o pedido daquele, ao Estado caberá recorrer em segunda instância dessa decisão desfavorável.

A essa obrigação do Estado em recorrer de decisões administrativas que lhes são contrárias, dá-se o nome de recurso de ofício. Como dito no parágrafo anterior, este é também uma forma de alteração do lançamento, pois a instância subsequente ainda pode entender pelo indeferimento do pedido do sujeito passivo, e determinar a reconstituição original do lançamento.

Ainda, pode ainda o lançamento ser modificado de ofício pela própria autoridade administrativa se esta reconhecer que aquele está eivado de vício. Essa prerrogativa da administração advém do princípio da autotutela, que lhe confere o poder-dever de corrigir seus próprios atos quando maculados pela ilegalidade. Por isso, independente da sua modalidade, o lançamento poderá ser revisto pela administração, que lhe corrigirá os vícios e o lançará de ofício, agora, da maneira correta (PALSEN, 2014).

Importante atentar que em se tratando de critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa para proceder com o lançamento, tendo aqueles posteriormente nova interpretação por parte do fisco, não podem agora ser aplicados a fatos geradores já ocorridos antes do novo entendimento adotado. Ou seja, o lançamento deve estar de acordo com interpretação atual da administração frente as normas tributárias, e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não podem ser posteriormente modificados por novo entendimento jurídico do fisco. O CTN não admite o chamado erro de direito (art. 146)

No entanto, quando houver erro de fato, a administração é obrigada a revisar o lançamento, pois não se trata de modificação de critério jurídico, mas sim de critério objetivo, como quantidade de produto, valores, alíquotas etc. O lançamento pode ser realizado ainda por três modalidades, sendo elas, de ofício, por declaração e por homologação.

Na modalidade de lançamento de ofício, também chamado de direto, não há participação relevante do sujeito passivo. Aqui, cabe à autoridade administrativa proceder com o lançamento a partir das informações das quais já dispõe internamente.

O artigo 149 do CTN enumera nove possibilidades em que o lançamento deve ser realizado de ofício, tratando o primeiro inciso dos casos em que a própria lei determinar. Nos demais incisos, a administração deve proceder com o lançamento direto quando as declarações do contribuinte apresentar erros, ou quando não atenderem a pedido de esclarecimento, quando houver fraudes etc. São exemplos dessa modalidade a taxa de iluminação pública, IPVA e IPTU.

Já no lançamento por declaração, há participação contundente do sujeito passivo, na medida em que deve este prestar ao Estado as informações necessárias relativas ao fato que ensejou a constituição do crédito para que então, a administração dê continuidade aos demais atos do lançamento, para então notificá-lo. São exemplos desse lançamento o ITBI.

Caso o contribuinte verifique que sua declaração estava errada, de acordo com o artigo 147, §1º do CTN, ele terá a chance de retificá-la, desde que comprove o erro em que se funde, e desde que essa correção se dê antes da notificação do lançamento.

Também, se o contribuinte declarar valores absurdos ou desproporcionais com relação às características do fato gerador praticado, poderá o fisco desconsiderar sua informação, e arbitrar um outro valor, agora com base na média de mercado. Essa é uma técnica de lançamento por arbitramento, que dá a

oportunidade do fisco agir de ofício em casos de informações notoriamente inverídicas ou impossíveis (PALSEN, 2014).

Por fim, tem-se a última modalidade de lançamento, denominada agora por homologação, que está expressa no artigo 150, CTN. Se na modalidade anterior, o contribuinte procedia com as informações de fato ao fisco, no presente caso, o contribuinte informa além dessas, as informações de direito, pois é ele quem calcula o tributo devido e procede com o pagamento antes mesmo de passar pelo crivo da administração.

Só após o pagamento é que o fisco terá acesso ao tributo já lançado e pago pelo contribuinte, quando então procederá com a sua homologação caso todas as etapas do procedimento estejam de acordo com a lei. Só após a homologação que o crédito tributário será extinto. Caso a administração perceba alguma falha na atividade do contribuinte, ela não procederá com a homologação, e inclusive poderá lançar suposta diferença por meio da modalidade direta.

A homologação pelo sujeito ativo pode acontecer de duas maneiras diferentes, sendo elas, expressa ou tácita. A primeira se dá quando o fisco manifesta-se oficialmente pela ratificação. Já a forma tácita se dá quando a administração permanece silente durante o prazo que tem para proceder com a homologação expressa. De acordo com o §4º do artigo 150, esse prazo é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (PRADO, 2017).

Em conclusão, tem-se que o crédito tributário e o lançamento sempre estarão acompanhados um do outro, não podendo o Estado cobrar do contribuinte por uma obrigação que embora exista no mundo dos fatos, ainda não exista juridicamente, até que se proceda com a sua constituição. Por sua vez, essa atividade constitutiva não pode ser realizada a bel prazer do fisco, justamente por ser uma atividade vinculada e indisponível, deve ela obedecer a todos os critérios legais impostos pelo CTN e pela Lei do tributo, em homenagem ao princípio da legalidade e em respeito ao Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo em tela se verificou, a princípio, a importância da Súmula Vinculante. Sua natureza possui raízes no direito anglo saxão. A título de ilustração, destaca-se o direito norte americano visto que, naquele país, os tribunais dão especial força normativa em seus julgados, na medida em que um julgamento sobre caso específico passa a ter força legal, não só para as partes, mas também para o magistrado. Do mesmo modo os tribunais de instancias inferiores devem tomar decisões que não afronte m ao que foi decidido por instâncias superiores.

Em paralelo, a obrigação tributária nada mais é do que uma relação jurídica entre o estado e o contribuinte, onde este é devedor e sujeito passivo e aquele é o credor e sujeito ativo da relação. Tem-se como sua característica principal a transitoriedade, pois a obrigação tributária perdurará até quando o contribuinte pagar ao estado um valor em dinheiro, correspondente ao tributo.

Para que o Estado possa tornar-se oficialmente credor do contribuinte, não basta apenas que ocorra a obrigação tributária, antes, é necessário que o mesmo verifique como e onde ocorreu o fato gerador, determine a matéria tributável, calcule o valor do tributo devido, identifique o sujeito passivo etc. A essa atividade estatal dá-se o nome de lançamento.

Ante o exposto, o direito tributário possui vários aspectos que são confrontados nos tribunais, seja em virtude das diversas legislações existentes, seja em razão da lei, por si só, carecer de interpretações mais nítidas. Sob esse enfoque, de acordo com o explicitado na Súmula Vinculante nº24 do Supremo Tribunal Federal: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

No estudo se verificou que não é **viável a instauração da persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário. Com isso, necessário se faz o lançamento do crédito tributário para a consumação delitiva.**

Verificou-se ainda que no Brasil, a lei que regula sobre crédito tributário e lançamento é a nº 5.172/66, conhecida também como Código Tributário Nacional (CTN). Nesse diapasão, crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Assim, surge a obrigação tributária quando todos os requisitos necessários ao nascimento de um tributo são implementados no mundo fático pelo contribuinte.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro – aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CASTILHO, Ela WieckoVolkmer de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

COSTA, Gisela França da. Breve Panorama do Pensamento de Edwin H. Sutherland e a Nova Etiologia da Criminalidade. In: SOUZA, Arthur de Brito Gueiros (Org.).

Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, políticocriminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2014.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Prévio Exaurimento da Via Administrativa e Crimes Tributários. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes. (Coord.). **Direito Penal Tributário.** São Paulo: QuartierLatin, 2017.

LOVATTO, Alécio Adão. Crimes Tributários. **Aspectos criminais e processuais.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Atlas, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo.** 6ª edição, Rio Grande do Sul: Revista do Advogado, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O DEVER DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES: ANÁLISE HISTÓRICA, LEGAL E JURISPRUDENCIAL

JORGE MOTA NETO: Bacharelado em Direito pelo CEUNI FAMETRO - Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de discutir a respeito do dever de prestação de alimentos entre ex-cônjuges, de maneira que se pretende expor de maneira história, legal e jurisprudencial a respeito deste aspecto. No decorrer da pesquisa, verificou-se que durante muitos anos, ficou instituído que dentro da sociedade conjugal o homem seria o provedor obrigatoriamente. No Brasil, podemos visualizar essa afirmação do ponto de vista legal ao analisarmos o casamento sob a égide do Código Civil de 1916. Foi justamente esta ideia de ser o homem provedor que se instituiu a necessidade de promover o sustento da mulher quando dela se separasse, uma vez que a mulher era bastante prejudicada em relação a sua possibilidade de entrada no mercado de trabalho. Hoje, com o advento da Constituição de 1988, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, em decorrência do princípio da igualdade no direito de família, em sendo essa a igualdade jurídica dos cônjuges. Após análise legal e jurisprudencial, concluiu-se que desde que comprovados os requisitos legais e os princípios interpretativos do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores, se houver, é válida a prestação de alimentos entre cônjuges, uma vez que esta permitirá a manutenção da vida com dignidade ao alimentado, mas com atenção a necessidade de este ex-cônjuge procurar um emprego e uma maneira de prover ao seu sustento de maneira efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Alimentos. Dignidade. Sustento.

ABSTRACT: The present work has the purpose of discussing about the duty to provide maintenance between ex-spouses, in a way that it is intended to expose in a historical, legal and jurisprudential manner regarding this aspect. In the course of the research, it was found that for many years, it was established that within the conjugal society the man would be the provider obligatorily. In Brazil, we can see this statement from a legal point of view when we analyze marriage under the aegis of the Civil Code of 1916. It was precisely this idea of being the provider man that the need to promote the sustenance of women when it separated was established, since the woman was severely affected in relation to her possibility of entering the job market. Today, with the advent of the 1988 Constitution, the rights and duties relating to conjugal society are exercised equally by men and women, as a result of the principle of equality in family law, which is the legal equality of spouses. After legal and jurisprudential analysis, it was concluded that as long as the legal requirements

and interpretative principles of the Superior Court of Justice and other higher courts are proven, if any, the provision of maintenance between spouses is valid, as this will allow the maintenance of life with dignity for the person fed, but paying attention to the need for this ex-spouse to look for a job and a way to provide for his livelihood effectively.

KEYWORDS: Civil right. Foods. Dignity. Support

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Análise histórica do dever de prestar alimentos; 2.1 Obrigação de prestar alimentos sob a égide da constituição federal; 2.2 Características e fundamentos da prestação de alimentos; 2.3 Alimentos entre ex-cônjuges; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após um evento traumático como uma separação litigiosa, é justificável que os cônjuges não queiram mais notícias um dos outros e muito menos outros tipos de contatos como as obrigações civis uns com os outros.

O que não pode ser feito, no entanto, é deixar que esse rancor permita com que o outro fique em situação de necessidade financeira decorrente de um fato que o impossibilite de trabalhar e prover o seu sustento. Nesses casos, mesmo com a separação ainda subsiste o dever constitucional de ser solidário um ao outro e de prover a mútua assistência como na época da união.

Hoje essa obrigação da manutenção de um ex-cônjuge é algo impensável para algumas pessoas, haja vista a amplitude de oportunidades que enxergam no mercado de trabalho e de novos paradigmas como o da emancipação da mulher e sua participação maior no mercado de trabalho.

Por essa razão, o presente trabalho pretende analisar a obrigação que institui a prestação de pensão alimentícia e suas nuances, para verificar de que forma ela é cabível hoje, além de outras questões.

Este trabalho propõe-se a realizar uma análise da prestação de alimentos a ex-cônjuges, a partir de ferramentas bibliográficas como o estudo histórico e a evolução desta obrigação durante os anos no direito brasileiro e a exploração do conceito de alimentos, o que os configura, quais os fundamentos que os regem e como se dá o exercício a este direito a alimentos.

Pretende-se analisar também os entendimentos jurisprudenciais a respeito desta modalidade de prestação de alimentos, analisando de que forma os tribunais compreendem a necessidade de prestação alimentícia a ex-cônjuges.

O objetivo dessa exposição será demonstrar a importância que a prestação de alimentos tem no direito brasileiro, principalmente no que concerne ao cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que haja rancores entre os envolvidos, tal qual pode ocorrer em situações de separação judicial litigiosa, por exemplo.

Desta forma, espera-se que a contribuição módica deste trabalho a sociedade venha por meio da disseminação de informações e como fonte de pesquisas bibliográficas para eventuais trabalhos acadêmicos em sentidos correlatos.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS

A prestação de alimentos significa, inicialmente, propiciar de maneira direta a dignidade da pessoa humana, em sendo, portanto, direito fundamental de acordo com o entendimento de Brambilla (2016):

A priori, o próprio vocábulo “alimentos” traz consigo um vasto significado, que não pode ser simplesmente reduzido à tudo aquilo que é indispensável ao sustento de uma pessoa.

Nesse prisma, os alimentos derivam do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar dos Direitos Humanos e da Constituição Federal pátria e que, por este motivo, eleva o direito à prestação alimentar a outro patamar: Direito fundamental.

Anteriormente ao Código Civil atual e a Constituição Federal de 1988, tínhamos duas situações que hoje poderiam consideradas totalmente descabidas. Eram elas: a impossibilidade de prestação de alimentos aos filhos tidos como “espúrios”, ou seja, os filhos que advinham de uma relação incestuosa ou adulterina, conseqüentemente fora do casamento, e a necessidade de prestação de alimentos para com a ex-esposa, sem limite temporal.

Durante muitos anos, ficou instituído que dentro da sociedade conjugal o homem seria o provedor obrigatoriamente. No Brasil, podemos visualizar essa afirmação do ponto de vista legal ao analisarmos o casamento sob a égide do Código Civil de 1916.

Na antiga lei, o marido era necessariamente o chefe da família. Essa disposição implicava em alguns direitos a mais para o marido, porém também havia a obrigação por parte do homem de prover o sustento seu e de sua família, aí também inclusa a sua esposa:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I - a representação legal da família;

II- a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);

III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV);

IV - **O direito de autorizar a profissão da mulher** e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III);

V - **prover a manutenção da família**, guardada a disposição do art. 277. (grifo nosso)

Podemos perceber, portanto, que a mulher dificilmente trabalhava em ofícios além de dentro das suas obrigações conjugais, cuidando da família. Por conta disso, nos casos de divórcio ela tinha muitas chances de ficar desamparada, principalmente por conta dessas medidas de afastamento da mulher do mercado de trabalho que a lei impunha.

Nesse sentido, vislumbrava-se a necessidade da possibilidade de imposição de pensão alimentícia para a ex-esposa, pois a possibilidade de deixar a ex-esposa financeiramente desamparada por conta da falta de oportunidades de emprego era nítida, conforme os costumes da época e análise da legislação.

Nessa mesma época, no entanto, era impensável que o homem recebesse a mesma contrapartida da mulher. Muito disso é devido a sociedade machista e a ideia do homem como provedor, por exemplo.

Segundo Palermo Júnior (2016), esta conduta de prestação do dever alimentar por parte do homem dependia da conduta moral de sua mulher, ou seja, que fosse

considerada uma mulher honesta. Assim, se exercesse sua liberdade sexual, por exemplo, este direito já era automaticamente retirado, por falta de requisito legal:

Se analisarmos as disposições do antigo Código Civil de 1916, podemos notar um dos maiores absurdos jurídicos do último século: a impossibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, ou também chamado de ilegítimos. Ou seja, os filhos espúrios eram abandonados à própria sorte já que não podiam pleitear alimentos, algo totalmente descabido e contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda seguindo a mesma linha da cultura patriarcal e conservadora, o matrimônio permanecia indissolúvel, extinguindo-se apenas em caso de morte ou anulação, dessa forma mantinha-se o encargo assistencial do homem para com a mulher sempre vista como uma mera cuidadora do lar, alguém que jamais poderia ter condição maior do que essa. Como se não bastasse, o dever alimentar do homem em relação a mulher estava condicionado a conduta moral da mesma e sua "honestidade", portanto, em caso de abandono do lar, exercício da liberdade sexual ou qualquer outro ato atentatório ao mais puro conceito de castidade da época fazia cessar a obrigação alimentar por parte do homem, não importando se a mulher poderia suprir as suas necessidades. A honra do ex-marido estava acima de tudo.

Palermo Júnior (2016) traz ainda que o antigo Código Civil separava os alimentos que eram de origens diferentes, ou seja, os que vinham da ideia de vínculo sanguíneo dos que decorriam do dever de mútua assistência, uma vez que o Código Civil de 1916 regravava o primeiro e o segundo, relativo ao dever de mútua assistência, era regrado por meio da lei de divórcio:

Por fim, o Código Civil de 1916 regravava o direito alimentar em distintos diplomas legais, diferenciando os alimentos que decorriam do vínculo de consanguinidade e solidariedade familiar, então regidos pela lei civil, daqueles que decorriam do dever de mútua assistência, que seriam regidos pela lei do divórcio e a legislação da união estável.

2.1. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS SOB A EGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de falarmos de maneira propriamente dita a respeito da obrigação de prestação de alimentos entre cônjuges, cabe citarmos alguns aspectos relevantes dentro do casamento.

Para Marcatto e Bonini (2019), a importância e finalidade da obrigação de prestação de alimentos é o atendimento a necessidade do alimentando, que se encontra hipossuficiente, ou seja, não pode alimentar-se por si só, sem o auxílio daquele que pagará os alimentos.

Oportuno ressaltar a importância e a finalidade desta obrigação, que visa atender aos requisitos da necessidade do alimentando que não consegue por si se sustentar. Trata-se, portanto, de um direito que abrange princípios voltados ao ser humano, visando a dignidade, direito à vida, e direito patrimonial com finalidade pessoal, caracterizando a incapacidade material, econômica em razão de circunstâncias adversas que o impossibilitam

Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, em decorrência do princípio da igualdade no direito de família, em sendo essa a igualdade jurídica dos cônjuges. Encontra fundamento pelo artigo 226, parágrafo 5º, Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

(...)

5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Constituição da República de 1988, ao entender que os cônjuges devem ser tratados de forma isonômica, de forma que ainda se permite a interpretação de que é cabível a obrigação de alimentos ao ex-cônjuge. Além disso, demonstra como a família é importante para a sociedade, portanto esta terá proteção do Estado:

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. (Regulamento)

§ 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. Regulamento

§ 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.

A prestação de alimentos nasce a partir dessa definição constitucional, onde o direito de família entende que eles são necessários de forma a assegurar de forma plena o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, que nesse sentido terá seus direitos a ser alimentado assegurados.

O direito a prestação alimentícia tutela o próprio direito a vida (AGUIRRE,2014), mandamento constitucional assegurado a todos pelo artigo 5, caput. É um direito que também decorre principalmente do dever constitucional a solidariedade (DIAS, 2007), independente do seu fato gerador:

A fundamentação do dever de alimentos encontra-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetivas, entre outras. Ainda que cada uma das espécies de obrigação tenha origem diversa

e característica próprias, todas são tratadas pelo Código Civil de maneira indistinta.

Embora a maioria dos casos de pensão alimentícia decorra de relações de parentalidade, ainda assim é possível que exista a prestação alimentícia a ex-cônjuges. Isso porque inúmeras coisas podem acontecer a esse ex-cônjuge, fatos que realmente o impossibilitem ou dificultem a sua possibilidade de trabalhar e prover o seu sustento sem a ajuda do outro.

Nesse sentido, cabe salientarmos que o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges é o que permite, de maneira geral, que também sejam os cônjuges possibilitados a cobrar alimentos uns dos outros.

A partir disso, cabe falarmos a respeito do direito dos mais importantes artigos a respeito dos alimentos dentro do Código Civil.

2.2. CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A prestação de alimentos gera direito personalíssimo. Direito personalíssimo, segundo Sozzo e Miranda (2010), seriam aqueles que tem como principal função a busca de preservação da integridade do ser humano:

Os direitos personalíssimos possuem esta nomenclatura, pois busca preservar a integridade física, moral e intelectual das pessoas. Conforme assevera Silvio Rodrigues, não se pode “conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que crê ser sua honra”, no sentido de afirmar que há direitos inseparáveis da pessoa (2003, p. 61), estão ligados desde o momento em que nascem até sua morte, porém, conforme veremos, referidos direitos não se extinguem com a morte, haja vista que seus familiares passarão a ter legitimidade para requerer que cesse os direitos ameaçados

Além disso, trata-se de um direito e obrigação recíproco, de maneira que não existe mais a obrigatoriedade de apenas uma parte manter os alimentos após a dissolução da união, com a obrigação da “honestidade” de uma das partes, conforme vimos no decorrer do trabalho.

Hoje, essa reciprocidade se dá, principalmente, em decorrência do princípio constitucional da igualdade jurídica entre os cônjuges, que entende também que o casamento deve ser regido pela mútua assistência.

Os alimentos também são irrenunciáveis, ou seja, não se pode abdicar totalmente do direito de receber os alimentos por meio de uma cláusula em pacto antenupcial, por exemplo. Decorre da sua natureza protetiva, por meio de vários dispositivos legais que se pode verificar desde a Constituição Federal de 1988 ao Código Civil.

Para Tartuce (2019), os alimentos já são pacificados pela doutrina como possíveis de convocação de outros responsáveis para compô-los:

Conforme as antigas lições doutrinárias, a obrigação de alimentos familiares é, em regra, divisível, o que pode ser retirado do conteúdo dos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil em vigor; exceção feita ao caso em que o credor for idoso, nos termos da legislação específica. Como bem leciona Maria Helena Diniz, a obrigação de alimentos "é divisível entre os parentes do necessitado, encarregados da prestação alimentícia, salvo se o alimentando for idoso, visto que a obrigação passará, então, a ser solidária ex lege, cabendo-lhe optar entre os prestadores (Lei 10.741/2003, art. 12)". (Curso de direito civil brasileiro. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 550). No mesmo sentido, Yussef Said Cahali ensina que "o caráter divisível da obrigação representa o entendimento doutrinário dominante; excepcionando a lei o caso em que o credor é idoso" (Dos alimentos. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 138)

Em regra, os alimentos são divisíveis, ou seja, a natureza da obrigação permite que esta obrigação seja dividida entre os familiares. Nesse sentido, cabe salientar que existem algumas regras que estão dentro do Código Civil, por meio dos artigos 1696, 1697 e 1698.

No caso do artigo 1696, existe reciprocidade entre prestação de alimentos no caso de pais e filhos: "Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros"

Já o artigo 1697, há a obrigação de pagamento solidário de alimentos, em caso de falta daquele que deve prestar os alimentos: "Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais".

O artigo 1698, por sua vez, traz novamente a importância de chamar ao processo aqueles que podem concorrer com o devedor de alimentos, no caso da impossibilidade de pagamento deste:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide

Segundo Tartuce (2019), excepcionalmente, esta obrigação também pode ser solidária, não podendo ser presumida em decorrência do artigo 265 do Código Civil de 2002:

De fato, como a solidariedade obrigacional não se presume, por força do art. 265 do Código Civil, haveria a necessidade de a lei prever, em sentido geral, que a obrigação não seria fracionária, cabendo sempre uma opção de demanda em relação aos devedores, o que não ocorre na legislação civil brasileira. Tal opção possibilitaria que o credor ingressasse com a ação de alimentos em face de um, alguns ou todos os devedores, estando prevista no art. 275 do Código Civil. Sendo a obrigação divisível, e não solidária, como regra geral, aplica-se a máxima *concurso partes fiunt*, dividindo-se o encargo de acordo com o número de partes, nos termos do art. 257 da mesma codificação privada.

Não se pode negar que essa solução de divisibilidade dada pela lei afronta a solidariedade constitucional. Dessa forma, o melhor caminho seria a solidariedade passiva legal, o que facilitaria o recebimento do crédito alimentar pelo credor. Em verdade, o sistema jurídico nacional a respeito dos alimentos parece desequilibrado, ao proteger pela solidariedade passiva alimentar apenas o idoso. Não se justifica a falta de proteção de outros vulneráveis, caso das crianças e dos adolescentes, das pessoas com deficiência e das mulheres sob violência doméstica. E não se olvide que o alimentando constitui um vulnerável por excelência, o que justifica a existência de todo o aparato legal protetivo e o fundamento da matéria em normas de ordem pública e interesse social.

Trata-se também de um direito imprescritível, ou seja, não sujeito as regras dispostas no Código Civil a respeito da

Os alimentos têm caráter incessível e inalienável, ou seja, não se pode vender a terceiros o direito a receber os alimentos, por exemplo, assim como não é possível, em regra, que eles cessem – excetuadas as hipóteses de exoneração de alimentos dispostos em leis.

São incompensáveis, ou seja, não há como compensar a falta de alimentos de outra maneira, trocando a prestação de alimentos por prestação de serviços ou produtos, por exemplo.

Também tem caráter impenhorável, ou seja, não pode esta prestação de alimentos ser objeto de constrição judicial quando em um processo de execução, por exemplo.

Tem caráter irrepitível, ou seja, não pode o devedor, após se sentir lesado por descobrir que o filho não é seu, por exemplo, pedir a repetição do indébito no caso de um eventual processo.

É obrigação intransacionável e não sujeita à arbitragem, ou seja, não podem as partes realizarem concessões mútuas para o fim da lide ou leva-la a arbitragem, ou seja, o conflito deve ser resolvido por intermédio do Poder Judiciário e suas formas de composição.

Por fim, é importante lembrar que o dever de prestar alimentos é uma obrigação transmissível, mas apenas em relação aos herdeiros do devedor, que deverão arcar com a sua obrigação em sua falta.

Nesse sentido, elucidados os conceitos básicos a prestação de alimentos, passaremos a discorrer a respeito dos alimentos entre ex-conjuges, trazendo a tona a maneira que os tribunais tem entendido

2.3. ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES

Hoje, com novos paradigmas como a emancipação da mulher, a isonomia entre os conjugues e a mudança na forma de composição da entidade familiar, percebe-se essa realidade de outra forma.

Malagutti (2013) a lei do divórcio instituíu que a partir do divórcio eram extintas as obrigações relativas a convivência e fidelidade, mantendo alimentos ao cônjuge que deles necessitasse, desde que comprovada sua inocência:

A lei do divórcio (6.515/77) previa a cessação dos deveres de coabitação e fidelidade, concluindo-se que o dever material seria mantido durante a separação, podendo extinguir-se quando do divórcio (arts. 50 e 26).

Porém, o art. 19 limitava os alimentos ao cônjuge "inocente" que deles necessitasse.

A não revogação da lei de divórcio, entrando em vigor o Código Civil de 2002, possibilitou que houvesse a correção do que estava no texto anterior, de maneira que, a partir do Código Civil de 2002, o fundamento jurídico relevante da prestação de alimentos era o dever de mútua assistência entre os cônjuges, previsto no artigo 1566 do Código Civil vigente, segundo Malagutti (2013):

Com o advento do CC/02, ainda que não tenha havido a revogação da lei do divórcio, a impropriedade contida no texto desta foi sanada, por meio do art. 1.704, caput, que traz em sua redação: "Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial".

Tal prestação decorre do dever de mútua assistência entre os cônjuges, previsto no art. 1.566, inciso III, do CC/02 vigente.

Para Malagutti (2013), a controvérsia legal a respeito da instituição destes alimentos era o entendimento majoritário dos tribunais no sentido de não haver obrigação alimentar entre companheiros quando da dissolução da união, ainda que a Constituição Federal de 1988 considerasse a união estável como entidade familiar:

Com a promulgação da CF/88, houve o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Contudo, o entendimento majoritário dos tribunais era de que não havia obrigação alimentar entre companheiros quando da dissolução da união estável.

Este direito foi assegurado apenas com a edição da lei 8.971/94. O direito dos ex-companheiros aos alimentos foi se aperfeiçoando, sendo reforçado pela lei 9.278/96, nos art.s 2º, inciso II, e art. 7º, caput, e, finalmente, com a instituição do

CC/02, quando da inserção dos companheiros no rol dos alimentados, adequando-se à nova ordem jurídica.

Malagutti (2013) traz ainda a importância da comprovação da ausência de condições de autossustento, estritamente necessárias para a concessão destes alimentos entre cônjuges. A autora chama atenção ao detalhe de que atualmente só serão considerados devidos os alimentos ao cônjuge que comprovar a impossibilidade para o trabalho laboral:

Para que qualquer um dos cônjuges ou companheiros perceba alimentos de seu ex-consorte é necessária a comprovação da ausência de condições de auto-sustento.

Na atual conjuntura, com as transformações socioeconômicas, a orientação é a de que só terá direito a alimentos aquele que provar sua impossibilidade para o trabalho, observando-se, por exemplo, sua saúde, idade, sua capacidade (ou incapacidade) laboral para se auto-sustentar e o período que será necessário tal auxílio, que poderá ser definitivo ou temporário.

Feitas estas considerações, passaremos a explicação mais propriamente dita a respeito desta prestação de alimentos e sua relação com o Código Civil de 2002.

Com relação a isso, o artigo 1694 do Código Civil institui quem pode pedir alimentos a quem e de forma se darão esses alimentos. O artigo elucida que os cônjuges, companheiros e parentes podem pedir alimentos uns aos outros, na forma da lei:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Ainda em relação à prestação de alimentos aos cônjuges, o Código Civil resguarda o direito a prestação de alimentos a ex-cônjuges mesmo que a separação

tenha sido de forma litigiosa, ou seja, de forma não amigável e com conflitos entre as partes – onde naturalmente os cônjuges não imaginariam ser obrigados a prover a subsistência do outro: “Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694”

Muitas pessoas entendem que essa garantia a alimentos pode fazer com que o cônjuge se acomode, justamente por ter algum dinheiro já garantido mensalmente. Muitas destas ideias vêm da questão do grande machismo ainda imposto em nossa sociedade contemporânea.

Ao fazer essas generalizações, essas pessoas podem acreditar ser injustas ou até não cabíveis qualquer ato de ajuda financeira ou de prestação de alimentos ao seu ex-cônjuge, mesmo que este esteja em estado de necessidade e não tenha condições de prover sua subsistência sem a ajuda do outro.

É importante dizer que essa ideia é equivocada e não encontra fundamentação legal. Por mais que haja a flexibilização desse direito por meio de entendimentos jurisprudenciais que dispõem que essa prestação alimentícia deve ser de caráter temporário, isso não significa que não deva existir essa prestação de auxílio ao outro. (RANGEL, 2017)

Isso se dá de forma a permitir que o outro não tenha seu direito a vida comprometido, de forma a ficar sem condições de se alimentar, ao mesmo tempo em que não permite que essa prestação seja contínua de forma a não ter prazo para essa obrigação cessar: assim, a interpretação do o jurista assegura direito a todos os envolvidos na relação, da melhor forma que for possível.

Desta forma, alimentado é levado a conseguir um trabalho para prover as suas necessidades e seguir com sua vida, ao mesmo tempo que o alimentante não é encarregado a pagar durante um período muito grande de tempo.

Segundo Zarur (2013), a obrigação dos alimentos devidos ocorre em decorrência da expectativa frustrada de contínua assistência entre os cônjuges. Mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, ainda existe o dever de mútua assistência:

Outra particularidade do divórcio é a que diz respeito à prestação alimentícia a ser suprida ao ex-cônjuge após a ruptura do vínculo matrimonial. Nas palavras de Farias e Rosenvald (2010, p. 694), “a obrigação alimentícia entre os cônjuges decorre da frustração do dever de mútua assistência

e tem o condão de materializar os efeitos impostos pelo matrimônio”. Dessa forma, tendo por base o princípio da mútua assistência entre os consortes, bem como o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, sendo este previsto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, os alimentos são devidos após o divórcio, quando houver necessidade.

Para o Superior Tribunal de Justiça (2008), existe a tese de que assim que o cônjuge obtém a sua inserção dentro do mercado de trabalho, já exercendo a atividade laboral, poderá esta obrigação ser exonerada para com o obrigado:

No STJ, muitos precedentes são claros ao definir que os alimentos devidos entre ex-cônjuges serão fixados por tempo certo, a depender das circunstâncias fáticas próprias da hipótese sob discussão. Em 2008, a Terceira Turma consolidou a tese de que, detendo o ex-cônjuge alimentando plenas condições de inserção no mercado de trabalho, como também já exercendo atividade laboral, quanto mais se esse labor é potencialmente apto a mantê-lo com o mesmo *status* social que anteriormente gozava ou, ainda, alavancá-lo a patamares superiores, deve ser o alimentante exonerado da obrigação (REsp 933.355)

Ainda segundo o Superior Tribunal de Justiça (2019), existem vários casos que precisam da análise da efetiva necessidade desta prestação alimentar em detrimento daqueles que, mesmo que tenham condições de exercer atividades para manter seu padrão de vida, insistem em manter o vínculo em relação ao provimento financeiro do ex-cônjuge:

O raciocínio dos julgadores do STJ é o da efetiva necessidade e conspira contra aqueles que, mesmo exercendo ou tendo condições de exercer atividade remunerada, insistem em manter vínculo financeiro em relação ao ex-cônjuge, por este ter condição econômica superior à sua. Ao julgar um recurso oriundo do Rio de Janeiro, em 2011, a Terceira Turma reafirmou que o prazo fixado para o pagamento dos alimentos deve assegurar ao cônjuge alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter pelas próprias forças *status* social similar ao período do relacionamento (REsp 1.205.408).

No STJ, o recurso era do ex-marido. Ele queria a exoneração da

obrigação de pagar quatro salários-mínimos à ex-mulher, que já se prolongava por dez anos. Para tanto, argumentou que passou a viver nova união, em que foi gerada uma filha com necessidade de cuidados especiais (síndrome de Down), o que lhe exigia maior capacidade financeira. Disse, também, que a ex-mulher era arquiteta autônoma e que não precisaria do recebimento de pensão para sobreviver.

No Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, também existem julgados que entendem que é necessária a comprovação de elementos que demonstrem a necessidade do cônjuge interessado:

4000947-37.2019.8.04.0000 - Agravo de Instrumento -
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES ACERCA DA COMUNHÃO E DA NECESSIDADE DA ALIMENTANDA. - A fixação de alimentos entre ex-companheiros deve se dar em caráter excepcional, quando comprovada a impossibilidade da companheira de trabalhar ou de se manter financeiramente. - Decisão reformada para afastar os alimentos provisórios. - Agravo conhecido e provido. (Relator (a): Flávio Humberto Pascarelli Lopes; Comarca: Manaus/AM; Órgão julgador: Terceira Câmara Cível; Data do julgamento: 19/10/2020; Data de registro: 20/10/2020)

3. CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, conseguimos depreender que a Constituição Federal de 1988 traz que existe uma importante proteção para a família e a trazendo a necessidade de se conceder a todos a dignidade da pessoa humana, que está expressada no direito de se alimentar dignamente, de ter a seu sustento garantido independentemente de ainda possuir algum vínculo com o outro, como é o caso da prestação de alimentos a ex-cônjuges.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 traz, entre os deveres do casal, o dever de assistência entre os cônjuges, ou seja, a união (ou a falta dela, no presente caso) deve permitir que, em períodos de dificuldades, possa este cônjuge necessitado ser abarcado pelo direito à pensão, conforme vimos no decorrer do presente trabalho.

Ainda que tal dever assistencial tenha sido oriundo de uma legislação anterior que tinha muita presença de machismo e que, por em muito tempo ter atrasado a concessão de direitos fundamentais as mulheres tais como a sua emancipação, no sentido de conseguir trabalhar sem a necessidade de permissão dada pelo marido ou por via judicial, é razoável pensarmos na existência e na legitimidade da prestação de alimentos ainda nos dias de hoje, uma vez que ainda subsiste a ideia de que é necessária a prestação de mútua assistência entre os conjuges.

É importante lembrar que essa assistência não será para sempre: de acordo com os entendimentos exarados pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário observar ao binômio da necessidade-possibilidade do outro cônjuge, que pode já ter filhos, por exemplo, e verificar em quanto a prestação de alimentos para ex-cônjuge dificultaria a sua própria alimentação e a de seus filhos, por exemplo.

Nesse sentido, entendemos que, desde que comprovados os requisitos legais e os princípios interpretativos do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores, se houver, é válida a prestação de alimentos entre cônjuges, uma vez que esta permitirá a manutenção da vida com dignidade ao alimentado, mas com atenção a necessidade de este ex-cônjuge procurar um emprego e uma maneira de prover ao seu sustento de maneira efetiva.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, C E. **Alimentos: aspectos gerais**. Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41906/alimentos-aspectos-gerais#_ftn3

BRAMBILLA, P A S. **A origem e evolução das prestações alimentares. Comentários sobre os alimentos compensatórios**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45821/a-origem-e-evolucao-das-prestacoes-alimentares-comentarios-sobre-os-alimentos-compensatorios>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406**. Brasília, 2002.

BRASIL. **Lei nº 3.071**. Rio de Janeiro, 1916.

DIAS, M B. **Manual de direito de famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MALAGUTTI, T. **Dos alimentos entre cônjuges e companheiros.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/177804/dos-alimentos-entre-conjuges-e-companheiros>

MARCATO, G C B; BONINI, I H. **Obrigação de alimentos: análise conceitual, principiológica e a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.4_n.1.10.pdf

PALERMO JÚNIOR, C. **A história do direito a alimentos e seus principais temas.** Disponível em: <https://celsopalermojr.jusbrasil.com.br/artigos/390831541/a-historia-do-direito-a-alimentos-e-seus-principais-temas>

RANGEL, T L V. **Obrigação alimentar entre ex-cônjuges: uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ.** Âmbito Jurídico, 2017.

SOZZO, A R; MIRANDA, F S M P. **Direitos Personalíssimos.** Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 – 2010. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/aline.pdf>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Alimentos entre ex-cônjuges: para o STJ, excepcionais e temporários.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100064319/alimentos-entre-ex-conjuges-para-o-stj-excepcionais-e-temporarios>

TARTUCE, F. **A convocação dos demais responsáveis pela obrigação de alimentos familiares.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/307709/a-convocacao-dos-demais-responsaveis-pela-obrigacao-de-alimentos-familiares>

ZARUR, L A B. **Obrigações alimentares pós-divórcio: análise de sua legalidade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25421/obrigacoes-alimentares-pos-divorcio>

O ERRO JUDICIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – A CORRELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA RESSARCIBILIDADE INTEGRAL E DA SOLIDARIEDADE

DANIEL CARVALHO OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região

RESUMO: O artigo tem por intuito demonstrar as hipóteses de ocorrência de erro judicial e a utilização dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade enquanto fundamentos aptos a ensejar a responsabilização civil.

Palavras-chave: Erro Judicial. Princípio da Ressarcibilidade Integral. Princípio da Solidariedade. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do conceito de erro judicial; 3. Hipóteses de ocorrência do erro judicial; 4. Dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil do Estado por erro judicial; 5. Conclusão e 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versará sobre as hipóteses de ocorrência de erro judicial e a utilização dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade enquanto fundamentos da responsabilidade civil. Ao final, será feita uma análise sobre como tais princípios podem ser utilizados para a caracterização da responsabilidade civil do Estado nos casos de erro judicial.

O artigo foi dividido em três capítulos. O primeiro dispõe a respeito do conceito de erro judicial. No segundo e terceiro capítulos se examinará, respectivamente, as hipóteses de ocorrência de erro judicial e os princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamentos da responsabilidade civil do Estado por erro judicial.

A fim de alcançar o objetivo científico proposto, o artigo terá como parâmetro um estudo descritivo aliado à revisão bibliográfica. Por meio de proposições enunciativas específicas, de análise da legislação e de pesquisas bibliográficas, pretende-se chegar a uma conclusão sobre o tema.

2. Do conceito de erro judicial

Ao tratar do tema concernente ao erro judicial, a primeira indagação que surge é qual seria o significado do aludido termo, deste modo, necessário se faz,

preliminarmente, uma averiguação semântica sobre o que é o erro judicial, noção essa fulcral para a própria delimitação do objeto de estudo.

A palavra erro em sentido genérico significa, entre outras acepções, um julgamento em desacordo com a realidade, um engano, qualidade daquilo que é inexato, incorreto. De conseguinte, haverá no erro um afastamento do que é real, verdadeiro, o que prejudica, desta feita, o ato de julgar, a manifestação de vontade de um indivíduo ou ainda a veracidade de uma constatação feita.

Ao seu turno, o erro judicial é um vício no processo de formação da vontade do magistrado na tomada de decisões no decorrer processo, ocasionado por uma noção falsa, inverídica ou imperfeita, podendo os citados erros ser de dois tipos: de fato e de direito (LACERDA, 2001, p. 55).

No primeiro deles, o pronunciamento incorreto proferido pelo magistrado decorre de uma análise falha dos elementos fático-probatórios existentes nos autos, o que resultaria numa decisão dissonante da realidade.

Poder-se-ia citar, à guisa de exemplo, a hipótese de ficar demonstrado pelas provas inequívocas existentes num dado processo que a vítima foi ferida em decorrência de uma pedra arremessada por uma pessoa X e no comando sentencial haver a condenação da pessoa Y que sequer se encontrava na cidade no dia do malsinado episódio.

No segundo tipo, por sua vez, a incorreção se refere à análise da norma jurídica a ser aplicada no caso em litígio. Diante disso, há uma errônea aplicação da norma jurídica, seja pelo desconhecimento técnico do julgador, seja pela interpretação indevida dada a determinado preceito legal. Ocorre, tal hipótese, *verbi gratia*, quando o magistrado aplica ao caso concreto uma lei que já foi ab-rogada.

3. Hipóteses de ocorrência de erro judicial

O erro judicial poderá ocorrer em virtude dos atos do magistrado definidos no art. 203 do Código de Processo Civil: despachos, decisões interlocutórias e sentenças. Preceitua o aludido artigo, *in verbis*:

Art. 203. [...]

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase

cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. (*grifo aditado*)

Resguardadas as críticas à fórmula simplista e, para alguns autores, defeituosa conferida pelo legislador ao texto legal, certo é que ficou de fácil identificação as hipóteses em que se estará diante de cada um dos atos proferidos pelo juiz.

Não obstante a maior incidência de incorreções na sentença - a qual, em regra, é o ato do magistrado de maior complexidade -, qualquer decisão do juiz é passível de imperfeições, tendo em vista a própria falibilidade humana, e, por conseguinte, são capazes de causar eventual dano à vítima.

As liminares deferidas em processo, por exemplo, são decisões interlocutórias, deste modo, passíveis de erro judicial, e, embora não sejam uma sentença, poderão ocasionar danos tão graves quanto os decorrentes desta última.

Importante ressaltar, entretanto, que somente as decisões proferidas em processo de jurisdição contenciosa se enquadraram nas hipóteses de erro judicial. Isso porque na jurisdição voluntária o magistrado exerce uma função atípica, apenas administrativa, na qual haverá, via regra, uma mera homologação de uma situação fática, desvinculada, assim, de suas atribuições típicas relacionadas à prestação jurisdicional.

O citado erro judicial, de acordo com o já declinado anteriormente, será de fato ou de direito, ou seja, tanto consiste em uma errônea análise de fatos pelo juiz, como também em uma utilização incorreta da norma jurídica, e poderá ocorrer em qualquer momento processual, dando ensejo à eventual indenização em decorrência de danos causados por atos eivados de vício.

Quanto aos retromencionados erros de fato e de direito surge uma série de dúvidas sobre a possibilidade de indenização no caso em que da decisão incorretamente prolatada ainda caiba recurso. Temem, renomados doutrinadores, o incentivo à indústria do dano, isto é, um incentivo a que a vítima do ato judicial deixe de recorrer com o propósito único de obter uma indenização por parte do Estado.

Conforme se verá adiante, tal temor doutrinário e jurisprudencial, não se mostra consentâneo com a evolução da responsabilidade civil e seu estágio atual, tempo este em que existem variadas formas de se deter demandas frívolas e frear o ímpeto usurário - e porque não dizer malicioso - em se utilizar de expedientes reprováveis visando o lucro fácil.

4. Dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil do Estado por erro judicial

No decorrer dos séculos XIX e XX, o desenvolvimento da responsabilidade civil, em linhas gerais, circunscreveu-se a uma mudança de enfoque das regras de proteção aos sujeitos participantes dos eventos danosos.

Em princípio, havia uma proteção maior dos ordenamentos jurídicos ao autor da lesão, visto que a vítima teria que comprovar a configuração do ato culposos, o nexos causal e ainda o dano sofrido, não havendo outra possibilidade de a pessoa lesada obter o ressarcimento pelo dano suportado.

Essa proteção se mostrava excessiva, sobretudo quando envolvia atividades econômicas das quais decorria o dano ao particular ou na hipótese em que o Estado fosse o autor do ato lesivo.

Isso se devia à dificuldade frequente que existia em demonstrar os requisitos clássicos da responsabilidade civil, era uma prova diabólica para a vítima, esta que se via, muitas vezes, irressarcida pelo dano sofrido dada a impossibilidade de provar seu direito.

Com o transcorrer do tempo, entretanto, a citada concepção tradicional paulatinamente foi mudada pelo legislador que aos poucos passava a admitir por meio de normas jurídicas algumas hipóteses em que a culpa seria presumida e casos em que sequer era necessário se perquirir a ilicitude do ato, uma vez haveria uma responsabilidade civil objetiva do agente lesante.

Inolvidável também a importância da doutrina e da jurisprudência para que fosse possível a supracitada mudança de enfoque, porquanto elas, antes mesmo da atuação do legislador, já admitiam a utilização da presunção da culpa em determinados casos e flexibilizavam a comprovação dos elementos essenciais caracterizadores da responsabilização civil.

Depreende-se, desse modo, que a vítima se tornou progressivamente mais protegida pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, obtinha, numa frequência

maior, o ressarcimento da lesão sofrida em virtude da diminuição da carga probatória suportada por ela.

À medida que houve a indigitada mudança de perspectiva, dando maior importância ao indivíduo lesado, o princípio da ressarcibilidade integral mostrou-se cada vez mais evidente, visto que a regra passava a ser a reparação do dano suportado, e, para que isso ocorresse, foi necessário um afastamento, em alguns aspectos, da doutrina tradicional referente à responsabilidade civil.

Foi nesse contexto que se desenvolveu toda a sistemática da responsabilidade objetiva, em que o nexo causal e o dano, juntamente com a conduta do agente, bastariam para ser possível a indenizabilidade da lesão sofrida.

Houve várias teorias com o fito de legitimar a aplicação da responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva no transcorrer do próprio desenvolvimento daquela. A primeira destas foi a teoria do risco-proveito.

Ela preleciona que o responsável civil seria aquele que auferisse proveito da atividade danosa desenvolvida, pois quem recebe os bônus desta deveria também arcar com os ônus derivados da mesma atividade, entre eles, o ressarcimento dos danos causados (CAVALIERI FILHO, 2006, p.156).

Um dos inconvenientes da aludida teoria é a subjetividade inerente à conceituação de proveito, porquanto é volúvel seu significado a depender do interlocutor que a utilize. Além disso, não há uma definição de qual espécie de proveito justificaria a utilização da teoria, se seria apenas econômico ou qualquer proveito de ordem pessoal.

Outra crítica feita à teoria do risco-proveito é o retorno, mesmo que sem intenção, à regra da responsabilidade subjetiva, uma vez que teria a vítima que comprovar o proveito antes de ser favorecida pelas benesses do seu uso.

Uma segunda teoria que surgiu no transcorrer do desenvolvimento da responsabilidade objetiva foi a do risco profissional. Segundo ela o dever de indenizar nasceria do prejuízo causado em consequência da atividade profissional desenvolvida pela vítima.

Sua utilização tinha como base as relações de trabalho e a necessidade de reparação dos danos surgidos em virtude dos acidentes ocorridos no desempenho, por parte do empregado, das suas atividades profissionais.

A grande quantidade de acidentes, em sua grande maioria derivados das próprias condições de trabalho oferecidas pelo empregador, serviu como justificativa

para a aplicação da aludida teoria, pois os empregados muitas vezes, após se acidentarem, viam-se diante de situações em que, não obstante a lesão sofrida, não obtinham êxito em comprovar que a atividade engendrada pelo seu empregador ocasionou o acidente de trabalho.

Conforme se pode vislumbrar, houve um avanço relevante no campo da responsabilidade objetiva com a aplicação da teoria do risco profissional, mesmo que esta tenha se adstrito às relações laborais.

A indigitada teoria foi de especial serventia, outrossim, como precursora para a extensão do manto da responsabilidade objetiva sobre outras áreas estranhas às relações de trabalho, mas que se assemelhavam a ela em decorrência da vulnerabilidade da vítima diante do agente lesante.

A teoria do risco excepcional, conforme se depreende da sua própria denominação, sustenta que a responsabilização objetiva teria vez sempre que a lesão decorresse de atividade estranha à desenvolvida comumente pela vítima, ou seja, haveria riscos que não seriam inerentes aos atos praticados de maneira cotidiana pelos membros da sociedade e, por isso, justificariam um maior grau de responsabilidade do autor do dano.

Seriam casos excepcionais, como, por exemplo, a lesão decorrente de exploração de energia nuclear e material radioativo. Por conseguinte, diante do risco singular resultante dessas atividades, deveria haver uma responsabilidade maior dos agentes, os quais responderiam objetivamente pelos danos ocasionados.

A teoria do risco integral, ao seu turno, defende a responsabilização do autor da lesão independentemente da existência das excludentes de responsabilidade, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Para ela, comprovado o dano, existiria o dever de indenizar.

Caso seja aplicada indefinidamente a aludida teoria em todas as atividades engendradas pelos seres humanos, o resultado seria a própria paralisação das atividades desenvolvidas em sociedade, uma vez que o dever de indenizar fugiria ao controle dos indivíduos, os quais arcariam com o ônus de reparar lesões estranhas a qualquer ato seu, em virtude da impossibilidade de invocar em seu favor as excludentes de responsabilidade.

Em face dessa constatação, somente em casos excepcionais como, *exempli gratia*, nas relações inerentes ao meio ambiente e ao uso de energia nuclear, é que acolhe o ordenamento jurídico brasileiro a supracitada teoria, haja vista o grande potencial danoso das atividades desenvolvidas nessas áreas.

Por derradeiro, de singular importância a teoria do risco criado, a qual preconiza que, havendo risco em decorrência de atividade ou profissão desenvolvida, existirá o dever de indenizar o dano causado, ressalvadas as hipóteses em que o lesante comprove que não agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

Distingue-se tal teoria da correspondente ao risco-proveito, pois não se perquire a existência ou não do proveito, basta o desenvolvimento de atividade pelo particular para que este responda pelos danos derivados dela.

A teoria do risco criado, pelo menos em sua acepção inicial, da mesma forma que a teoria do risco-proveito, apegou-se ainda à ideia de culpa, uma vez que comprovada a inexistência dela pelo demandado seria incabível qualquer indenização.

Assim, haveria em verdade uma inversão do ônus da prova, o que, *data maxima venia*, não está em plena conformidade com as hodiernas teorias da responsabilidade objetiva.

De outro giro, em uma perspectiva moderna da teoria do risco criado, a comprovação pelo lesante da inexistência de culpa sua, não afasta o dever de indenizar. Somente as excludentes de responsabilidade - culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior - possuiriam essa prerrogativa.

Isso porque ninguém, segundo os seguidores dessa teoria, pode arcar com os danos causados por um terceiro e as respectivas atividades desenvolvidas por este. Logo, o autor do dano deve responder por ele em decorrência da mera atividade empenhada independentemente de qualquer dolo ou culpa da sua parte.

O enfoque a ser utilizado para a caracterização da responsabilidade civil, portanto, está na atividade desempenhada e não mais nos sujeitos participantes de uma determinada relação jurídica.

Além disso, privilegia-se a proteção maior à vítima e se dá um realce maior ao princípio da segurança jurídica, visto que fica delineado de maneira clara o caminho que levará a vítima até a indenização, prescindindo, na maioria dos casos, da utilização das provas diabólicas e, conseqüentemente, aumentando a probabilidade de êxito do indivíduo lesado em ver ressarcido o dano sofrido.

Na responsabilização do Estado pelos seus atos, entretantes, além das diretrizes ligadas à ressarcibilidade integral do dano, tem assaz relevância o princípio da solidariedade.

O aludido princípio, no que concerne à responsabilidade civil do Estado, relaciona-se à ideia de que a atividade estatal é desenvolvida por meio do patrocínio dos cidadãos através dos tributos pagos, ou seja, todos arcarão com as despesas do Estado e, em contrapartida, este proporcionará a organização de toda a sociedade e o seu bem estar, com oferecimento de diversos serviços como educação, saúde, segurança, entre outros.

Em virtude da sua atuação incisiva em diversas áreas e diante do próprio poder que possui, além dos atributos de seus atos - como a auto-executoriedade e a imperatividade - por si só a atividade estatal já se mostra potencialmente de risco, passível de provocar eventuais danos aos particulares.

Dessa forma, razoável que o Estado responda pelas lesões causadas por ele, as quais serão indiretamente suportadas pelos cidadãos, pois são estes que sustentam todo o aparato estatal através dos tributos.

A atividade jurisdicional, estatal que é, também está jungida à responsabilização do Estado pelos danos provenientes dela, tendo em vista os já preceituados princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade.

Não há, portanto, motivo para isentá-la da reparação de lesões decorrentes dos atos proferidos, vez que, assim como nas demais atividades estatais, suas ações são potencialmente danosas, em virtude do risco que as circunscreve.

Válido, assim, ressaltar o preceituado por John Henry Merryman, *apud* Mauro Cappelletti, no que tange à ligação umbilical entre poder e responsabilidade que incide sobre o Estado e seus atos, *litteris*.

Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De conseqüência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme maior ou menor poder dos juízes em questão (MERRYMAN, 1987 *apud* CAPPELLETTI, 1989, p.18).

Nesse toar, a função atribuída pelo Estado ao magistrado a fim de viabilizar a prestação jurisdicional é acompanhada por uma responsabilidade do próprio Estado em face dos danos eventualmente causados pelas decisões judiciais, com supedâneo no art. 37, § 6º, do Texto Magno atual.

5. Conclusão

Diante do exposto, pode-se afirmar que, em que pese a gama de condutas proferidas pelos magistrados que possam dar azo a erros, é qualificável como *erro judicial* somente aquele que se refere a um pronunciamento incorreto proferido pelo magistrado decorrente de uma análise falha dos elementos fático-probatórios existentes nos autos ou mesmo à análise incorreta do dispositivo legal a ser aplicado no caso concreto. Ainda, sob um viés restritivo, somente as decisões proferidas em processo de jurisdição contenciosa se enquadraram nas hipóteses de erro judicial, haja vista que ao atuar em jurisdição voluntária, o magistrado exerce função atípica.

Após perfazer uma breve evolução histórica dos meandros da responsabilidade civil, viu-se que a matéria passou a conferir maior enfoque à vítima, isentando-a do dever probatório em situações nas quais isto se mostrava desvantajoso, o que deu azo ao surgimento da Teoria Objetiva. Sob essa mesma perspectiva, veio à lume a moderna da teoria do risco criado, segundo a qual a comprovação pelo lesante da inexistência de culpa sua, não afasta o dever de indenizar.

Por fim, analisando a matéria sob o prisma dos entes estatais, tem-se que em virtude da sua atuação incisiva em diversas áreas e diante do próprio poder que possui, além dos atributos de seus atos - como a auto-executoriedade e a imperatividade - por si só a atividade estatal já se mostra potencialmente de risco, passível de provocar eventuais danos aos particulares.

Em linha de arremate, concluiu-se que não há motivo para afastar da atividade jurisdicional o dever de indenizar, uma vez que a função atribuída pelo Estado ao magistrado a fim de viabilizar a prestação jurisdicional é acompanhada por uma responsabilidade do próprio Estado em face dos danos eventualmente causados pelas decisões judiciais, com supedâneo no art. 37, § 6º, do Texto Magno atual.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1966.

BRASIL, Código Civil. Organizador Yussef Said Cahali, 10. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAVES, Pablo Holmes. **A responsabilidade civil do Estado por erro na prestação jurisdicional. Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LACERDA, Manoel Cunha. **Erro judicial- Dever Constitucional de indenização**. Mato Grosso do Sul: OAB-MS, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. atual. Atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. a atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTIÇA GRATUITA E A REFORMA TRABALHISTA: SOLUÇÕES INTERPRETATIVAS PARA GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A LEI N. 13.467/2017

NATANAELY SANTOS DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pela FAMETRO- Faculdade Metropolitana de Manaus

RESUMO: A pesquisa abordará acerca da justiça gratuita e a reforma trabalhista, sob o enfoque de soluções interpretativas para garantir o acesso à justiça do trabalho após a Lei n. 13.467/2017. Os objetivos da pesquisa são: Analisar as alterações decorrentes da implementação da Lei 13.467/2017, que realizou significativas inovações na Consolidação das Leis do Trabalho, modificando a regência normativa do instituto da justiça gratuita e sua concessão no Direito Processual do Trabalho, assim como, destacar o princípio constitucional de acesso à justiça, apresentar os dispositivos sobre a justiça gratuita após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 e levantar o posicionamento dos juízes e Tribunais Superiores sobre o tema. O problema da pesquisa é: De que maneira a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu dispositivos acerca da justiça gratuita no processo trabalhista?. Embora a reforma tenha sido planejando visando o crescimento econômico do país, como a geração de empregos, a sua implementação, desde que entrou em vigor não tem respondido as expectativas. **A Lei da Reforma Trabalhista alterou a concessão do benefício da justiça gratuita, promovendo uma nova redação ao § 3º do art. 790 da CLT, incluindo ainda, neste mesmo artigo, o § 4º.** Dessa forma, na justiça do trabalho, o benefício da justiça gratuita possui um caráter protetivo, proporcionando a todos aqueles que não possui condições financeiras em promover os custos de uma ação, sejam contemplados com o acesso à justiça, que é uma garantia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Justiça Gratuita. Acesso. Direito.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará acerca da justiça gratuita e a reforma trabalhista, sob o enfoque de soluções interpretativas para garantir o acesso à justiça do trabalho após a Lei n. 13.467/2017.

Os objetivos da pesquisa são: Analisar as alterações decorrentes da implementação da Lei 13.467/2017, que realizou significativas inovações na Consolidação das Leis do Trabalho, modificando a regência normativa do instituto da justiça gratuita e sua concessão no Direito Processual do Trabalho, assim como, destacar o princípio constitucional de acesso à justiça, apresentar os dispositivos

sobre a justiça gratuita após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 e levantar o posicionamento dos juízes e Tribunais Superiores sobre o tema.

No artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, prevê que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa maneira o legislador não pode criar obstáculos que dificultem ou impeçam o acesso à justiça.

No entanto, o que foi e tem sido bastante questionado com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista é justamente a justiça gratuita, pois alguns dos principais obstáculos ao Acesso Jurisdicional se refere as despesas processuais, como por exemplo custas e honorários advocatícios e periciais, principalmente.

O problema da pesquisa é: De que maneira a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu dispositivos acerca da justiça gratuita no processo trabalhista?

O direito ao acesso à justiça se extrai do artigo 8º, § 1º da Convenção de Direitos Humanos, “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”.

Considera-se o acesso à justiça como direito à uma tutela jurisdicional justa e efetiva, por meio da qual o cidadão busca a proteção de seus direitos eventualmente violados e ameaçados.

Em novembro de 2017 entrou em vigor a Reforma Trabalhista, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trazendo inovações na área, com o intuito maior de gerar novo empregos, principalmente diante da crise nacional que o país tem enfrentado, em que o índice de desemprego tem crescido de forma significativa nos últimos anos.

Porém, a estipulação da Reforma, não tem gerado na prática o que se planejava, pois, a quantidade de emprego não aumentou e aqueles que perderam seus trabalhos, não conseguem voltar para o mercado, gerando assim, uma enorme insegurança jurídica na população, em relação aos empregados, principalmente, por serem a parte mais frágil na relação trabalhista, fortalecendo o lado dos empregadores diante das mudanças que foram estabelecidas.

Assim sendo, a pesquisa é relevante para levantar a discussão e apresentação dos posicionamentos acerca do tema, que tem gerado diversas discussões desde sua

entrada em vigor, principalmente com a mudança na redação do § 3º do art. 790 da CLT, incluindo ainda, neste mesmo artigo, o § 4º.

1 REFORMA TRABALHISTA

Durante muitos anos o trabalhador não detinha direitos positivados em leis, trabalhavam em condições escassas, desencadeando doenças físicas e psicológicas, sem nenhuma proteção do Estado e das empresas.

No Brasil, foi promulgado, a Consolidação da Lei Trabalhista (CLT), pelo Presidente Getúlio Vargas, no dia 1º de Maio de 1943, pelo decreto da Lei n. 5.452, com o objetivo de estabelecer um conjunto de normas que regem as relações do trabalho, garantindo os direitos básicos do trabalhador.

Dessa forma, o surgimento da CLT foi marcada na história como um grande avanço de conquistas de direitos da classe trabalhadora, positivando em lei tudo aquilo que se almejava, tanto direitos quanto deveres, distinguindo os institutos de relação de trabalho e emprego. Por isso, qualquer mudança que venham ocorrer, impacta a sociedade, gerando insegurança, conflitos e divergências.

Desde os meados de 2014, o Brasil tem enfrentado uma crise econômica severa, que trouxe para o país situações preocupantes, como por exemplo: “Em 2015, a economia caiu 3,8%; e em 2016, o Produto Interno Bruto (PIB) recuou 3,6%” (SARAIVA e SALES, 2017).

O impacto foi e tem sido ainda tão presente na sociedade que desencadeou um reflexo direto no aumento da taxa de desemprego, que “bateu novo recorde no primeiro trimestre de 2017 e chegou a 13,7% (PAMPLONA, 2017), representando cerca de 14 milhões de desempregados no país. Sendo “considerada a recessão mais longa e profunda desde 1948” (SARAIVA e SALES, 2017).

Diante da crise econômica e a situação do país, apresentando-se com caráter emergencial, surgiu a Reforma Trabalhista, como meio de promover um aumento das possibilidades das relações de emprego e, assim, promovendo as recontrações e as novas contratações. Embora essa finalidade não tenha sido atingida de fato.

No início, o anteprojeto da Reforma (PL 6787/16), foi proposto em 23/12/2016, sendo denominada como minirreforma, pois era composta de “miseras 9 páginas, incluindo a justificativa, e alterava apenas 7 artigos da CLT, além de propor uma reformulação na Lei n. 6.019/16 (trabalho temporário)”. Posteriormente, em 09/02/2017 foi instalada a Comissão Especial da Reforma, sendo eleito o senador Rogério Marinho (PSDB) como relator que, após poucos meses de tramitação, apresentou, em 12/04/2017, um relatório final do projeto, contendo “132 páginas,

incluindo o Parecer, propondo a alteração de mais de 200 dispositivos na CLT, dentre artigos e parágrafos” (MAIOR, 2017).

Contudo, fora sancionada pelo presidente Michel Temer a Lei n. 13.467/2017, alterando mais de cem dispositivos da CLT, publicada no Diário Oficial da União no dia 14 de julho de 2017, estabelecendo que os seus dispositivos entrassem em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial (DELGADO, 2017).

A Lei que estabeleceu a Reforma Trabalhista, foi discutida em menos de três meses, desencadeando uma mudança significativa no direito material e processual trabalhista.

Vale mencionar, o esclarecimento citado pelo jurista Jorge Luiz Souto Maior (2017):

O que se verificou ao longo dessa tramitação foi a exclusiva incorporação de demandas que o setor empresarial tinha no que tange às relações de trabalho seja no plano do direito material, seja no campo processual, fazendo-o de modo a majorar o poder dos grandes conglomerados econômicos e, notadamente, das grandes empreiteiras, por meio de dois pilares: a) fragilização jurídica e fragmentação da classe trabalhadora; e afastamento da atuação corretiva e limitadora do Estado (direito e instituições – Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Auditores Fiscais do Trabalho e advocacia trabalhista), a não ser naquilo que interesse ao capital.

Embora a reforma tenha sido planejando visando o crescimento econômico do país, como a geração de empregos, a sua implementação, desde que entrou em vigor não tem respondido as expectativas. Vale ressaltar o posicionamento de Delgado (2017, p. 39) ao mencionar que: “O sentido da Reforma Trabalhista Brasileira de 2017, está ligado ao antigo objetivo do Direito na História como Instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais”.

A Lei da Reforma Trabalhistas promoveu a mudança de diversos dispositivos, conforme supramencionado, como por exemplo: acerca da justiça gratuita, tema da referida pesquisa, plano de carreira, Trabalho remoto, acordo coletivo, intervalo, banco de horas, demissão, de pode ser de forma consensual/coletiva, autônomos, gestante, terceirização, dentre outras.

2 JUSTIÇA GRATUITA

Não são todas as pessoas que possuem recursos financeiros para pagar as custas processuais de um processo, e nesse caso, não seria justo, o Estado como garantidor dos direitos dos cidadãos não proteger esses casos.

No entanto, no Brasil, o direito de acesso à justiça foi efetivamente garantido, a partir da Constituição de 1967, estabelecido em seu art. 150 §4º, assim como bem como nos §§ 15 e 32 do referido dispositivo constitucional ao qual assegurava os direitos à ampla defesa, ao juiz natural e a assistência judiciária aos necessitados.

Posteriormente, destaca-se que foi com a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, que o direito ao acesso à justiça se estabeleceu como direito fundamental, abrangendo todo e qualquer cidadão, seja brasileiro ou estrangeiro, para que quando tenha seus direitos ameaçados, possa recorrer ao judiciário (BRASIL, 1988).

Dentro dessa previsão, a lei apresentou formas para que o acesso à justiça seja realmente efetivado, quer sejam: por meio da assistência jurídica integral e gratuita, da assistência judiciária e do benefício da justiça gratuita, sendo concedidos aqueles que comprovarem hipossuficiência de recursos.

De acordo com Dinamarco (2003, p. 42) observa-se que

O acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores no âmbito processual, sendo que todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos.

Tal previsão configurou no ordenamento jurídico uma grande valorização da justiça, proporcionando que todos, sem exceção, possam buscar no judiciário respostas para seus problemas, configurando-se um norteador da ordem jurídica brasileira.

Didier Jr. e Oliveira (2016, p. 21) apresentam o conceito e o objetivo do benefício da Justiça Gratuita da seguinte forma:

O benefício da justiça gratuita consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais (em sentido amplo). O seu objetivo é evitar que a falta de recursos financeiros constitua um óbice intransponível ao acesso à justiça. O direito

à justiça gratuita, como visto, constitui direito fundamental do jurisdicionado (art.5º, LXXIV, CF).

O Estado necessita garantir o acesso à justiça, de modo que seja mais célere, igualitária e desburocratizada. Schiav (2017, p. 15) ainda ressalta que: “a acessibilidade ao poder judiciário é um direito fundamental de qualquer pessoa para a efetivação de seus direitos, necessitando ainda, que o procedimento seja justo e que produza resultados justos”.

A previsão em proteger os mais necessitados em relação ao acesso à justiça, decorre da antiguidade. De acordo com Bastos (1989, p. 374):

(...) Percebeu-se que sem se propiciar aos desafortunados condições mínimas, para que pudessem atuar em juízo, a justiça restaria letra morta. Os pobres nunca poderiam fazer valer seus direitos, por falta de meios. O princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei ficaria seriamente conspurcado. Daí porque ser perfeitamente compreensível a precocidade da aparição do problema, contemporânea ao surgimento dos primeiros sistemas jurídicos, embora não se negue que só os desdobramentos mais recentes do Estado possam ter trazido ao direito uma expressão substantiva.

De modo breve, historicamente, a Lei n. 1.060/50 uniformizou no âmbito jurídico brasileiro, as regras gerais para reconhecimento da incidência da assistência judiciária e da justiça gratuita, porém, essa previsão, confundiu os conceitos técnicos e jurídicos que compreendia a assistência judiciária e o benefício da justiça gratuita.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se o direito fundamental a assistência jurídica gratuita em seu art. 5º, inciso LXXIV, que diz que: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (BRASIL, 1988).

Nem todos os trabalhadores possuem condições financeiras para arcar com o pagamento das custas de um processo, e por isso a CF/88 prevê a justiça gratuita, que se configura como um instituto de natureza processual, que para ser concedido, deve ser requerido ao juiz do processo, que poderá conceder a dispensa em conformidade com as provas anexadas nos autos que demonstrem o estado de pobreza dos postulantes.

Fala-se que poderá ser concedida de modo provisório, pois, como expõe Theodoro (2015, p. 90): “A concessão do benefício não consiste na isenção absoluta

de custas e honorários, mas apenas na desobrigação de pagá-los enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final”.

Vale destacar que se torna relevante para o estudo, apresentar a diferenciação dos institutos da Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, uma vez que são tratadas muitas vezes de forma inversa ou sinônima.

Com este intuito, Didier Jr. e Oliveira (2016, p. 24), cita os conceitos destes institutos:

(a) benefício da justiça gratuita é, como dito, a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita;

(b) assistência judiciária consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial;

(c) assistência jurídica é um conceito mais amplo, que abrange o benefício da justiça gratuita e a assistência judiciária, mas vai além deles, englobando todas as iniciativas do Estado (em sentido amplo) que tem por objetivo promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos - como, por exemplo, as campanhas de conscientização de direitos do consumidor promovidas por órgãos administrativos e os serviços jurídicos itinerantes prestados à população carente.

Cita-se ainda que, Humberto Theodoro Junior (2015, p. 332) trata apenas da assistência judiciária e da justiça gratuita, ao mencionar que:

Daí garantir a Constituição a assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei, assistência essa que também é conhecida como Justiça gratuita (Constituição Federal, art. 5º, LXXIV). Acha-se a assistência judiciária regulada, ordinariamente, pela Lei 1.060, de 05.02.1950, parcialmente revogada pelo novo Código (art. 1.072, III), que passou a tratar,

expressamente, da gratuidade da justiça, nos arts. 98 a 102. (...) A assistência judiciária deve ser prestada por órgão oficial, ou, à sua falta, por advogado nomeado pelo juiz, por escolha da parte ou indicação da Ordem dos Advogados do Brasil, ou, finalmente, por eleição do próprio juiz, quando não se verificarem as hipóteses anteriores (art. 5º da Lei 1.060/1950).

A Justiça gratuita, trata-se, porém, de uma “espécie do gênero assistência judiciária, que tem a finalidade de assegurar ao cidadão a isenção das custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo até o seu provimento final” (PATRÍCIO, 2020).

Para reafirmar os conceitos de cada instituto, cita-se ainda o que o professor Ernesto Lippmann (1999, p. 10) mencionou em seus estudos:

Assistência judiciária é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo juiz. Enquanto que a justiça gratuita consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, é um instituto de direito processual.

Portanto, a efetividade da justiça gratuita é necessária para se estabeleça o acesso à justiça, de modo que a Lei Maior assegura a todos, independentemente da condição financeira, acesso ao Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

3 HIPÓTESES DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

3.1 Antes da Lei n. 13.467/2017

Além da previsão do artigo 5º da CF/88 já mencionado anteriormente, que afirma dispõe sobre a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, destacava-se a Lei n. 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária (LAJ)), de caráter geral, que em seu artigo 4º, já revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, permitia ao requerente que pleiteasse sobre a gratuidade da justiça na petição inicial, dispensando que o requerente do benefício da justiça gratuita fizesse declaração de próprio punho em separado sobre sua situação de vulnerabilidade econômica.

Posteriormente, o CPC/2015 conseguiu ampliar o acesso à justiça, melhorando esse instituto de maneira que acrescentou hipóteses além daquelas que já foram estabelecidas no art. 3º da Lei nº 1.060/1950.

Observa-se que o artigo 98, § 2º, do CPC/2015 estabeleceu que a gratuidade da justiça não exclui o dever do beneficiário de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios. Isso ocorre pelo fato de que no processo civil, mesmo sob a égide do CPC/2015, concessão do benefício é limitado, e por isso, pode sofrer restrição, estipulando apenas um ato processual ou até sofrer redução percentual de determinadas despesas nos termos do art. 98, § 5º do CC/2015 (BRASIL, 2015).

Apesar do CPC possuir uma aplicação subsidiária, sobre essa questão o direito do trabalho, já possuía regras próprias e, antes das mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, a gratuidade da justiça poderia ser concedida de ofício pelos juízos, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, estando incluso instrumentos e traslados, nos termos do artigo 790, § 3º da CLT (BRASIL, 1943).

O único requisito que se observava para conceder tal benefício era de que fizesse jus a remuneração igual ou menor que o dobro do mínimo legal, ou que fizesse declaração alegado falta de condições de suportar as despesas processuais sem comprometer seu sustento e da sua família.

No que se refere ao requisito de “receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal”, caracterizava-se como uma presunção de veracidade do estado de pobreza, sendo concedida apenas pela declaração.

Quanto ao requisito “fizesse declaração alegado falta de condições de suportar as despesas processuais sem comprometer seu sustento e da sua família”, deveriam declarar a referida condição poderiam sofrer as penas da lei, como por exemplo, declaração de falso testemunho.

Ressalta-se ainda que, o artigo 790 – B da CLT previa que: “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita” (BRASIL, 1973).

Uma das inovações trazidas pelo CPC/2015, foi a alteração da OJ 304 do TST para a Súmula 463 do TST, que dispõe:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes

específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

De acordo com o artigo 105 do CPC/2015, basta que a parte assine uma declaração de pobreza ou pelo seu advogado com poderes específicos para tanto, para produza seus efeitos (BRASIL, 2015).

Sobre tais nomenclaturas: justiça gratuita ou benefício da gratuidade, ou ainda, gratuidade judiciária, DIDIER JR (2012, p. 11) destaca que consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem como na dispensa do pagamento de honorários de advogado. Enquanto que em relação a assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público, que pode ser. Defensor Público, ou particular como os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito.

Contudo, o direito do trabalho possui caráter protetivo, garantindo a proteção das partes, tanto reclamante quanto reclamado, afim de proteger a todos que demonstram possuir uma condição vulnerável.

3.2 Após a Lei n. 13.467/2017

A Lei da Reforma Trabalhista alterou a concessão do benefício da justiça gratuita, promovendo uma nova redação ao § 3º do art. 790 da CLT, incluindo ainda, neste mesmo artigo, o § 4º, passando a dispor:

Art. 790. [...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

No que tange ao § 3º, pode-se destacar que foi uma previsão positiva, proporcionando a ampliação do acesso à justiça, pois, pela nova redação concederá a justiça gratuita “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. Isso significa que, no momento, se for considerado o teto dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ser de R\$ 6.101,06 (Seis mil, cento e um reais e seis centavos) desde janeiro de 2020, aqueles que recebem salário igual ou inferior a R\$ 2.440,43 (Dois mil, quatrocentos e quarenta reais e quarenta e três centavos), estariam dentro da previsão estabelecida no referido parágrafo.

Portanto, tal mudança surgiu como vantagem, pois ampliou a concessão do benefício da justiça gratuita, o que não contemplaria nesse valor, caso fosse ainda mantido a previsão anterior.

No entanto o grande questionamento na doutrina no momento, refere-se ao § 4º do art. 790 da CLT, que prevê a concessão aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, e, pela previsão anterior, conforme já apresentado, bastaria uma declaração de pobreza assinada.

Dessa maneira, pela nova previsão, se a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, deverá comprovar a sua hipossuficiência, o qual significa dizer que a concessão do benefício da justiça gratuita está condicionada ao seu requerimento, além do mais, o que antes poderiam ser concedidos pelo Magistrado de ofício, passou a ser vedado.

De acordo o posicionamento de Rogério Marinho (*apud*, Patrício, 2020), um dos defensores da Reforma Trabalhista, dispõe que:

A redação dada ao aos §§ 3º e 4º do artigo 790 da CLT, não tinha o objetivo de dificultar o acesso à justiça, mas sim torná-la efetiva, evitando as ações em que o benefício era concedido, mediante mera declaração de pobreza a pessoas que dele não deveria usufruir, e que com a nova redação, visa garantir que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam.

Contudo, demonstra-se que a Lei n. 13.467/2017 reduziu a extensão dos benefícios da justiça gratuita, e, com isso, atingindo os comandos constitucionais da assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV, CF) e o do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF) (DELGADO, 2017, p. 325).

Faz necessário esclarecer nesse momento que o termo “hipossuficiente” não abrange apenas aqueles que são pobres ou indigentes, mas, todos aqueles que não tem condições de arcar com custas de um processo sem comprometer o seu sustento e de sua família, sendo ainda destacado, que no direito do trabalho a desigualdade entre as partes é clara. Logo, o conceito não está restrito a apenas uma espécie de vulnerabilidade.

De acordo com Leite (2019, p. 95):

Percebe-se ainda que os incisos 3º e 4º do art.790 e o art. 790B, caput e inciso 4º da CLT (redação dada pela Lei. 13.467/2017), também dificulta o acesso à justiça do trabalho, pois não permitem a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores que percebe salário superior a 40%(quarenta por cento) do limite Máximo dos benefício do Regime Geral da previdência social ou que não consiga comprovar a insuficiência de recursos para custear as despesas do processo, sendo certo que, mesmo se obtiver o benefício da gratuidade da justiça, o trabalhador poderá ser responsabilizado pelo pagamento de honorários periciais.

Nesse contexto, destaca-se o dizer de Bastos (2020) sobre o Princípio da proteção ao hipossuficiente que “deriva da própria razão de ser do Processo do Trabalho, caracterizando-se como um instrumento fundamental de realização do Direito do Trabalho”.

Dessa forma, na justiça do trabalho, o benefício da justiça gratuita possui um caráter protetivo, proporcionando a todos aqueles que não possui condições financeiras em promover os custos de uma ação, sejam contemplados com o acesso à justiça, que é uma garantia constitucional.

Destacando-se ainda, o entendimento acerca do tema do ministro Agra Belmonte, defende que a nova regra estabelecida pela Lei da Reforma Trabalhistas, não pode ser aplicada isoladamente, porém, deve-se ser interpretada sistematicamente com as demais normas constantes da CLT, da Constituição da República e do CPC. Assim, nesse sentido, cita que: “Não se pode atribuir ao trabalhador que postula na Justiça do Trabalho uma condição menos favorável do que a destinada aos cidadãos comuns que litigam na Justiça Comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia” (TST, 2019).

Com base nessa questão, a Lei da Reforma Trabalhista, desde a sua aprovação tem sido assunto de diversas críticas e ações diretas de

inconstitucionalidades (ADIs), o qual destaca-se a ADI5766, promovida pela procuradoria Geral da República –PGR, visando que fosse declarado os artigos como inconstitucionais e, logo, retirados do texto de lei: Art. 790-B caput e § 4º; 791-A, § 4º; 844, § 2º (CASTRO, 2017).

A referida ADI, pauta-se portanto, na violação dos direitos fundamentais, dos institutos que formam o direito do acesso à justiça, que são: assistência jurídica integral e gratuita e de acesso à justiça ao trabalhador hipossuficiente e, principalmente, tendo em vista, sua aplicação ter sido em face da justiça do trabalho, já que o empregado encontra-se numa posição de desvantagem em relação ao empregador, configurando-se em um desequilíbrio na paridade de instrumentos processuais entre os polos trabalhistas.

CONCLUSÃO

A história do direito do trabalho é composta por diversas injustiças, pautadas sempre na busca pela efetivação dos direitos dos empregados que sempre ocuparam uma posição inferior em relação aos empregadores.

Um das grandes conquistas nesse sentido, foi a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que surgiu estabelecendo alguns direitos e deveres que por muitos anos almejava-se. Por isso, qualquer mudança que venham ocorrer, impacta a sociedade, gerando insegurança, conflitos e divergências.

Posteriormente, em meados de 2014, o país entrou numa crise financeira, em se perdurou até os dias atuais, desencadeando muitos desempregos, em que a situação começou a ser considerada preocupante.

Com o intuito de proporcionar um crescimento da economia novamente e a volta das pessoas ao mercado de trabalho, foi criada a proposta sobre uma reforma trabalhista, porém, a finalidade de que foi promulgada nunca se alcançou de fato, pois, nos últimos anos a taxa de desemprego vem crescendo em todos os Estados da Federação.

Desse modo surgiu a Lei n. 13.467/2017, sancionada pelo presidente Michel, alterando mais de cem dispositivos da CLT, publicada no Diário Oficial da União no dia 14 de julho de 2017, estabelecendo que os seus dispositivos entrassem em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.

Dentre as mudanças proporcionadas por essa nova lei, tem-se a respeito da justiça gratuita, dando especificamente **uma nova redação ao § 3º do art. 790 da CLT**, incluindo ainda, neste mesmo artigo, o § 4º.

Quanto ao § 3º, pode-se destacar que foi uma previsão positiva, proporcionando a ampliação do acesso à justiça, pois, pela nova redação concederá a justiça gratuita “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. No entanto, a referida mudança surgiu como vantagem, pois ampliou a concessão do benefício da justiça gratuita, o que não contemplaria nesse valor, caso fosse ainda mantido a previsão anterior.

No entanto o grande questionamento na doutrina no momento, refere-se ao § 4º do art. 790 da CLT, que prevê a concessão aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, sendo que pela previsão anterior, bastaria uma declaração de pobreza assinada.

Dessa maneira, se a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, deverá comprovar a sua hipossuficiência, o qual significa dizer que a concessão do benefício da justiça gratuita está condicionada ao seu requerimento, além do mais, o que antes poderiam ser concedidos pelo Magistrado de ofício, passou a ser vedado.

Desde a criação da Lei da Reforma Trabalhista, tem sido impetrado diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs), cujo referido tema tem sido discutido, com base na inobservação de diversos direitos fundamentais, como principalmente o direito ao acesso à justiça, estabelecidos sob as formas assistência jurídica integral e gratuita, da assistência judiciária e do benefício da justiça gratuita.

FREE JUSTICE AND LABOR REFORM: INTERPRETATIVE SOLUTIONS TO ENSURE ACCESS TO LABOR JUSTICE AFTER LAW N. 13,467/2017

ABSTRACT:The research will address about free justice and labor reform, focusing on interpretative solutions to guarantee access to labor justice after Law n. 13.467/2017. The objectives of the research are: To analyze the changes resulting from the implementation of Law 13.467/2017, which made significant innovations in the Consolidation of Labor Laws, modifying the normative rules of the institute of free justice and its concession in Labor Procedural Law, as well as, highlight the constitutional principle of access to justice, present the provisions on free justice after the entry into force of Law 13.467/2017 and raise the position of judges and Superior Courts on the subject. The research problem is: How Law no. 13.467/2017 established provisions about free justice in the labor process ?. Although the reform was planned with a view to the country's economic growth, such as job creation, its implementation, since it came into force, has not met expectations. The Labor Reform Law changed the granting of the free justice benefit, promoting a new wording to §

3 of art. 790 of the CLT, including, in this same article, § 4. Thus, in labor justice, the benefit of free justice has a protective character, providing all those who do not have the financial means to promote the costs of an action, be granted access to justice, which is a constitutional guarantee.

KEYWORDS: Labor Reform. Free Justice. Access. Right.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Carlos Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Editora Saraiva. 1989.

BASTOS, Frederico Silva. **O princípio de proteção ao hipossuficiente, o princípio da busca da verdade real e o dever de imparcialidade do juiz na justiça do trabalho**. 2020. Disponível em < <http://www.lex.com.br/doutrina/6235644-O-PRINCIPIO-DE-PROTECAO-AO-HIPOSSUFICIENTE-O-PRINCIPIO-DA-BUSCA-DA-VERDADE-REA>>. Acesso em 16 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. 1950. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 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 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 03 nov. 2020.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Antônio Escosteguy. **A restrição ao acesso à justiça na Lei 13.467/17**. 2017.

DELGADO, MAURICIO GODINHO. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017** / Mauricio Delgado Godinho, Gabriela Neves Delgado. São Paulo, Editora LTr, Outubro 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com Comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1ª ed. São Paulo: LTR EDITORA LTDA, 2017

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo. Ltr, 2017. Disponível em < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/16968/1068>>. Acesso em 18 nov. 2020.

DIDIER JR., Fredie; OLIVERIA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita**. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo, Malheiros, 2003

JÚNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**. 6ª ed. Revista e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56ªed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 332.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de processo do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2019.

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**, São Paulo: Editora LTR, 1999.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A quem interessa essa "reforma" trabalhista?** 2017. Disponível em < <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>>. Acesso em 16 nov. 2020.

PAMPLONA, Nicola. **Desemprego chega a 13,7% e já atinge 14 milhões de pessoas no Brasil**. 2017. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879416-numero-de-desempregados-ja-passa-de-14-milhoes-no-brasil.shtml>>. Acesso em 17 nov. 2020.

PATRÍCIO, Yonaria Alves. **A Reforma Trabalhista e a concessão do benefício da justiça gratuita como garantia de acesso à Justiça**. 2020. Disponível em < <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55279/a-reforma-trabalhista-e-a-concesso-do-beneficio-da-justia-gratuita-como-garantia-de-acesso-justia>>. Acesso em 13 nov. 2020.

ROGÉRIO MARINHO. **Modernização das Leis Trabalhistas: o Brasil pronto para o futuro**. Petrópolis, RJ: DP et Alii; De Petrus Editora. 2018.

SARAIVA, Alessandra; SALES, Robson. **PIB do Brasil cai 7,2% em dois anos, pior recessão desde 1948**. 2017. Disponível em < <http://www.valor.com.br/brasil/>

[4890366/pib-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948>](#). Acesso em 19 nov. 2020.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, **Processo n. 1002229-50.2017.5.02.0385. 2019. Disponível em** < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/718970517/recurso-de-revista-rr-10022295020175020385/inteiro-teor-718970637>>. **Acesso em 26 nov. 2020.**

PENSÃO POR MORTE PARA NASCITURO

PATRICK RAMOM FERREIRA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO

RESUMO: O presente artigo destaca o direito do nascituro desde sua concepção com base nas diretrizes do Código Civil e na garantia dos alimentos constitucionalmente previstos. Conhecer os direitos concedidos ao feto desde sua concepção como dependente do falecido para vias de direito inerente a pensão por morte. Pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, com orientação analítico-descritiva, mediante busca sistematizada abrangendo artigos com questões em aberto e pelas divergências de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais constante nos Tribunais. A interpretação do material coletado por meio de estudo da legislação pertinente e com uso de metodologia para alcance de medidas de caráter resolutivo para garantia dos alimentos a dependente de mantenedor falecido. As medidas sugeridas para a garantia da pensão por morte ao nascituro relacionam-se à implantação de urgência na concessão de benefício buscando evitar qualquer prejuízo a vida do feto durante o período de suspensão da demanda para prosseguimento de julgamento de outra causa. O estado do conhecimento atingido a partir dos trabalhos analisados pode ser utilizado em outros estudos, com impacto sobre os sujeitos tanto no plano individual como no coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Concepcionista. Nascituro. Direito a Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Benefício.

DEATH PENSION FOR BIRTH

ABSTRACT: This article highlights the right of the unborn child since its conception based on the guidelines of the Civil Code and the guarantee of constitutionally provided food. To know the rights granted to the fetus since its conception as dependent on the deceased for the inherent rights to the death pension. Qualitative, exploratory research, with analytical-descriptive orientation, through a systematic search covering articles with open questions and the divergences of doctrinal and jurisprudential understandings in the Courts. The interpretation of the material collected through the study of the relevant legislation and using methodology to reach measures of a resolute nature to guarantee food to dependents of deceased maintainer. The measures suggested to guarantee the pension for death to the unborn child are related to the implantation of urgency in the granting of benefit seeking to avoid any damage to the life of the fetus during the period of suspension of the demand to continue the judgment of another cause. The state of knowledge

reached from the analyzed studies can be used in other studies, with an impact on the subjects both individually and collectively.

KEYWORDS: Conceptionist Theory. Born. Right To Life. Dignity Of The Human Person. Benefit.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Pensão por Morte; 2.1 Definição do Benefício de Pensão por Morte; 2.2 A quem é garantido esse benefício e os fatores relevantes após a reforma previdenciária; 3 TEORIAS DA CONCEPÇÃO E OS DIREITOS DO NASCITURO; 3.1 Teoria Natalista; 3.2 Teoria Condicionista; 3.3 Teoria Concepcionista e entendimentos doutrinários; 4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida; 4.1 Aplicação da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica; 4.2 Entendimento Doutrinário do Direito a Vida Digna; 5 Alimentos Gravídicos e Dispositivos de Proteção Previstos no Eca; 6 Direitos Estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente; 7 Uso da Analogias na Garantia da Pensão por Morte ao Nascituro; 8 Entendimento do INSS Sobre a Concessão da Pensão por Morte ao Nascituro; 9 Atual Entendimento Jurisprudencial; 9.1. Desfavorável à Concessão de Pensão para Nascituro; 9.2. Favorável à Concessão de Pensão para Nascituro; 10 Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intenção de realizar um estudo acerca da possibilidade do direito a pensão por morte em favor do nascituro, buscando identificar como a legislação, jurisprudência e doutrina tratam da matéria.

A construção deste artigo será explanada a partir do contexto desenvolvido através de uma análise envolvendo questões de maior relevância como a extensão do princípio da dignidade da pessoa humana e a finalidade social da pensão por morte.

É possível discutir se o nascituro enquadra-se como dependente do segurado instituidor, de modo que seja observado se há uma garantia expressa da possibilidade jurídica em receber o benefício de pensão por morte.

Nada obstante, tem-se a corrente concepcionista como entendimento adotado para aplicação constitucional do direito a vida, sendo de fundamental importância levar-se em consideração a titularidade de direitos do nascituro desde sua concepção.

Isto posto, tem este artigo o propósito de trazer uma abordagem crítica e divergente do posicionamento adotado pelo INSS para concessão de pensão por morte ao nascituro e sua omissão no dispositivo legal ao não equipará-lo como

dependente do segurado falecido, mesmo comprovada a necessidade de efetiva manutenção destinada ao desenvolvimento saudável do nascituro.

Importante destacar, que os direitos inerentes à vida devem ser levados em consideração, mesmo que ainda não se tenha um entendimento doutrinário majoritário sobre a concessão do benefício a pensão por morte ao nascituro. No entanto, o INSS não considera o nascituro como dependente do segurado falecido, sendo necessário acionar o judiciário para ter o direito acima mencionado garantido.

Portanto, verifica-se que temática deste trabalho busca um respaldo no ordenamento jurídico para a concretização da proteção dos direitos do nascituro intencionando salvaguardar a pensão por morte, em decorrência de sua dependência diante do segurado falecido.

2. PENSÃO POR MORTE

2.1 Definição do Benefício de Pensão por Morte

A pensão por morte é um benefício previdenciário que se destina aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecer ou que, em caso de desaparecimento, tiver sua morte declarada judicialmente. Com amparo legal no artigo 74 e seguintes da Lei 8.213/91.

No entendimento de Danilo Cruz Madeira, este afirma que a pensão por morte é uma “verba paga pelo INSS aos dependentes do segurado que vier a falecer, substituindo a renda antes advinda de seu trabalho”.

O amparo aos dependentes do segurado falecido foi assegurado, inclusive, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Art. XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle

Neste íterim, no ordenamento jurídico brasileiro a previdência social tem o objetivo de garantir a proteção dos seus segurados contra os riscos sociais inerentes à condição humana, com o fito de prestação continuada, substituidora da remuneração recebida em vida pelo segurado falecido e buscando proteger os

dependentes contra a extinção ou redução inesperada da fonte de sustento da unidade familiar.

2.2 A quem é garantido esse benefício e os fatores relevantes após a reforma previdenciária

É preciso que exista a qualidade de dependente do segurado falecido. Sendo assim, quem pode ter direito a receber a pensão, segundo o artigo 16 da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social são:

- Para cônjuge ou companheira: comprovar casamento ou união estável na data em que o segurado faleceu;
- Para filhos e equiparados: possuir menos de 21 anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência;
- Para os pais: comprovar dependência econômica;
- Para os irmãos: comprovar dependência econômica e idade inferior a 21 anos de idade, a não ser que seja inválido ou com deficiência.

Embora os dependentes possam entrar com o pedido de pensão por morte em qualquer momento. É válido lembrar, no entanto, que o dependente nem sempre terá direito ao recebimento de valores retroativos.

Vale ressaltar, que após a Reforma da Previdência, ocorreram muitas mudanças que estão relacionadas ao valor do benefício, carência, vitaliciedade, entre outras inovações trazidas pela Lei. 13.183/2015.

Imperioso destacar, que o valor da Pensão por Morte, antes da alteração da norma era equivalente a 100% (cem por cento), do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se fosse aposentado por invalidez ao tempo do óbito. Ou seja, não havia cota familiar, recebia-se 100% (cem por cento), da aposentadoria mesmo que o dependente habilitado tivesse um filho menor de 21 (vinte e um) anos.

Atualmente, o valor global não pode ser inferior a um salário-mínimo, porém caso haja mais de um dependente habilitado, a pensão por morte, é dividida em partes iguais podendo assim a cota ser inferior ao salário-mínimo individualmente recebido.

Todavia, após a promulgação da legislação previdenciária, a cota familiar foi instituída se o segurado já era aposentado quando faleceu, valor é de 50% (cinquenta

por cento) do valor da aposentadoria, acrescido de 10% (dez por cento) por dependente, chegando ao máximo de 100% (cem por cento) 5 dependentes.

Na hipótese do segurado não ser aposentado, no momento do óbito, deverá ser avaliado se ele teria direito ao benefício por aposentadoria, servindo o valor como base para o cálculo da Pensão por Morte. Nessa situação, extrai-se a média de todos os salários desde 1994, sendo acrescido 2% (dois por cento) por ano de contribuição que ultrapassar 20 (vinte) anos de contribuição para homem ou 15 (quinze) para mulher, para aposentadoria por incapacidade, ocorre que nos casos de aposentadoria por incapacidade permanente em decorrência de doença ou acidente de trabalho o valor da aposentadoria será de 100%.

A carência no âmbito da Previdência Social é definida como o período de tempo mínimo de contribuições a ser cumprido pelo segurado para fazer jus aos benefícios previdenciários.

Contudo, após a reforma previdenciária, o artigo 77 e seu incisos programaram 2 tipos de carência, a de contribuições do segurado (18 meses) e a do Casamento/União (24 meses). A norma supracitada, tem finalidade de implosão de um pilar básico da Previdência, qual seja a imprevisibilidade e a cobertura social para a morte do segurado.

No que se refere ao tempo de recebimento do benefício, não há mais vitaliciedade, ou seja, a pensão por morte passa a ser temporária. Atualmente a pensão por morte é cessada pela ocorrência das situações previstas no artigo 77, § 2º da lei 8.213/91.

Por essa razão, atualmente, se recomenda que o dependente do falecido organize e reúna o maior número de provas documentais possíveis antes de pleitear administrativamente o benefício de pensão por morte.

Por isso, após o agendamento, conseqüentemente é importante apresentar ao INSS as seguintes documentações para a devida comprovação, qual seja, documentos de identificação do falecido, documentos pessoais do beneficiário, comprovante de endereço, certidão de óbito com o número de registro, certidão de casamento, certidão de união estável ou contrato de união estável, gastos da família, contrato de seguro de vida, contrato de conta-corrente conjunta e certidão de nascimento dos filhos.

Esses são alguns dos documentos que o INSS solicita no momento do atendimento. Mesmo que você leve essas documentações, o servidor do INSS pode solicitar mais documentações.

Sendo o requerimento indeferido, poderá o dependente ingressar com uma ação judicial para ter seu direito à Pensão por Morte devidamente reconhecido.

3 TEORIAS DA CONCEPÇÃO E OS DIREITOS DO NASCITURO

3.1 Teoria Natalista

A teoria natalista defende que a personalidade jurídica inicia-se a partir do seu nascimento com vida, o que condiz com o Código Civil. De acordo com este pensamento o nascituro tem somente expectativa de direito e deveres, mas somente quando nasce que adquire personalidade e, então, direitos na esfera civil.

Segundo Pereira (2007, p.153):

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

O direito brasileiro teoricamente adotou a teoria natalista; sendo assim, nosso ordenamento jurídico coloca como condição que o feto nasça com vida, isto é, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, e que se prove o fato ocorrido para que seja reconhecido pelo direito.

Lima (2012, p.49), conceituando a teoria natalista, diz:

A personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida. Por isso, antes do nascimento, o nascituro não é considerado pessoa e não goza de personalidade jurídica. O que há é a expectativa de que venha a adquirir personalidade, caso nasça com vida. O nascituro não é titular dos direitos da personalidade.

A teoria natalista é a corrente que prevalece entre os autores clássicos do Direito Civil, pois é exigido para tanto o nascimento com vida. Assim, tal sujeito teria apenas mera expectativa de direito, a qual se concretiza no momento em que ele respirasse fora do ventre materno.

3.2 Teoria Condicionalista

Assim como a teoria natalista, a teoria condicionalista também garante a personalidade jurídica ao nascituro mediante seu nascimento com vida, por outro lado, ela defende que o mesmo possui direitos a partir de sua concepção. Assim, o nascituro adquire a personalidade formal (relacionada aos direitos da personalidade) e material (relacionada aos direitos patrimoniais).

Pussi (2008, p.87), afirma que:

A teoria da personalidade condicional é a que mais se aproxima da verdade, mas traz o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, o que não representaria a verdade visto que a personalidade já existiria no momento da concepção.

Os adeptos desta teoria defendem os direitos do nascituro perante o nascimento com vida, não ocorrendo isto, todos os direitos adquiridos são tidos como inexistentes.

3.3 Teoria Concepcionista e entendimentos doutrinários

Obstante, precisamos compreender a teoria da concepção e os direitos do nascituro em relação a dependência do falecido.

Conforme, Gonçalves (2007, v. IV, p. 81), quanto a teoria este entende que:

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.

O artigo 2º do Código Civil determina que: "A personalidade Civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." Contudo, ao fazer uma análise deste artigo verifica-se um impasse, o nascituro pode titularizar direitos sem possuir personalidade. Diante disto, é necessário um estudo aprofundado da teoria concepcionista.

Ao tratar sobre a temática coloca-se que "a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto" (Alberton, 2001. p. 35), e esse zigoto, ou nascituro, por ser um ser vivo, é um possuidor da personalidade jurídica.

Uma das primeiras juristas defendendo esta teoria é a professora Chinellato (2010, p. 28), que ensina:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.

Segundo Diniz (2010, p. 36-37), afirma que:

Uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais decorrência dos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal do que da determinação do Código Civil.

Por isso, a principal proposta dessa teoria preza pela vida desde a sua concepção, levando em conta que o nascituro dispõe de uma gama de direitos e não depende do nascimento para que seu representante legal possa representá-lo, por conta dos direitos de personalidade.

Importante também expor o entendimento de Pamplona Filho e Araújo (2007):

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele.

Evidencia-se o reconhecimento da personalidade do nascituro bem como seus efeitos no entendimento do doutrinador acima.

De acordo com Gonçalves (2016, p. 197), em se tratando da jurisprudência nacional:

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista [...]. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral.

A teoria concepcionista defende que a personalidade da pessoa surge desde a sua concepção, ou seja, é garantido ao nascituro todos os direitos, sendo alguns dependentes do nascimento com vida.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À VIDA

4.1 Aplicação da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica

Nesse íterim, o caput do art. 5º do texto constitucional assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida. No entanto, a Carta Magna não definiu a partir de que momento se daria essa proteção, atribuição que caberá à legislação ordinária. Consoante isto, para Diniz (2002, p. 22), "A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar".

Cabe-nos analisar se aquele que está por nascer estaria ou não amparado por tal direito. Segundo informa a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 4º, I que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Para tanto, o direito do a vida, por se tratar de princípio norteador de toda a Constituição Federal, tem como finalidade garantir ao nascituro a vida desde a concepção.

O nascituro deve ter total proteção para seu desenvolvimento intrauterino, cuidados médicos e parto em local especializado. O doutrinador Lima, (2012, p.46), relata que "É tarefa da legislação infraconstitucional, tanto no âmbito civil quanto criminal, definir o status jurídico do embrião pré-implantatório".

A Constituição Federal de 1988, assegurada no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais para a manutenção do Estado de Direito.

Desta forma, a junção destes dois importantes princípios constitucionais tem extrema importância para o concepturo em sua formação.

4.2 Entendimento doutrinário do direito a vida digna

Segundo Moraes: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Ao nascituro, também lhe foi assegurado o direito a dignidade da pessoa humana. Este deverá ter suas necessidades atendidas, inclusive sua genitora, pois vive o nascituro no ventre materno. Importante ressaltar Lenza (2005, p. 470.):

Por fim, o segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, garantindo-se as necessidades vitais básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.

Portanto, como estabelece o art. 227 da Constituição Federal de 1988, o estado deve proporcionar meios possíveis para a subsistência do desenvolvimento sadio do feto no ventre materno.

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS E DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NO ECA

Nesse sentido a Lei de Alimentos Gravídicos, nº 11.804/2008, proveniente do direito fundamental à vida, detentora de caráter jurídico e social, visa direta ou indiretamente, proteger e assegurar a mulher grávida e ao nascituro uma gestação.

A doutrinadora Almeida, sobre a definição de alimentos:

Os alimentos, em sentido amplo, compreendem tudo aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha uma existência digna. Não se limitam à alimentação, pois uma vida digna requer mais do que isso. Os alimentos devem proporcionar a satisfação das necessidades físicas, psíquica e intelectual do ser humano.

A obrigação legal de Alimentos Gravidicos no qual procura a acepção do termo "alimentos", demonstrando sua natureza jurídica e a atribuição - obrigação da família em prover os alimentos aos seus filhos desde a concepção.

Lobo afirma que alimentos em direito de família tem:

O significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção.

Por isto, o dever de prestar alimentos gravídicos àquelas pessoas que deles necessitam para sobreviver dignamente, possui caráter personalíssimo, irrenunciável e temporário.

Venosa diz que:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito.

Corroborando com esse entendimento de que os alimentos são indispensáveis para o nascituro, Lomeu salienta que:

Os alimentos gravídicos podem ser compreendido como aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante ao longo da gravidez, sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

A legitimidade para pleitear os alimentos é da própria gestante, sendo que, após o nascimento com vida do nascituro haverá a conversão da titularidade, passando então para a pensão alimentícia em face do menor, ate que umas das partes solicitem a sua revisão.

Finalmente, resta claro que o nascituro tem direito a alimentos expressamente previstos com a Lei dos Alimentos Gravídicos e que esse direito é baseado no direito à vida.

6 DIREITOS ESTABELECIDOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Desse modo, para o desenvolvimento sadio do nascituro é necessário que os direitos assegurados pelas Legislações sejam conferidos de forma eficiente, conforme estabelecido também no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 7º e 8º.

Diante disso, entende-se que os nascituros são seres humanos, ainda que tenham vida intra-uterina. Inequívoco, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, interpretado sistematicamente em meio ao ordenamento jurídico, ao tratar da proteção integral à criança, também incluiu os nascituros no rol dos destinatários de suas normas protetivas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, também estabelece direitos personalíssimos ao nascituro, como o direito à vida, à saúde e à alimentação.

Por sua vez, o art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre políticas públicas que permitam o nascimento com vida e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência.

Ao conferir esta proteção especial à gestante, a lei, automaticamente, cria uma outra proteção ao embrião que se desenvolve, mas que ainda não nasceu, e consequentemente protege todas as gerações futuras. Por esta concepção, mesmo antes do nascimento, a vida, ainda que intra-uterina, já existe e deve ser preservada.

Proteger a gestante, então, significa, de modo reflexo, concretizar o princípio da proteção integral ao feto e à futura criança. Especificamente, tal proteção especial é garantida nos períodos pré e perinatal, ou seja, durante a gestação e nos momentos anteriores e posteriores ao parto, respectivamente.

O ECA, por sua vez, trata de impor ao Poder Público a obrigação de disponibilizar serviços médicos e medidas de proteção à gestante, bem como garantir cuidados especiais ao nascituro, assegurando que este venha a nascer com vida.

7 USO DA ANALOGIAS NA GARANTIA DA PENSÃO POR MORTE AO NASCITURO

Como visto, o nascituro é um ser que possui vários direitos já mencionados no decorrer do trabalho. Muitas vezes, em virtude do óbito de seu provedor durante a gravidez, o dependente fica desprovido do sustento que este lhe assegurava, sendo possível, a partir do fato gerador morte, discutir seu direito à pensão.

Contudo, para o concepturo ter direito ao benefício deve ser utilizada a interpretação com o uso da analogia, fundamentando-lhe nos termos artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002.

Assim sendo, a pensão por morte é destinada aos dependentes do segurado que falecer, destacando-se os filhos na primeira classe, como estipula art. 16 da Lei 8.213/91.

Sabemos que o período gestacional é um tempo que inspira diversos cuidados, tanto destinados a mãe como também ao nascituro, sendo que esses cuidados necessariamente implicam em custos financeiros aos pais.

É inquestionável que o nascituro é digno de receber os alimentos, porém um assunto pouco discutido no ordenamento jurídico é a possibilidade do mesmo ser dependente do benefício de pensão por morte quando seu genitor vem a óbito.

O julgamento proferido no REsp 1.170.239, fora ressaltado pelo Ministro do STJ Marco Buzzi, que há um:

Inequívoco avanço, na doutrina, assim como na jurisprudência, acerca da proteção dos direitos do nascituro. A par das teorias que objetivam definir, com precisão, o momento em que o indivíduo adquire personalidade jurídica, assim compreendida como a capacidade de titularizar direitos e obrigações, é certo que o nascituro, ainda que considerado como realidade jurídica distinta da pessoa natural, é, igualmente, titular de direitos da personalidade (ao menos reflexamente).

Conforme entendimento acima resta-se clara a proteção que os nascituros devem ter diante do direito de pensão por morte.

8 ENTENDIMENTO DO INSS SOBRE A CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO NASCITURO

Apesar da concessão da pensão por morte ao nascituro estar em total harmonia com o espírito da legislação previdenciária e as disposições previstas no

artigo 201 da Constituição Federal, o INSS, em seu âmbito administrativo reiteradamente nega o benefício de pensão por morte ao nascituro, desprezando assim, as necessidades do feto que está por nascer.

A justificativa encontrada pelo INSS para negar o benefício é o Decreto 3.048/99 que aprova o Regulamento da Previdência Social e estabelece, em seu artigo 22, inciso I, alínea 'a', que a inscrição do dependente do segurado será promovida através da apresentação da certidão de nascimento.

Entretanto, absurdamente o INSS nega o direito constitucional a pensão por morte ao nascituro sob justificativa a ausência de certidão de nascimento, nos termos exigidos pela lei e regulamento do Regime Geral da Previdência Social pode inibir a concessão do benefício por falta de requisito formal, porém não elide a condição primária do direito ao benefício de pensão por morte, qual seja, dependência financeira do nascituro em face do segurado.

A posição do INSS em negar um benefício de finalidade alimentar e social unicamente por uma questão meramente formal, como a inexistência de uma certidão de nascimento, pode acarretar grandes prejuízos a vida do feto.

Ademais, a posição administrativa do INSS também acontece em situações em que o filho menor, cujo pai faleceu durante a gestação, pleiteava a pensão por morte após o nascimento.

Nesse caso, o INSS "nega" o benefício unicamente sob a errada justificativa de que na data do falecimento o filho ainda não havia nascido e por isso, não teria a condição de dependente.

Porém, para tais situações, a Justiça tem um claro e reiterado posicionamento no sentido de determinar a concessão da pensão por morte ao filho que perdeu o pai antes do seu nascimento.

9 ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Embora a pensão por morte ostente natureza alimentar, trata-se de direito de cunho existencial, consoante art. 201, V, da Constituição Federal de 1988. Mesmo assim, a possibilidade de o nascituro receber o benefício é questão de muita discussão, pois ainda não se tem um entendimento pacífico.

É preciso reconhecer que o benefício de pensão por morte tem um caráter alimentar, ou seja, sua existência visa o auxílio financeiro para que os dependentes mantenham uma vida digna, mesmo após a morte do segurado falecido e isso não

pode ser restrito ao nascituro pois não restam dúvidas que ele também dependente financeiramente desses recursos.

A alternativa para reversão da negatória administrativa tem sido por intermédio da Justiça buscando a determinação da concessão da pensão por morte ao filho que perdeu o pai antes do seu nascimento.

Impõe destacar que a pouco tempo atrás a 1ª Vara Federal da Comarca de Montes Claros, através do Processo nº 0001211-38.2017.4.01.3807, proferiu sentença determinando o pagamento da pensão por morte a um nascituro.

Entretanto, até o presente momento, os posicionamentos dos respeitáveis tribunais se diferem, entre favoráveis e contrários a garantia do direito da Pensão por morte ao nascituro.

9.1. Desfavorável à concessão de pensão para nascituro

Vejamos alguns tribunais que não reconhecem o direito ao nascituro:

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, por unanimidade, negar provimento ao recurso da parte autora, nos termos do voto do (a) Relator (a). (TRF-4 - RECURSO CÍVEL: 50029425820174047118 RS 5002942-58.2017.4.04.7118, Relator: FERNANDO ZANDONÁ, Data de Julgamento: 25/01/2018, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO RS);

Temos também este outro julgado:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO. NETO NASCIDO APÓS O ÓBITO DO MILITAR INSTITUIDOR. ÓBITO DO MILITAR EM 30.08.1962. REVERSÃO DA PENSÃO APÓS O ÓBITO DA PENSIONISTA, SUA MÃE E FILHA DO INSTITUIDOR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. LEI 3.765/60, ART. 7º, REDAÇÃO ORIGINAL, NÃO CONTEMPLA O REQUERIMENTO. LEI POSTERIOR TAMPOUCO CONTEMPLA. IMPOSSIBILIDADE DE ETERNIZAÇÃO DO DIREITO DE RECEBIMENTO DA PENSÃO MILITAR. [...]. (TRF-3 - AC: 00037686920054036100 SP, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 08/05/2017, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017).

A negatória de acordo com os casos supracitados, ocorrem em decorrência de não comprovação por parte dos requerentes.

9.2. Favorável à concessão de pensão para nascituro

A saber, algumas decisões reconhecendo esse direito:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE GENITOR. FILHA NASCIDA APÓS O ÓBITO. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO POR MEIO DE AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. TERMO INICIAL. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. Preenchidos os requisitos legais, deve ser concedido à demandante o benefício de pensão por morte do genitor. 3. In casu, considerando que o óbito de Paulo Laércio ocorreu em 25/09/2010, a autora nasceu em 03/02/2011 e o requerimento administrativo ocorreu em 31/08/2012, o termo inicial da pensão deve ser fixado na data do nascimento da autora (03/02/2011), uma vez que é pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, com fulcro no disposto nos arts. 3º, inciso I, e 198, inciso I, ambos do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02), c/c os arts. 79 e 103, parágrafo único, da Lei de Benefícios. (TRF-4 – APELREEX: 190752720154049999 RS 0019075-27.2015.404.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 10/05/2016, QUINTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 18/05/2016);

Outro Julgado interessante, é do relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. FILHO MENOR. PAGAMENTO DE COTA-PARTE COM EFEITOS FINANCEIROS DESDE O ÓBITO DO SEGURADO 1. Diante de absolutamente incapaz, não há falar em prazo prescricional, a teor do disposto nos arts. 169, inciso I, e 5º, inciso I, ambos do Código Civil de 1916, e art. 198, inciso I, do Código Civil de 2002, c/c os artigos 79 e 103, parágrafo único, da Lei de Benefícios. 2. Consoante entendimento predominante nesta Corte, o absolutamente incapaz não pode

ser prejudicado pela inércia de seu representante legal, até porque não se cogita de prescrição em se tratando de direitos de incapazes. Precedentes. (TRF-4 - AC: 50005864620154047123 RS 5000586-46.2015.404.7123, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 07/06/2017, SEXTA TURMA);

Cumpra-se, um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE NASCIDO APÓS O ÓBITO. MARCO INICIAL DO BENEFÍCIO. FIXAÇÃO. 1. A sentença que declara a relação de paternidade tem efeitos ex tunc, tendo o absolutamente incapaz direito à pensão por morte desde a data do óbito do instituidor. Havendo o filho do instituidor nascido, no entanto, após o óbito, fará jus à pensão por morte desde a data do seu nascimento. 2. Havendo outros dependentes já habilitados, faz jus o demandante à diferença entre o que foi pago e o que efetivamente era devido ao seu grupo familiar, desde o nascimento do autor até efetiva implantação administrativa da pensão por morte. (TRF-4 - AC: 50287958820194049999 5028795-88.2019.4.04.9999, Relator: SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, Data de Julgamento: 09/03/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

Conforme a jurisprudência acima colacionada o Judiciário tem apenas o entendimento de que caso identificados os elementos que dão direito aos alimentos o Instituto Nacional de Seguridade Social deve, de igual forma, conceder a pensão por morte ao nascituro. Portanto, provados os requisitos necessários e autorizadores da concessão do benefício não assiste ao INSS razão para negar aos nascituros dependentes falecido, na condição de segurado.

10 CONCLUSÃO

Não há dúvidas, de que a legislação civil brasileira concernente ao início da personalidade jurídica na visão personalista é delineada pela Constituição Federal e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que tende a alargar-se e a ganhar força, até que o nascituro seja efetivamente reconhecido como pessoa e uma cultura jurídica voltada para a proteção integral e concreta da vida humana, em qualquer de seus estágios.

Destarte, considerando que o nascituro é titular dos direitos da personalidade e tem resguardada a sua dignidade como pessoa humana buscando sobreviver por intermédio de seu mantenedor, já falecido.

Todavia, desprezando o direito e a certeza de que o período gestacional é um tempo que inspira diversos cuidados, tanto destinados a mãe como também ao nascituro, o INSS insiste em negar esse direito ao nascituro, sob a pífia alegação de inexistência de Certidão de Nascimento.

Obviamente que a posição do INSS está claramente equivocada ao negar um benefício de finalidade alimentar e social unicamente por uma questão meramente formal, como a inexistência de uma certidão de nascimento.

Por outro lado, podemos verificar que a Justiça brasileira dá fortes indícios de equiparar os direitos dos nascidos com os nascituros, principalmente no âmbito previdenciário.

Conclui-se então, que o nascituro possui proteção jurídica, uma vez que o nosso ordenamento jurídico proíbe de forma expressa qualquer ato atentatório à vida do feto. Podemos afirmar que após analisar toda a legislação necessária, resta-se entendido que o benefício de pensão por morte deve ser expandido aos nascituros, não apenas por estar previsto em lei, mas também por uma questão de igualdade, Justiça e valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALMEIDA, Silmara Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 402.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, v. IV.

HILDEBRAND, Antônio Roberto. Dicionário Jurídico. 4º ed. São Paulo: JH Mizuno, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil, 1: esquematizado: parte geral, obrigações e contratos. Coordenador Pedro Lenza. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1231792&num_registro=200902402627&data=20130828&formato=PDF>
>

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão. São Paulo: Juruá, 2012.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão. São Paulo: Juruá, 2012.

LOBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 1.804/08. Disponível em: Acesso em 23 out 2017.

MADEIRA, Danilo Cruz. Da pensão por morte no regime geral de previdência social. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2875, 16 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19121>>. Acesso em: 17 out. 2012.

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo; Atlas. 2001. p.61.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; **ARAÚJO**, Ana Thereza Meirelles. A tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 18, p. 33-48, maio/jun 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PUSSI, William Artur. Personalidade jurídica do nascituro. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.

A ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO

MADSON DE FONSECA MACIEL FILHO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus-CEULM/AM.

RESUMO: Este estudo objetiva tecer considerações sobre a dinâmica do abuso sexual infantil contra crianças e adolescente, para então, observar as políticas públicas que devem ser adotadas para que haja a prevenção desse acontecimento. Como problemática abordada neste trabalho bibliográfico focaliza vítimas menores de idade, que, pelo seu desenvolvimento incompleto, ainda não alcançaram o discernimento necessário para integral autodefesa. Refere-se a pessoas com menos de dezoito anos, intituladas crianças e adolescentes, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são considerados por alguns autores como um dos maiores saltos nas legislações que protegem crianças e adolescentes. Como metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a fim de ressaltar grandes informações sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes e a evolução do direito em proteção à criança e o ECA, usando bases disponíveis nas fontes de dados bibliográficas. Em seguida com o propósito de servir ao objetivo de discussão serão explanados conceitos, histórico e etc, com intuito de melhorar o entendimento sobre o assunto. No mais, destaca-se a preocupação da pesquisa, em focalizar de forma aprofundada sobre a evolução jurídico dos direitos consagrados no ECA, para então, por conseguinte, debater de forma breve e específica, ações de enfrentamento contra os abusos, onde fez-se necessário aponta a importância dos Conselhos Tutelares, na luta por dias melhores à vida desses indivíduos que tanto sofrem.

Palavras-chaves: Abuso sexual; ECA; Evolução

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE - 3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE DO BRASIL - 3.1 A proteção dos menores e a evolução do direito sob a lei vigente eca. - 3.2 Alguns princípios do Direito Penal com aplicação no ECA - 3.2.1 Princípio da Legalidade - 3.2.2 Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento - 3.2.3 Princípio do Melhor Interesse do Adolescente - 4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI Nº 8.069/90 - 5. PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - 6 O BRASIL E O ABUSO CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES - 7. CONCLUSÃO - 8. REFERENCIAS

1. INTRODUÇÃO

Este estudo objetiva tecer considerações sobre a dinâmica do abuso sexual infantil contra crianças e adolescente, para então, observar as políticas públicas que devem ser adotadas para que haja a prevenção desse acontecimento. Diante disso, o tema foi limitado ao abuso sexual infantil intrafamiliar, por ser a mais frequente e a mais danosa ao menor, uma vez que ele espera e tem direito ao amor e à proteção no seio familiar.

. A problemática abordada neste trabalho bibliográfico focaliza vítimas menores de idade, que, pelo seu desenvolvimento incompleto, ainda não alcançaram o discernimento necessário para integral autodefesa. Refere-se a pessoas com menos de dezoito anos, intituladas crianças e adolescentes, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são considerados por alguns autores como um dos maiores saltos nas legislações que protegem crianças e adolescentes.

Segundo os Conselheiros Tutelares, eles recebem diariamente vários denúncias contra a violação dos direitos do menor, no entanto, ainda há um enorme número de subnotificações de casos, bem como a falha no processo de cuidar e conduzir os casos notificados. A condução inadequada de casos de violência contra os menores pode gerar consequências irreversíveis para o mesmo, desta forma, observa-se a necessidade de reflexão acerca dos cuidados com os menores com olhar holístico buscando reconhecer a importância do papel dos Conselheiros Tutelares neste cenário.

Neste sentido a violência, o abuso e exploração sexual familiar contra crianças e adolescentes representa um problema de necessária intervenção, pois acarretam diversas consequências à vida das crianças e dos adolescentes, repercutindo, na sua formação direta ou indireta, no meio social em que as mesmas vivem e convivem com outras pessoas.

A prevenção será o primeiro passo fundamental que devemos tomar enquanto pais e responsáveis dos menores. Portanto é fundamental que as famílias tenham bastantes cuidados e um bom relacionamento de confiança e transparência com suas crianças e adolescentes.

As autoridades e os órgãos competentes, o conselho tutelar, delegacia dos menores infratores, sociedade civil, promotoria da infância e da juventude, participação das escolas da rede pública e particulares, que se mobilizam com palestras oficinas no dia nacional do combate ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescente em todo país como forma de não se calarem frente aos diversos tipos de casos absurdos de abuso sexual que acontecem todos os dias, o

principal objetivo é alertar as famílias a cuidar melhor de nossas crianças e adolescentes se prevenido dessas causas que acontece com grande frequência nas famílias.

Frente a tais acontecimentos a escolha do tema justifica-se por todo exposto acima, e tem objetivo de trazer reflexão para a sociedade como um todo para que possamos tentar amenizar tal crime, e dar mais proteção a cada dia a nossas crianças.

2. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

A fim de melhor descrever sobre a evolução jurídica, dos direitos adquiridos pela criança e pelo adolescente, cabe conceituar quem são esses sujeitos. Esses sujeitos, nem sempre “existiram” conceitualmente haja vista que as categorias criança e adolescente, foram construídas histórica e socialmente conforme a época e a sociedade. Porém, a seguir apresentam-se os conceitos conforme o que a legislação incita.

Inicialmente para a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, criança é todo ser humano menor de dezoito anos. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, no art. 2º, considera que criança é a pessoa que possui idade inferior a 12 anos completos e os adolescentes se enquadram na faixa etária entre 12 e 18 anos de idade. Ressalvando, que no parágrafo único do mesmo dispositivo ele afirma que em casos expressos em lei o adolescente pode ser considerado como sendo a pessoa que compreende a idade entre, dezoito e vinte e um anos.

Assim sendo é importante ressaltar que, é a idade que define a condição conceitual infantojuvenil. Porém, tanto criança quanto adolescente são pessoas que se encontram em desenvolvimento físico e mental, assim, conforme Bitencourt (2009), ambos são indivíduos com condições de receber cuidados pessoais.

Mas é de fundamental importância demonstrar, que nem sempre esta conceituação foi vigente. Partindo disso, a fim de um melhor esclarecimento a respeito dos direitos das crianças e dos adolescentes, aborda-se a seguir sobre como a criança foi tratada ao longo da história.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE DO BRASIL

Antes da implantação da doutrina da proteção integral no Brasil, a situação do jovem infrator foi regulada por dois outros sistemas jurídicos, iniciando-se com o Direito Penal do menor, que não fazia distinção entre adultos e crianças no que se refere ao ato infracional e a aplicação das medidas punitivas. Posteriormente surge o Código de Menores, defendendo ao longo de seu texto a doutrina da proteção

irregular, constituindo um sistema em que o menor de idade era objeto tutelado do Estado, sobrevelando a responsabilidade da família.

No art. 2º do Código de Menores de 1979, considerava-se menor em situação irregular aquele que poderia ser encontrado em seis situações distintas, quais eram: o menor abandonado em saúde, educação e instrução; a vítima de maus tratos ou castigos imoderados; os que se encontravam em perigo moral; os privados de assistência judicial; os desviados de conduta e o autor de infração penal. (VERONESE, 2006)

Ressalta-se que o Código de Menores de 1979 não recebeu somente a inspiração da teoria da situação irregular, mas também do regime totalitarista e militarista vigente no país, apesar de ter sido elaborado sob a influência da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Suas medidas criadas para cuidar de "patologias jurídico-sociais" definidas na lei, amparava-se em conceitos e princípios simplistas e falaciosos, que resultavam na prática e um controle social da pobreza. (RANGEL, 2010)

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, consagrou em seu texto a doutrina da proteção integral, que se contrapõe ao tratamento social excludente da criança e do adolescente, apresentando um conjunto social, metodológico e jurídico que permite compreender e abordar as questões relativas a estes peculiares sujeitos sob a ótica dos Direitos Humanos. O Brasil ratificou a convenção com a publicação do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, transformando-a em lei interna. (AGLIARDI, 2007)

A doutrina da proteção integral estabelece que as crianças, sendo nesta categoria abrangidos todos os seres humanos com idade inferior a dezoito anos, são sujeitos de direitos especiais, devendo ser protegidas por se encontrarem em um processo de desenvolvimento, que as fazem serem merecedoras de prioridade absoluta. (VERONESE, 2006)

Maria Inês Fontana Pereira de Souza defini o revogado Código de Menores como um código penal do "menor", disfarçado sobre a imagem de sistema tutelar, cuja as medidas não passavam de puras sanções. A própria substituição do termo menor, que reporta a ideia da situação irregular, pelos termos criança e adolescente, representa uma mudança com potencial simbólico do novo paradigma, demonstrando a passagem de uma legislação e política repressiva para uma de proteção integral e políticas universais e participativas. (SOUZA, 2001)

De acordo com Antônio Carlos Gomes da Costa (2001):

“A nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, da qual o Brasil é signatário, promoveu uma completa metamorfose no direito da Criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos”.

No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no seu art. 37, traz uma gama de orientações a respeito da proteção dos Direitos Humanos aplicáveis a condição especial dos jovens, algumas específicas a privação de liberdade:

“[...] Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação [...]”

A Constituição Federal de 1988, acompanhando a tendência das constituições democráticas modernas no reconhecimento e proteção dos direitos do homem, e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, rompem com o paradigma da doutrina da situação irregular e estabelecem a doutrina da proteção integral. Desse modo surge um projeto político social para o país, ao mesmo tempo que contempla a criança e o adolescente como sujeitos que possuem características próprias ante a situação de desenvolvimento em que se encontram, compelindo para que as políticas públicas sejam realizadas em ação conjunta com a família, a sociedade e o Estado. (COSTA, 1991)

Afonso Armando Kozen ensina que a implementação de um novo ideal doutrinário presente no ECA e um novo compromisso assumido pelo Estado a respeito da situação da criança e do adolescente representa uma ruptura paradigmática em diversos níveis, tanto na esfera das práticas judiciais, como das ações de preparação à jurisdição e de implementação da providência determinada pela autoridade judiciária em razão de ato infracional, desafiando os respectivos operadores a trabalharem com esse novo sistema.(KOZEN, 2005)

O ECA garante que todos os direitos desfrutados pelos adultos deverão ser aplicados ao adolescente, desde que sejam compatíveis com a sua idade. Além disso o adolescente tem direitos especiais decorrente do fato de que ainda não tem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos e não atingiram condições de defendê-los frente as omissões e transgressões. O jovem não conta com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas e por se tratar de um ser em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sociocultural, não pode responder pelo cumprimento de leis e demais deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que um adulto. (COSTA, 1994)

A doutrina da proteção integral tem como uma de suas características principais admitir a infância e a adolescência como prioridade absoluta exigindo uma consideração especial, de modo que sua proteção deve sobrepor-se a quaisquer outras medidas, objetivando o resguardo de seus direitos fundamentais. Defende o princípio do melhor interesse da criança, de tal modo que a família, a comunidade e o poder público devem estar empenhados para fazer prevalecer a premissa. A família é reconhecida como o grupo social primário e ambiente “natural” para o crescimento e bem-estar de seus membros, em especial as crianças. (SEDA, 1993)

Segundo Seda, quando nosso país realizou o processo de adequação imediato ao espírito e letra da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assumiu o compromisso de redistribuir parcelas de poder na condução de políticas sociais, transferindo-as para a comunidade. (VERONESE, 2006)

Salienta Castro que a doutrina da proteção integral vêm a afirmar o valor intrínseco da criança como ser humano, respeitando sua necessidade especial devido sua condição de pessoa em desenvolvimento. O valor prospectivo da infância e da juventude, como portadores da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, tornam as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar com empenho máximo por meio de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa dos seus direitos. (COSTA 1994)

O ECA determina o dever que têm a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público em 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 das crianças e adolescentes. A Constituição Federal, no art. 227 da CRFB, declara ainda que é obrigação de todos colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional reforçam o compromisso da família, da sociedade e do Estado para garantir a criança e ao adolescente uma passagem saudável e digna até a vida adulta, tendo para isso a doutrina da proteção integral como o pilar para a efetivação desse objetivo.

3.1 A proteção dos menores e a evolução do direito sob a lei vigente eca.

Antigamente via-se que as crianças eram tratadas como pequenos adultos e cheio de responsabilidades. Silva (2013) relata que outrora a infância não recebia atenção especializada, não se entendia a peculiaridade das fases de crescimento e a importância dos cuidados de proteção para com os menores nestes períodos da vida do indivíduo. Eram vistas como pequenos adultos, instruídas para o trabalho, assumindo responsabilidades, restringindo seu tempo de lazer e perdendo a identidade de criança e dos adolescentes como afirma.

Contudo veio surgindo as leis de proteção aos menores primeiramente com o chamado Código de Menores. Assim dispõe (Silva, 2013, p.47) que:

Em seus estudos relatam que foi através do Estatuto da Criança e Adolescente no fim do século XIX, que os menores começaram a receber um olhar diferenciado baseado no que preconiza esta legislação. Pois, em 1927 as leis aplicadas aos menores reconhecidas como Código de Menor, estavam pautadas no princípio do Direito do Menor, tida como uma legislação que penal e civil. Em 1979 o Código de Menores voltava-se para os desvios de comportamento da criança doutrina de punição.

Aos poucos as leis foram se transformando e evoluindo, protegendo os menores, nesse sentido, preleciona Santos (2015) que as leis que protegem os menores brasileiros passaram por transições que marcaram a história da sociedade, trazendo um novo olhar para as crianças e adolescentes. Obrigatoriamente direcionada ao menor infrator, em situação de abandono de seus pais ou responsável

ainda que por casualidade, advindo de família em estado de pobreza, vítima de criminalidade, comportamento irregular ou se o menor for transgressor da lei.

Contrapondo o autor Santo, como exposto acima, para Bezerra (2015) relata que a elaboração das leis do Código de menores não se tratava de uma ação maldosa, e sim por ocasião do contexto histórico em que os menores estavam inseridos, de forma menos significativa que os adultos, desprovidos de direitos no ambiente familiar na sociedade e no Estado, tal visão conseqüentemente acarretou em negligência em suprir as necessidades básicas dos jovens (alimentação, higiene, saúde, educação e outros).

Em respeito a Constituição Federal de 1988, que dispõe a respeito da proteção à criança se fez necessário mudar até porque a sociedade muda de tempo em tempo, portanto, no que diz respeito a este assunto o art.227, aduz que:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, a alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a 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).

Com a evolução das leis em virtude da sociedade o Código de proteção dos Menores sofreu alteração benéfica e assim criando o ECA (estatuto da criança e do adolescente).

Nesse sentido ainda (Bezerra, 2015, p.78) aduz que:

Em decorrência do quadro vivenciado pelas crianças e adolescentes no Brasil, inseridas como adultas na sociedade e sob a ótica de uma assistência fragmentada observou-se a necessidade de leis mais específicas para os menores, desta forma observa-se a transição do Código de Menores para Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considerado por alguns autores como um dos maiores saltos nas legislações que protegem crianças e adolescentes.

Já no que tange a lei vigente de proteção aos menores o ECA (estatuto da criança e do adolescente) criado pela lei 8.069 de 1990, trouxe diversos direitos garantidos a estes menores, é vem sofrendo evolução e a lei atual do Eca é a 13.431

de 2017. E nesse sentido no tange a nova lei vigente em seu artigo.4-, no que diz respeito ao cuidado e proteção, aduz que:

Art.4 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes á vida, á saúde, á alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, á profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. Além da responsabilidade.

No artigo. 16- dispõe que:

Art.16 estatuto da criança e do adolescente (ECA) O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos como: I ir, vir e esta nos logradoures públicos e espaço comunitário, reservadas as restrições legais entre outros.

Diante o exposto percebeu-se ao longo deste trabalho que no Brasil, é seríssimo os casos de abuso sexual que acontece no dia-dia com as crianças e adolescentes e que deve ser combatido com mais assiduidade e que a lei de proteção a estes menores vem evoluindo.

3.2 Alguns princípios do Direito Penal com aplicação no ECA

Conforme já dito acima, a Constituição Federal de 1988 e sua posterior regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente criaram um novo modelo Jurídico de responsabilização, que se assemelha ao modelo penal de adultos, com suas devidas especificidades.

É uma norma de responsabilização especial para adolescentes infratores. Desse modelo afloram alguns princípios comuns ao direito penal comum, que se aplicam também ao ECA. Assim, princípios como o da legalidade, humanidade, intervenção mínima, proporcionalidade, responsabilidade subjetiva, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente. Destes alguns serão explicados a seguir:

3.2.1 Princípio da Legalidade

Não haverá intervenção punitiva se não houver o respeito devido à lei penal. O artigo 103 do ECA, combinado com o 112, também do mesmo diploma, consagrou a obediência ao princípio da legalidade ao definir que "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Com isso a autoridade

competente só poderá aplicar ao adolescente as medidas socioeducativas quando se constatar a prática de ato infracional (art. 112).

A reserva legal, como regra, deve ser entendida como a exigência de condutas previstas em lei para se poder criminalizar ou impor penas, excluindo-se a possibilidade de os costumes e os princípios gerais de direito serem tidos como fontes do Direito Penal. Nem muito menos a analogia, como forma de integrar as normas incriminadoras. A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação da analogia in malam partem, apesar de ser permitida sua aplicação quando em benefício do agente do delito. (SHECAIRA, 2015)

Não mais há que se admitir que jovens sejam detidos por perambularem pelas cidades, porquanto tal conduta não é prevista no Código Penal. Ainda sob a égide do revogado Código de Menores era comum que crianças e adolescentes, vistos como carentes pela polícia, fossem recolhidos e colocados à disposição dos comissários de menores, que lavrava um boletim de ocorrência por perambulação, com base no qual iam parar nos reformatórios da Febem por ordem judicial. (MACHADO, 2003)

Assim, é necessário coibir os abusos que resultam de arbitrários critérios de interpretação e aplicação das normas penais, pois tais abusos podem significar a negação da aplicação do princípio da legalidade.

3.2.2 Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento

O Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento tem previsão no artigo 6º do ECA, nos seguintes termos: “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

A afirmação da criança e do adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento é o suporte ontológico da legislação da infância e juventude. O adolescente, tanto quanto a criança, passou a ter uma condição peculiar a ponto de ser reconhecido como um sujeito de direitos merecedor da absoluta prioridade das autoridades, o que vem a configurar uma nova concepção, que se funda nesse tripé ontológico, e que se orienta para todas as novas interpretações decorrentes das relações jurídicas que possam advir das circunstâncias fáticas envolvendo esses sujeitos. (SHECAIRA, 2015)

A consequência disso consiste no reconhecimento de que adolescentes infratores são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam

aplicáveis à sua idade e ainda alguns outros direitos que lhe são especiais, como decorrência de pessoa em condição peculiar em desenvolvimento.

3.2.3 Princípio do Melhor Interesse do Adolescente

A doutrina da proteção integral consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como pilar o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e por finalidade, na específica área da incriminação de seus atos, diminuir restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. O referido princípio foi consagrado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em seu art. 3º, 1: "Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança"[24].

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, consagra a primazia, a absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem dos direitos inerentes aos seres humanos: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, respeito, à liberdade, à convivência familiar etc. Diante disso fica fácil entender que o adolescente deve estar em primeiro lugar na escala de preocupação das autoridades, respeitando dessa forma melhor interesse da criança e do adolescente.

4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI Nº 8.069/90

Fundamentalmente enfatiza-se que o Estatuto da criança e do adolescente, nasceu a partir da experiência de indignação nacional junto com o apelo de normativas internacionais a favor das crianças e adolescentes.

Perante essas normativas e visando evitar a construção social que separa os "menores" das crianças e dirige às crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, o ECA trouxe grandes mudanças na política de atendimento às crianças e adolescentes por meio da criação de instrumentos jurídicos que viabilizam, ou pretende viabilizar além do atendimento, a garantia dos direitos que são assegurados às crianças e aos adolescentes.

Conforme Alberton (2005), no ECA as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como "Sujeito de Direitos" de "Prioridade Absoluta". Frente a esse Estatuto, observa-se o direito da criança e do adolescente perante um sistema de direitos fundamentais, conforme se encontra preconizado no art. 3º11 do referido documento legal. A respeito desses direitos fundamentais, o ECA, traz consubstanciado no art. 4º12, 7º13 e no caput do art. 1914 o direito à vida, saúde e convivência familiar e comunitária.

Ainda no art. 5º fica estabelecido que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

E sobre o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, estes estão previstos no art. 15 do ECA, consoante de que as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais que são garantidos na Constituição Federal, bem como em outras leis.

Conforme Freire Neto (2011), por meio desse dispositivo, o legislador buscou por a salvo as crianças e os adolescentes perante qualquer arbitrariedade por parte do Estado, da família ou da sociedade.

Fronteiro a este fator, segundo Bitencourt (2009, p. 40):

O ECA criou os Conselhos de direitos em âmbito nacional, estadual e municipal que passam a ser o canal de participação e envolvimento conjunto do Estado e da Sociedade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, e os Conselhos Tutelares que atuam no caso de violação dos direitos individuais das crianças e adolescentes, que se encontram em situação de risco.

As diretrizes da política de atendimento às crianças e adolescentes, encontram-se no art. 88, inc. I a VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, e estas visam conclamar a participação da sociedade civil para atuar de forma participativa e paritária perante os organismos governamentais, para elaborar as políticas de atendimento na área da infância. Fazendo surgir os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, nos três níveis de poder.

Assim, em cumprimento ao que se encontra disposto no art. 13115 do ECA, os Conselhos Tutelares, são órgãos que visam a proteção e a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, preconizando ainda no art. 132, que em todo o município brasileiro deverá haver pelo menos, um conselho Tutelar.

Nesse sentido, o ECA, no caput do art. 13, dispõe que em casos que haja suspeita ou confirmação de maus-tratos deve-se obrigatoriamente ser “[...] comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providencias” (TRINDADE; SILVA, 2005, p. 246). Portanto, os relatos acima deixam claro o que preconiza o art. 1816 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

concernente de que a proteção e as garantias das crianças e adolescentes é dever de todos, incluindo-se a família, a sociedade e o Estado.

5. PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao retornarmos a um passado longínquo no Brasil, observa-se que desde o tempo de lutas do Brasil colônia, passando pelas lutas contra a escravidão e pelo sindicalismo anarquista nas primeiras décadas do século XX, a participação já era estimulada por políticas públicas estatais, porém era um momento em que a participação era pensada como incorporação dos indivíduos em ações previamente elaborada pelas autoridades ou grupos de missionários que desenvolviam programas assistenciais nas comunidades (GOHN 2003).

Já no período final do Primeiro Reinado, Avritzer (2008) indica o aparecimento de uma nova cultura política fundamentada na emergência de uma incipiente, porém ativa, vida pública, capaz de desenvolver mecanismos ainda informais de sociabilidade e de ação política. Nesse contexto, a imprensa, os movimentos de contestação de rua e as associações de natureza política e/ou culturais assumem uma característica peculiar constituindo espaços informais de participação na cena pública do país.

Durante décadas muitas lutas foram travadas para que a população brasileira tivesse espaço para participar da construção do seu país, porém esse direito só foi efetivado a partir da Constituição de 1988, no artigo 204, inciso II que assegura a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, tornando o Brasil um Estado Democrático de Direito, com conceito ampliado de democracia (BRASIL, 2004).

Segundo Avritzer 2008, o aprofundamento da democracia requer um conjunto de formas participativas que amplie as chances de vocalização e expressão de um número cada vez maior de pessoas, capacitando-as a partilharem autonomamente no exercício do poder político. Pois é a partir da participação que a democracia vai se moldando frente às questões sociais.

Para Demo (2001, p.18), a participação não pode ser entendida como dádiva, pois é um produto de conquista da população organizada através do compromisso, do envolvimento, da presença em ações que assegurem direitos fundamentais aos seres humanos.

Portanto destaca-se mais uma vez que a participação social na re-elaboração da CF/88 e na instituição do ECA, respectivamente, foi de grande valia para a atual conjuntura em que estão inseridas as crianças e os adolescentes brasileiros.

A participação popular através de suas organizações representativas transforma-se num mecanismo essencial para elaboração e fiscalização das políticas públicas direcionadas à população infanto-juvenil. Ela acontece através do diálogo entre governo e sociedade e efetiva-se nos espaços dos conselhos durante as deliberações políticas, as quais asseguram direitos dos segmentos populacionais, envolvendo a formulação de políticas públicas voltadas para a melhoria da qualidade de vida das pessoas (GOHN, 2003).

Para Gohn (2003), esse espaço surgiu como um agente de mudanças, de decisão, onde se construiu regras de institucionalidade bem claras para que os mecanismos de participação, de caráter democrático operassem. Foram desenhados espaços participativos e construída uma institucionalidade correspondente, de forma a respeitar a diversidade, a pluralidade e abertura às identidades de cada grupo/organização/movimento. Esse processo exigiu articulações políticas que superaram os faccionismos e costuraram alianças objetivando atingir determinadas metas alcançadas através dos Conselhos.

Pressupõe-se que os Conselhos deliberem ações das políticas públicas de forma a garantir os direitos básicos dos cidadãos e que isso ocorra num território onde as autoridades locais se relacionem com a população apoiadas nos princípios de participação social.

Segundo o Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo único, sabe-se que o poder emana do povo, através das eleições (BRASIL, 2004), a fim de garantir a participação da comunidade nos colegiados dos órgãos públicos, locais onde os interesses da maioria devem ser objetos de deliberação.

Traço considerado eminentemente político, pois a população que participa efetivamente propondo adequar as opções da comunidade a uma elaboração técnica e eficaz. Também se controla e fiscaliza as ações estatais, expressando a superação da concepção tecnocrática das administrações paternalistas. Fica evidente que as decisões do povo são soberanas, não apenas como técnica, mas como política, desenhada através de ações valorativas, as quais, a população tem o comando.

Ao participar dos espaços públicos direcionados ao exercício das políticas públicas os representantes da sociedade civil organizada devem atentar para não direcionar os objetivos coletivos apenas às demandas de emprego, de renda, ou de políticas compensatórias. Num país em desenvolvimento como o Brasil, onde a

pobreza ainda perdura para milhões de pessoas, fica difícil solucionar alguns problemas sociais existentes. É necessário que a participação seja de fato ativa em busca da garantia dos direitos básicos, pois é através dela que a sociedade organizada, define o seu papel e o seu espaço cobrando do Estado a sua função enquanto provedor de políticas públicas. Pois para Demo,

é através da participação que a promoção se torna autopromoção, projeto próprio forma de co-gestão e autogestão, e possibilidade de auto-sustentação. Trata-se de um processo histórico infundável, que faz da participação um processo de conquista de si mesma. Não existe participação suficiente ou acabada. Não existe como dádiva ou como espaço preexistente. Existe somente na medida de sua própria conquista (DEMO, 2001.p.12.).

Participar da construção de uma sociedade mais equânime, igualitária, em prol do respeito aos direitos sociais do segmento infanto-juvenil, muitas vezes excluídos do acesso aos seus direitos básicos, requer uma participação ativa, comprometida, e dinâmica da sociedade civil, executando ações por vezes arriscadas, porém, natural aos espaços de discussões, quem em muitos momentos podem ser conflituosos no cerne do processo, pois enquanto processual não pode ser previamente delimitado.

A participação da sociedade civil organizada é exercitada em diversos espaços estratégicos como, por exemplo, nas Conferências que são instâncias máximas de deliberação e têm a atribuição de avaliar a situação da política pública e propor diretrizes para o aperfeiçoamento; em Fóruns, que são considerados instâncias ampliadas de participação e representação política, não institucionalizada, mais permeável à participação de segmentos sociais com menor acesso aos espaços tradicionais de deliberações políticas (RAICHELIS e PAZ, 1999) e nos Conselhos, que têm competências que perpassam por deliberar, regular e acompanhar/fiscalizar a execução da política pública, pois são espaços de negociação, de construção de alianças, acordos, diálogos e funcionam como um instrumento público para interface com os usuários e seus direitos.

Os Conselhos também efetivam o controle social sobre as políticas governamentais formulando e propondo diretrizes; estabelecendo meios e prioridades de atuação voltadas para o atendimento das necessidades e interesses de diversos segmentos, avaliando as ações e negociando o direcionamento dos recursos financeiros existentes (BRASIL, 2009). Esses conselhos nos moldes definidos pela Constituição Federal de 1988, segundo Raichelis, são:

espaços públicos com força legal para atuar nas políticas públicas, na definição de suas prioridades, de seus conteúdos e recursos orçamentários, de segmentos sociais a serem atendidos e na avaliação dos resultados. A composição plural e heterogênea, com representação da sociedade civil e do governo em diferentes formatos, caracteriza os conselhos como instâncias de negociação de conflitos entre diferentes grupos e interesses, portanto, como campo de disputas políticas, de conceitos e processos, de significados e resultados políticos (RAICHELIS, 2006, p.11).

Portanto, os Conselhos, são considerados como importantes para a execução qualitativa e igualitária das políticas públicas, pois são espaços sociais públicos que têm o poder de deliberar sobre as diversas situações em que se encontram os usuários e cidadãos brasileiros.

6 O BRASIL E O ABUSO CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Os casos de abusos e exploração sexuais contra crianças e adolescentes é uma triste realidade que ocorre em todo o mundo, nos países mais pobres até os mais desenvolvidos, em todas as sociedades, em todas as classes sociais, religiões, independentemente do nível de escolaridade, partindo dos analfabetos até aos doutores, pessoas famosas ou não. Infelizmente essa é uma realidade, muito difícil de ser descoberto esse prática por parte dos abusadores.

No que tange ao Brasil, estes casos vêm aumentando a cada ano e ocorrendo diuturnamente. Nesse sentido, relata baia (2013) que na realidade os casos de abuso e exploração sexual contra crianças e adolescentes crescem aproximadamente 20% em um ano.

O abusador podem ser pessoas próximas das crianças ou não. O acompanhamento cuidadoso e a orientação às crianças são fundamentais para sua prevenção. Os pais não devem deixem os seus filhos andar ou ficar sozinhos, nem devem confiar demais nas pessoas que se aproximam da sua família e dos seus filhos. Ficar sempre atento quando alguém se aproxima, é preciso saber que motivo é esse.

Visto isso, vale lembrar que existem algumas datas marcante no que diz respeito ao abuso sexual de criança e adolescentes, e voltando ao tempo, a quatro décadas após o dia 18/05/73, quando no Estado do Espírito Santo, uma menina de 8 anos, chamada Araceli, foi sequestrada, violentada e cruelmente assassinada (seu corpo apareceu seis dias depois carbonizado) e os seus agressores, jovens de classe média alta, nunca foram punidos.

Dado esse fato triste e marcante Institui-se esta data do dia 18 de maio, como o "Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes", Lei Federal nº. 9.970/2000, mas infelizmente, a barbárie e situações absurdas de violência contra crianças continuam a se repetir.

Em termos de abusos sexuais contra crianças e menores o Brasil ocupa a quarta 4ª posição de violação contra crianças e adolescentes segundo o Disque Direitos Humanos, (Disque 100). Nos três primeiros meses de 2015, foram denunciados 4.480 casos de violência sexual, representando 21% das mais de 20 mil demandas relacionadas a violações de direitos da população infanto-juvenil. No histórico das violações, de mar/2003 a mar/2011, foram recebidas 52 mil denúncias de abusos e violência sexual contra crianças e adolescentes, sendo 80% das vítimas do sexo feminino.

Não há como falar de Manaus, interessante reportar que esta cidade tem um histórico assustador de 31% e de 47% nos anos de 2015 e 2016 aumentos de 31,8% no total comparativo. Quanto ao número da exploração sexual, em 2016, ao todo foram registradas 81 vítimas contra 55 registros ocasionados ao longo de 2015, um avanço que superou os 47% no acumulado. (Em entrevista à Agência Brasil, a líder Maria Alice da Silva Paulino).

Bezerra (2015) relata que os casos de abuso sexual estão presentes em 85% do total de denúncias de violência sexual. Este crime ocorre quando o agressor, por meio da força física, ameaça ou seduz, usa crianças ou adolescentes para a própria satisfação sexual. As denúncias de violência sexual também envolvem casos de pornografia infantil, grooming (assédio sexual na Internet), sexting (troca de fotos e vídeos de nudez, eróticas ou pornográficas), exploração sexual no turismo, entre outros.

Ainda (Bezerra, 2015, p.20) quanto aos números de abuso sexual contra menores por estados afirma que:

Em números absolutos entre jan e mar/2015 registrou-se, São Paulo (737), Rio de Janeiro (404), Minas Gerais (389) e Bahia (352) concentraram os maiores quantitativos de denúncias sobre exploração sexual de crianças e adolescentes. Os menores registros foram: Roraima (9), Amapá (12) e Tocantins (14).

Entretanto no diz respeito ao perfil, 45% das vítimas eram meninas e 20% tinham entre 4 e 7 anos. Em mais da metade dos casos (58%), o pai e a mãe são os principais suspeitos das agressões, que ocorrem principalmente na casa da vítima. As

denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes registradas em 2015 foram apenas uma parcela das 80.437 contra esta população.

As meninas são as maiores vítimas, com 54% dos casos denunciados. A faixa etária mais atingida é a de 4 a 11 anos, com 40%. Meninas e meninos negro-pardos somam 57,5% dos atingidos. Os números são apenas a ponta de um iceberg, pois há um muro de silêncio em torno desses casos de violência. Negligência e violência psicológica são outras violações registradas

Em 2016, nos primeiros quatro meses, 4.953 denúncias sobre exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes, em 2015, foram 6.203 denúncias. Estados com maior incidência: São Paulo, (796), 16% do total nacional. Em seguida, a Bahia, com 447; Minas Gerais, 432; e o Rio de Janeiro, com 407, (SDH, 2016).

Os suspeitos, em sua maioria, são homens (60%). Grande parte das denúncias indicam casos que aconteceram no ambiente familiar: os denunciados são a mãe (12,7%), o pai (10,54%), o padrasto (11,2%) ou um tio da vítima (4,9%). Das relações menos recorrentes entre o suspeito e a vítima são listados também: professores, cuidadores, empregadores, líderes religiosos e outros graus de parentesco.

Esta prática de abuso e exploração sexual contra crianças e adolescentes cada dia que se passa fica cada vez mais banal em todas as classes sociais, para os dias de hoje no mundo em que vivemos as crianças os adolescentes estão ficando cada vez mais vulneráveis a esse tipo de prática por parte dos abusadores.

Na maioria das vezes as vítimas são pessoas vulneráveis a qualquer tipo de situação, inocente indefesa sem percepção do tamanho do risco ou perigo que ela está ocorrendo, às vezes os agressores estão dentro de casa ou pessoas que estão próximas da família da vítima, um dado assustador na maioria dos casos são causados por padrastos, ou por pais biológicos.

Para Lima (2012) reporta que os mesmos fazem chantagens, ameaças e até mesmo presenteia para se mostrar que é bonzinho com a vítima ou uma forma de intimidar suas vítimas, com isso se torna difícil de desconfiar que o indivíduo está praticando esse tipo de crime levando algumas vantagens, o agressor acaba fazendo outras vítimas, se o ato não for descoberto com antecedência.

7. CONCLUSÃO

Ao desenvolver todas as etapas desta monografia ficou evidenciado que um dos piores e mais cruéis de manifestação da exploração é, evidentemente, o abuso sexual de crianças e adolescentes. O problema traz como vítima milhares de crianças,

adolescentes, tornando-se uma questão que extrapolou o âmbito privado para fazer parte das políticas públicas, contemplando áreas de estudos, pesquisas e programas e serviços.

As ações de enfrentamento possuem como fundamento a lei 8.069 do estatuto da criança e do adolescente (ECA) e dos planos Nacional e Estadual de enfrentamento a violência sexual Infanto-Juvenil. Desta forma, os objetivos da pesquisa foram devidamente atendidos, visto que, foi possível denotarmos o evolução jurídica dos direitos das crianças e adolescentes, além, de fazer uma alusão as políticas públicas que podem ser implementadas para que seja combatido o abuso sexual contra estes.

No mais, destaca-se a preocupação da pesquisa, em focalizar de forma aprofundada sobre a evolução jurídico dos direitos consagrados no ECA, para então, por conseguinte, debater de forma breve e específica, ações de enfrentamento contra os abusos, onde fez-se necessário aponta a importância dos Conselhos Tutelares, na luta por dias melhores à vida desses indivíduos que tanto sofrem.

8. REFERENCIAS

ACIOLI, Márcia. Precariedade do sistema socioeducativo. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/precariedade-do-sistema-socioeducativo/view>>. Acesso em: 26 maio. 2018.

AGLIARDI, Delcio Antônio. Histórias de vida de adolescentes com privação de liberdade: como narram a si mesmo e aos outros. 2007. 91 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2007.

ALBERTON, Maria Silveira. Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

ARRUDA, Érica Maia Campelo; EDREIRA, Lucas Wolff. O impacto do direito internacional na implementação das políticas públicas de proteção da infância: um olhar sobre o Sistema nacional de atendimento socioeducativo (sinase). Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3432.pdf>>. Acesso em: 25 abril. 2018.

AVRITZER, L.; SILVA, Eduardo Moreira da. Democracia, república e participação. Belo Horizonte: 2009.

BAIA, Pedro Augusto Dias et al. Caracterização da revelação do abuso sexual de crianças e adolescentes: negação, retratação e fatores associados. **Temas psicol.**

Ribeirão Preto, v 21, n. 1p. 193-202, jun.2013. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo>>. Acesso em: 28 Abr. 2017.

BATISTA. Melo. Um estudo sobre conselheiros tutelares diante de práticas de violência sexual. Rev. Psicol. Júris. São Paulo. 2015

BEZERRA, S C. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: marco da proteção integral. Cap. I. Pag. 17. 2015.

BITENCOURT, Luciane Potter. Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar: Por uma Política Pública de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL, Brasília, setembro de 2004. Política Nacional de Assistência Social (PNAS).

BRASIL. Ministério da Justiça. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. De menor á cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no brasil. Brasília: CBIA, 1991.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. O ECA e o trabalho infantil: trajetória, situação atual e perspectivas. Brasília, DF: OIT, São Paulo: LTR, 1994.

DEMO, Pedro. Participação é conquista: noções de política social. 5 edição, São Paulo, Cortez, 2001.

FARIA, Cláudia Feres. "Sobre os determinantes das políticas participativas: a estrutura normativa e o desenho institucional dos Conselhos Municipais da Saúde e de Direitos da Criança e do Adolescente no Nordeste". In.: AVRITZER, Leonardo (org) Participação Social no Nordeste. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FONSECA, Dirce Mendes da. O discurso de proteção e as políticas sociais para infância e juventude. Revista Jurídica. Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/DirceMendes_rev85.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

FREIRE NETO, João Francisco. Princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2011.

GONH, Maria da Glória. Conselhos gestores e participação sociopolítica. 2. edição, São Paulo, Cortez, 2003.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONOMICOS. PLOA 2010: sistema nacional de atendimento socioeducativo-sinase. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/notastecnicas/nts-anteriores/nts-2009/NT.%20158%20-%20PLOA%202010%20-%20CA.pdf/view>>. Acesso em: 25 maio 2018.

KONZEN, Afonso Armando. Pernitência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003, p. 203.

OLIVA, Jimena Cristina Gomes Aranda; KAUCHAKJE, Samira. As políticas sociais públicas e os novos sujeitos de direitos: crianças e adolescentes. Florianópolis: Revista Katálysis. v. 12, n. 1, p. 22- 31. jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v12n1/04.pdf>> Acesso em 12 set. 2017. p. 23.

PEREIRA, Rui. **Os direitos humanos**. Saraiva. São Paulo. 2013.

RAICHELIS, Raquel. Esfera pública e Conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática. 3.edição, São Paulo, Cortez, 2005.

RANGEL, Patrícia C; CRISTO, Keley K Vago. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1099220789>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

SANTOS, Adamor. **O ECA e os menores infratores**. Ritus. Minas gerais. 2015.

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da Republica- SDH/PR. **Guia de Orientações**: processo de escolha em data unificada dos membros dos conselhos tutelares Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares. Brasília, 2012.

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da Republica- SDH/PR **Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente**: Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares. Brasília, 2015.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Crianças e adolescentes: atendimento socioeducativo (SINASE). Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidassocioeducativas>>. Acesso em: 21 maio. 2018

SEDA, E. M. O novo direito da criança e do adolescente. Brasília: CBIA – MAS, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. 2.ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 143-144).

SILVA, Roberto. **Os menores e as inquietações**. Artes. Rio de Janeiro. 2013.

SOUZA, Maria Inês Fontana Pereira de. O Trabalho Infantil em Perspectiva. 2001. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de liminar 235-0Tocantins. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/sl235.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018.

TRINDADE, Jorge; SILVA, Milena Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In. TRINDADE, Jorge. Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 54 – out/2004 a abr/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 243-264.

VARALDA, Renato Barão. POLÍTICAS PÚBLICAS INFANTO-JUVENIS. Disponível em: <<http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Correio%20Brazilienseartigo1.pdf>>. Acesso em: 19 maio. 2018

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS LEIS DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS NO BRASIL

MAYARA DA COSTA FABRICIO:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO: Os casos de maus tratos só vêm aumentando, esse assunto deve ser discutido, analisado, e além disso, deve-se estimular a sociedade a cobrar e exigir mudanças na legislação, para que assim seja mais eficaz. Segundo dados publicados pela Secretaria de Segurança pública do Amazonas, acontece em média um caso de maus tratos animais por dia na capital, A Delegacia Especializada em Crimes contra o Meio Ambiente e Urbanismo (Dema), da Polícia Civil, registrou 264 ocorrências de maus-tratos contra animais, em Manaus, de janeiro a outubro de 2019. Esses dados são preocupantes, se for analisada a quantidade de casos do Brasil todo, é ainda mais assustador, por isso é importante pesquisar, discutir e dar visibilidade a esse assunto. Existem diversas formas de maus tratos, e neste trabalho veremos como a lei é ineficaz na punição desses atos, e por não ter a punição necessária, acaba não tendo efeito de prevenção, pois as pessoas não temem seus efeitos brandos.

PALAVRAS-CHAVE: Maus-tratos. Animais. Proteção. Eficácia. Lei.

ABSTRACT: The cases of mistreatment are only increasing, this matter must be discussed, analyzed, and in addition, society must be encouraged to demand and demand changes in legislation, so that it is more effective. According to data published by the Amazonas Public Security Secretariat, there is an average of one case of animal mistreatment per day in the capital. treatments against animals, in Manaus, from January to October 2019. These data are worrying, if the number of cases from all over Brazil is analyzed, it is even more frightening, so it is important to research, discuss and give visibility to this subject. There are several forms of ill-treatment, and in this work we will see how the law is ineffective in punishing these acts, and because it does not have the necessary punishment, it ends up having no preventive effect, as people do not fear its mild effects.

KEYWORDS: Mistreatment. Animals. Protection. Efficiency. Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a eficácia da aplicabilidade das leis de proteção aos animais como instrumento de punição nos casos de maus

tratos aos animais. No decorrer do estudo, veremos a importância de dar visibilidade ao assunto de maus tratos, a fim de incentivar atualizações na legislação de defesa.

A Lei nº 9.605 de 1998 é muito importante no combate de maus tratos aos animais, mas ainda é muito discutida a necessidade de algumas mudanças na lei, algumas coisas já foram mudadas, mas o caminho ainda é longo, muita coisa ainda precisa ser discutida e melhorada.

Uma legislação atualizada em favor dos animais poderia contribuir na diminuição dos números de casos de maus tratos no Brasil, não só se tratando de animais domésticos, mas também dos animais selvagens e a fauna no geral.

Através deste trabalho, teremos a oportunidade de esclarecer algumas dúvidas quanto a eficácia destas leis e a necessidade de modificações na legislação, para garantir a sua efetividade.

1 AS LEIS DE PROTEÇÃO ANIMAL

O direito animal não tem uma lei focada somente no animal, com a sua individualidade, mas a constituição, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, fala da proteção da fauna e da flora, com o objetivo de evitar a extinção de espécies e do dever do Poder público de proteger a fauna e a flora, preservando a sua função ecológica e evitando assim a extinção dos animais e a submissão destes a qualquer tipo de crueldade. Existe também a lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que é uma lei focada especialmente na proteção da fauna, e fala da proibição da caça profissional, a questão da comercialização de animais silvestres e etc.

Já a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 é uma lei de proteção ao meio ambiente, e os animais, que são importantíssimos para o equilíbrio do meio ambiente, e pode-se dizer que desempenham o papel principal nessa questão, tem o seu espaço na sessão 1, Dos crimes contra a fauna, do artigo 29 ao 37, sendo fundamental o artigo 32 desta Lei, que discorre sobre os maus tratos e da sua punição.

Contudo, essas leis não têm intimidado as pessoas que praticam crimes contra os animais, visto que o número de casos de maus tratos aos animais só vem crescendo. Os animais, desde sempre foram submetidos a satisfazer as vontades humanas, seja no simples fato de ser utilizado para alimentação, seja em satisfazer a caprichos desnecessários, como roupas, sapatos, feitos com pele animal, e até a crueldade que não existe explicação, como pessoas que tem o costume e sentem prazer em torturar animais.

Nota-se que por muito tempo perdurou a corrente de pensamento de que os animais, por serem seres irracionais e poderem ser vendidos, trocados ou negociados, não eram dignos de qualquer tipo de proteção por parte do Estado, no entanto houve uma grande mudança com a criação de dispositivos legais de proteção aos animais e principalmente com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos dos animais. Apesar dos grandes avanços ocorridos ao longo do tempo no que tange aos direitos dos animais não humanos, é cediço que o Ordenamento Jurídico Brasileiro assegurou o mínimo de direitos e proteção a esses seres, possuindo ainda o pensamento ultrapassado do Código Civil Brasileiro de que os animais são “meras coisas”, no entanto esse tipo de pensamento merece ser superado. (SOUSA, Ana Karoline. 2020. Online).

2 LEI SANSÃO

Essa lei foi batizada de Lei Sansão por causa de um Pit bull de 2 anos de idade que foi mutilado, um homem decepou as duas patas traseiras de Sansão com uma foice.

Em Belo Horizonte, o caso de maus-tratos contra o pitbull Sansão causou revolta. O cachorro, de 2 anos, teve as duas patas traseiras decepadas em julho deste ano. Ele tomava conta de uma fábrica de ensacados, que ficava ao lado da casa do agressor.

O autor do crime disse em depoimento que o pitbull havia atacado seu cachorro e usou uma foice para se defender. Sansão foi encontrado ensanguentado, sem as duas patas de trás e com a boca amarrada com arame farpado no terreno do agressor. (WERNECK, Natasha, 2020, Online).

“O homem também foi denunciado por agredir o pai de Sansão em 2018, outro cachorro da mesma raça, chamado de Zeus, que foi submetido a eutanásia. Ele também deve responder por maus-tratos contra outros 12 animais, que teriam sido praticados em 12 de julho deste ano. As agressões foram contra

três cães, três gatos e seis galinhas. Uma ave morreu.” (FIUZA, Patrícia, 2020, Online).



Sansão posa e 'sorri' para foto — Foto: Ticiania Lima Dornas/Arquivo pessoal.

No dia 29 de Setembro de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.064, de 2020 que inclui o § 1º-A no art. 32 da Lei 9.605/98 que diz o seguinte: Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

A sanção desta lei foi uma grande vitória para a proteção animal, mas a batalha ainda não acabou. A lei cria um item específico que prevê o aumento de pena para quem praticar abuso, maus tratos, ferir ou mutilar cães e gatos, a pena será de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

3 A CRUELDADE DAS INDÚSTRIAS CRIADORAS DE ANIMAIS PARA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS

Apesar do grande passo que foi dado com a mudança na Lei 9.605, o caminho ainda é longo para garantir a dignidade dos animais como um todo, existem diversas formas de maus tratos que não são vistas diariamente pela sociedade, a indústria alimentícia muitas vezes submete animais que são criados para o abate a condições muito precárias durante a vida.

O assunto discutido aqui, não é veganismo, e sim condições dignas de vida, mesmo para o animal que é criado para abate, diminuir o sofrimento desses seres.

Um boi, um porco ou uma galinha a caminho do seu abate estariam fora da regra mater de não submissão de animais à crueldade, inscrita no Art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal de 1988? Noutras palavras, o abate ou a sua iminência, se constituiria em hipótese justificadora da prática de ato de crueldade, de qualquer natureza, contra o animal, antes de seu abatimento? (AMARAL, Carlos, 2017, Online).

A indústria de laticínios esconde uma crueldade que muitas vezes a sociedade não imagina, as vacas sofrem durante toda a sua vida, vivem um ciclo de crueldade sem fim, onde são submetidas a piores condições de vida, somente para extração do seu leite, são forçadas a engravidar para produzir leite e depois são separadas de seus filhotes, são colocadas em máquinas de sucção de leite, que causam dor e sofrimento, mas isso tudo os comerciais de leite não mostram.

Segundo Baroni (2017) as vacas sofrem infecções dolorosas causadas pela grande produção forçada de leite e pelos equipamentos de ordenha que causam ferimentos, além disso, devido a essas infecções, como a mastite, que gera pus, o leite é vendido assim mesmo.

O que existe é um controle básico do número de células de pus, mas a quantidade permitida no Brasil (1 milhão de células por ml) é mais que o dobro da permitida na União Europeia, por exemplo (400 mil células por ml). Ou seja, aquela caixinha de leite que as pessoas comprem no mercado pode ter até 1 trilhão de células da inflamação das tetas da vaca. Nojentó! (BARONI, Aline, 2017, Online).

Além de todo esse sofrimento, ainda há muita mutilação, como rabos cortados a sangue frio, chifres queimados ou serrados sem anestesia, a crueldade não tem limites quando se trata da indústria alimentícia.

Os animais são tratados sem o mínimo de dignidade, como se fossem objetos incapazes de sentir dor ou sofrimento, é extremamente chocante de se observar a realidade desses locais, as cenas de dor, mutilação e muitas vezes de morte.

Além de estarem sempre grávidas, a cada parto os bezerros são retirados de suas mães após poucas horas do nascimento, o

que faz com que essas fêmeas cheias de ocitocina (o hormônio da felicidade que todas as mães produzem quando estão perto de seus bebês) fiquem absurdamente tristes. Essa separação forçada geralmente faz com que as vacas mujam por horas ou mesmo dias, procurando por seus bezerros. De partir o coração.

Como os bezerros machos não produzem leite, eles não são úteis para fazendas leiteiras e muitas vezes são vendidos para a produção de vitela. A vitela é um subproduto direto da indústria de laticínios. (BARONI, Aline, 2017, Online).



Foto: Gabriela Penela

4 A EXPORTAÇÃO DE ANIMAIS VIVOS

A exportação animal é mais um meio de crueldade com os animais, onde eles são colocados em caminhões apertados e navios sem estrutura adequada para o transporte de seres vivos, durante esse transporte os animais sofrem ferimento, fraturas e até a morte, tudo isso para serem levados para outros criadouros ou para serem abatidos, infelizmente esses animais tem uma vida inteira de submissão a

tortura e o sofrimento só acaba com o seu abate, que também é feito na maioria das vezes de forma extremamente cruel.

Há alguns anos a sociedade brasileira vem vivenciando acidentes que fizeram parte da história da exportação de animais pelo mar. Segundo o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal (FNPDA), organização que vem promovendo boicotes, protestos e ações contra essa prática, no ano de 2012 um navio que transportava gado vivo apresentou pane em seu sistema de ventilação levando à morte por asfixia de 2.750 animais. No ano de 2015, um navio naufragou no Estado do Pará levando à morte de aproximadamente 5.000 animais.

Essa forma capitalista exploratória vem tomando largas proporções nos últimos anos. Em 2017, foram exportados 460 mil animais, o que representa um aumento de 42% em relação a 2016. Segundo a Associação Brasileira dos Exportadores de Animais Vivos (ABREAV), em entrevista ao portal de notícias BBC News Brasil, as expectativas para 2018 é aumentar em mais 30% esse número. Contudo, após os eventos relacionados ao navio NADA, em fevereiro deste ano (2018), essa modalidade de comércio de animais está sendo fortemente questionada, em especial pelo movimento em defesa dos animais. (NASCIMENTO, Maria Cândida, 2018, Online).



Cerca de 27 mil bois no navio Nada, a caminho da Turquia | Foto: Divulgação

O que muito se discute é quanto a incidência de crime de maus tratos previsto no artigo 32 da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), se essa prática é cruel com os animais, pode constituir crime, e por isso gera a discussão inclusive sobre a afronta à Constituição Federal (Art. 225, parágrafo 1º, inciso VII) que constitui crime: “Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.

“Como a lei não define especificamente o que considera maus tratos, essa definição fica a cargo de uma construção doutrinária e da averiguação por profissional médico veterinário, tendo, portanto, critérios excessivamente subjetivos.” (NASCIMENTO, Maria Cândida, 2018, Online).

5 A LEGALIDADE DO RODEIO, LAÇO E VAQUEJADA

Rodeios são competições que consistem em permanecer 8 segundos sobre o animal, geralmente cavalo ou touro, enquanto eles pulam e se agitam fortemente devido a incômodos e stress provocados pelos humanos para garantir o entretenimento. Na vaquejada o boi é perseguido, puxado fortemente pelo rabo e derrubado, já nas competições de laço o objetivo é imobilizar o animal através do laço, é nítido que nenhuma dessas atividades é saudável para o animal e que elas sempre causam prejuízos ao bem estar destes.

Em 19 de setembro de 2019 foi sancionada a Lei 13.873 que regulamenta as práticas de vaquejada, rodeio e laço.

De acordo com o texto sancionado, a lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, como manifestações culturais nacionais, elevam essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.

Por muitos, essa Lei é considerada inconstitucional, pois reforça e legaliza atos de crueldade contra os animais, crueldade esta que é vetada pela constituição, que diz o seguinte em seu 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."

Não existe rodeio, laço ou vaquejada sem sofrimento, os animais são submetidos a condições degradantes, enclausurados em espaços pequenos, sofrem diversos ferimentos e fraturas em função do entretenimento humano.

Como se não bastasse, a prática dos rodeios ainda fere o Decreto "getulista" (Decreto nº 24.645/34) – que diz ser dever do Estado tutelar os animais – e a Lei de Crimes Ambientais, que considera esses atos, em seu artigo 32, como crimes de maus-tratos. Além disso, o Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) aplica a pena em dobro quando a crueldade contra o animal não-humano é praticada em exibição ou espetáculo público.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei 10.519/02, que dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências, é totalmente inconstitucional. Isso porque tal ordenamento tem por finalidade a tentativa de legalizar uma atividade condenada expressamente pela Constituição Federal, já que os maus-

tratos e a crueldade cometidos com os animais nos rodeios são indubitáveis.

É preciso que se diga ainda que os Municípios têm competência para legislar protetivamente contra atividades que causam maus-tratos aos animais, sendo farta a lista de cidades que já proibiram tal prática por meio de Lei Municipal, vide Araraquara/SP, Botucatu/SP, Campinas/SP, Jaú/SP, Osasco/SP, Sorocaba/SP, Taubaté/SP, São Paulo/SP, Nova Friburgo/RJ, Rio de Janeiro/RJ, pra falar apenas de algumas, restritas à nossa região do país.(PEGUINELLI, Alex, 2014, Online).



Bezerros têm o pescoço laçado abruptamente nos rodeios (Foto: Farm Watch/Flickr/12.fev.2017)

6 COMÉRCIO ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES

É difícil apontar qual a pior maneira de crueldade contra animais, dentre tantas praticadas pelo ser humano, mas com certeza o tráfico de animais está dentre as piores.

Segundo dados coletados por Ecoa com o Ibama, o número de apreensões de animais silvestres sofreu uma queda em 2019 se comparado a anos anteriores. Foram registradas em 2017 um

total de 1224; 1402 em 2018 e 1121 no ano passado. Fatores como capturas de animais em cativeiros, caça ou venda ilegal, por exemplo, somam-se para gerar a quantidade final contabilizada pelo órgão federal. Porém, obviamente, só é possível computar o que foi apreendido. Os dados de órgãos oficiais de fiscalização, então, não conseguem traduzir o volume real do tráfico de animais silvestres. (RODRIGUES, Paula, 2020, Online).

O tráfico de animais traz consequências devastadoras e um ciclo vicioso de sofrimento, pois quanto mais o animal é traficado, mais ele se torna ameaçado de extinção, e quanto mais raro, mais ele desperta interesse dos colecionadores de animais, isso faz com que ele seja comercializado por um valor mais alto, o que consequentemente estimula os traficantes a querer vender mais.

Um exemplo de ave que está ameaçada de extinção é a Ararinha-azul, essa ave atrai muitos admiradores por causa da sua beleza fascinante, hoje em dia está ameaçada de extinção, isso se deu por causa do comércio ilegal.

“A ararinha-azul foi descoberta há 200 anos pelo naturalista alemão Johann Baptist von Spix. Ela é uma espécie que vivia exclusivamente no bioma de caatinga do norte da Bahia, mas a caça e o tráfico de vidas selvagens fizeram com que as ararinhas desaparecessem da natureza. Com isso, a espécie passou a ser considerada na categoria “Perigo Crítico” da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) e também apontada como uma das espécies de aves mais ameaçadas do mundo.” (CARBINATTO, Bruno, 2020, Online).



Arara-azul (*Cyanopsitta spixii*) da Association for the Conservation of Threatened Parrots. — Foto: Patrick Pleul/dpa-Zentralbild/dpa Picture-Alliance/via AFP

Habitava o ambiente da caatinga, principalmente na região do vale do Rio São Francisco, onde foi avistada voando pela última vez em 2000. Hoje é uma espécie considerada extinta na natureza de acordo com a lista vermelha da IUCN (União Internacional para a Conservação da Natureza), sendo encontrada apenas em cativeiros ao redor do mundo.

Acredita-se que sua extinção na natureza foi causada principalmente pelo tráfico de animais e destruição das áreas de caatinga pelo desmatamento e queimadas. Acredita-se que em cativeiro existam um pouco mais de 60 indivíduos.

O Projeto Ararinha na Natureza tem por objetivo reproduzi-las em cativeiro para que possam ser soltas na natureza novamente. A reprodução acontece em cativeiros autorizados e espera-se que, até 2021, esses indivíduos possam ser soltos. O projeto é uma parceria do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) com a SAVE Brasil, Funbio e Vale.

Entretanto, é importante salientar que reintroduzir uma espécie na natureza é um trabalho bastante complicado. Aquele ambiente já está há mais de 10 anos sem a ararinha-azul,

portanto os outros animais podem não estar preparados para uma competição, assim como as ararinhas. Toda reintrodução deve ser feita com cautela e monitoramento de todas as espécies afetadas. (SANTOS, Vanessa, [entre 2017 e 2020], Online).

A Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 diz o seguinte:

“Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas: (...)

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.”

É necessário que seja feita alteração na pena para este crime, pois é um crime com consequências enormes e que dificilmente podem ser contornadas.

7 CRIAÇÃO DE ANIMAIS EM CATIVEIROS

A criação de animais em cativeiros é prejudicial a saúde física e mental destes, pois gera sofrimento e traumas, sejam esses cativeiros legais ou ilegais.

Os traumas gerados pelo cativeiro nem sempre tem solução, mesmo depois do resgate, o animal, além de adquirir aspectos físicos dos maus-tratos, também se tornam deprimidos e medrosos.

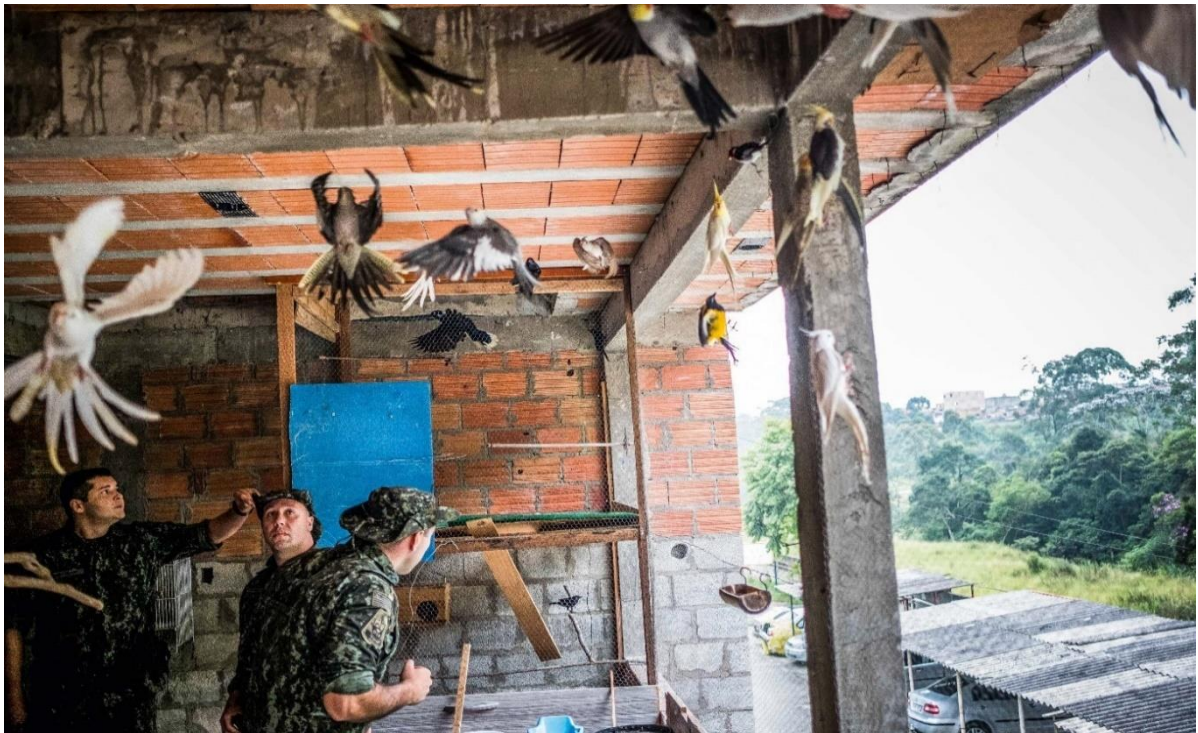
A observância de restrições à posse de animais silvestres é fundamental para preservação das espécies. No caso da guarda doméstica, é difícil encontrar animais silvestres adquiridos legalmente, sendo na maioria oriundos do tráfico ilegal ou capturados na natureza, o que compromete o equilíbrio ecológico e contribui para perda de biodiversidade.

Se o animal tivesse origem lícita, por outro lado, o desequilíbrio ecológico não ocorreria, uma vez que estudos indicam que o

nível de mortalidade de animais nascidos livremente na natureza é superior ao nível de mortalidade de animais nascidos nos criadouros.

Assim, a reprodução de animais ocorrida em criadouros implica um excedente populacional, o qual justifica a permissão da comercialização. No caso de animais originários de criadouros devidamente legalizados, portanto, não se vislumbra dano à biodiversidade. O mesmo não se pode falar de animais silvestres encontrados na posse de pessoas, sem a devida autorização ou licença válidas. Tal fato, grave ao meio ambiente, é atualmente tipificado como crime (**art. 29 da Lei 9.605/98**) e infração administrativa ambiental (**Art. 24 do Decreto 6.514/08**). (WEISSHEIMER, Roberto, 2011, Online).

Volta e meia cativeiros ilegais são encontrados no Brasil, esses cativeiros na maioria das vezes são de pessoas que traficam animais silvestres, essa prática é muito prejudicial para a fauna, pois no caso de algumas espécies, pode até chegar a extinção devido esse infeliz interesse humano em aprisionar animais e colecioná-los como se fossem brinquedos, objetos, etc.



Operação na Zona Leste de São Paulo: pássaros presos em casa eram levados para a feira do rolo Drago — Foto: Veja SP.

Infelizmente, após sofrerem maus tratos ou simplesmente serem capturados e mantidos em cativeiro por humanos, muitos animais perdem as habilidades que antes permitiam a eles estar na companhia de seus iguais de forma livre e saudável. Este processo doloroso multiplica prejuízos à nossa fauna e explicita a crueldade de interferir no equilíbrio e no desenvolvimento natural de outros seres.

Os felinos são considerados as maiores vítimas pelos especialistas. Quando criados em cativeiro desde bebês por caçadores que, muitas vezes, abateram suas mães, esses animais encontram dificuldades certas vezes intransponíveis em seu regresso ao ambiente natural (mesmo quando passam por tratamento específico para a readaptação).

Para sobreviverem teriam de ter aprendido a caçar e a lidar com as condições climáticas de seu habitat desde pequenos. Aprender depois de anos exilado de seu ambiente natural é uma tarefa nada fácil.

Outras vítimas frequentes são as aves que, quando presas ainda pequenas em gaiolas, acabam por não adquirirem a musculatura necessária à prática de voos mais prolongados. Acabam, assim, tendo de ser literalmente ensinadas a voar. Precisam também aprender a caçar, a procurar o seu próprio alimento. Algumas, porém, mesmo com todos os ensinamentos disponíveis, simplesmente não conseguem sair da condição do cativeiro por terem se habituado à presença humana. (Redação Pensamento Verde, 2014, Online).

A permanência dos animais em cativeiros como zoológicos, parques, aquários e outros tipos de cativeiros que servem de entretenimento humano também são prejudiciais, mesmo que pareça algo inofensivo e muitas vezes ser um lugar frequentado por pessoas que amam os animais, as pessoas devem parar para pensar em todo sofrimento que aquele animal passa, para que ela possa ir vê-lo preso em uma jaula ou gaiola, para tirar fotografias e postar em suas redes sociais.

Animais que são feitos para viver livres na natureza, que tem instinto de caça, tem seus direitos roubados, suas vidas roubadas, são tirados de suas famílias, tudo isso em prol do entretenimento humano.



Foto: Jo-Anne McArthur

8 EXPLORAÇÃO ANIMAL

Além de cativeiros ilegais de animais silvestres, também existem os cativeiros ilegais para reprodução de filhotes de diversos animais, principalmente de cães.

Muitas cadelas de raça são exploradas durante toda a sua vida até a morte, para a reprodução de filhotes que serão posteriormente vendidos por preços altíssimos.



Fábrica de filhotes no Brasil. — Foto: Instituto É o Bicho

Os flagrantes realizados até agora mostram que se dissemina no Brasil uma versão local de um mal que vem sendo combatido há alguns anos nos Estados Unidos e na Europa – as chamadas puppy mills, ou, numa tradução livre, fábricas de filhotes. São criadouros clandestinos ou não fiscalizados em que os cachorros – sobretudo os adultos, criados não para ser vendidos, mas para reproduzir-se e dar lucro – vivem em condições insalubres e são forçados a procriar no limite de suas forças. Entidades dos Estados Unidos estimam em mais de 10 000 o número de puppy mills existentes naquele país. Desde 2008, ao menos catorze estados aprovaram leis que exigem licenças especiais e fiscalização periódica para coibir os maus-tratos em criadouros voltados para a venda de filhotes. Algumas cidades tomaram medidas mais radicais. Em Phoenix, no Arizona, por exemplo, a corrente de protetores de animais que defendem a proibição da comercialização de animais de estimação conseguiu uma vitória: proibir que pet shops vendam animais vindos de criadouros. As lojas só podem oferecer filhotes originários de abrigos – ou seja, que foram

recolhidos nas ruas ou abandonados por seus donos. (COURA, Kalleo, 2015, Online).

Esses animais vivem nas piores condições possíveis, em gaiolas minúsculas, que muitas vezes causam problemas para andar devido a falta de movimentação, além de dormirem em meio a fezes deles mesmos e de outros animais, pois são considerados por esses criminosos como objetos que servem apenas para procriação.

A grande maioria desses animais desenvolvem doenças, seja pela vivência em local insalubre, ou mesmo pela exploração, pelo cruzamento forçado, hormônios e pela quantidade de gravidez seguida uma atrás da outra.

Esses locais de criação costumam ser sujos, apertados e mal ventilados. Não-raro, os cães são presos em caixas de arame pequenas e as fêmeas são forçadas a procriarem a cada cio, sem descanso, cuidados veterinários ou lazer. Quando não conseguem mais atender à demanda de procriação, são mortas ou abandonadas, como uma peça estragada de uma máquina. Nessas fábricas, o objetivo é o lucro, antes mesmo do bem-estar do animal. Se uma ração decente ou visita ao veterinário significa gastar dinheiro, pode ter certeza que esse custo será cortado. O animal deve apenas parecer minimamente fofo para encantar pessoas na vitrine do pet shop ou ser vendido em sites de negociação online.

Como resultado, têm-se animais frágeis, com problemas neurológicos, oculares, doenças sanguíneas, parvovirose, cães que mal conseguem andar, que jamais tiveram a chance de pisar em uma grama ou tiveram contato saudável com humanos. Em suma, são animais com problemas, que poderão apresentar desvios comportamentais e irão exigir um cuidado veterinário muito maior do que a pessoa que o comprou estaria disposta a dar. E então, após a compra, é bem provável que o animal continue a ter suas necessidades ignoradas, seja abandonado, enviado para um abrigo ou sacrificado. (RASMUSSEN, Bruna, 2015, Online)

CONCLUSÃO

O propósito desse trabalho foi entender como as leis de proteção aos animais são ineficazes na punição de maus tratos aos animais, essas leis não são respeitadas pelo fato de suas punições serem brandas.

Vimos durante a construção do trabalho que existem diversas formas de maus tratos e que contém várias deficiências na aplicabilidade da legislação.

Ainda é um assunto muito polarizado, ou seja, existe uma divisão de opiniões, de um lado as pessoas que acreditam ser necessárias leis mais rígidas e de outro lado as pessoas que acreditam que não é necessário.

A crueldade com a vida animal vai muito além de cães e gatos, ela está escondida na alimentação, nos cosméticos, acessórios, remédios e muito mais.

A exploração animal é algo extremamente cruel, que muitas vezes parece ser inofensivo, e ela pode estar em diversos lugares, como petshops, zoológicos, parques de diversão, circos e muitos outros locais.

Os animais tem direito a ter uma vida digna, não é justo submetê-los a uma vida de horror e tortura incessante, para garantir o entretenimento humano e a riqueza das indústrias alimentícias.

Esse assunto merece mais visibilidade, deveria ser mais discutido, não só pelos militantes da causa animal, mas também pelos legisladores, pois ainda é preciso evoluir muito para alcançar a dignidade desses seres e punir severamente os praticantes destes crimes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos, **Abate e Maus Tratos aos Animais**, Jusbrasil, Disponível em: <<https://eduardoamaral74.jusbrasil.com.br/artigos/478203635/abate-e-maus-tratos-aos-animais>>. Acesso em: 05.11.2020

BARONI, Aline, **9 coisas repugnantes que a indústria do leite faz – mas não te conta**, Mercy For Animals, Disponível em: <<https://mercyforanimals.org.br/9-coisas-industria-leite-faz>>. Acesso em: 06.11.2020

OLIVEIRA, Elida, **Ararinha-azul ganha novo plano de conservação que prevê soltura na natureza até 2021**, G1, Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/08/04/ararinha-azul-ganha-novo-plano-de-conservacao-que-preve-soltura-na-natureza-ate-2021.ghtml>>. Acesso em: 07.11.2020.

PEGUINELLI, Alex, **Graduando em direito explica crueldade dos rodeios, O Holocausto Animal**, Disponível em: <<https://oholocaustoanimal.wordpress.com/2014/07/05/graduando-em-direito-explica-crueldade-dos-rodeios/>>. Acesso em: 24.11.2020

RODRIGUES, Paula, **A máfia dos bichos**, Ecoa, Disponível em: <<https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/trafico-no-brasil-tira-por-ano-35-milhoes-de-animais-da-floresta-e-gira-r-3-bilhoes/#cover>>. Acesso em: 24.11.2020

CARBINATTO, Bruno, **Extintas há quase 20 anos, ararinhas-azuis retornam ao Brasil**, Super Interessante, Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/extintas-ha-quase-20-anos-ararinhas-azuis-retornam-ao-brasil/>>. Acesso em: 24.11.2020

WEISSHEIMER, Roberto, **O cativeiro de animais silvestres no Brasil**, Jus, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19925/o-cativeiro-de-animais-silvestres-no-brasil.>> Acesso em: 24.11.2020

COURA, Kalleo, **A crueldade das fábricas de filhotes**, Veja, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/a-crueldade-das-fabricas-de-filhotes/>>. Acesso em: 24.11.2020

FIUZA, Patrícia, **Ministério Público denuncia agressor de Sansão e pede medida protetiva para o pitbull**, G1, Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/09/29/ministerio-publico-denuncia-agressor-de-sansao-e-pede-medida-protetiva-para-o-pitbull.ghtml>>. Acesso em: 25.11.2020

WERNECK, Natasha, **Dono de Sansão comemora lei que aumenta pena para casos de agressão a animais**, Estado de Minas, Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/09/10/interna_gerais,1184335/do-no-de-sansao-comemora-lei-que-aumenta-pena-casos-agressao-animais.shtml>. Acesso em: 25.11.2020

ROCHA, Rafael, **Já conhece a Lei Sansão?**, Jusbrasil, Disponível em: <<https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/935886353/ja-conhece-a-lei-sansao>>. Acesso em: 25.11.2020

Redação Pensamento Verde, **Os prejuízos sofridos pelos animais criados em cativeiro**, Pensamento Verde, Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/os-prejuizos-sofridos-pelos-animais-criados-em-cativeiro/>>. Acesso em 25.11.2020

SANTOS, Vanessa, **Ararinha-azul**, Mundo Educação, Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/biologia/ararinha-azul.htm#:~:text=A%20ararinha%2Dazul%20%C3%A9%20um,sendo%20encontrada%20apenas%20em%20cativeiro.&text=Hoje%20%C3%A9%20uma%20esp%C3%A9cie%20considerada,cativeiros%20ao%20redor%20do%20mundo>>. Acesso em: 27.11.2020

RASMUSSEN, Bruna, **Fábrica de filhotes: onde você vê fofura, pode haver muito sofrimento**, Hypheness, Disponível em: <<https://www.hypheness.com.br/2015/07/fabrica-de-filhotes-onde-voce-ve-fofura-pode-haver-muito-sofrimento/>>. Acesso em: 27.11.2020

DIREITO SISTÊMICO: A CONSTELAÇÃO FAMILIAR NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS DAS AÇÕES DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

IRACY BARROSO DA SILVA MORAIS:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo – FASEC

Andréia Ayres Gabardo ¹²¹

RESUMO: O presente trabalho de natureza bibliográfica exploratória teve como objetivo analisar a aplicação da Constelação Familiar na solução de conflitos na Vara de Família e Sucessões. Para atender ao objetivo proposto, buscou-se os teóricos de referência na temática, Constelação Familiar e Direito Sistêmico, bem como Leis de regulamentação. O estudo está dividido em três partes, a saber, primeiro discorreremos acerca das formas de solução de conflitos no direito brasileiro, onde as formas de mediação e conciliação estão sendo cada vez mais utilizadas na autocomposição; em seguida, a Constelação Familiar e as Ordens do Amor, de Bert Hellinger, onde os estudos e trabalhos terapêuticos com a técnica sistêmica apresentam a vida social como um sistema, onde todos nós integrados e ruptura nesse sistema ocasionam os conflitos e por último, o Direito Sistêmico e as Constelações Familiares, como ênfase nos trabalhos do Samir Storch que desde 2004 tem usado a técnica sistêmica nos casos de mediação e obtido extraordinários resultados, fazendo com que esse método consensual se expandisse pelo país. Como resultado do trabalho, temos os resultados significativos em todos os locais onde se aplicou ou se aplica a técnica sistêmica, fazendo com que o Direito Sistêmico se difunda cada vez mais no judiciário, em diversas áreas. Constituindo-se como um método auto compositivo eficiente.

Palavras-chave: Constelação Familiar; Conflitos; Direito Sistêmico; Mediação.

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou analisar a aplicação da Constelação Familiar na solução de conflitos na Vara de Família e Sucessões. Para isso foi feita uma pesquisa de cunho bibliográfico com Leis e autores de referência na área, que buscassem responder à questão inicial que levou ao objeto de estudo: a técnica sistêmica é um método eficaz na solução de conflitos dentro do judiciário?

121 Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Como síntese dos resultados desse estudo bibliográfico, primeiro discorreremos acerca das formas de solução de conflitos no direito brasileiro, dando ênfase à Lei de Mediação, onde constatamos uma mudança de paradigmas na solução de litígios em nosso país.

Em seguida, abordamos os estudos e a terapêutica de Helling sobre a Constelação Familiar e as Ordens do Amor, nas quais, essas três ordens se não estiverem em equilíbrio podem ocasionar problemas em dado momento, até mesmo em gerações futuras. A técnica sistêmica, que pode ser individual ou em grupo, tem por objetivo levar o sujeito a reconhecer, conhecer, em que momento da vida, dentro desse sistema, houve essa quebra nas ordens do amor, para assim se curar.

Por fim, apresentamos o Direito Sistêmico, este com base nos trabalhos dentro do judiciário do juiz Samir Storch, principal referência do tema no país. Apontando como a Constelação Familiar tem sido uma técnica positiva na solução de conflitos. Pitcovsky (2018) faz ainda um breve destaque de algumas ações que foram e estão sendo realizadas no país na área do Direito Sistêmico.

1. AS FORMAS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO

Na atual sociedade, cada vez mais o corpo social tem buscado as formas mais simples de solucionar seus conflitos. Tais mudanças tem acompanhado a própria evolução humana, na medida em que o homem foi modificando sua relação com o seu meio, através da vida em sociedade, garantir a unidade se tornou uma forma de melhoria da vida em geral. Átila 2010 *apud* Linhares 2018, coloca que a necessidade de resolução de conflitos confunde-se com a história dos direitos da humanidade, uma vez que os direitos foram espelhos de sua época. Modificam-se os direitos ao sabor das marchas e contramarchas do processo histórico, ao mesmo tempo que se modificam também as formas de superação dos conflitos.

De acordo com Santos (2018) a palavra conflito é um vocábulo originado do latim *conflictus*, de *confligere*, e é aplicado na linguagem jurídica para indicar embate, oposição, pendência. Isto é, são ideias ou interesses divergentes, entre duas ou mais pessoas, na qual cada parte busca ser a beneficiada ao final.

O Santos (2018, p. 18) esclarece que:

É a divergência entre duas ou mais pessoas, onde é gerada a perda para pelo menos uma das partes. Normalmente no conflito existem reações fisiológicas, emocionais e comportamentais que podem ser identificadas como: raiva, ira, transpiração e mudança no tom de voz. Essas reações

raramente são apreciadas pelo judiciário. É nesse momento que se nota a perda do equilíbrio, da compreensão, e do respeito, a consequência é procurar o judiciário, pois, as partes já não conseguem mais se comunicar. O que se quer mostrar é que do conflito surge uma disputa e essa disputa gera a demanda. Não se pode deixar de citar o quanto é comum o desequilíbrio entre as partes nesse tipo de conflito. Trata-se de situações complexas, onde se misturam frustração com o anseio de punir, o resultado é a instauração de um processo. Vê-se ainda que na grande maioria das vezes existe dificuldade de resolução, pois essas questões requerem análise minuciosas além de levar tempo para chegar a um entendimento. A questão é, os juristas não são preparados para lidar com tais situações, o que se consegue resolver são conjunturas que estão previstas na lei. O que ultrapassa essa seara continua a existir e gerar ramificações.

Por se tratar de embates ente duas ou mais partes, o conflito acaba se tornando um fator de desagregação social, ocasionando um problema mesmo que indireto para o Estado. Por isso, fazer com que não haja conflitos, ou superá-los e solucioná-los, é garantir uma melhor harmonização social. É a partir dessa busca por uma maior homogeneidade entre os sujeitos e sua heterogeneidade, que o Estado tem promovido a resolução dialógica dos conflitos.

A nossa atual legislação teve sua mais profunda modificação a partir da Carta Magna de 1988, vale destacar que essa Constituinte estava sendo construindo após um período ditatorial da política brasileira. E essa nova Constituição já mencionava os rumos que o campo do Direito deveria seguir.

Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Federativa do Brasil.”. (Constituição da República Federativa do Brasil. Preâmbulo. 05/10/1988) (CÉSPEDES, 2017, p. 24) (grifos do autor).

Embora a Carta Magna de 1988 deixasse expressa os desejos de se tomar novos caminhos na resolução dos conflitos, esse processo é resultado de outras ações que já estavam sendo desenvolvidas ao longo da década de 1980. Ainda em 1984 são criados os Juizados de Pequenas Causas e da Ação Coletiva, através da Lei 7.244 que prioriza as soluções amigáveis dos conflitos de interesses e a conciliação como instrumento do Poder Judiciário. (CÉSPEDES, 2017). A partir de então o sistema judiciário começou a organizar em todo o país os Setores de Conciliação, no primeiro e segundo grau.

A Lei 9.099/95 em seu Artigo 2º trazia que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Mas foi com a Resolução Nº 125 de 29/11/2010 que o Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional para o desenvolvimento da conciliação e mediação no judiciário. Tartuce (2019) *apud* Pitcovsky (2018, p. 12) diz que:

É forçoso reconhecer a existência de um amplo panorama de meios de abordagem das controvérsias. Deve-se conceber, portanto, que, garantido o acesso à instância jurisdicional, as partes possam ser encaminhadas a formas diferenciadas para compor o conflito. A solução de disputas pode caminhar por métodos facilitativos, como a negociação e a mediação, ou por meios com maior grau de avaliação, que variam desde recomendações e arbitragens não vinculantes até métodos vinculantes como a arbitragem e o juízo estatal.

A Lei 125/10 surge em primeiro momento a partir da necessidade para dar mais agilidade aos processos da justiça, buscando a resolução consensual, criando mecanismos mais ágeis e com maior diálogo entre as partes. Evitando que os litígios permanecessem por longos períodos a espera de resolução pela justiça, agregando assim, todos os serviços prestados através do judiciário à sociedade, desenvolvendo e ampliando ações facilitadoras de soluções de conflitos, priorizando as consensuais dos litígios. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 2010, p. 26, enfatiza que:

A história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado ainda na década de 70. Nesse período, clamava se por alterações sistêmicas que fizessem com que o acesso à justiça fosse melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado. Um fator que significativamente influenciou esse movimento foi a busca por formas de solução

de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa. Isso porque já existiam mecanismos de resolução de controvérsias (e.g. mediação comunitária e mediação trabalhista), quando da publicação dos primeiros trabalhos em acesso à justiça, que apresentavam diversos resultados de sucesso, tanto no que concerne à redução de custos como quanto à reparação de relações sociais.

Sendo assim, podemos concluir que a mediação é uma negociação em que as partes são ouvidas por um terceiro, esse terceiro promove o diálogo entre as partes, e esse diálogo é o facilitador de uma resolução encontrada pelas partes através do auxílio de um terceiro. Cérpedes (2017, p. 25) destaca que:

[...] Reconhecendo a conciliação e a mediação como ferramentas efetivas de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Declarando, ainda, que em conjunto com outros métodos consensuais a mediação e a conciliação devem servir de princípio e base para a criação de Juízos especializados de resolução alternativa de conflitos.

As Leis seguintes vieram para enfatizar as ações consensuais nos processos litigiosos, ficando ao cargo dos tribunais criarem seus núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. Os tribunais passaram a ter autonomia para criar e manter um quadro de conciliadores e mediadores, bem como o desenvolvimento de ações voltadas para os métodos consensuais.

Art. 6º Para o desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: [...] II – desenvolver parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, nos termos do art. 167,§1º, do Novo Código de Processo Civil; III- providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; [...] V – buscar cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos

consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; VI - estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; VII – realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para a visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; [...]” (LEI 125/10)

A Lei 13.140 de 29 de junho de 2015 é um marco nos processos de mediação no país. Ela apresenta em seu Art. 1º:

Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Pitcovsky (2018) define mediação como um método multidisciplinar que exige do mediador, além da diligência, independência e imparcialidade, familiaridade em diversas áreas do conhecimento, sendo a confiabilidade, a flexibilidade, e a informalidade seus principais atributos. O mediador é escolhido pelo tribunal e nomeado pelas partes, mas sua função será a de mediar as ações para que os envolvidos no litígio encontrem uma solução para o conflito. Ele não decide, são as partes que escolhem, quando assim, desejarem uma solução entre elas. O Art. 11 trata dos requisitos dos mediadores:

Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A Lei 13.140/15 que dispõe acerca da mediação, deixa claro que a autocomposição, objetivo da mediação, que a permanência na mediação não é obrigatória, mas a participação das partes a pelo menos uma audiência é obrigatória. A mediação é uma ação de autocomposição que é livre aos envolvidos participarem, mas que sua decisão é contemplada e a justiça determina o encerramento do processo através da decisão escolhida pelas partes.

O Santos (2018, p. 10) p. discorre acerca dos benefícios da mediação nas audiências de autocomposição:

As partes não são obrigadas a continuar, podem suspender, abandonar e retomar as negociações. Como os interessados não são obrigados a participarem da mediação, permite se encerrar o processo a qualquer tempo;

As partes tem oportunidade de se comunicar diretamente, durante a mediação, da forma estimulada pelo mediador;

O mediador tem o dever de contribuir para a criação de opções que ultrapassam a questão monetária ou discutir assuntos que não estão diretamente ligados à disputa, mas que afetam a dinâmica dos envolvidos;

Por fim, tanto na mediação, quanto na conciliação, como na negociação, as partes não precisam chegar a um acordo.

A mediação pode ser utilizada em diferentes demandas pelo judiciário, ela ocorre através de uma fase de pré-mediação e a mediação. Na fase de pré-mediação, de acordo com Lorencini (2013) *apud* Pitcovsky (2018) é a fase com objetivos de se eliminar as controvérsias, promover a cooperação dos litigantes e o respeito entre eles e ouvir as partes. A fase da mediação propriamente dita se divide em abertura, investigação, agenda, criação de opções, escolha das opções e solução. O mediador pode ser contratado pelas partes ou indicado por um órgão, sendo remunerado ou voluntário.

O mediador deve se manter imparcial, mas ao mesmo tempo assimilar os sentimentos que envolvem as partes, ele deve refletir e ter empatia, buscando atuar com profissionalismo, levando os envolvidos a se perceberem como parte de um processo na qual o melhor meio de se chegar a uma solução é fazer com ambas as partes tenham os menores prejuízos possíveis, através do diálogo, levar as questões sob um outro enfoque, não apenas os aspectos legais, mas todos os emocionais, do

passado e do presente, com vistas no futuro. A mediação busca a solução dos conflitos através de uma cultura de paz.

Tartuce (2019) Pitcovsky (2018, p.34) diz que:

A vantagem da mediação sobre outros métodos é permitir, caso as pessoas assim o desejem, a continuidade da relação em uma perspectiva de futuro. Como ela propõe que se finalize a situação controvertida sem comprometer a relação interpessoal em sua integralidade, a mediação permite que os envolvidos possam cogitar atuações futuras se isso se revelar necessário e/ou desejável.

Outro método de solução de conflitos é a conciliação, que também conta com a participação de uma terceira pessoa, capacitada e imparcial. Santos (2018) diz que a palavra conciliação tem sua origem etimológica do latim *Conciliatione* cujo significado ou vertentes nada mais é do que, compor, solucionar, pôr-se de acordo, em harmonia. Dessa forma, conciliação é método de autocomposição, onde um terceiro imparcial rege o processo com a intenção de que se chegue a um resultado consensual.

Pereira *et al* 2014 apregoa que através do seu contexto histórico, pode-se dizer que o método da conciliação já foi usado em outros momentos na história do nosso Brasil, que tem como fonte para suas ordenanças a escola Germânica-Romana, com isso nada mais normal que em 1824 na primeira constituição brasileira já existia de forma explícita o ordenamento de conciliação, no artigo 161 da Constituição Política do Império do Brasil diz: "Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum".

Thomé (2007) *apud* Pitcovsky (2018) comenta que diferente da mediação, a conciliação, exige a intervenção de um terceiro que pode ser o juiz, advogados e o poder de disposição das partes em relação ao processo conciliatório e a decisão final é mais restrita. O conciliador busca a aproximação entre as partes, sugerindo alternativas. Diferente do mediador que não sugere, as partes é que tomam a decisão sozinhas. Mas ambos os casos as soluções têm em vista a composição dos conflitos.

Nos casos de conciliação o agente, a terceira parte envolvida, os conciliadores têm uma maior participação, pois o objetivo da conciliação é o acordo, sendo assim, as partes permanecem como adversárias, mas evita-se um processo na justiça. Já os mediadores, estes têm por objetivo fazer com que as partes não se vejam como adversárias, por isso o diálogo é tão importante. Ele busca que através da conversa

reflexiva que as partes decidam um acordo em comum, enquanto que o conciliador sugere um acordo. Ambas as formas são ações facilitadoras de litígios.

O Novo Código Civil dá uma atenção especial as ações que envolvem a vara de família e suas sucessões:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único: A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar; art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito; art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Por se tratar de uma área especial, na qual os conflitos podem incidir das mais variadas maneiras, muitas delas traumáticas e com problemas que podem perdurar por toda a vida dos envolvidos. Os meios consensuais autocompositivos são os mais indicados para promover a resolução de conflitos, fazendo com que os laços afetivos, a responsabilidade e o equilíbrio sejam levados em consideração nas tomadas de decisões. Buscando o menor grau possível de prejuízo aos envolvidos.

2. CONSTELAÇÃO FAMILIAR E AS ORDENS DO AMOR

Constelação Familiar é o termo que se aplica a abordagem sistêmica desenvolvidas pelo filósofo e psicoterapeuta Bert Hellinger, nascido na Alemanha em 1925, falecido em 19 de novembro de 2019. Bert Hellinger se formou ainda em Teologia e Pedagogia. Hellinger viveu e sofreu a influência religiosa da família, foi perseguido pelo Estado, lutou na Guerra e foi preso. Céspedes (2017) diz que Hellinger ingressou numa ordem católica onde se entregou aos estudos e à prática da meditação e do silêncio, além do trabalho como missionário na África com o povo Zulu, em um período de forte segregação racial naquela região. Esse período na vida de Hellinger durou dezesseis anos, no qual ele se dedicou não apenas a disseminação da religião, mas também à prática escolar.

Nota-se que Hellinger atuou em grupos que lhe permitiram compreender e atuar sobre os comportamentos humanos diversos, especialmente a sua integração com os elementos sagrados através de costumes da fé cristã com os elementos da cultura dos povos nativos. Hellinger sempre teve um olhar de observador e pesquisador, dando ênfase ao trabalho em grupo e ao diálogo.

Hellinger a partir da vivência e experiência com esses grupos, focou seu objeto de estudo na experiência fenomenológica individual (CÉSPEDES, 2018). E pela primeira vez ele via que a alma humana poderia ser tratada de uma outra forma, rompendo assim com paradigmas tradicionais ainda existentes. Hellinger estudou psicanálise, análise transicional e conhece as constelações familiares, sem lhe dar muita importância no início. Após um período de amadurecimento, em que passou por estudos em diversas áreas, tais como a filosofia, a teologia, a pedagogia, a cultura zulu, a psicanálise e métodos terapêuticos, é que Hellinger compreendeu finalmente que os relacionamentos humanos são parte de um sistema que, embora complexo, nos mantém interligados e garantem a nossa sobrevivência enquanto seres sociais.

Sendo seres sociais, pertencemos a um grupo e dentro de todo grupo há um sistema que precisa existir para mantê-lo funcionando normalmente, para o seu bom funcionamento é preciso que se tenha:

A necessidade de pertencimento ou de vinculação ao grupo;

A necessidade de ordem, estruturação do sistema em relação: ao ingresso/tempo de chegada, à função e à hierarquia.;

A necessidade de manter o equilíbrio de trocar, dar e receber, entre os membros. (CÉSPEDES, 2017, p. 13)

O mesmo autor, ainda citando Hellinger (2015), diz que cada uma dessas três necessidades submetem o indivíduo a forças que desafiam seus desejos e ânsias pessoais, controlando, exigindo obediência e coagindo. Constituindo-se como leis que limitam as vontades e expressões individuais, mas ao mesmo tempo torna possível os relacionamentos íntimos com outras pessoas.

A essas forças que são o princípio controlador da vida, que Hellinger denominou de Ordem do Amor, que são a base de toda a organização humana para um pleno desenvolvimento do ser humano, faz-se necessário que essas ordens estejam em equilíbrio. Existem ordens preestabelecidas para o amor nas relações humanas. Seu conhecimento é necessário para que sejamos bem-sucedidos nesse amor. O amor cego e

inconsciente, que desconhece essas ordens, frequentemente nos desencaminha. Mas o amor que as conhece e respeita realiza o que almejamos, produzindo em nós e ao nosso redor efeitos benéficos e curativos. (HELLINGER, 2001, p. 6)

Pitcovsky (2018) diz que essas Ordens de Amor são forças poderosas e sincronizadamente articuladas que afetam o equilíbrio das famílias e dos nossos relacionamentos. Basta que essas forças estejam em desarmonia para que ocorra a dor, a doença e diversos outros sofrimentos. Sendo assim, o núcleo familiar precisa estar equilibrado para que seus membros também estejam. A esse respeito Hellinger esclarece:

O desrespeito às Ordens do Amor, por membros mais antigos de uma família afetam a vida dos demais e a forma para tornar visível a dinâmica normalmente oculta dos sistemas de relacionamento é a constelação familiar. (HELLINGER, 1998, p. 11)

O trabalho da Constelação Familiar parte do princípio que existem leis invisíveis e estas são Leis Universais, segundo Hellinger, por ele denominado de Ordens do Amor, são elas: Assentimento à vida, Lei do Pertencimento e Lei da Hierarquia, Lei da Compensação. A nossa vida é guiada por essa ordem.

Quando há ruptura da ordem, os posteriores se sentem compelidos a atuar como se fossem melhores que os anteriores, como se diante de situações vivenciadas por esses últimos, houvessem eles mesmos tomado decisões e atitudes "melhores" e "mais acertadas". Fazem isso geralmente com amor e na esperança de que poderiam "ajudar" os anteriores, compartilhando com eles seu destino, infortúnio, culpa, desvantagem, dificuldades, dores, etc. e corrigir assim o passado. O efeito é que os posteriores assumem sobre si coisas que não conseguem manejar, pois não são autores do que ocorreu e que desejam modificar. (THOMÉ, 2007, p. 110)

Nos relacionamentos humanos, de acordo com Hellinger, esses princípios quando são desrespeitados, levam a ruptura na Ordem do Amor, e conseqüentemente a falta de amor nos relacionamentos. E mesmo que de forma inconsciente os desequilíbrios se sucedem e o fluxo da vida se torna um emaranhado. Todo o grupo familiar está sujeito a essa desordem, mesmo que apenas um dos seus membros estejam em desequilíbrio, pois vivemos em um sistema.

Ele não quis dizer com isso que a vida deva ser perfeita, ao contrário, que os desequilíbrios fazem parte, são até mesmo necessários. A esse respeito Céspedes destaca:

Hellinger compreendeu que os relacionamentos humanos precisam de trocas para existir e de desequilíbrios e reequilíbrios para seguir em continuidade. Chamou essa necessidade essencial de ordem ou princípio da compensação, ou do equilíbrio entre dar e tomar; entendendo que os sentimentos de culpa e inocência servem para provocar as trocas e manter as relações. Bert também percebeu que se a diferença entre o dar e o tomar atingem uma diferença muito grande a relação é rompida com hostilidade. Restando, então, os sentimentos de culpa, raiva e inferioridade aquele que muito recebe; e os sentimentos de inocência, de vítima e de superioridade por aquele que dá muito. Se as trocas se equilibram e assim permanecem por muito tempo a relação também chega a um término, mas pacífico, sem mágoas, sem devedores e sem credores. (2017, p. 18)

Vemos que os relacionamentos humanos são permeados de trocas, nem sempre boas, mas através da compensação é possível que se estabeleça um equilíbrio entre o que damos e recebemos constantemente. Isso significa dizer que mesmo aquelas trocas ruins podem ser compensadas, e nesse caso, o momento de desequilíbrio cederá ao equilíbrio, mantendo a ordem natural. Preservando assim a vida e relações, pois vivemos constantemente em um mundo de trocas constantes, devemos fazer com que as coisas boas se sobreponham às ruins. E que estas sirvam para nos fortalecer e nos equilibrar novamente. Caso contrário, nossas ações desequilibradas gerarão futuros desequilíbrios, num círculo que se não for rompido só tende a se expandir, pois vivemos em um sistema.

Os problemas surgem quando dentro do sistema as Leis do Amor entraram em conflito, em algum momento, seja no pertencimento, na hierarquia ou no equilíbrio. Quando a dinâmica familiar é alterada, as forças invisíveis do nosso inconsciente causam desequilíbrio no sistema.

Pela lei do assentimento, Hellinger a coloca como a primeira lei é a mais exigente, assentir tudo tal como é, sintonizando-nos com a vida. É respeitar e agradecer cada pessoa e cada coisa por existir como é, do jeito como foi pensada e criada dentro do destino coletivo.

Pela lei do pertencimento entende-se que cada pessoa pertence, tem seu lugar na família, independente de o outro gostar ou não, a pessoa tem o seu lugar que não pode ser tomado, excluído, ignorado. Enfim, ela tem o direito do pertencimento naquele grupo familiar. A lei da hierarquia diz respeito a posição de cada pessoa dentro do núcleo familiar, cada um tem um papel a desenvolver e cabe a ele desempenhar o seu papel, não devendo fazer nem mais nem menos do que diz respeito a sua hierarquia. E por fim, temos a lei do equilíbrio, esta refere-se as vivências, sentimentos, o dar e o receber, é preciso que em todo o sistema se tenha equilíbrio, para que não se tenham conflitos.

A Constelação Familiar identifica rupturas dentro desse sistema familiar e a partir dessa identificação ela irá trabalhar com ações voltadas a causa do problema, a partir da identificação de sua origem.

Constelação familiar é um modelo psicoterápico que estuda as emoções e energias que, consciente ou inconscientemente são acumuladas por todos os seres humanos e, mediante uma abordagem sistêmica, gera compreensão de todos os fatores envolvidos nos conflitos. É aplicado tanto para auxiliar na identificação do real problema em questão como para direcionar suas ações em direção à solução deste problema, mediante o movimento de trazer à tona a consciência da origem do conflito. (VAL, 207, *apud* LINHARES, 2018, p. 13)

Esse modelo psicoterapêutico da Constelação Familiar é uma forma de acessar o subconsciente humano para identificar o problema e buscar sua solução. O método utilizado pelo Constelação Familiar, pode ser individual, onde são utilizados bonecos para representar os demais membros da família, ou em grupo, onde os participantes representam os membros da pessoa que está sendo constelada. O objetivo dessa ação é fazer com que o constelado, identifique o que está lhe causando o problema, para isso ele precisa se entregar de forma verdadeira, de corpo, mente e sentimentos. Pois serão acessados a intimidade do seu sistema familiar, a ênfase não é causar mais dor, é utilizar o que está ocasionando a dor, fazendo um diagnóstico, e apontando uma imagem de solução e cura.

O constelador deve ser uma pessoa que entenda e respeite as Ordens do Amor, manter total respeito pelo constelado e sua família, buscar direcionar o constelado para a harmonia e o equilíbrio e guiar-se pela intuição, fazendo com que o constelado absorva as boas energias do seu grupo familiar e sinta em paz com sua família. Só assim ele encontrará o equilíbrio.

Hellinger (2014, p. 414) *apud* Céspedes (2017, p. 20) destaca os elementos e figuras da Constelação Familiar em grupo:

Constelador – facilitador formado e capacitado em constelação familiar.

Constelado – o cliente, a pessoa que busca trabalhar uma questão de vida.

Constelador – facilitador formado e capacitado em constelação familiar.

Constelado – o cliente, a pessoa que busca trabalhar uma questão de vida.

Tema – questão trazida pelo cliente, um conflito, sintoma, sentimento, padrão de comportamento, fenômeno recorrente, doença, relacionamento conflituoso.

Grupo – pessoas que participam da dinâmica observando ou representando.

Representantes – integrantes do grupo que, convidados, se dispõem a representar o cliente, demais membros do sistema (familiares, desafetos, colegas, etc.) ou componentes (lugares, sentimentos, recursos, etc.) relacionados ao tema.

Campo – núcleo imaterial de informações, memórias da consciência sistêmica do cliente.

Local da dinâmica – locação fechada, sala, estúdio, consultório, auditório, etc., ou aberta, jardim, gramado, praia, etc. No qual se reúnem constelador, cliente, grupo, para a prática da constelação.

O mesmo autor destaca ainda o sistema familiar presente durante a Constelação Familiar:

Os filhos, bilaterais ou unilaterais, nascidos, abortados (espontaneamente ou provocados), doados ou esquecidos. Os pais e os seus irmãos (tios/tias) consanguíneos, nascidos, abortados, doados ou esquecidos. Parceiros afetivos antigos dos pais (relações, uniões e casamentos anteriores). Avós,

antigos parceiros dos avós. Em alguns casos os irmãos dos avós também integram e influenciam o sistema familiar. Outras pessoas não unidas por laços sanguíneos que causaram perdas ou ganhos, de vida ou de patrimônio, ao sistema familiar. Por exemplo, a vítima cujo homicida é membro da família, o homicida cuja vítima é um familiar. (CÉSPEDES, 2017, p. 20)

Na Constelação Familiar em grupo, acontece a partir do local escolhido, horário, exposição do problema pelo constelado, delimitação da área para manifestação do grupo e a dinâmica em grupo, onde os membros do grupo passarão a representar o que estiverem sentindo, como membros daquele grupo familiar, diante do problema que foi exposto. Isso acontece porque as pessoas começam a sentir as mesmas emoções e sentimentos dos membros daquele grupo familiar, inconscientemente, acessando todas as informações presentes naquele sistema. O constelador se guiará através da intuição do campo morfogenético e das sensações presentes direcionando o constelado a solução do seu problema.

Esse método representativo:

Leva a profundas experiências e descobertas humanas, que apontam para amplos domínios coletivos e espirituais, ultrapassando as fronteiras, por vezes estreitas, da psicoterapia. A solução de problemas psíquicos associa-se à descoberta das ligações da alma, em conexão com as ocorrências e os destinos familiares e com os grupos e os contextos maiores que os abrangem. (SCHNEIDER, 2007, p. 10)

Nesse processo sistêmico-fenomenológico, Pitcovsky (2018) diz que se entra em contato com processos humanos profundos e importantes que logo são entendidos. Quase nada precisa ser discutido e analisado, através dessa ação é possível perceber a alma e como elas se ligam, bem como os fatos, acontecimentos e destinos significativos projetam-se e tornam-se presentes para além do espaço presente e vivencia-se as profundezas da alma humana. E tem como objetivo principal:

“O objetivo da Constelação é proporcionar *insights* curadores tendo como objetivo colocar em ordem nossas relações, e principalmente a respeitar e aprender a receber a sua vida dos antepassados e da figura materna e paterna.” (PITCOVSKY, 2018. p. 10)

Hellinger (2001) diz que a “mãe é a vida e o pai é o mundo”. Basicamente, as Constelações servem como instrumental para entendermos a abrangência sistêmica

da história da nossa existência e nos auxilia no eficaz trabalho de ligação e reconciliação no sistema de relações, ajudando a reconhecer os personagens, estando vivos ou não, e buscando a reconciliação destes personagens a acontecimentos passados. Há por exemplos nas Constelações de reconciliação de abusadores e abusados e vítimas de injustiça com seus algozes.

Hellinger esclarece que os acontecimentos e destino de uma família estão interligados através dos tempos, de gerações, e mesmo que algo tenha ficado fora do conhecimento ou da vivência de algum de seus membros, esses acontecimentos podem interferir na vida de gerações futuras. Isso ocorre porque, embora, não tenhamos tido contato com esse membro da família, o que foi vivenciado, bem como todos os sentimentos e emoções presentes, estão presentes no íntimo de cada um daquele grupo familiar, através das ligações que temos como nosso sistema através da alma familiar que é atemporal, utilizando o princípio da não localidade.

A Constelação Familiar faz com que nosso subconsciente reviva e sinta todas essas conexões presentes no nosso coletivo familiar, são essas forças da nossa alma que interferem em nossas vidas.

Ainda de acordo com Hellinger:

O envolvimento sistêmico obedece a uma ordem que estabelece que algo nefasto seja expiado por meio de algo nefasto e que os pequenos, inocentes, paguem e expiem pelos grandes, culpados. Por outro lado, a solução obedece a uma outra ordem que atende, de forma salutar, à necessidade de vínculo e de compensação. Ambas, são ordens do amor, sendo que a primeira, causa infortúnios e a segunda proporciona a cura. (2001, p. 6)

Todas as relações humanas são consolidadas a partir de uma determinada ordem, a Constelação Familiar esclarece que essa ordem é fundamental para se manter o equilíbrio na família, essa ordem é tão importante, que se ela for rompida, poderá afetar não apenas o momento presente, mas o momento futuro, só rompendo esse ciclo de desequilíbrio quando houver a restauração da ordem. Pois nosso destino está entrelaçado com todos os membros da nossa família.

Hellinger nos trouxe a compreensão de que essas ligações, mesmo que inconscientes, acabam por influenciar todas as pessoas que vivem dentro de um mesmo sistema. Podendo gerar efeitos desastrosos que afetam todas as pessoas do sistema. Isso se dá em porque:

“Criam-se algemas invisíveis que os prendem uns aos outros no Sistema. Quando desatados os nós, diríamos que as chaves que abrem as algemas foram encontradas, então, naturalmente, a pessoa parte em busca de seus próprios caminhos de realização pessoal.” (BASSOI, 2016, p. 38)

As Constelações Familiares vieram dar um novo enfoque às questões que envolvem a vida em sistemas, ela nos proporciona um novo olhar sobre nossa vivência em grupo, ela trabalha com dimensões externas à razão humana, mas nem por isso impossíveis de serem compreendidas. Prova disso é que os estudos de Hellinger se tornaram uma ciência e são utilizados em diferentes áreas para promoção e melhoria da vida das pessoas. A seguir abordaremos como as Constelações Familiares estão sendo utilizadas no Direito Sistêmico para a resolução de conflitos.

3. O DIREITO SISTÊMICO E AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES.

O Direito Sistêmico no Brasil é uma idealização do juiz Sami Storch atuante na Comarca de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia. Sami Storch introduziu no direito um novo olhar diante das questões conflituosas que ele tinha contato constantemente. Ele rompe paradigmas na área jurídica, na qual o direito tinha por base a resolução dos conflitos por um terceiro. O que resultava, normalmente na insatisfação de uma das partes, e por vezes a perpetuação desse litígio fora dos tribunais.

Pitcovsky (2018, p. 16) diz que “a expressão Direito Sistêmico foi introduzida no cenário do mundo jurídico a partir das observações e estudos iniciados em 2004 por Sami Storch, que basicamente, ampliou o olhar em direção à filosofia hellingeriana.”

A partir da vivência em constelações familiares, Storch faz uma análise do direito baseadas nas ordens do amor de Hellinger. O objetivo da aplicabilidade das Constelações Familiares no Direito, segundo Storch é a aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico, desde a etapa de elaboração das leis, até a sua aplicação nos casos concretos. A proposta, é utilizar as leis e o Direito como mecanismo de tratamento das questões geradoras de conflito, fazendo com que todo o sistema em torno do problema, seja solucionada. (STORNCH, 2010, *apud* PITCOVSKY, 2018)

Storch utilizou a técnica das Constelações Familiares na comarca onde trabalhava, em Amargosa e Castro Alves, na Bahia, sua intenção, já que ele acreditava na proposta da ciência sistêmica, era fazer com que ela auxiliasse nos julgamentos da solução de conflitos das varas de família e sucessões. Podemos dizer que ele

lançava um novo olhar diante das demandas litigiosas. Pois aqueles envolvidos em conflitos tinham várias histórias mal resolvidas, muitos sentimentos feridos, mágoas, que geravam desequilíbrios em pessoas do mesmo grupo. Por serem do mesmo grupo, Storch fazia uma reflexão em torno do que acontecia a partir das sentenças, esses conflitos permaneceriam, perpetuando o desequilíbrio nos sistemas.

Ele acredita que a Constelação Familiar poderia levar a um final diferente, pois segundo ele, ao seu meu primeiro contato com a terapia das Constelações Familiares percebeu que, além de ser uma terapia altamente eficaz na solução de questões pessoais, o conhecimento dessa ciência tem um potencial imenso para utilização na área jurídica, na qual tinha formação acadêmica e profissional. (STORCH, 2010)

A técnica da Constelação Familiar trouxe o significado do termo Direito Sistêmico, pois a ideia principal das constelações é ruptura nas Ordens do Amor, era a geradora de todo o desequilíbrio dentro de um sistema. Storch analisou os métodos consensuais utilizados até então, estes já tinham seus pontos positivos, como a resolução mais rápida dos litígios. No entanto, ele buscava fazer algo a mais, que beneficiasse não apenas um dos lados do conflito, mas todos os envolvidos, é uma relação de dar e receber, para isso o direito deveria ir além, ser sistêmico.

É possível falar em direito sistêmico a partir de uma ação inclusiva captada por um olhar ampliado firmado pelo operador do direito sistêmico e direcionado inicialmente ao direito clássico vigente com toda a legislação nacional positivada, para na sequência, encarar as leis naturais que regem os relacionamentos humanos, a saber: ordem ou hierarquia, o equilíbrio entre o dar e o tomar e o pertencimento. Dessa triangulação e a partir da miragem atenta do gestor do conflito que se coloca a serviço dos sistemas familiares das partes, incluindo todos, sem exceções, irrompe um novo olhar que permite o despontar de um novo direito, pulsante, em movimento, humanizado, inclusivo e sanador que referimos como direito sistêmico. (LACERDA, 2017, p. 2)

Lacerda (2017) ainda discorre que, essa vivência se renova com toda sua potencialidade quando um dos operadores ou integrantes do sistema judicial, seja o juiz, o advogado, o promotor, o defensor público, o procurador ou os auxiliares do juízo, entre outros facilitadores, se colocam nessa dimensão triangular e a partir de suas posições incluem as partes em conflito e seus respectivos sistemas familiares contemplando os fatos para além do processo, acolhendo distintas possibilidades,

ampliando horizontes para acolher as imagens de solução, trazendo-as para a realidade presente.

Cépedes (2017) aponta que Storch iniciou de maneira sutil a visão sistêmica e a visão de Hellinger acerca das ordens do amor, durante as audiências de conciliação na área da família, ela foi colocando frases sistêmicas, onde os litigiosos aos poucos iam deixando de lado as animosidades e trazendo a tona sentimentos e afinidades que já tiveram no passado, no início do relacionamento.

Pode parecer algo simples, num primeiro momento, mas quando se utiliza as técnicas sistêmicas os envolvidos vão aos poucos modificando seus pensamentos, pois passam a compreender a vida de uma outra forma, são mães, pais, filhos, irmãos dentre outros, pessoas do mesmo sistema familiar. Ter a consciência de que atos do passado, levaram a atual situação, e que as decisões presentes implicarão no futuro, seja de forma positiva ou negativa, dentro de todo o sistema, faz com que na maioria das vezes, os litigiosos busquem uma solução harmoniosa.

O Direito Sistêmico de acordo Castro (2017) *apud* Pitcovsky (2018) apresenta-se como uma nova forma de auxílio extensível a todos os operadores do Direito, especialmente aos conciliadores, mediadores e árbitros. Elenca posturas aptas a impulsionar um processo de solução consensual, tais como: atuar sem medo; sem intenção; sem pena (piedade/dó) e sem julgamentos. Desta maneira será possível prestar o auxílio devido e efetivo, quando necessária.

A escola hermenêutica jurídica, segundo Silva (2016) coloca que os operadores do Direito precisam antes de tudo aprender a interpretar e entender o processo de construção de sentido da norma jurídica. E nos sistemas modernos de investigação, a Escola da Livre Investigação aponta direcionamentos jurídicos que vão contra o sistema tradicional. Pode-se dizer que o Direito Sistêmico, se enquadra dentro dessa concepção mais atual de investigação, pois nada mais é do que uma nova interpretação às leis já existentes, a diferença é que nessa visão emprega-se a forma sistêmica pra se entender e chegar a uma solução a partir das vivências humanas com vistas nas vivências futuras. A ênfase é na solução de conflitos que ambas as partes saiam ganhando, não existindo apenas o lado vencido e o vencedor, mas vencedores.

Por isso Storch (2016) coloca que o seu foco é a aplicação prática, no exercício das atividades judicantes, dos conhecimentos e técnicas das constelações familiares. O objetivo é utilizar a força do cargo de juiz para auxiliar na busca de soluções que não apenas terminem o processo judicial, mas que realmente resolvam os conflitos, trazendo paz ao sistema.

O ser humano precisa ser visto em todas as suas dimensões, no caso do Direito Sistêmico, Storch (2016) diz que este representa a atuação dos operadores de direito, não com um olhar apenas processualista, mas sim, sistêmico, onde as leis sistêmicas são aplicadas ao conflito, seja em vivências coletivas ou em audiências de mediação e conciliação.

Lacerda (2017) esclarece que o direito sistêmico é um direito humanizado, inclusivo, sensível que movimentam as relações processuais, considerando a pessoa como fundamento e fim de todo sistema jurídico. Assim, todo o esforço, reconhecimento e respeito à dignidade da pessoa, mediante a tutela e promoção dos direitos fundamentais se concentram nas mãos dos operadores do direito sistêmico os quais devem perseguir de forma incessante a justiça com dignidade, afirmando assim, o valor de cada pessoa, que venha integrar o processo judicial.

O Direito Sistêmico é uma tomada de consciência, que não deveria surpreender pela sua aplicabilidade, pois há tempos o mundo vem buscando um olhar mais humanizado sobre as relações sociais. O mundo passou por muitos conflitos, como grandes guerras, genocídios de minorias, leis racistas em todo o mundo, até bem pouco, algumas ainda existentes. Enfim, o cuidar das pessoas tornou-se essencial para uma boa convivência em sociedade. Já que esta é um sistema maior, constituindo de sistemas menores, o principal deles é a família, e se esses sistemas não estiverem bem, toda a sociedade adocece.

Storch (2010) diz que diversos problemas enfrentados por um indivíduo (bloqueios, traumas e dificuldades de relacionamento, por exemplo) podem derivar de fatos graves ocorridos no passado não só do próprio indivíduo, mas também de sua família, em gerações anteriores, e que deixaram uma marca no sistema familiar. Morte trágicas ou prematuras, abandonos, doenças graves, segredos, crimes, imigrações, relacionamentos desfeitos de forma "mal resolvida" e abortos são alguns dos acontecimentos que podem gerar emaranhamentos no sistema familiar, causando dificuldades em seus membros, mesmo em gerações futuras. E essa compreensão é entendida e resolvida a partir das Constelações Familiares.

A técnica das Constelações Familiares não se limita apenas à família, ela se expande em toda a sociedade do micro sistema para o macro sistema. Pois, todas as pessoas possuem conflitos internos, problemas diversos, sentimentos mal resolvidos ou confusos. E por sermos seres sociais, a forma como vivemos impactará outras pessoas.

Para ampliar essa cultura de paz, já presente nas ideias da lei da mediação, é que a Constelação Familiar está sendo utilizada com resultados significativos em diversas áreas do direito, a saber, no Direito Criminal, no Direito Empresarial, nas

demandas de violência doméstica, no Direito Trabalhista. O Direito Sistêmico também vem apresentando resultados importantes na obtenção de conciliações em processos da Vara de Família e Sucessões e no tratamento de demandas relativas à Infância e Juventude. (PITCOVSKY, 2018)

Essa difusão do Direito Sistêmico, iniciada com Storch, devido aos seus resultados positivos, tem se espalhado por todo o país, levando a um movimento no judiciário em torno de Leis específicas que tratem do Direito Sistêmico, Adhara Campos Veiga, presidente da Associação Brasileira de Consteladores sistêmicos, é a responsável pela redação do anteprojeto de Lei n. 9.444/17 que busca incluir a Constelação no âmbito judicial e o anteprojeto de Lei n. 2.103/18 que visa incluir a prática sistêmica na formação de professores da rede de educação do Distrito Federal.

A Constelação Familiar já é utilizada em vários estados brasileiros, a saber: Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas, Amapá e o Distrito Federal. (SANTOS, 2018). Ela tem se ampliado diante dessa nova proposta de se trabalhar no judiciário com a ideia não apenas individual, mas com a coletividade, ou seja, com os sistemas. É o processo de dar e receber, e para isso temos que nos colocar no lugar do outro. Não basta apenas resolver processos, mas além de solucionar, equilibrar a vida dos equilibrando os envolvidos.

Céspedes (2017) cita que a partir da Resolução 125/10 do CNJ, os tribunais do Brasil têm comunicado seus resultados das práticas consensuais. Em julho de 2015, o Tribunal de Justiça da Bahia recebeu do Comitê Gestor Nacional da Conciliação do CNJ a V edição do “Prêmio Constelar é Legal”, por atingir o maior índice de composição durante a 9ª Semana de Conciliação. O Tribunal de Alagoas desde o final de 2015 faz uso das Constelações utilizando a abordagem sistêmica para identificar as origens dos conflitos; o TJPB institucionalizou em 2016 a Constelação Familiar como método auxiliar para a conciliação e certificou 21 consteladores para atuar no âmbito jurídico; o Ministério Público do Amapá também recebeu a abordagem sistêmica como auxiliar para a solução de conflitos, estes são alguns exemplos de implantação e aplicabilidade do Direito Sistêmico.

Storch diz que as contribuições que a ciência de Hellinger traz à esfera jurídica, com as constelações, trazem à luz as dinâmicas ocultas que governam e atraem os indivíduos para as interações conflituosas e com a explanação dos princípios sistêmicos e a aplicação das técnicas, auxilia na transformação consciente e voluntária dos envolvidos para o encontro de uma solução de paz. (BRASIL, MP/AP. 2016)

Vale destacar que com o Método da Constelação Familiar o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) também venceu nas categorias “Maiores Índices de Composição”. De acordo com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e de Solução de Conflitos do tribunal goiano, foram realizados 37,6 mil acordos durante a Semana Nacional da Conciliação, o que resultou na homologação de R\$ 190 milhões em acordo. Do total de audiências realizadas, 86,77% resultaram em acertos. Somente no último dia dos atendimentos, o valor total arrecadado foi superior a R\$ 122 milhões, com índice de 91,65% de acordos firmados, (ARAÚJO, 2015).

Com estes e muitos outros resultados positivos nos processos de conciliação foram obtidos através do Direito Sistêmico, por isso a sua importância já é reconhecida pelo CNJ.

Ao final de 2016 o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a importância e os benefícios que a Justiça vem tendo com a utilização da constelação familiar. Constata-se que quando uma das partes participa de uma vivência sistêmica, antes de uma audiência de mediação, um crescente índice de acordos nos processos é atingido, (MENDES; LIMA, 2017, p. 3).

Estes foram apenas alguns breves relatos da presença da Constelação Familiar no Judiciário brasileiro, elas estão passando por um intenso processo de expansão no país, é inegável que a sua ampliação pode gerar pessimismo em alguns, mas o fato é que, com tantos resultados positivos e o crescente aumento de interesse nessa área para a resolução dos conflitos, o Direito Sistêmico só tende a se consolidar mais ainda. Como visto, o Direito Sistêmico já está sendo usado em 16 estados e o Distrito Federal.

“Os conflitos levados para uma sessão de constelação, em geral, versam sobre questões de origem familiar, como violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção e abandono.” (BETTONI, 2019, p. 14)

Pitcovsky (2018) diz que de acordo com O CNJ, o Projeto pioneiro foi realizado em 2012 por Sami Storch, quando estava lotado na Vara Cível da comarca de Castro Alves, BA. Ele deu início ao projeto cujo tema foi intitulado “Separação de casais, os filhos e o vínculo que nunca se desfaz”. contando com a participação de pessoas envolvidas em ações judiciais na área de família. No total foram 6 eventos dentre outubro de 2012 e setembro de 2013. Cada evento contou com a participação de cerca de 40 a 100 pessoas. Nas 90 audiências realizadas, nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de Constelações, o índice de conciliação foi de 91%.

Storch é a grande referência em Direito Sistêmico no Brasil, ele é juiz atuante na Comarca de Valença no Estado da Bahia e realiza sessões mensais de constelação em Itabuna, ele convida para essas audiências, pessoas envolvidas em ações judiciais sob sua responsabilidade. Em casa sessão, ele explora dois ou três casos, utilizando as Constelações para a resolução da disputa judicial. (PITCOVSKY, 2018, *apud* DOETA, 2018)

A maior conquista do Direito Sistêmico, segundo Santos (2018) é que além de amortizar o número de ações judiciais, a prática também minimiza a possibilidade de novas divergências nos casos já tratados, permite manter os laços afetivos dessas famílias e reduzir a possibilidade de sofrimento, principalmente de crianças e adolescentes. A depender da complexidade dos casos pode ser resolvido na primeira sessão, mas o número de atendimentos vai depender do grau de ressentimento e mágoa dos envolvidos.

Storch é categórico em dizer que Constelação Familiar é um instrumento que pode melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação, abrindo espaço para uma justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos. (BANDEIRA, 2014). Hoje, o direito não está fugindo da cultura vigente, do julgar sem analisar, por diversos fatores, tais como, grande número de processos, falta de recursos físicos e humanos, reincidência de processos, dentre outros. Com a técnica da Constelação Familiar no Direito, um grande avanço é a resolução mais rápida das lides e a não reincidência, já que a promoção de resolução das contendas de forma consensual pelo método sistêmico, tende a reaproximar os litigiosos, promovendo e ampliando uma cultura de harmonia e equilíbrio de todo o sistema. Constituindo em grande ganho para toda a sociedade.

Hellinger diz que: "Para mim é importante ajudar as pessoas a resolver conflitos e colocá-las em contato com o poder de cura de sua família. No fundo, isso não é só terapia é um trabalho de serviço de reconciliação." (HELLIGER, 201, p. 80). Sendo assim, a Constelação Familiar vai além de uma terapia, é uma restauração de vidas, é um equilíbrio para a sociedade, é uma cultura de amor, de paz e harmonia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve o objetivo de analisar a aplicabilidade do método da Constelação Familiar na solução de conflitos no Direito Sistêmico. Ao longo do texto percebemos que o judiciário brasileiro, tem buscado métodos alternativos na solução dos conflitos. Tendo na Lei da Mediação brasileira sua base legal.

A mediação é o meio pelo qual tem-se construído ações em torno dos litígios, ela tem por objetivo levar os envolvidos no processo a soluções consensuais,

sendo assim, as partes sofrerão menos danos com a sentença. Além, claro, de desafogar o judiciário.

Quando falamos em conflito, fica claro que há uma oposição de ideias envolvendo seres diferentes, mas com relacionamentos em comum. No caso específico da Vara de Família e Sucessões, os conflitos atingem pais, mães, filhos, dentre outros. São pessoas que tiveram ou tem ligações que dependendo do resultado desses conflitos, a vida dos envolvidos terá diferentes implicações, boas ou ruins.

Por isso, o Direito Sistêmico centra-se na solução das lides, a partir da compreensão dos envolvidos, que todos fazem parte de um sistema. E esses sistemas se complementam uns com os outros.

A Constelação Familiar nos mostra que as conflagrações de hoje são resultados da ruptura nas ordens do amor, que equilibra as nossas vidas. Quando essas ordens se desarmonizam, ocasionam problemas em gerações atuais ou futuras. Daí a importância de vivermos em harmonia com essas ordens, e quando houver essa ruptura buscamos solucionar os problemas, curar nossa alma. Rompendo assim, com esse ciclo de problemas, pois todos nós somos ligados uns aos outros através da alma. Se não nos curarmos, em algum momento, nossas “doença” se manifestarão, pois ela olha para onde olha o meu amor.

Trazendo a ciência sistêmica para o campo do judiciário, vimos que aplicabilidade da Constelação Familiar em diversas áreas do direito, especialmente na Vara de Família e Sucessões, tem alcançado resultados positivos por todo o país. Desde o seu início com o juiz Samir Storch ainda em 2004 até os dias de hoje, só tem aumentado o interesse pelo Direito Sistêmico.

Isto se dá em decorrência da técnica das constelações que levam os sujeitos a conhecerem seus problemas, o que os levaram a situação atual dos seus conflitos. A partir desse conhecimento, os próprios envolvidos nos litígios ao se olharem de uma outra forma, a se harmonizarem e juntos resolverem seus conflitos. O mais importante nessa solução consensual, pela técnica sistêmica, os litigiosos terão uma nova relação, os dois saem ganhadores. E com isso toda a sociedade ganha, pois naquele sistema as ordens do amor foram restabelecidas e toda a sociedade sai beneficiada.

O Direito Sistêmico não vê apenas o individual, mas o coletivo, por isso ele utiliza a técnica sistêmica para que os sujeitos se conheçam, conheçam a ordem de equilíbrio do sistema, nos mostrando que somos parte desse sistema e para o seu

bom funcionamento todos devem estar em equilíbrio, ou seja, todos têm seus direitos e deveres.

Os resultados com o Direito Sistêmico têm levado a um número bem menor de reincidências de processos, o CNJ já reconhece a importância e os benefícios da prática das Constelações Familiares na resolução dos conflitos.

Por isso, podemos concluir dizendo que as Constelações Familiares dentro do direito, já é uma realidade e só tende a se expandir, pois os seus bons resultados no Direito Sistêmico têm sido reconhecidos como um diferencial dentro da Lei da mediação. O tema ainda causa estranhamento em alguns, pois vivemos por muito tempo onde os conflitos eram resolvidos de forma arbitrária. É inegável que esse pensamento está se extinguindo e as novas demandas nas relações sociais, na própria relação do ser humano consigo mesmo e com o outro, tem nos mostrado que sim, somos parte de um sistema, que está a serviço de um macro sistema que é o coletivo, onde todos precisam estar no seu lugar de ordem.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, E. **TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar**. Goiânia/GO, 2015. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

BETTONI, Ana Karollina Benedetti. Constelação sistêmica como instrumento consensual de solução de litígios. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 07 nov. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51797/constelacao-sistemica-como-instrumento-consensual-de-solucao-de-litigios>. Acesso em: 07 novembro de 2020.

BASSOI, Vera Lucia Muniz. **Comunicação e pensamento sistêmico**: um estudo sobre “constelações familiares”. 2016. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) - Universidade de Sorocaba, Sorocaba, SP, 2016.

BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em 10 de novembro de 2020.

_____. **Constituição Federativa da República do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: CF88_Livro_EC91_2016 Acesso em 09 de novembro de 2020.

_____. CNJ. **Resolução n.125/10 CNJ de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Planalto, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf> Acesso em 09 de novembro de 2020.

_____. **Ministério Público do Estado do Amapá**. Workshop sobre constelação sistêmica aborda solução inovadora de conflito na sociedade. Notícia. Data da publicação 02/12/2016. Disponível em <http://www.mpap.mp.br/noticias/gerais/5000-workshop-sobreconstelacao-sistemica-aborda-solucao-inovadora-de-conflito-na-sociedade>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

CASTRO, Marcos Antônio Ferreira de. Constelação Familiar e Direito: o novo caminho rumo à paz social. **Revista do tribunal Regional Federal da 3º Região**, v. 28, n. 133, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/revista_edicao_133.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2020.

CÉSPEDES, Adele Speck Rendón. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, no Curso de Bacharel em Direito. Florianópolis, julho de 2017.

DOETA, Paula Adamo. Constelação familiar: técnica terapêutica é usada na Justiça para facilitar acordos e 'propagar cultura de paz'. **BBC Brasil**, 18 mar. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43204514>. Acesso em 05 de novembro de 2020.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2001.

HELLINGER, Bert. **A Simetria Oculta do amor**. São Paulo, Cultrix, 1998.

LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico e Direitos Humanos: a aplicação das constelações familiares para tratamento dos conflitos judiciais. *In*: SIMPÓSIO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS, 2. 2017, Ponta Grossa. **Anais** [...], Ponta Grossa, 2017. Disponível em: <http://sites.uepg.br/simposiocsa/docs/gt6/012.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2020.

LINHARES, Elaine Cristine. **A aplicação da técnica de constelação familiar na seção judiciária federal de Santa Catarina com o escopo de oportunizar a prevenção e a descontinuidade aos conflitos judicializados**. Artigo científico elaborado como conclusão de curso da Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina - ESMAFESC – Turma 2018. Disponível em: <https://deborahdallet.jusbrasil.com.br/artigos/917638342/aplicacao-da-constelacao-familiar-como-metodo-de-solucao-de-conflitos-no-ambito-juridico> Acesso em 03 de novembro de 2020.

LORENCINI, Marco, SALLES, Carlos Alberto de, SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2013.

MENDES, A.T. dos S. LIMA, G. N. **O que vem a ser direito sistêmico?** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54930/o-que-vem-a-ser-direito-sistêmico>>. Acesso em 05 de novembro de 2020.

PEREIRA, R. B; SANTOS, E. S. dos; RANGEL, T. L. V. **Uma crítica à conciliação e sua aplicabilidade como acesso à justiça**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://reynalldo.jusbrasil.com.br/artigos/148400987/uma-critica-a-conciliacao-e-sua-aplicabilidade-como-acesso-a-justica>>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.

PITCOVSKY, David Fabian. **A constelação familiar utilizada como método de soluções de conflitos judiciais no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-constelacao-familiar-utilizada-como-metodo-de-solucoes-de-conflitos-judiciais-no-brasil.htm> Acesso em 02 de novembro de 2020.

SANTOS, Rosely Michelle dos Santos. **A constelação familiar e a efetiva resolução dos conflitos familiares no âmbito da execução de alimento**. 2018. Disponível

em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-constelacao-familiar-efetiva-resolucao-dos-conflitos-familiares.htm> Acesso em 04 de novembro de 2020.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações familiares**. Patos de Minas: Atman, 2007.

SILVA, Paula Jaeger da. Principais escolas da interpretação jurídica com enfoque no sistema moderno de investigação e sua utilização na justiça do trabalho. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1340, 23 de setembro de 2016.

Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/341-artigos-set-2016/7760-principais-escolas-da-interpretacao-juridica-com-enfoque-no-sistema-moderno-de-investigacao-e-sua-utilizacao-na-justica-do-trabalho>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

STORCH, Sami. Artigo descreve modelo original de prática de constelações na Justiça e aplicabilidade do Direito Sistemico. *In: Blog do Sami Storch*. [S. /], 27 set. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico?. *In: Blog do Sami Storch*, [S. /], 19 nov. 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em 04 de novembro de 2020.

STORCH, S. **Direito Sistemico**: primeiras experiências com constelações no judiciário. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/> >. Acesso em 10 de novembro de 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Princípio da Dignidade da Pessoa e Mediação Humana como Instrumento de Potencialização da Dignidade nas Rupturas dos Casais em Família Humana**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2007.p. 110.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE

BARBARA DE OLIVEIRA BORGES:
acadêmica do curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo, Palmas -TO

LUIZ RODRIGUES DE ARAÚJO FILHO¹²²

(orientador)

RESUMO: A Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, de acordo com a Teoria da Nulidade, produz efeitos *ex tunc*, o qual retroage à data de criação da norma. O objetivo central do trabalho é abordar e analisar a Teoria da Nulidade e a sua relativização nas declarações de inconstitucionalidade, bem como as técnicas utilizadas pela Suprema corte nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Para obter os dados para a elaboração deste artigo foram feitas pesquisas bibliográficas. O tipo de pesquisa é exploratória, descritiva. Dessa forma, propõe-se, assim, apresentar justificativas para relativização da Teoria da Nulidade através da modulação temporal dos efeitos demonstrando que esta relativização apenas se dá em casos excepcionais os quais colocam em jogo a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição.

PALAVRAS- CHAVE: Declaração de Inconstitucionalidade; direitos fundamentais; modulação dos efeitos temporais; Teoria da Nulidade.

ABSTRACT: The Declaration of Unconstitutionality of the Law, according to the Theory of Nullity, produces *ex tunc* effects, which goes back to the date of creation of the rule. The main objective of the work is to approach and analyze the Theory of Nullity and its relativization in declarations of unconstitutionality, as well as the techniques used by the Supreme Court in the decisions handed down in the context of constitutionality control. To obtain the data for the preparation of this article, bibliographic searches were made. The type of research is exploratory, descriptive. Thus, it is proposed, therefore, to present justifications for relativizing the Theory of Nullity through the temporal modulation of the effects demonstrating that this

¹²² Possui Graduação em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins (2007), Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (2009) e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor MS-1 Mestre da Faculdade Serra do Carmo e Universidade Estadual do Tocantins.

relativization occurs only in exceptional cases which put at stake the realization of fundamental rights provided for in the Constitution.

Keywords: Declaration of Unconstitutionality; fundamental rights; modulation of temporal effects; Theory of Nullity.

INTRODUÇÃO

A declaração de inconstitucionalidade da lei é feita, no caso de ações do controle concentrado de constitucionalidade, pelo tribunal constitucional que, no Brasil, esta competência concentra-se no Supremo Tribunal Federal, o qual é considerado como guardião da Constituição. Após todo o processo de exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, quando o tribunal conclui pela sua discordância para com a Constituição, a mesma é, via de regra, declarada nula de pleno direito.

Desse modo, a temática deste artigo aborda os fundamentos que justificam exatamente a exceção a esta regra de aplicação da Teoria da Nulidade, bem como, as noções e esclarecimentos que levaram a adoção, em casos excepcionais, de outras determinações que não unicamente a declaração de nulidade plena das normas.

O Supremo Tribunal Federal adota a Teoria da Nulidade como regra ao afirmar a inconstitucionalidade de uma norma, utilizando-se como principal fundamento para este posicionamento o Princípio da Supremacia da Constituição. Com base nisso, a norma é declarada inconstitucional de pleno direito sendo, dessa forma, considerada inválida desde seu nascimento. Ocorre que essa teoria veio a ser, excepcionalmente, relativizada pela corte, que passou a utilizar-se, em alguns casos, do artifício de modulação dos efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade. Assim, surge a indagação: Quais os fundamentos utilizados para que haja essa relativização e a consequente aplicação da modulação dos efeitos temporais?

Para responder tal indagação o objetivo geral da investigação apresenta justamente os fundamentos para que haja a mitigação da Teoria da Nulidade nas declarações de inconstitucionalidade, de modo que os efeitos desta declaração retroajam à data de criação da norma, havendo, para isso, uma modulação dos efeitos temporais. Já os objetivos específicos buscaram analisar as técnicas das quais se valem o Supremo Tribunal Federal para empregar a modulação dos efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade, a controvérsia existente no sistema jurídico entre algumas técnicas de decisão e o Princípio da Separação dos Poderes e, além disso, analisar a posição da corte sobre o tema atualmente.

Para obter os dados necessários para o estudo do tema foram feitas pesquisas bibliográficas. Após a obtenção destes dados, buscou-se a análise das técnicas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para ponderação dos efeitos *ex tunc* nas declarações de inconstitucionalidade, analisando sua jurisprudência e, verificando por fim, como se dá atualmente aplicação dos estudos aqui tratados no *pretório excelso*.

Esta é uma pesquisa do tipo exploratória, descritiva, abordando no primeiro capítulo os fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional para se valer da relativização da Teoria da Nulidade.

No segundo capítulo será abordado as técnicas de decisão, utilizadas em sede de controle de constitucionalidade que acabam por afastar a regra da Teoria da Nulidade, quais sejam, as técnicas de decisões interpretativas e as técnicas de decisões manipulativas.

O terceiro capítulo, por seu turno, trata e busca esclarecer a controvérsia no âmbito judicial sobre as decisões manipulativas e a sua compatibilidade para com o Princípio da Separação dos Poderes.

Já nas considerações finais, será abordado as conclusões do que foi discutido no decorrer deste artigo, bem como, a posição atual do Supremo Tribunal Federal relativamente à mitigação da Teoria da Nulidade.

Principal estímulo e encorajamento para insistir no presente projeto de pesquisa, encontra-se na importância de explicitar que o sistema jurídico brasileiro vem utilizando-se da modulação dos efeitos temporais em alguns casos de declaração de inconstitucionalidade como um mecanismo de adaptação e ajuste entre o Princípio da Supremacia da Constituição, da Segurança Jurídica e da Boa-fé para que possa bloquear as consequências jurídicas malquistas surgidas a partir da declaração de inconstitucionalidade.

1. A TEORIA DA NULIDADE NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Existem dois principais grandes sistemas que buscam explicar a forma de produção de efeitos na decretação de anticonstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, quais sejam, o Sistema Norte-americano e o Sistema Austríaco.

O Sistema Norte-americano adota a Teoria da Nulidade, dessa forma, a decisão que identifica a inconstitucionalidade da lei é uma decisão declaratória, pois reconhece que a norma nasceu inválida, com um vício congênito e, tem efeitos *ex*

tunc, ou seja, reconhece a invalidade da lei desde o seu nascimento e afeta, com base nisso, o seu plano de validade.

Vale a pena lembrar que, o plano de validade da lei é, de modo geral, aquele que analisa os requisitos legais, formais e materiais, exigidos por lei superior para a criação da norma, como por exemplo, a competência e a compatibilidade para com as normas superiores.

O Sistema Austríaco adota a Teoria da Anulabilidade, teoria esta que foi defendida pelo grande jurista Hans Kelsen. Essa teoria entende que até o momento em que foi reconhecida a inconstitucionalidade, a norma era constitucional e possuía plena eficácia e validade, desse modo, a decisão que declara a inconstitucionalidade é uma decisão constitutiva com efeito *ex nunc*, afetando apenas o plano de eficácia (aquele que analisa se a norma Jurídica cumpriu seu objetivo) da lei. Assim, todos os atos praticados antes da declaração de inconstitucionalidade do diploma normativo, são considerados válidos.

Sendo assim, a Teoria da Nulidade é baseada no Princípio da Supremacia da Constituição, o qual ensina que esta é a Lei Maior do Estado, guarnecida de superioridade jurídica em relação às demais normas. Sendo assim, nenhum ato jurídico poderá existir se for contrário à Constituição, por isso, as declarações de inconstitucionalidades tem, com base nessa teoria, efeitos *ex tunc*. Assim as decisões que declaram a inconstitucionalidade da lei produzem efeitos retroativos, considerando a lei inválida desde sua origem. Dessa forma a decisão invalida todos os atos anteriores praticados com base na lei declarada inconstitucional, desautorizando a invocação de qualquer direito com fundamento no diploma legal declarado inconstitucional.

1.1 Fundamentos Para Relativização da Teoria da Nulidade

O ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, adotou a Teoria da Nulidade, no que relaciona-se aos efeitos decorrentes da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, produzindo com base nessa teoria, efeitos *ex tunc*, aquele que retroage a data da criação da norma, como se a mesma nunca houvesse existido, conforme mencionado no tópico anterior. Entretanto, como ensina Barroso (2020, p. 298) a norma, muitas vezes, traz apenas o início da solução, já os fatos, por sua vez, passa a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto que traz cada vez mais, situações mais complexas e plurais.

Dessa forma, como uma maneira de se atualizar e também acompanhar a evolução das relações sociais, bem como, garantir direitos constitucionalmente

previstos, as leis 9.868/99 e 9882/99, trouxeram a previsão de modulação dos efeitos temporais em decisão obtida em controle de constitucionalidade. Essa possibilidade foi pensada com o intuito de preservar a confiança investida no ordenamento jurídico, salvaguardando o direito das pessoas que, de boa-fé, efetuaram atos jurídicos nesse ínterim entre a entrada em vigor da lei e o reconhecimento de sua anticonstitucionalidade.

O termo “modulação dos efeitos temporais” é compreendido como uma forma de administração constitucional que busca lindar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma dada norma e, abarcando justamente essa modulação de efeitos, o art. 27 da lei 9.868/99 previu essa oportunidade.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O mesmo foi aplicado também da lei 9.882/99 que, igualmente em seu art. 11:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O fundamento para a manipulação dos efeitos temporais, como se pode perceber, é a segurança jurídica e/ou excepcional interesse social, de modo a estorvar que a declaração de inconstitucionalidade acarrete mais danos que traga benefícios, assegurando, dessa forma, valores constitucionalmente garantidos.

A Segurança Jurídica, auferida alicerce da própria Constituição, em seu preâmbulo e no *caput* dos artigos 5º e 6º, se baseando na garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas num dado ordenamento jurídico, proporcionando plena ciência aos cidadãos e resguardando-se de eventual e futura alteração legislativa.

Os direitos das pessoas resguardados constitucionalmente também são baseados no Princípio da Segurança Jurídica que se transpõe na proteção aos direitos conferidos à sociedade, demonstrando-se como um meio para que se possa alcançar a justiça. Desta vênua, a declaração de inconstitucionalidade de um diploma normativo, para que seja legítimo, deve observar os princípios e garantias constitucionais, em especial a segurança jurídica, como já debatido, a proporcionalidade, a boa-fé, e a presunção de constitucionalidade das leis.

Se retira também como fundamento, no art. 27 da lei 9.868/99, o excepcional interesse social que roborar o sentido de interesse público, interesse de determinada população da população que poderá ser atingida pela declaração de Inconstitucionalidade. Desse modo, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, é fundamental levar em consideração a realidade social, bem como as consequências da decisão para o público afetado.

O artigo 27 da referida lei, traz ainda em seu texto, a exigência de um quórum especial de dois terços. Isso demonstra a figura insólita da medida de ponderação da Teoria da Nulidade para que somente seja aplicada aos casos em que seja verificado a premência necessidade de se guardar e garantir a segurança jurídica e/ou interesse social.

Depreende-se com base nesses argumentos, que o fundamento para a flexibilização da Teoria da Nulidade, reside na intenção de que o julgador tem de impossibilitar efeitos danosos às relações jurídicas já concretizadas com base na lei declarada inconstitucional. Sendo isso feito em concordância com todos os princípios e direitos constitucionalmente previstos, proporcionando, dessa forma, o mínimo da previsibilidade necessária que um Estado Democrático de Direito precisa e deve garantir aos seus cidadãos.

2. TÉCNICAS DE DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como foi possível perceber no decorrer deste artigo, apesar de ter a Teoria da Nulidade como regra, o Direito Brasileiro vem admitindo, contudo, a relativização desse dogma em cada caso concreto, nos quais, a retroatividade plena dos efeitos da norma provocaria um cenário ainda mais danoso do que sua manutenção no ordenamento.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal adota ainda, além da modificação dos efeitos temporais, estudada anteriormente, técnicas de decisões intermediárias, as quais procuram, ou tem por finalidade, conservar o ato normativo contestado ou minorar os abalos adversos que decorreriam da constatação de nulidade plena da norma.

Sobre decisões as decisões intermediárias, Barroso traz a seguinte classificação:

As decisões intermediárias podem assumir a natureza de decisões interpretativas e de decisões manipulativas (ou modificativas)²⁰⁸. As decisões interpretativas são aquelas em que o Tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída de seu programa normativo, tal como positivado pelo legislador, determinando, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição, ou suprimindo significados inconstitucionais. As decisões manipulativas, a seu turno, atribuem aos dispositivos interpretados significados que não podem ser diretamente extraídos de seu programa normativo, procurando modificar o seu conteúdo, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição. Nessa hipótese, há uma atuação positiva da Corte, com adição ou substituição do sentido normativo atrelado ao texto. (Barroso, 2019, p. 105).

2.1 Decisões Interpretativas

Decisões interpretativas são as que, ao decretar a constitucionalidade de um preceito normativo, não atuam sobre o seu texto, mas atinge unicamente o significado dele entendido, para então suprimir ou estabelecer significado coadunável com a Constituição, ou seja, fixam um sentido para que a norma que esteja de acordo com a Lei Maior, com base em uma interpretação que poderia ser extraída do texto já constante na norma objeto do controle.

A Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade e o Apelo ao Legislador; a Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem Redução de Texto; a Interpretação Conforme a Constituição e; a Declaração de Lei Ainda Constitucional em Trânsito para Inconstitucionalidade são os tipos de decisões interpretativas mais aceitas pela doutrina e jurisprudência atualmente.

De acordo com a doutrina prevalecente, os fundamentos justificadores da adesão de decisões interpretativas residem no Princípio da Supremacia da Constituição e no Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis.

O Princípio da Supremacia da Constituição é de análise obrigatória em todo o processo de interpretação das leis, pois é considerado o princípio orientador do intérprete ao aplicar as normas jurídicas. Este princípio ensina que a interpretação de

toda lei deve iniciar-se a partir da Constituição, pois a mesma é a base de fundamento de todo o ordenamento legal.

O Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis, por sua vez, ensina que, de modo geral, as leis infraconstitucionais gozam de presunção de constitucionalidade relativa, desse modo, o Poder Judiciário só poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo quando realmente não lhe restar outra alternativa, devendo, por exemplo, dar interpretação conforme a constituição quando houver a possibilidade de se retirar do texto impugnado sentido plausível com a norma constitucional.

2.1.1 Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade e o Apelo ao Legislador.

Esta técnica de decisão intermediária é a que mais aprotingua da remodelação temporal dos efeitos. Nesse caso, a técnica consiste na afirmação da inconstitucionalidade da lei, sem a imposição de sua nulidade, ou seja, o Tribunal reconhece a incompatibilidade da norma para com a Constituição, no entanto, mantém seus efeitos não pronunciando sua nulidade e formula um apelo do legislador para que, dentro de um determinado prazo, produza uma norma que seja compatível a Lei Maior sob pena de ensejar vácuo normativo.

O Supremo Tribunal Federal recorreu a esta técnica ao analisar a inconstitucionalidade da lei que instituiu o município de Luiz Eduardo Magalhães no Estado da Bahia. Este município foi criado em desacordo com art. 18, § 4º, da Constituição Federal, pois foi instituído em ano de eleições municipais e sem que existisse lei complementar federal autorizando e definindo o período em que o município poderia ser criado.

Dessa forma, devido a consolidação de diversas situações de fato e grave insegurança que surgiria caso fosse proferida a nulidade da norma, o Tribunal declarou sua inconstitucionalidade, todavia, não pronunciou sua nulidade pelo período de 24 meses e, fez apelo ao legislador para que, dentro do prazo, elaborasse uma lei a qual sanasse esse vício.

2.1.2 Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem Redução de Texto.

Nesta técnica, a norma utilizada no controle de constitucionalidade compreende mais de um significado possível e a decisão expressa pelo Tribunal importa em uma verdadeira pronúncia de inconstitucionalidade com nulidade aplicada exclusivamente a um significado da norma, não sendo afetado seu texto e

outros significados admissíveis que não seja aquele expressamente excluído pela Corte.

O Tribunal Superior Constitucional se vale bastante dessa técnica em caso de algumas leis tributárias que trazem a previsão de cobrança de algum tributo sem a observância ao Princípio da Anualidade. Dessa forma, a norma tributária está perfeitamente de acordo com a Constituição, no entanto, a lei não atenta ao Princípio da Anualidade e estabelece que o tributo seja exigido no mesmo exercício financeiro no qual foi publicado. Sendo assim, o Tribunal afasta apenas uma incidência de hipótese, que seria a cobrança dos tributos no mesmo exercício financeiro.

2.1.3 Interpretação Conforme a Constituição.

A técnica de Interpretação Conforme a Constituição está prevista no parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99 e fundamenta-se numa declaração condicionada de constitucionalidade de uma norma que possui mais de um significado, desse modo, é considerado como harmonizável com a Lei Constitucional um único significado do texto normativo, de modo que os restantes sejam considerados inconstitucionais.

Um exemplo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal desta estratégia foi na aferição de apenas uma interpretação, àquela mais condizente com a Constituição ao art. 114, I, IV e IX da CRFB/88. Este artigo abrangia mais de uma interpretação possível pois havia espaço para a interpretação no sentido de que a Justiça do Trabalho estava apta a julgar unicamente ações que versarem sobre relação de trabalho ou também, as ações decorrentes de relação de trabalho incluindo as que versassem sobre matéria penal. Dessa forma, o Tribunal entendeu que a Justiça do Trabalho goza de competência para apreciar apenas ações decorrentes da relação de trabalho, lhe excluindo dessa forma, o exercício da jurisdição penal pois a abrangência da jurisdição penal para a Justiça do Trabalho nesses casos, afrontariam os princípios constitucionais do juiz natural e também o da legalidade, que são considerados como cláusulas pétreas.

Por vezes, pode haver uma confusão entre a Técnica de Interpretação Conforme a Constituição com a Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem Redução de Texto. No entanto, há diferença entre elas pois a primeira corresponde a um juízo positivo a respeito de um significado ou valor atribuível a uma norma infraconstitucional, ou seja, apenas o significado é consentâneo com a Constituição, ao passo que os demais são inconstitucionais. A segunda, implica em um juízo negativo, indicando um significado a ser suprimido, de modo que os demais, são considerados compatíveis com a carta Magna.

2.1.4 Declaração de Lei ainda Constitucional em Trânsito para a Inconstitucionalidade.

Esta técnica, também conhecida como “Constitucionalidade Progressiva” é empregada pelo tribunal para o reconhecimento da constitucionalidade de certa norma, mas apenas enquanto perdurar a situação fática que a justifica, de modo que, finda tal situação, a lei se tornaria inconstitucional. Com base nisso, a corte constitucional deixa de declarar a inconstitucionalidade da lei em face de uma situação concreta.

Um exemplo de utilização dessa técnica pelo *pretório excelso* está na decisão que apreciou a constitucionalidade do prazo em dobro disponibilizado à Defensoria Pública no que diz respeito a matéria penal, não obstante o Ministério Público não dispor do mesmo privilégio, tendo em consideração o Princípio da Isonomia e do Devido Processo Legal. A Corte esclareceu que a Defensoria Pública, não está ainda plenamente estruturada tal como o *Parquet* e a lei, devido a situação concreta vivenciada pelo órgão, será considerada constitucional enquanto o mesmo não estiver organizado e estruturado de tal maneira que o possibilite de exercer o seu mister em posição isonômica com o Ministério Público. Sendo que, no momento em que essas circunstâncias de fato se implementar, a lei tornar-se-á inconstitucional.

3. DECISÕES MANIPULATIVAS, DECISÕES MANIPULATIVAS ADITIVAS E DECISÕES MANIPULATIVAS SUBSTITUTIVAS

As decisões manipulativas podem ser consideradas como técnicas de decisão por meio da qual o interprete introduz novos conteúdos nas normas que não poderiam ser extraídos diretamente do seu texto normativo, com interesse de harmonizá-la com a Constituição. Já as técnicas de decisões interpretativas, estudadas anteriormente, não há atuação do intérprete sobre o texto normativo, atingindo apenas seu significado, ao passo que nesta, há a inserção de conteúdos que não decorrem de texto original.

Não esgotaremos neste artigo todas as decisões manipulativas existentes, apenas mencionando as mais utilizadas pela Suprema Corte Brasileira.

As decisões manipulativas aditivas são aquelas em que o julgador amplia seu âmbito de incidência, alargando a amplitude da redação legal em virtude de uma omissão parcial constante no seu texto normativo. Nesse caso, há uma adição de conteúdo à norma.

O Supremo Tribunal Federal se valeu desta técnica na ocasião em que admitiu a possibilidade de paragem de gestação de fetos anencéfalos, uma vez que o art. 128

do Código Penal Brasileiro não expunha essa possibilidade como uma excludente de ilicitude. Dessa maneira como a previsão não poderia ser extraída do texto normativo, não haveria a possibilidade de se utilizar da técnica de interpretação conforme a Constituição. Entretanto, reconhecer essa possibilidade de interrupção da gestação como excludente de ilicitude era a única solução possível para suprir tal omissão.

A técnica de decisão manipulativa substitutiva declara a inconstitucionalidade parcial de uma lei, preenchendo judicialmente disciplina declarada inconstitucional por outra. Desse modo, a Corte Constitucional decreta a inconstitucionalidade de parte de uma lei ou ato normativo e, além disso, substitui a regra inválida por outra criada pelo próprio tribunal afim de que se torne consentânea com a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal utilizou-se desta técnica na oportunidade em que afastou a possibilidade do cabimento de ação penal condicionada a representação na conjuntura de violência doméstica contra a mulher. A corte Suprema sustentou que sujeitar a vontade da mulher a representação dadas as circunstâncias de resignação à violência física e psicológica e eventuais situações de dependência econômica acarretava a situação de incumprimento do dever estatal de reprimir a violência doméstica.

Com base nesse ocorrido, a Suprema Corte não apenas declarou a inconstitucionalidade da norma, como supriu o vácuo deixado pela declaração de inconstitucionalidade de modo a determinar que, na hipótese, o ilícito se submete a ação penal pública incondicionada, exatamente porque somente essa espécie estaria apta a promover a adequada concretização das normas constitucionais em questão.

3.1 Decisões Manipulativas e o Princípio da Separação dos Poderes

A Teoria da Separação dos Poderes foi desenvolvida por Charles de Montesquieu (1689-1755) em seu livro " O Espírito das Leis", objetivando, de modo geral, impedir a concentração de poderes políticos em uma única autoridade, organizando os poderes com uma divisão tripartite, contemplando, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário o quais possuem funções típicas e também atípicas. Vale mencionar que a separação dos poderes está contemplada na Constituição Federal em seu art. 2º e é protegida como cláusula pétrea consoante o art. 60, § 4º.

Passemos agora a explanar um pouco sobre a funções típicas e atípicas de cada poder para traçar um linha de raciocínio facilitando, dessa forma, o entendimento.

Ao Poder legislativo, de modo geral, cabe, de maneira típica, a tarefa de legislar, ou seja, formular normas gerais e abstratas, bem como, fiscalizar o poder executivo. Atipicamente o legislativo exerce função administrativa, quando, por exemplo, dispõe sobre organização estrutural de seus órgãos e realiza licitações. Um exemplo de atuação jurisdicional atípica do legislativo, se dá quando o mesmo julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade na forma do art. 52, I da CRFB/88.

Ao Poder executivo, por sua vez, compete tipicamente, a administração dos entes federativos e ainda, a implantação de ações e políticas públicas. O chefe do executivo, ao editar medidas provisórias, exerce atipicamente função legislativa. Um exemplo de função atípica do executivo na esfera jurisdicional, vale mencionar, o julgamento de processos administrativos internos.

O Poder Judiciário encarrega-se, de modo típico, por meio do devido processo legal, a solução de conflitos emitindo juízo de caráter definitivo. Atipicamente, o poder judiciário exerce função administrativa quando dispõe sobre, por exemplo, sua organização estrutural interna por meio de regimentos internos.

Observando isso, podemos perceber que, para manter o equilíbrio, a Teoria da Separação dos Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and balances*) designou autonomia para cada poder e, ao mesmo tempo, limites entre os poderes, dessa forma, há um controle de um poder por outro poder de modo que, cada poder tivesse autonomia para exercer sua função e ainda, seria controlado pelos outros poderes evitando o abuso no exercício de seus respectivos papéis.

Trazendo este entendimento da separação dos poderes para a seara das decisões manipulativas, temos na doutrina, como principal crítica, justamente o Princípio da Separação de Poderes, pois o Poder Judiciário ao dar provimentos manipulativos estaria acrescentando normas gerais e abstratas no ordenamento jurídico, e isso vai além de sua função de julgador, trazendo para si a função de regulamentar situações fáticas, tarefa esta reservada para o Poder Legislativo.

Ocorre que a Suprema Corte Brasileira como já dito neste artigo, é a guardiã da Constituição e por isso, tem a incumbência de proteger e, sempre que possível, dar o seu melhor para se fazer concretizar os direitos fundamentais nela previstos. Conforme esse entendimento, Barroso ensina que:

As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos

quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contra-majoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia. (Barroso, 2020, P.439)

Desse modo, a adoção pela Corte Constitucional Brasileira de, em casos excepcionais, proferir sentenças manipulativas e, dessa forma, atuar como um legislador positivo vem se tornando uma necessidade institucional, tendo em vista as omissões do Poder Legislativo e consequente subtração de direitos fundamentais.

Assim sendo, considerando o Princípio da Supremacia da Constituição, devem os poderes do Estado atuarem de forma conjunta no sentido de garantir a concretização dos preceitos e direitos fundamentais previstos nesse ordenamento superior.

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, vem alargando sua competência justamente como uma forma de se fazer valer os direitos fundamentais, a segurança jurídica e o interesse social pois, a corte está em posição de protetora da Constituição e, sabendo que os imperativos materiais da situação concreta, quando está em jogo a segurança jurídica, direitos fundamentais e o interesse social, sobrepõe-se à considerações orgânicos-funcionais devendo o Tribunal Constitucional pender para a efetivação do direito fundamental em jogo.

Sobre isso, Barroso ensina que:

Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o Direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com

todas as suas implicações para a legitimidade democrática.
(Barroso, 2020, P. 444)

Com base nesse entendimento, pode surgir a seguinte indagação: a judicialização da política gera a politização do Judiciário?

A judicialização da política significa dizer que questões que estão tradicionalmente nas mãos da política passam a ser tratadas pelo Judiciário, como por exemplo, as decisões manipulativas proferidas pelo Supremo Tribunal.

Já no quis dizer respeito a politização do Judiciário, é a referência que se faz a quebra de imparcialidade, ou seja, a violação do princípio da Separação dos poderes, por estar fugindo da competência de dizer o direito, para então se aproximar da figura do legislador positivo.

O entendimento majoritário, ensina que a resposta a esta pergunta seria negativa, pois em bases excepcionais, pode-se atribuir ao poder judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, vierem a embaraçar a eficácia e a integridade de direitos fundamentais impregnados de estatura constitucional.

Dessa forma, é possível perceber que as decisões manipulativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal operam de forma proveitosa por atuar de forma a fazer valer direitos previstos no ordenamento constitucional, tendo em vista que a mesma é considerada como guardiã da Constituição e, por isso, deve velar pela concretização dos direitos fundamentais nela consagrados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, foi analisado no decorrer deste artigo, um pouco sobre a Teoria da Nulidade e a sua relativização por meio da da modulação temporal dos efeitos nas declarações de inconstitucionalidade.

A modulação temporal dos efeitos é, conforme já mencionado, a delimitação dos efeitos temporais pelo julgador, onde o mesmo, ao invés de dar efeitos *ex tunc*, àquele adotado pela Teoria da Nulidade, utiliza-se de outros mecanismos, modificando dessa forma, os efeitos da decisão.

A viabilidade de modulação dos efeitos temporais nas declarações de inconstitucionalidade veio positivada através das leis 9868/99 e 9882/99 em seus respectivos arts. 27 e 11 que diz que o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que

ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou em outro momento que venha a ser fixada pela corte.

Assim, foi possível concluir que a mitigação da Teoria da Nulidade somente é autorizada em caráter excepcional onde a declaração de inconstitucionalidade, caso não seja modificado seus efeitos, traria danos irreversíveis à segurança jurídica - que é a garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas - e/ou ao interesse social, interesse daqueles que serão atingidos com a declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente, foram analisadas as técnicas de decisões, em sede de controle de constitucionalidade, que já foram utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, técnicas estas que foram desenvolvidas com o objetivo de produzir uma solução para casos não abrangidos pela norma, ou seja, como uma forma de dar respostas para os problemas concretos que não eram encontradas de maneira completa no diploma normativo em questão.

As técnicas de decisões interpretativas são aquelas que não alteram a redação da norma, atingindo unicamente o significado dela entendido, já as técnicas de decisões manipulativas, o intérprete introduz novos conteúdos na norma, os quais não poderiam ser extraídos do seu texto original.

Dentre as técnicas de decisões interpretativas analisadas neste artigo, podemos concluir que as mesmas foram desenvolvidas como uma forma de preservar os atos legislativos, bem como, de acordo com o Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis, evitar sua declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a sobrecarga e crise de funcionalidade que passa o Poder Legislativo.

No que diz respeito as técnicas de decisões manipulativas, àquelas em que o intérprete dá novas acepções à norma, os quais não poderiam ser extraídos de seu texto original, vem sendo utilizada como uma forma de se fazer concretizar direitos fundamentais que seriam subtraídos por não se encontrar fornecido na norma a resposta buscada no caso concreto.

No que diz respeito ao princípio da Separação dos Poderes e as decisões manipulativas, vimos que existem algumas críticas, pois o judiciário estaria exorbitando da sua competência. No entanto, o Poder Judiciário recorre a esse tipo de decisão nas situações em que ela se torna imprescindível para se fazer concretizar os direitos fundamentais, e o Tribunal Constitucional Brasileiro, com o papel de guardião da Constituição e, em casos excepcionais, deve velar pelos direitos fundamentais nela estabelecidos.

Por fim, vale mencionar que, a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, que para muitos fere o Princípio da Separação dos Poderes e por isso é inadmissível, vem se tornando, em muitos casos, uma necessidade pois o Poder Legislativo atualmente passa por uma crise de inadequação funcional e representativa, e isso não pode ser considerado como motivo plausível para afastar o alargamento da competência do Judiciário, pois este o faz por causa de valores muito maiores, quais sejam, os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Editora Saraiva, 2019. [Minha Biblioteca].2020-10-25.

BASTOS, Thomaz Ahrends Torelly. **A modulação de efeitos temporais na jurisdição constitucional**: pressupostos, técnica e aplicação no controle concentrado. Dissertação - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/204424>. Acesso em: 2020-09-12

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O papel criativo dos tribunais - técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade**. Disponível

em:<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf&ved=2ahUKEwjTvfWz39DsAhVZDrkGHT9qDLkQFjABegQIARAF&usq=AOvVaw1Ii9lOntgl3b-vjwuqIRp9&cshid=1603663558371>. Acesso em: 2020-09-22

BRASIL. Lei 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da **Ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 2020-10-19

BRASIL. Lei 9882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 2020-10-19.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: centro gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. **Código Civil**.

BRUST, Leo. **a interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas**. Revista Direito GV. Disponível em: https://direitos.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf. Acesso em: 2020-08-13.

COELHO, Enéias dos Santos. **A modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade**. 2013. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade/>. Acesso em: 2020-09-25.

FRAZÃO, Alexandre Costeira. **Declaração de Inconstitucionalidade por tribunais fiscais**. Jus.com.br. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18481/declaracao-de-inconstitucionalidade-por-tribunais-administrativos-fiscais/3>. Acesso em: 2020-08-23

FERRAZ. Sampaio Jr., Tercio. **Teoria da Norma Jurídica**, 5ª edição. Grupo GEN, 2016. [Minha Biblioteca].

GODOY, César. **O controle difuso da constitucionalidade**. Jus.com.br. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78455/o-controle-difuso-da-constitucionalidade>. Acesso em: 2020-08-14.

MENDES. Ferreira Gilmar. Série IDP - **Jurisdição Constitucional em 2020**. Editora Saraiva, 2016. [Minha Biblioteca].

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, 9ª edição. Editora Saraiva, 2007. [Minha Biblioteca].

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Ricardo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 10ª edição. Grupo GEN, 2013.

PASSOS, Anderson Santos dos. **A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade**: A produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o Sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Âmbito Jurídico. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>. Acesso em: 2020/08/06.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **A modulação temporal de efeitos dos provimentos jurisdicionais de controle de constitucionalidade**: conteúdo essencial e aplicabilidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de

Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Doi: 10.11606/D.2.2013.tde-02092014-170236. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02092014-170236/pt-br.php>
Acesso em: 2020-10-12

STERNICK, Daniel. **Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária**: parâmetros para aplicação do art. 27 da Lei 9868/98. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16686.PDF>.
acesso em: 2020-10-25.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial**. 2006. Disponível em: <http://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>. Acesso em: 2020-08-14.

Roberto, Barroso, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: **Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora Saraiva, 2019. [Minha Biblioteca].

REFORMA TRABALHISTA: O DIREITO DE ACESSO EFETIVO DO TRABALHADOR À JUSTIÇA

JÉSSICA PEREIRA DE MORAIS

OSNILSON RODRIGUES DA SILVA ^[1]

LEONARDO NAVARRO AQUILINO ^[2]

(Orientadores)

RESUMO: Este trabalho realiza uma abordagem sobre o direito de acesso efetivo do trabalhador à Justiça, uma vez que o interesse de agir é o primeiro passo que sustenta o direito de acesso à justiça com fundamento no binômio “necessidade/adequação do meio”, isto é, quem o tem deve apresentar a necessidade de ir a juízo pedir uma solução, devendo fazê-lo através do meio adequado para tal. Essa é uma condição que não pode ser negada a nenhum qualquer cidadão, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV consagra o direito de ação ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Os objetivos do estudo consistem em analisar as implicações jurídicas da falta de acesso efetivo do trabalhador à Justiça; descrever os princípios específicos do Direito do Trabalho para a garantia de acesso do trabalhador à Justiça; analisar o conjunto histórico da formação da Consolidação das Leis do Trabalho com a instituição do jus postulandi, que faculta aos trabalhadores o acesso e a postulação de ação na Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Reforma Trabalhista. Acesso à Justiça.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Os princípios do direito do trabalho e o acesso à justiça; 3. A consolidação das leis do trabalho; 4. A consolidação das leis do trabalho; 5. A reforma trabalhista; 5.1 Justiça gratuita; 5.2 Honorários Periciais; 5.3 Honorários sucumbenciais; 5.4 Consequências do não comparecimento à audiência inicial; 5.5 Termo de quitação anual; 5.6 Cláusula arbitral; 6. Conclusão; 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista criada pela lei 13.467/2017, teve sua vigência no dia 11 de novembro de 2017, trouxe diversas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. Entre as alterações, a também chamada de nova Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trouxeram modificações em dispositivos que provocam limitações ao acesso à Justiça, em especial à gratuidade de Justiça.

O acesso à Justiça está previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, como também no artigo 8º da 1ª Convenção Internacional sobre Direitos

Humanos de São José da Costa Rica, a que ponto o Brasil é signatário, e que garante ao acesso à Justiça a prerrogativa de Direitos Humanos. A reforma trabalhista alterou as regras de custas processuais, benefício de justiça gratuita, honorários de sucumbência e periciais que refletem diretamente no direito de acesso à justiça.

Nesse contexto, o objetivo geral do trabalho consiste em investigar de que forma as alterações na reforma trabalhista dificultaram o acesso do trabalhador à Justiça. Para tanto, foram definidos os seguintes objetivos específicos: I- descrever os princípios específicos do direito do trabalho para a garantia de acesso do trabalhador à justiça; II- compreender o conjunto histórico da formação da consolidação das leis do trabalho com a instituição do *jus postulandi*, que faculta aos trabalhadores o acesso e a postulação de ação na justiça, III) evidenciar como a reforma trabalhista limitou ao trabalhador no acesso à Justiça do Trabalho.

Este estudo tem como finalidade abordar a temática relacionada ao acesso do trabalhador a Justiça. Por esse motivo, justifica-se a discussão do tema, pois, pode-se afirmar que é a condição de cidadão que assegura ao indivíduo ter acesso à justiça principalmente porque a expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são considerados fundamentais em razão de sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de progredir e de participar plenamente da vida.

O interesse de agir é essencial, a qual sustenta o direito de acesso à justiça com fundamento no binômio "necessidade/adequação do meio", isto é, quem o tem deve apresentar o dever de ir a juízo pedir uma solução, devendo fazê-lo através do meio adequado para tal. Essa é uma condição que não pode ser negada a todo e qualquer cidadão, uma vez que a Constituição Federal é uma condição que não pode ser negada a todo e qualquer cidadão, uma vez que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV consagra o direito de ação ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Por esse motivo, se faz necessário refletir a respeito das implicações do art. 5º, inc. XXXV e sua correlação com o direito de acesso à justiça é um importante meio de aprofundar a discussão em torno da importância de se efetivar esse aspecto essencial para que cada indivíduo, homem ou mulher, venha desfrutar de maiores e melhores oportunidades de vivenciar a cidadania.

2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA.

O direito de acesso à justiça tem sido alvo de grande debate no âmbito das instituições jurídicas, uma vez que no Estado democrático de direito é cada vez maior

a reivindicação dos cidadãos pelo direito de contar com um Judiciário capaz de atender suas necessidades de maneira célere e satisfatória.

Entre os direitos assegurados constitucionalmente está o direito de acesso à Justiça. Previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV evidencia o direito de ação ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pode-se interpretar essa declaração sob os mais diversos enfoques.

Primeiro essa afirmação remete a cidadania, visto que, invariavelmente é um artigo que abarca um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da sociedade e ter direitos de acessar a justiça sempre que necessário para que possíveis conflitos ou pendências trabalhistas sejam solucionadas.

Conforme o atual ordenamento Jurídico Brasileiro é concedido o direito ao acesso à justiça como um dos mais básicos direitos humanos e através deste contexto, busca desenvolver o processo efetivo de acesso à justiça de forma justa, solidária e igualitária, com aplicação de diversos segmentos sociais e técnicas jurídicas com objetivo de contribuir para o exercício e respeito da própria cidadania.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.12)

O acesso à justiça é uma necessidade básica do cidadão e, portanto deve transpor barreiras impostas, não somente, aquelas pertinentes à jurisdição, ação, decisão, e execução entre outras, mas também as decorrentes da aplicação ao acesso a essa justiça aos mais necessitados e com menos poder de acesso devido à falta de recursos financeiros e desta forma criar movimentos para desobstruir as vias de acessibilidade, buscando a eliminação de insatisfação no cumprimento do direito ao acesso à justiça.

A palavra princípio induz, na acepção mais aceita, a ideia de “começo, início”, e nesta linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo. E mais ainda pois traz consigo, também, a ideia de “causa primeira, raiz, razão” e, nesta medida, a ideia de aquilo “que serve de base a alguma coisa”. (DELGADO, 2019, p.220)

É fundamental conhecer alguns princípios essenciais ao direito do trabalho como forma de evidenciar a correlação destes com o direito de acesso à Justiça pelo trabalhador. Entende-se que princípio é a manifestação das ideias presentes nas pessoas e grupos sociais dentro de uma realidade. Considerando ainda na mesma linha, os princípios são alicerçados de um sistema de conhecimento, quando pelas suas comprovações e evidências, seja por motivos de ordem práticas ou de caráter operacional.

“Os princípios do Direito do Trabalho são as ideias fundamentais e informadoras do ordenamento jurídico trabalhista, ou seja, constituem postuladores e diretrizes que inspiram as normas que regulam as relações de trabalho.” (ROMAR, 2019, p.48)

No sistema jurídico não há que se pensar em haver apenas regras ou apenas princípios, visto que as regras possuem conceitos fechados e invioláveis, pela necessidade da segurança jurídica e de uma estabilidade social. Por outro vértice, os princípios ajudam na compreensão e para uma melhor interpretação do Direito.

Nesse mesmo entendimento, de acordo com Romar (2019, p.48) “Os princípios devem iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos correspondentes sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões do respectivo ordenamento legal”

Diante do exposto, cabe então conhecer alguns princípios inerentes ao direito do trabalho como forma de evidenciar a inter-relação destes com o direito de acesso à Justiça pelo trabalhador.

a) Princípio da boa-fé:

De acordo com Romar (2019, p.61), “o princípio da boa-fé não é exclusivo do Direito do Trabalho, mas, neste campo, apresenta-se como complemento dos demais princípios que tem por objetivo efetivar a proteção do trabalhador e alcançar um sentido especial.”

Entende-se que o princípio da boa-fé move a pessoa a agir no sentido de não causar danos ou dolo a outrem, mas adotar ações que venham promover os direitos de todos aqueles que estão sob sua supervisão ou mesmo em favor daqueles que necessitam ver efetivados os direitos básicos de todo o ser humano.

b) Princípio da Razoabilidade:

O princípio da razoabilidade não pertence somente ao Direito do Trabalho, mas é comum a todos os ramos do direito, e se dirige não só ao empregado e

empregador, como também, sobretudo ao legislador e juízes, cada um no seu âmbito de atuação, sugerindo-lhes que atuem sempre pautados no bom senso e coerência, ou seja, nas relações de trabalho as partes e os operadores do direito devem buscar a solução mais razoável para os conflitos dela advindos.

c) Princípio protetor, ou de proteção:

Este princípio é a direção que regula todo o sentido da criação do Direito do Trabalho, na parte de proteger a parte mais frágil na relação jurídica, ou seja o trabalhador, que até o surgimento de normas trabalhista, se via desprotegido em relação ao empregador.

Este princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador enquanto parte economicamente mais fraca da relação de trabalho e visa assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação, permitindo que se atinja uma isonomia substancial e verdadeira entre eles. "Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente", (ROMAR, 2019, p.53)

Neste sentido, o princípio protetor infere que o empregador é o possuidor do poder econômico, deste modo ficando em situação elevada, sendo assim, ao empregado será conferida uma vantagem jurídica que buscará equiparar as partes e suprir esta diferença.

Todavia, esse princípio foi afetado pela Reforma Trabalhista, Romar (2019, p.54) explica que: " De fato, considerado a espinha dorsal do Direito do Trabalho, pode-se dizer que o princípio da proteção ao hipossuficiente, embora não tenha sido extinto, foi afetado pela Reforma Trabalhista". Em outras palavras, a sistemática do Direito do Trabalho, fundada na proteção do trabalhador quando parte hipossuficiente na relação laboral, ficou modificada, o que alterou significativamente este princípio.

d) Princípio da primazia da realidade

Compete ao jurista, quando se manifestar, afastar a situação fictícia e atribuir a definição concreta, nos moldes estabelecidos pelos artigos 2º e 3º da CLT. Nesse contexto, para o direito do trabalho deve prevalecer as ações reais sobre as formas, pois o que importa é o que de fato ocorreu no caso concreto e não o que está escrito no contrato, o princípio da primazia da realidade visa proteger o trabalhador, já que o empregador dentre outras situações, poderia sujeitar o empregado a assinar documentos contrários aos fatos e seus interesses, mesmo porque em decorrência

da relação de trabalho por vezes o trabalhador sujeita-se às ordens do empregador, mesmo contra a sua vontade.

Por isso, é necessário destacar que os fatos comprovados devem ser preponderantes quando se torna necessário resolver uma lide que desequilibra a relação de trabalho. Importante também ressaltar que esse princípio atua em todas as fases da relação trabalhistas, excetuando a hipótese do trabalhador admitido com emprego público sem prestar concurso público, nos moldes consubstanciado pelo inciso II, do art. 37, da Constituição vigente.

e) Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade

Este princípio defende a ideia de que o empregado não pode antes da admissão, no curso do contrato de trabalho ou após o seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita, posto que alguns direitos trabalhistas são de caráter irrenunciáveis, não podendo servir de objeto de barganha.

Nesse sentido, este autor destaca que vale tomar como exemplo o art. 9º da CLT que declara como nulo todo ato que vise deturpar, embaraçar ou fraudar a legislação trabalhista, no mesmo sentido o art. 468 da CLT, considera nula toda alteração contratual que gere prejuízo ao trabalhador, para reforço do entendimento temos o art. 444 também da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, mas desde que não se contraponha aqueles previstos na lei e nas normas coletivas.

f) Princípio da continuidade da relação de emprego

Este princípio visa proteger ou preservar o vínculo trabalhista, tem como finalidade proteger e agregar o trabalhador à organização empresarial, dando segurança econômica ao trabalhador. Nesse mesmo sentido, para Romar (2019, p.58) " A continuidade da relação de emprego como princípio do Direito do Trabalho fundamenta-se no fato de que nela está a fonte de subsistência e de sustento do empregado e de sua família, tendo nítida natureza alimentar. "

Sendo assim, mesmo que venha ocorrer mudanças ou alterações na estrutura jurídica da empresa não pode haver alterações quanto aos contratos de trabalhos já estabelecidos. Além do mais, uma das características deste princípio é que este indica o contrato por tempo indeterminado. Consequentemente os contratos por tempo determinado são exceções e somente nas hipóteses prevista em lei.

3. A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho foi elaborada mediante a promulgação do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, recebendo a sanção pelo então presidente da República Getúlio Vargas, durante a vigência do Estado Novo.

A CLT reuniu toda a legislação do trabalho que existia no país, tornando-se um marco no que tange a solidificação dos direitos do trabalhador segundo o que postulava a legislação brasileira nesse campo. Ela nasceu com a finalidade de regulamentar as relações individuais e coletivas no campo do trabalho. De forma objetiva a CLT foi promulgada mais como uma necessidade institucional durante o período pós criação da Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho tem, desde a sua origem, o objetivo de assegurar que os direitos e deveres do trabalhador sejam protegidos e efetivados, mediante a garantia de que o acesso à Justiça seja facilitado para que este tenha conhecimento a respeito das demandas que lhe favorecem na relação entre patrões e empregados.

O artigo 5º, inc. XXXV da Constituição Federativa do Brasil, mostra que a própria Constituição Federal, por todos os meios possíveis assegura ao cidadão que seja respeitado o direito do cidadão trabalhador a ter acesso amplo e pleno à justiça como forma de garantir que o Estado moderno atenda às suas necessidades quando do surgimento de conflitos no meio social.

Deste modo, pode-se afirmar que o cidadão, quando se sente impelido a acionar os meios jurídicos e alternativos de resolução de conflitos precisa compreender que isso é um direito inalienável, não podendo ser negado, independentemente de sua situação social.

4. A INSTITUIÇÃO DO JUS POSTULANDI

O jus postulandi surgiu junto com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, foi então quando teve sua existência na Justiça do Trabalho. O jus postulandi é a capacidade postulatória, ou seja, a condição técnica para postular em juízo.

“O instituto do Jus Postulandi no processo do trabalho está estreitamente ligado ao princípio do acesso à justiça, consubstanciado no artigo 5º, XXXV da CRFB/88, incluído no rol dos direitos e garantias fundamentais.” (FERREIRA, ROCHA, RODRIGUES, 2020, p.7)

Tanto reclamante como reclamado, têm a possibilidade de postular sem a representação de um advogado na Justiça do Trabalho, esse direito estar previsto no

art. 791 da CLT “Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a justiça do trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. ”

O Jus Postulandi figura como um dos principais instrumentos processuais no que tange à garantia constitucional do acesso à justiça, vislumbrando exaltação por grande parte dos operadores do Direito, pois seria uma forma de garantir àqueles que não possuem um efetivo poder econômico, o direito de guerrear no judiciário em busca de seus interesses. (FERREIRA, ROCHA e RODRIGUES, 2020, p.1)

O art. 5º, XXXV, diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não se limita a dizer que somente os advogados têm capacidade postulatória, indica também uma obrigação do Estado de prestar tanto a assistência como prover os meios para que o cidadão tenha acesso à prestação jurisdicional.

Pode-se observar que o Estado dispõe de alguns recursos para facilitar o acesso à justiça, tais como o Ministério Público cuja atividade está prevista no artigo 129 da Constituição Federal que de modo geral tem por escopo zelar pelas causas de interesse público, também há a Defensoria Pública cuja finalidade é representar as pessoas que comprovadamente não tem condições financeiras de pleitear seus direitos em juízo, porém, este atende somente aos casos criminais, civis, familiares, os Juizados Especiais e Delegacia da Mulher.

Na Justiça do Trabalho não há a figura do Defensor Público a fim de defender os menos favorecidos financeiramente, porém, se tomarmos o preceituado no artigo 134 da CF, entende-se que haveria obrigatoriedade de tal prestação jurisdicional também na Justiça do Trabalho.

Art. 134 CF – 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.

Como forma de suprir essa falha, o artigo 791, parágrafo 1º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz a possibilidade de o empregado ou empregador que desejar seja representado pelo sindicato de sua categoria, preceito este reforçado no artigo 839 da mesma CLT, juntamente com a lei 5.584/70 nos artigos 14 e 18 garantem ao trabalhador a assistência pelo sindicato da classe, mesmo que o obreiro não seja associado, porém, traz algumas restrições, tais como receber salário inferior ou igual ao dobro do mínimo legal ou, comprovando que mesmo recebendo mais,

ao demandar, sua situação econômica será prejudicada, comprometendo o sustento próprio ou da família.

Entende-se que a Constituição foi precisa em garantir o acesso à justiça para todos, mais ainda foi correta a jurisprudência em manter o artigo 791 da CLT, permitindo que cada um postule em nome próprio, sem a necessidade de representação por advogado, mas, questionamos até onde há segurança em tal forma de acesso à justiça.

5. A REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trouxe diversas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. Entre as alterações, a também chamada de nova CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), tais mudanças resultaram modificações em dispositivos que provocam limitações ao acesso à Justiça, em especial à gratuidade de Justiça.

Os dispositivos que resultaram nas modificações, estão sendo alvo da ADI 5766, a qual está pendente de julgamento perante o STF para discutir a constitucionalidade ou não dos respectivos dispositivos.

O Procurador Geral da República - PGR, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ingressou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.766), para discutir a inconstitucionalidade dos artigos 790-b, caput e § 4º, 791 - A, § 4º e 844, § 2º da CLT, alegando que os novos artigos violam as garantias constitucionais do amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados, refletindo diretamente na dignidade da pessoa humana dos trabalhadores, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na finalidade de erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais, ferindo, assim o disposto nos artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, caput, XXXV e LXXIV e §§ 2º, 7º, 8º e 9º, todos da Constituição da República.

Alguns artigos da CLT, ao serem interpretados à luz do texto constitucional, produz consequências incompatíveis com a garantia fundamental de acesso à Justiça e apresentam inconstitucionalidade por ferir normas de eficácia absoluta.

Neste seguimento, é importante mencionar alguns das alterações feitas pela reforma trabalhista que dificultam o acesso à justiça por parte dos trabalhadores, como: alteração dos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita; pagamento de honorários periciais; honorários de sucumbência; pagamento de custas na hipótese de arquivamento decorrente da ausência do trabalhador em audiência inicial; implementação do modelo de quitação anual do contrato de

trabalho; possibilidade de inserção de cláusula contratual de arbitragem para determinados empregados.

5.1 Justiça gratuita

Antes da reforma trabalhista, o empregado que declarasse que era hipossuficiente, justificando que não podia arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento, ou sustento de sua família, era concedido o benefício da justiça gratuita. Deste modo, o mesmo ficava isento do pagamento de honorários periciais quando sucumbente na perícia, bem como as despesas do processo.

O antigo texto do artigo art. 790, § 3º, da CLT, dada pela Lei n. 10.537/2002, facultava ao juiz conceder a justiça gratuita a quem recebesse até dois salários mínimos ou declarasse estado de miserabilidade.

Depois da reforma, a gratuidade da justiça, passou a ter critérios objetivos para sua concessão, o artigo 790-B, da CLT, diz que a critério do juiz, será concedido justiça gratuita àquele que receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência, e o § 4º do art. 790, o qual estabelece que "o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo".

Nota-se, que a Reforma endureceu, colocando mais obstáculos nos requisitos para concessão da justiça gratuita, no ponto, em que, anteriormente, bastava o estado de hipossuficiência para que o benefício fosse concedido.

5.2 Honorários Periciais

O antigo texto do artigo 790-B da CLT, diz que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Porém, com a reforma, esse artigo mudou totalmente, ou seja, a parte vencida na perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, deverá pagar os honorários do perito. Salvo se não obteve em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. Então, a União só responderá pelo pagamento do expert se o reclamante não alcançar valor suficiente para suportar a despesa do processo.

Com isso, se o empregado postular, por exemplo, horas extras e adicional de insalubridade, sendo vencido neste e vencedor naquele, poderá não receber nada, porque os honorários periciais poderão ser pagos com esse saldo. (GONÇALVES, 2017, p.267)

Com isso, a concessão da Justiça Gratuita não integrará todas as despesas do processo, existindo exceções. Nesse sentido, são visíveis os obstáculos impostos pela reforma ao acesso à Justiça gratuita, o empregado que for parte hipossuficiente no processo, correrá risco de ter que arcar com os gastos no processo, mesmo fazendo jus ao benefício da justiça gratuita, que poderá servir como empecilho para o requerimento de adicionais de insalubridade e periculosidade, e também para ações de indenização por doenças e acidentes causados no trabalho, que dependem da prova técnica para serem concedidos.

5.3 Honorários sucumbenciais

“Os honorários sucumbenciais são aqueles devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora em uma ação judicial. (GONÇALVES, SILVA, OLIVEIRA, CAMPOS e BRUM, 2019, p.3).”

Antes da reforma trabalhista, somente o empregador era condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, pois o empregado não poderia suportar os efeitos desse pagamento, já que haveria violação de direitos fundamentais, como da igualdade e do livre acesso ao Poder Judiciário.

Esse entendimento estava previsto na Súmula 329 e no item I da Súmula 219 do TST, entretanto era necessário suprir dois requisitos por parte do empregado, que eram: comprovar que recebe salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou que se encontrava em situação econômica que não permitia arcar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família e estar assistido pelo sindicato da categoria profissional.

Depois da reforma foi inserido na CLT o artigo 791-A com intuito de regulamentar os honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho e, por consequência revogou as Súmulas 219 e 329 do TST, alterando toda regularização desses honorários.

Vale destacar alguns pontos previsto no artigo 791-A da CLT, sendo eles: o pagamento dos honorários sucumbenciais pelo empregado, ainda que beneficiário da justiça gratuita; pagamento dos honorários em questão decorre da mera sucumbência; os honorários devem ser fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e no máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou não sendo possível mensurá-la, sobre o valor atualizado da causa; o Juízo fixará os honorários de sucumbência recíproca caso o empregador tenha sua ação julgada procedente em parte; suspensão da obrigação de pagar pelo prazo de dois anos, caso o sucumbente beneficiários da justiça gratuita não tenha obtido crédito nos autos ou em outro processo capaz de suportar o valor fixado.

Na relação jurídica o empregado é a parte hipossuficiente, geralmente seu salário não permite pagar seu próprio advogado, ainda mais o advogado da parte contrária. Dessa maneira, é indevido que ele seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, de modo que isso resultaria na impossibilidade de o empregado questionar seus direitos trabalhista judicialmente.

Em síntese, ao conceder a justiça gratuita, reconhece que o beneficiário tem não recursos para pagar custas e nem as despesas processuais sem prejudicar o sustento de sua família e dele próprio. Com isso, não deve o beneficiário estar sujeito ao pagamento de custas e despesas do processo, salvo se houver a comprovação da perda da condição de hipossuficiente.

5.4 Consequências do não comparecimento à audiência inicial

O caput do artigo 844 da CLT, sustentado pela reforma, determina que o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

O parágrafo segundo do artigo 844, incluído pela reforma, decreta que na ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas no artigo 789 da CLT, mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita.

Neste caso, a condenação só será retirada se, no prazo de 15 dias, o reclamante comprovar que a ausência se deu por motivo legalmente justificável. A comprovação acaba sendo mais uma barreira, visto que, o obreiro que não conseguir comprovar a justa causa de sua ausência terá que pagar custas, mesmo que não tenha condições de arcar terá que pagá-la, sob pena de não poder ajuizar nova ação.

5.5 Termo de quitação anual

O termo de quitação tem sua previsão no artigo 507- B, foi inserido pela reforma, que se refere a alteração envolvendo direito material que impacta significativamente o acesso à justiça dos trabalhadores, de modo que facilita o uso da pressão econômica por parte dos empregadores para obter quitações que lhe sejam favoráveis.

Deste modo, o termo de quitação anual impede que o trabalhador mais tarde questione o pactuado, por causa de ser utilizado como prova contra o empregado numa eventual ação judicial.

Além disso, esse artigo desconsidera a subordinação a qual se encontra submetido o empregado em relação ao seu empregador e também a pressão

econômica existente entre as partes dessa relação contratual, submetendo o obreiro a vício de vontade, na esperança de assim garantir o seu sustento, violando as garantias constitucionais de proteção social.

No entanto, o artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, assegura o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho: “com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Por consequência, este artigo pretende garantir que o trabalhador pode requerer seus direitos, mesmo após do término do contrato. No entanto, o termo de quitação anual do contrato de trabalho acabar retirando do trabalhador essa possibilidade, visto que ele pode ser induzido a dar quitação das verbas inadimplidas durante o curso do contrato.

5.6 Cláusula arbitral

O artigo 507-A da CLT, introduzido pela reforma, determina que, nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que a iniciativa pela pactuação da cláusula compromissória seja do empregado ou que ele concorde expressamente, nos termos previstos na Lei n.9.307, de 23 de setembro de 1996.

Tais alteração, só foi direcionada apenas a uma determinada classe de trabalhadores, e violam, dessa forma, o princípio constitucional de proteção social ao trabalho subordinado previsto no artigo 7º, I da Constituição Federal. Além disso, a Constituição garante a todos os trabalhadores subordinados, independente do salário, os mesmos direitos fundamentais sociais no princípio de justiça social, previsto no artigo 3º, I e III, 7º a 11, 170, III e VIII, e artigo 193 da Constituição Federal.

Sendo assim, o emprego da arbitragem privada como método de solução de conflitos individuais trabalhista viola o princípio constitucional do valor social do trabalho do artigo 1º, IV da Constituição Federal, já que desconsidera a condição de hipossuficiência do trabalhador subordinado, negligenciando o patrimônio social protegido pelas normas de direitos fundamentais, que são normas cogentes de direitos trabalhista.

6. CONCLUSÃO

Diante disso, verifica-se que a Reforma Trabalhista, criada pela Lei. 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou de forma significativa diversos aspectos por parte

hipossuficiente da relação jurídica processual, que dificulta diretamente o acesso à justiça.

Algumas das alterações, presume a má-fé dos trabalhadores, empregando-lhe sanções graves e desproporcionais, como por exemplo na condenação ao pagamento de custas no caso de ausência e honorários periciais, na hipótese de sucumbência na perícia, mesmo que sejam beneficiários da justiça gratuita.

Por fim, conclui-se pela presente pesquisa que, a Constituição Federal assegura o direito ao acesso à Justiça no seu art. 5º, LXXIV e a assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, previsto no art. 5º, XXXV, isso mostra que a própria Constituição Federal, por todos os meios possíveis assegura ao cidadão trabalhador que seja respeitado o direito a ter acesso amplo e pleno à justiça como forma de garantir que o Estado moderno atenda às suas necessidades quando do surgimento de conflitos no meio social.

No entanto, a Reforma Trabalhista restringe a efetiva realização do direito fundamental de acesso à justiça dos trabalhadores, ela impôs barreiras econômicas para o direito à gratuidade da justiça, e não intencionou outras vias de acesso, apenas a obstrução do acesso à justiça aos trabalhadores, deste modo, tornar-se um retrocesso sob o ponto de vista da concretização dos direitos dos trabalhadores e o seu direito de acesso à justiça.

7.REFERÊNCIAS

BARROS, Anna Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. **O jus Postulandi e o acesso à justiça no processo do trabalho.** 2019. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cb5ebb1b34ec343>>. Acesso em: 28 de setembro de 2020.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Claudio Jannotti; RODRIGUES, Gabriel Neves Bittencourt. **O Jus Postulandi na Justiça do Trabalho.** 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/1223/1141>>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

GONÇALVES, Matheus Marinho, SILVA, Eloísa Rocha; OLIVEIRA, Gabrielle Santos; CAMPOS, Waleska Yone Yamakawa Zavatti; BRUM, André Luiz de Oliveira. Honorários

sucumbenciais: a nova inclinação na Justiça do Trabalho. **Revista ÂMBITO JURÍDICO**, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/honorarios-sucumbenciais-a-nova-inclinacao-na-justica-do-trabalho/>>. Acesso em 05 de outubro de 2020.

GONÇALVES, Igor; FREITAS, Camila. A Reforma Trabalhista e o Direito Processual do Trabalho: retrocessos e violações ao direito constitucional de acesso à justiça. **Revista Boletim Científico ESMPU**, 2017. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-reforma-trabalhista-e-o-direito-processual-do-trabalho-retrocessos-e-violacoes-ao-direito-constitucional-de-acesso-a-justica.>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

CARDOSO, Jéssica Castro. O Reclamante terá justiça gratuita após a Reforma Trabalhista? **Revista Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://jessikcastro17.jusbrasil.com.br/artigos/539950762/o-reclamante-tera-justica-gratuita-apos-a-reforma-trabalhista?ref=feed>>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

MARTINS, Antero Arantes; ANDRADE, Solange Couto. Jus postulandi na Justiça do Trabalho. **Revistajus.com.br**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55490/jus-postulandi-na-justica-do-trabalh>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. 6 ed. São Paulo Saraiva 2019.

SOUSA, Leonardo Barbosa. **O Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito: A Reforma Trabalhista Na Contramão Do Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita**, 2019. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/599/1/Leonardo%20Barbosa%20de%20Sousa.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

[1] Professor da Centro Universitário Católica do Tocantins, é Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação pela Universidade Católica de Brasília - Ucb (Em Andamento), Mestre Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos Pela Universidade Federal Do Tocantins - Uft (2017), Especialista em Filosofia e Existência pela Universidade Católica de Brasília - Ucb/Df (2008), Graduado e, Filosofia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Unesp (2000) e Curso Técnico/Profissionalizante em Magistério pelo Centro de

Formação e Aperfeiçoamento do Magistério - Cefam (1994). E-mail: osnilson@catolica-to.edu.br.

[2] Professor da Centro Universitário Católica do Tocantins, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997) e especialização em Direito das Obrigações pela UNESP. E-mail: leonardo.navarro@catolica-to.edu.br.

RESSOCIALIZAÇÃO: RESGATANDO OS VALORES E RESSOCIALIZANDO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO E DA FÉ

EDSON ALEXANDRE BOREL VICENTE

JOÃO CHAVES BOAVENTURA

(orientador)

RESUMO: O Brasil é um dos maiores países da América do Sul e tem uns dos índices de dependentes químicos mais elevados, onde a educação não tem a devida importância, o governo continua a não priorizar o conhecimento, população é a que mais sofre com o analfabetismo funcional e com a maior criminalidade da América Latina. Somente através da educação pode-se preparar uma geração para o futuro através do conhecimento pode-se diminuir o alto índice dos que já foram tragados pelo vício, rejeitados e esmagados pela sociedade contemporânea. Portanto cabe a instituições religiosas acolherem uma minoria com um abraço da fé e educação, apresentando uma luz onde só havia escuridão. Já a outra parte continua a mercê do descaso de muitos governantes.

PALAVRAS-CHAVE: Ressocialização, Educação e Fé

ABSTRACT: Brazil is one of the largest countries in South America and has one of the highest rates of chemical dependence, where education is not given due importance, the government still does not prioritize knowledge, population is the one that most suffers from functional illiteracy and with the largest criminality in Latin America. Only through education can a generation be prepared for the future through knowledge can the high index of those who have already been swallowed up by addiction, rejected and driven out by contemporary society, be reduced. So it is up to religious institutions to welcome a minority with an embrace of faith and education, presenting a light where there was only darkness. The other side, however, remains at the mercy of the neglect of many government officials.

KEYWORDS: Resocialization, Education and Faith

1. INTRODUÇÃO

A intensa procura por ressocialização suscita a motivação pela qual escolheu-se o tema

“ Resgatando os valores e ressocializando através da educação e da fé. ”, nota-se a ausência gritante educação, os jovens perderam a motivação de crescimento através da educação, por muitos anos a educação e a fé foram pilares importantes

na construção da sociedade, e hoje esses pilares foram derrubados e a juventude está cada vez mais fora da escola e caminhando a passos largos para o mundo das drogas por meio das facções criminosas, que tem como ponto chave a juventude e a facilidade de acesso a ela . De acordo com o Art. 4º do ECA que diz:

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.

O que é muito visto entre os jovens nas escolas públicas, que estão em estado de completo abandono, é o crescimento do tráfico de drogas a prostituição. Os números de adolescentes do sexo feminino sendo mães com idade média entre 15 e 17 anos é preocupante, é dever tanto da família quanto do estado fazerem essa supervisão o acompanhamento dessas jovens e adolescentes, o aumento do índice de jovens infratores que deixaram a sala de aula para estarem em uma cela é alarmante o estado está com os braços cruzados fingindo que não vê, pôs é mais fácil prender do que educar.

Fazendo uma análise podemos perceber que a LDB é inspirada nos princípios de liberdade, na ideal de solidariedade e seu objetivo é o desenvolvimento do indivíduo no exercício da cidadania.

No artigo 3º da LDB também destaca os princípios de ensino que estão ligados diretamente à educação de valores que afirma:

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

2.PERSPECTIVA DA RESSOCIALIZAÇÃO: RESGATANDO OS VALORES E RESSOCIALIZANDO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO E DA FÉ

Para entendermos o que são valores, é preciso saber o que é juízo de valor. Quando olhamos ao nosso redor fazemos escolhas de alguns objetos ou pessoas, fazemos juízos que são os nossos julgamentos da realidade que talvez estejam errados ou certos. Sobre isso Aranha e Martins (2005, p.197) enfatizam: "Avaliar, identificar, reconhecer e apreciar o valor é importante para que possamos escolher

bem. " Portanto para que possamos viver bem existe a necessidade de fazemos escolhas coerentes, saudáveis e lúcidas.

Enquanto alguém trabalha durante trinta dias para ganhar pouco mais que um salário mínimo, a facção criminosa oferece a seus soldados três vezes mais que esse vamos por semana. É inevitável que façamos juízo de valor. O conselho dos amigos é mais valioso do que o conselho dos pais, a roupa social é mais elegante que a roupa esporte, esse juízo é um exemplo de avaliação estética, esses exemplos mostram claramente que alguns valores existentes podem ser usados em vários sentidos.

Todos esses exemplos mostram os inúmeros campos em que o termo valor aparece, tais como na área de matemática, na física, na medicina, no direito, na música, na dança e entre outras diversas áreas. Os valores também são justiça, honestidade, verdade, respeito, responsabilidade, a beleza, política, ética, estética e entre outros.

O uso das substâncias ilícitas está cada vez mais presente em nosso cotidiano, sendo um problema abrangente que acarreta efeitos em todas as esferas da sociedade. A dependência química está intimamente associada a violência, mortes, desorganizações estruturais sociais e familiares, o que demonstra essa perda de valores.

Os antigos filósofos associam a ideia de valor a uma ideia de bem, de verdade, segundo Oliveira (2011, p. 37) o conceito de valor proposto por Platão e Aristóteles é compreendido:

[...] Platão compreendia que esses conceitos só existiam no mundo perfeito das ideias. Somente no mundo inteligível poderia existir valor em sentido absoluto. Aristóteles entendia que a virtude estaria relacionada diretamente à gradação dos valores e, assim, virtude estaria diretamente ligada à moderação.

A ressocialização, reparação ou restauração de alguma característica do sujeito, que se dá por um processo dinâmico tem como objetivo permitir que o indivíduo retorne às suas atividades cotidianas, com recuperação total ou parcial. Nada em excesso pode ser considerado bom, pois, existe a necessidade de limites e regras para o bom convívio entre as pessoas, as regras expressam certos valores que são de fundamental importância para um crescimento intelectual saudável e para a formação de um caráter íntegro em nossas vidas.

As sociedades existentes são determinadas por valores culturais, por esse motivo existem regras, como por exemplo, a regra não roubar, não matar e entre outras. Fazendo uma análise percebemos que as regras estão ligadas diretamente aos valores culturais e que valem de igual modo para todos os membros de uma sociedade. Trata-se de um processo pelo qual se facilita a restauração de vínculos, que implica espaços de negociação para o paciente, sua família e comunidade, ou seja, capacitando o indivíduo para retomar os contatos sociais.

As regras e os valores são transmitidos a nós pelo os nossos antepassados, pelos nossos pais, mestres ou professores e por todos com quem convivemos. Nós não só recebemos e aprendemos esses valores como também os repassamos para as pessoas do nosso convívio social, também podemos criticá-los ou trocá-los por outros valores, portanto fazendo parte do nosso universo sociocultural.

Da mesma forma acontece com os valores morais, pois não nascemos com a moral embutida em nossas vidas muito pelo contrário, devemos nos tornar sujeitos morais por meio dos ensinamentos dos nossos pais e para construirmos uma personalidade moral existe a necessidade de nos desligarmos ou nos libertarmos do egoísmo de acordo com Aranha e Martins (2005, p. 200):

A construção de nossa personalidade moral supõe um descentração - em que superamos nosso egoísmo, em direção ao reconhecimento do outro como outro eu. Por isso o processo de educação moral não deveria ser apenas o de inculcação das normas, mas também o de estimulação da passagem da heteronomia para a autonomia.

Portanto os valores que são herdados têm o poder de nos tornar seres humanos melhores e capazes de analisa e refletir mediante uma escolha de uma forma coerente. Dessa forma, percebe-se que a prática de delitos e o uso de drogas estão entrelaçados à trajetória de vida de um grande número da população carcerária. O uso de drogas e o delito estão ligados, entendendo que um complementa o outro: ora o delito é praticado para obter drogas, ora a droga é consumida para a prática do delito.

3.PRINCÍPIOS: VALORES, ÉTICA, MORAL E FÉ

Os princípios são de suma importância na formação do caráter do ser humano, pois, se tivermos bons princípios teremos um bom caráter, são os princípios que nos direcionam a tomar decisões coerentes, pois, entende-se que fazem parte dos valores. Muitas das situações ou problemas que aparecem em nossas vidas exigem uma análise para se chegar a uma decisão, muitas vezes entramos em conflito ou reformulamos à nossa maneira de pensar e está reformulação norteia ou interferem em nossas decisões que devemos tomar, mas para que isso aconteça de forma coerente e saudável os princípios tem que está enraizado em nossa vida.

No atual cenário os jovens não têm qualquer noção de respeito para com os mais velhos como outrora fomos ensinados pelos nossos pais, com a advento da tecnologia facilitada para todos, ficou mais fácil transferir a responsabilidade de criação e educação dos filhos, para o mundo virtual com técnicas e vídeos para entrete-lo e não mostrar que o caminho a ser trilhado para o crescimento será a da educação. A maioria dos pais perderam as rédeas da conduta familiar hoje o aumento de casos de dependentes químicos é surpreendentemente maior que a 10 anos atrás,

a educação familiar praticamente caiu para zero onde o jovem queria ser um médico, um policial etc..., hoje o jovem querem ser traficante e abandonam a escola para serem soldados do tráfico, onde a sua ascensão é rápida assim como sua morte, as escolas estão repletas de jovens na faixa etária de idade de 12-17 anos comercializando drogas nas dependências das escolas, as meninas quando não engravidam estão se prostituindo, para sustentar seu vício.

Se pode observar que a dependência química não respeita classe social e nem idade a maior prova disso é a Cravolândia em São Paulo ou até mesmo a periferia da cidade de Manaus onde o jovem da classe média vai para os bairros mais perigosos só para consumir entorpecente ao invés de estar nas escolas.

O poder público não tem se preocupado em proporcionar um conteúdo de ensino mais adequado e consistente onde o jovem que estiver na sala de aula queira está ali, não tem um projeto onde as famílias dos alunos pudessem ser assistidas psicologicamente de maneira que a escola possa ajudar tanto o aluno quanto a família.

Na década de 90, quando um jovem atingisse um determinado número de falta ou não fosse bem nas matérias a escola juntamente com um psicólogo chamava os pais para saber o que estava acontecendo com o jovem, algumas escolas proporcionavam oficinas de aptidões para os alunos terem um norte para seguir, palestra sobre drogas e DST, ofereciam cursos profissionalizantes.

Hoje o compromisso com a educação dos jovens não tem a mesma importância quanto outrora, o sistema que visa apenas o conteúdo, onde o que importa é lançar conteúdo na lousa sem se importar se o aluno está aprendendo e no fim do ano passar o mesmo para a série seguinte sem que obtenha o conhecimento adequado para avançar para a próxima série, está sendo ineficaz deveria ter um compromisso maior com o aprendizado implementação de acompanhamento familiar entre a escola e pais como tinha com a associação de pais e mestres que se reuniam trimestralmente para fazer esse acompanhamento dos alunos.

As facções criminosas estão cada vez mais dentro das escolas acompanhando esses jovens os induzindo através de uma falsa sensação de poder e "ostentação" dizendo que não vale apenas estudar por que o estudo não os vai levar a lugar nenhum e que o crime pode lhes dar muito mais dinheiro se qualificando para o trabalho honesto.

Os princípios estão ligados a moral, ética, normas, integridade pessoal que traz para a nossa vida confiabilidade e também são regras que regem o nosso comportamento no meio social em que vivemos, esses estão esquecidos.

• MORAL

O que é moral? Para que serve a moral em nossa vida? O que é sujeito moral? As respostas dessas perguntas são cruciais na conduta de cada um de nós em relação aos outros e a si mesmo. O entendimento que temos a respeito do bem e do mal pode definir que tipo de pessoa que queremos ser e qual o compromisso que temos com valores assumidos. Moral é um processo que está em constante movimento em nossas vidas entre o que é bom para nós e o compromisso que temos com os outros. Aranha e Martins (2005, p. 218) afirmam que: “[...] a moral não é um instrumento de subjugação e constrangimento, mas sim de humanização. Ela se traduz na busca do convívio enriquecedor, que tornar as pessoas melhores e proporciona a criação de um mundo mais justo.”.

A palavra moral se origina do latim, *morale*, que está relacionada aos costumes. Segundo Vasconcelos (2010, p. 202) diz que: “A moral é um conjunto de regras de conduta aplicável a todas as pessoas da sociedade e está ligada à ética.” A Bíblia sagrada é uma grande fonte para entendermos a questão moral, os dez mandamentos são exemplos sobre a conduta moral. A moral não está apenas aplicada aos preceitos de seguidores de determinadas religiões, mas a todos que convivem em sociedade.

Os conceitos de moral e ética normalmente são usados como sinônimos, mas na realidade são diferentes em seus significados. A moral está relacionada a um conjunto de regras de conduta assumidas, já a ética é mais abstrata que está ligada a reflexão sobre as noções e os princípios. Aranha e Martins (2009, p. 214) discorrem a respeito dessas diferenças quando afirmam:

A moral é um conjunto de regras que determinam o comportamento dos indivíduos em um grupo social. Ética ou filosofia moral e a reflexão sobre as noções e princípios que fundamentam a vida moral. Essa reflexão orienta-se nas mais diversas direções. Dependendo da concepção de ser humano tomado como ponto de vista.

A construção da personalidade moral é um processo de aprendizagem que propõem um sair de si mesmo, que envolve o ponto de vista da inteligência, afetividade e da moral. Nenhum ser humano nasce moral é preciso aprender a ser moral e o caminho para que se constitua uma personalidade moral é a educação e é na infância que esse aprendizado começa, quando há a descoberta que o outro é outro eu e essa descoberta é fundamental para superar o egocentrismo.

Se nessa fase a criança consegue obedecer a regras que lhes são impostas, é preciso que aos poucos se abra um espaço para o estímulo da adesão pessoal e para a autonomia a normas. Mas para o sucesso desse processo de aprendizagem da

moral existe a necessidade que os pais e professores estejam maduros moralmente para auxiliarem as crianças de forma coerente.

• ÉTICA

Quando começamos a pesquisa a respeito da ética descobrimos que são regras de convivência em sociedade. A ética atua em diversas áreas de nas vidas, como por exemplo: Indica que é mais justo ou menos justo diante das escolhas que fazemos, é também vista como julgamento do caráter moral de uma pessoa, está aplicado na economia e política, assim como nas situações do nosso dia a dia.

A ética é questionadora de valores a partir do modo de ser de um determinado povo ou cultura e costuma analisar o comportamento do indivíduo, Vasconcelos (2010, p. 199) afirmar: "O termo ética, do grego ethos, significa comportamento e é um ramo da filosofia que estuda o comportamento do ser humano e o seu valor." Também está focada em analisar a postura, costumes, ações, relacionamento que o ser humano externa no decorrer de sua vida e está intimamente ou estreitamente ligada a busca do bem e da felicidade.

Portanto a ética possui uma grande abrangência de temas a serem trabalhados em sala de aula na tentativa de ressocialização obteríamos um ganho em relação a convívio humano em suas relações sociais, ela tem que ser desenvolvida ao logo do ensino fundamental de forma que os alunos possam compreender e entender o conceito de justiça, adotar uma postura de respeito em relação à diferenças entre as pessoas, valorizar o diálogo como formar de resolução de conflitos e é um rico campo de estudo a respeito dos costumes, cultura e entre outros assuntos.

• FÉ

Fé (do Latim fide) é a adesão de forma incondicional a uma hipótese que a pessoa passa a considerar como sendo uma verdade sem qualquer tipo de prova ou critério objetivo de verificação, pela absoluta confiança que se deposita nesta ideia ou fonte de transmissão. A fé acompanha absoluta abstinência de dúvida pelo antagonismo inerente à natureza destes fenômenos psicológicos e da lógica conceitual. Ou seja, é impossível duvidar e ter fé ao mesmo tempo. A expressão se relaciona semanticamente com os verbos crer, acreditar, confiar e apostar, embora estes três últimos não necessariamente expressem o sentimento de fé, posto que podem embutir dúvida parcial como reconhecimento de um possível engano. A relação da fé com os outros verbos, consiste em nutrir um sentimento de afeição, ou até mesmo amor, por uma hipótese a qual se acredita, ou confia, ou aposta ser verdade, como notifica a Bíblia.

Ora, a fé é a certeza daquilo que esperamos e a prova das coisas que não vemos.

Pois foi por meio dela que os antigos receberam bom testemunho.

Pela fé entendemos que o universo foi formado pela palavra de Deus, de modo que o que se vê não foi feito do que é visível. Hebreus 11:1-3

4. METODOS

Os sujeitos dessa pesquisa são os dependentes químicos na cidade de Manaus, ela pretende avaliar o quanto os valores e princípios obtidos pela educação e pela fé podem ajudar na ressocialização desses dependentes. Mostrar como e com quais ferramentas as famílias podem ser preparadas para receber esse novo membro da família e ajudar na ressocialização. A pesquisa utilizada é qualitativa, pois pretende responder essa problemática através de coleta de dados, pesquisas de campo e questionários. De acordo com Furasté (2008, p. 211)

“ Metodologia é a definição dos procedimentos técnicos, das modalidades de atividades, dos métodos que serão utilizados. Procura responder as questões: O quê? Onde? Como? Quando? Ou outras pertinentes ao conteúdo. Vai depender da natureza do Trabalho, do tipo de pesquisa e dos objetivos propostos. ”

Neste projeto serão utilizados os métodos técnicos de questionários que são método de coleta de dados ideal para grandes proporções nas quais a quantidade de cargos impediria um contato mais direto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que exercício da Educação e da Fé acaba tornando-se um aconselhado, até pelo papel do educador/ líder. A visualização do Educador como exemplo principal a ser seguido, é sempre mantida, com isso, será então o norteador principal, mediante a tantos problemas e dificuldades que o cercam nos dias atuais, que assim hoje são apresentadas aumentam ainda mais a responsabilidade do dos professores e líderes eclesíasticos se preparar melhor ainda trazer expansão de seus conhecimentos, técnicas, métodos e práticas de aconselhamento. Uns dos controles da sociedade é a fé, desde a antiguidade a fé é usada como suporte e refúgio de pessoas com os mais diversos problemas, e com isso tem sido bem receptiva por seus líderes que desenvolveram ao longo dos anos várias maneiras de ajudar essas pessoas, que procuram ajuda tanto para si próprias, quanto para terceiros.

A fé tem sido um dos meios que se tem encontrado para realizar o resgate do dependente químico e o encaminhamento para de volta a sociedade.

Uma das técnicas usadas pelos líderes religiosos é de acolhimento com internação e tratamento do dependente, em preenchimento do seu tempo e ocupação de sua mente com estudos da doutrina da fé professada no local do acolhimento, em alguns lugares o dependente tem acesso a cursos profissionalizantes, ao supletivo, e ao trabalho manual em forma de terapia ocupacional.

Um ponto importante na ressocialização do dependente químico e a ajuda familiar, algumas instituições religiosas fornecem apoio psicológico para a família do dependente, onde os familiares frequentam reuniões para aprenderem lidar com a chegada e convívio do agora socializado.

Por fim neste documento foi possível refletir um pouco sobre a importância dos valores e princípios como parte de fundamental na vida do ser humano, a educação e a fé podem ser usadas de maneira adequada como técnicas de ressocialização de dependentes químicos e o uso delas podem surtir grandes efeitos na sociedade e nas vidas de muitas pessoas direta e indiretamente de maneira que possam ver um horizonte mais acolhedor para quem vive a margem da sociedade e sofre preconceitos e discriminação.

6.REFERÊNCIAS:

ARANHA, Maria de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução a Filosofia*. 2º Ed. (revisada e atual). São Paulo: moderna, 2009.

ARANHA, Maria Lucia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*. 3 ed. Ver. São Paulo: Moderna, 2005.

BRASIL, Ministerio de Educação MEC.LDB. *Lei de Diretrizes e Base da Educação* <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf> acesso dia 03/08/2013.

OLIVERIA, Raimundo Nonato Nogueira. *Filosofia: investigando a ética e a sexualidade*. 3 ed. Edjovem. Fortaleza. 2011.

VASCONCELOS, Ana. *Manual compacto de filosofia*. 1. ed. Rideel, São Paulo, 2010.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração das Normas da ABNT*. 14ª ed. Porto Alegre: s.n., 2008.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 dez. 2018.

A Bíblia HEBREUS, 11:1-3.

TUTELA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

DANILLO BARROS PEREIRA: Bacharelando no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo. Experiência profissional na área de Direito, com ênfase em Direito de civil de família. Atuou como Estagiário no PROCON-Palmas e no escritório de advocacia privada na área da civil e trabalhista. Atualmente é estagiário na Procuradoria geral do município.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS ¹²³

(orientador)

RESUMO: Na sociedade contemporânea onde os animais de estimação ganharam um lugar de destaque nas famílias e no mercado, é perceptível o atraso no ordenamento jurídico brasileiro sobre a definição dos animais, que no código civil de 2002 são classificados como objeto móvel. A família se modernizou e teve o primeiro passo em direito dos animais com a lei 1.095/2020, entretanto em casos de dissoluções os animais ainda ficam desamparados. O projeto de lei 351/15 propõe nova classificação dos animais, deixando de serem objetos e tornando-se assim um sujeito de direito com sentimentos e necessidades. A classificação adotada pelo judiciário pode ser o caminho para desenvolvimento de leis, que possam resguardar os direitos e simplificar lides ao judiciário nos casos de dissolução conjugal. A problemática da pesquisa consiste em identificar o tratamento jurídico dispensado aos animais de estimação em casos de divórcios demonstrando o atraso do jurídico brasileiro em relação à classificação dos animais de estimação conforme código civil 2002, apresentar as Leis aprovadas em favor aos animais de estimação, evidenciando seu lugar de destaque na sociedade contemporânea e Identificar a Ausência de leis específicas nos casos de dissoluções conjugais. A metodologia apresentada será com base na Pesquisa bibliográfica e Pesquisa documental em normas, projetos de lei, doutrinadores, entendimento de tribunais e cortes e artigos que retratam sobre a natureza jurídica dos animais em caso de dissolução conjugal. Com o crescimento das dissoluções conjugais e o tratamento conferido aos animais de estimação no que diz a sua tutela, bem como projeto de leis regulamentando o acesso de animais em shoppings e hospitais de alguns estados do Brasil, torna-se notável o destaque e prioridade do tema para milhares de famílias. Assim, a pesquisa identificará o

¹²³ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado.

tratamento jurídico dispensado em normas, legislação e jurisprudências pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Animais ; Divórcio ;Leis; Sociedade contemporânea ;Tratamento jurídico.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro, frequentemente, se depara com variados processos de dissolução de sociedade conjugais, tornando-se comum a disputa pela tutela do animal de estimação destes casais. A Família se modernizou e a relação entre homem e animais de estimação tem sido cada vez mais profunda e em muitos casos com um grande destaque no cenário familiar.

A separação já é um momento muito difícil na vida das pessoas, e uma disputa judicial por um animal que não carrega valor físico e sim sentimental para ambos pode deixar esse momento muito mais delicado. O problema de pesquisa busca mostrar o atraso com a falta de normas nesse segmento e a falta de uma classificação mais adequada e específica da natureza jurídica destes animais no ordenamento jurídico brasileiro.

No código civil de 2002, os animais de estimação acabam sendo classificados como objeto móvel, contudo a decisões judiciais tem avançado nesta temática, mas ainda carecem de um suporte normativo específico para a lidar com esta temática. Os elementos que embasam essas decisões, levam em consideração o zelo do animal, local apropriado, tempo e afeto.

A pesquisa conta com métodos baseados em pesquisa bibliográfica e documental para mostrar a ausência de normatização específica capaz de orientar a melhor decisão em estabelecer a tutela de animais domésticos em situações de dissolução conjugal.

Portanto, necessita-se aprofundar como o magistrado brasileiro tem tomado as decisões na ausência de normas sobre essa lide e analisar leis ou projetos de leis que estão em andamento para a criação de normas específicas no intuito de proteger os direitos dos animais.

1. FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família é uma das entidades mais antigas presentes até hoje na sociedade contemporânea, sendo reinventada constantemente e evoluindo com o passar dos anos tanto em sua estrutura quanto em integrantes. Com o crescimento da escolarização da mulher, a justa equiparação dos direitos, independentemente do

gênero, a entrada delas no mercado de trabalho, a elevação do afeto como valor jurídico, fez com que surgisse outros arranjos familiares contemporâneos, que vem crescendo a cada dia, como mães solteiras, pais solteiros, casais homoafetivo, casais sem filhos, famílias de segunda união, e outros formados igualmente pelo afeto e com objetivo de constituição de família.

Farias e Rosenvald (2016) dizem que:

Em sua origem, pois, a família não tinha um significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito a propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade.[...] com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sóciopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um (FARIAS; RONSENVALD, 2016, p. 39).

Com o surgimento dessas novas ligações familiares, as relações deixam de ser apenas sanguíneas, e passam a ter o afeto como fator determinante também. O matrimônio por diversos séculos foi a peça-chave para a fundação de uma família, onde era centrada em valores patrimoniais, sem a chance de dissolução desse vínculo.

O Código Civil de 2002 também tratou do assunto, não mais considerando a família como um modelo institucional, mas sim como uma família no modelo instrumental. Ou seja, as famílias começaram a ter mais autonomia para buscar seus interesses e, principalmente, desenvolver sua personalidade e afeto (LIMA, 2016).

A lei brasileira no século passado deixava registradas o reconhecimento de família, quanto o reconhecimento de filhos que fossem apenas frutos do casamento. Isto posto, "sob a égide do Código Civil de 1916, cuja estrutura era exclusivamente matrimonializada (somente admitida à formação da família pelo casamento)" (CHAVES, 2008, p. 43), qualquer outro tipo de relação era tido como imprópria e até penalizada.

Os doutrinadores Farias e Rosenvald (2016, p.34) aduz que:

Deixando de lado digressões históricas e antropológicas atinentes à origem antiga da família na pré-história e a própria

admissibilidade da proibição do incesto como primeira lei universal [...], toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da revolução francesa sobre o código civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra "até que a morte nos separe", admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento.

A família do século XX, tratada na Constituição de 1916, era conservadora, patriarcal. Ela baseava-se nos laços consanguíneos e o pai era o chefe da casa, proprietário de todo o patrimônio, bem como dos membros da família. Qualquer união fora do casamento era considerada ilegal, ilegítima e imoral e os filhos concebidos fora do casamento eram considerados filhos adulterinos, de tal forma que quem se submetia a tais condutas ficava sem a proteção jurídica do Estado (DRESCH, 2015).

Para Seguin, Araújo e Cordeiro Neto (2016, p. 18),

O conceito jurídico de família, nas constituições anteriores a 1988, era muito fechado, certamente por influência do Código Civil de 1916, que dedicou cento e 11 quarenta e nove artigos (do 180 ao 329) ao tema e somente conferia o status família e aos núcleos originados pelo casamento, considerando legítimos ou legitimados só os produtos dessa união. Era um modelo único, sem alternativas ou desvios, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes era legada a forma preestabelecida e pela "respeitabilidade" das aparências, sob o império dos dogmas religiosos. A hipocrisia reinava, assim, a mulher ficava infeliz dentro de casa e seu marido tinha uma "teúda e manteúda", certamente também infeliz, com seus filhos "bastardos" que, seguramente, sofriam bullying na escola. Mas, permaneciam todos infelizes até que a morte os separasse.

É perceptível que a família vem evoluindo e mudando conceitos que duraram séculos, inovando com novos costumes, integrantes e novos tipos de família, tendo como características, o afeto, busca da felicidade coletiva e ética, abrangendo não só relações sanguíneas ou afetivas, mas como qualquer pessoa importante como amigos e até mesmo os animais de estimação.

1.1. Matrimônio e a sua dissolução

No século passado, o casamento ainda estava muito influenciado pelas concepções dogmáticas da Igreja Católica, onde não seria possível a dissolução do matrimônio. No entanto na contemporaneidade, cada dia tem se tornado mais comuns divórcios, pois a igreja parou de ter tanta influência em decisões e as autoridades políticas na contemporaneidade sobrepõe a religiosa.

Garcia (2010, p. 9) cita a luta que nosso país traçou buscando defender seus direitos e garantias contra o poder dominante da igreja. Segundo o autor, essa batalha foi longa, mas trouxe ao Estado Democrático de Direito o poder de tomar decisões que antes eram controladas pela igreja. Uma dessas decisões foi sobre o divórcio, que passou por grandes transformações ao longo dos anos.

Segundo Venosa (2007, p.24), "a história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antiodivorcista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento".

Silva e Baruff (2011, p. 438), ao tratar da evolução no Código Civil, afirmam que

O Código Civil de 1916 regulou a dissolução da sociedade conjugal nos arts. 315 a 324. Já no primeiro destes dispositivos, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento ou pelo desquite, amigável ou judicial. Pelo parágrafo único do mesmo art. 315, o casamento válido só dissolveria pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção de morte estabelecida no seu art. 10. Mantinha-se, portanto, a indissolubilidade do vínculo conjugal do regime anterior.

Segundo Araújo (2010, *online*), "apenas em 1861 surgiu um pequeno sinal que demonstrou progresso em direção à desvinculação entre Igreja Católica e o Estado: o Decreto n.º 1.144 passou a autorizar o casamento entre nubentes de outras seitas".

Bottega (2018 p. 32) cita, ainda, que o Decreto nº 3.069, de 1863, trouxe mudanças inaugurando três modalidades de casamentos: o misto, o católico e o não católico. Mas, segundo o autor, a maior mudança ocorreu no ano de 1889 quando foi proclamada a República, quando a igreja perdeu força e o Estado pôde administrar as questões relacionadas ao casamento.

No ano de 2002, o Código Civil entrou em vigor trazendo algumas alterações sobre o assunto: disposições que tratavam sobre direito material na lei do divórcio foram extintas. Para Bottega, “o Código Civil de 2002 manteve o sentido da Constituição Federal de 1988, prevendo a questão da separação judicial ou separação de fato como requisito para o pedido de divórcio” (ARAUJO, 2018, p. 33).

A mudança que ocorreu no ano de 2010, aprovada pela PEC nº 66, conhecida como a PEC do Divórcio direto, pretendendo modificar o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, o casamento civil passou a ser dissolvido pelo divórcio, sendo suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.(Brasil,1988)

Conforme aduz Altieri (2018), o divórcio, no Direito Brasileiro, foi introduzido por força da Lei n.º 6.515 de 1977, que regulou a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Anteriormente a ele, o que ocorria era somente a separação dos corpos sem a dissolução do vínculo matrimonial - também conhecido como desquite - onde cônjuges paravam de conviver, mas não poderiam contrair novo casamento.

Segundo entendimento de Silva e Baruff (2011), “a Lei do Divórcio, aprovada em 1977, concedeu a possibilidade de um novo casamento, mas somente por uma vez. O ‘desquite’ passou a ser chamado de ‘separação’ e permanecia, até hoje, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio” (2011, p. 437).

Por sua vez, Araújo (2010) comenta que, posteriormente à Lei do Divórcio, ocorreram modificações nos institutos do divórcio e da dissolução do casamento com a Constituição de 1988, mantendo a forma dissolúvel da união como uma norma constitucional.

Com a constituição de 88 se tornou presente o dispositivo legal do divórcio:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos (BRASIL, 1988).

Silva e Baruff (2011, p. 438) afirmam que “a Carta Magna reduziu o prazo da separação de fato para um ano, no divórcio conversão, e criou uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos”.

Altieri (2018, *online*), também trata do assunto, ao afirmar que:

A Constituição Federal de 1988 ampliou as hipóteses de dissolução do casamento por divórcio: uma das possibilidades é após a prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, hipótese do divórcio indireto, ou então comprovada a separação de fato por mais de dois anos, sendo o chamado divórcio direto. Ademais é oportuno ressaltar que, a ação de divórcio é de cunho personalíssimo isto quer dizer, o seu pedido somente compete aos cônjuges. Caso um dos cônjuges seja incapaz poderá defender-se ou ajuizar a ação por meio de seu curador, ascendente ou irmão.

No ano de 2002, o Código Civil entrou em vigor trazendo algumas alterações sobre o assunto: disposições que tratavam sobre direito material na lei do divórcio foram extintas (ARAUJO, 2010).

Para Bottega, “o Código Civil de 2002 manteve o sentido da Constituição Federal de 1988, prevendo a questão da separação judicial ou separação de fato como requisito para o pedido de divórcio” (BOTTEGA, 2018, p. 33).

Portanto, com essas evoluções no legislativo e o paradigma dos pós modernidade, tornou-se o divórcio mais comum pelo fato da autoridade divina não sobrepor a autoridade política nesta era, sendo comum a dissolução a cada dia da sociedade contemporânea.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A busca do direito fundamental dos animais tem se mostrado uma implementação complexa, pois apesar dos animais serem tratados como filhos por muitos de seus donos, eles não possuem características e estruturas iguais aos dos seres humanos. Entretanto, por não serem iguais, não significa que não merecem terem seus direitos ou serem tratados como inferiores.

Podemos ver nos dias de hoje até animais silvestres, onde podem trazer perigo ao domesticado não é empecilho para a não domesticação. Com a contemporaneidade os animais de estimação ganharam destaques dentro da grande maioria das famílias brasileiras.

Recentemente, no dia 29 de setembro de 2020, o presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei 14.064/2020(BRASIL,2020) que aumenta as penas cominadas ao crime de maus tratos aos animais quando se tratar de cães e gatos. Assim, demonstrando um primeiro passo para a legislação de uma lei que defina os animais como seres de direitos e agrave penas para os sujeitos que cometerem esses crimes (BRASIL,2020).

Entretanto além de proteger a integridade física dos animais, é necessário o desarquivamento de leis como a lei nº 6799/2013 onde mudariam a classificação dos animais domésticos e silvestres, sendo proibido o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2013). Com essa inovação legislativa o Brasil se juntou a um grupo de países que já mudaram suas leis em favor do direito dos animais.

O código civil brasileiro ainda os classificam como objetos móveis e sofrem com a carência de normas que defina a sua natureza jurídica.

Assim, o grande crescimento deste novo integrante das famílias, tem feito diversas mudanças no mercado consumidor, legislação e no jurídico, demonstrando a cada dia a sua importância no cenário familiar.

Na classificação dos animais perante o código civil brasileiro, existe uma diferença clara entre o regime jurídico dispensado às pessoas e o dispensado aos bens. Na explicação de PEREIRA (2010), para o Código Civil de 2002, quem se enquadra no regime jurídico das pessoas são os sujeitos de direito portadores de personalidade jurídica, ou seja, o ser humano.

Então, se por um lado o ordenamento atribui ao homem e às suas entidades morais fictas uma proteção especial pautada nos direitos fundamentais da personalidade, não o faz com os demais seres vivos (PEREIRA, 2012. p.181). Seguindo tal raciocínio, conclui-se que, para o Direito Civil brasileiro, os animais não humanos, por não se encaixarem na categoria de sujeitos de direitos portadores de personalidade (pessoas), acabam por pertencer à categoria dos bens, sendo objetos do direito e não sujeitos.

Nas disposições sobre vícios redibitórios, o artigo 445, § 2º do CC/2002 faz menção à venda de "animais defeituosos", como se estes fossem objetos com vícios ocultos, os artigos 936, 1.297 e 1.313 do CC, reforçam a ideia do ser humano como proprietário do animal, e não como guardião ou tutor e os artigos 1.442, V, 1.444, 1.446 e 1.447, ao disciplinarem sobre penhor agrícola, deixam clara a ideia de que os animais, além de estarem entre os bens suscetíveis ao penhor, ainda seriam bens fungíveis, já que podem ser substituídos por outros de mesma qualidade em caso de morte (BRASIL, 2002).

No âmbito nacional, o Brasil conta com alguns projetos de leis para ser sancionados sobre a proteção dos direitos dos animais e a mudança da sua natureza jurídica perante o Código Civil. Nesse sentido, estão os seguintes diplomas normativos: a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que criminaliza atos de crueldade aos animais; a Lei nº 7.173/83 (BRASIL, 1983), a qual disciplina o funcionamento de zoológicos; a Lei nº 7.643/87 sobre a proteção dos cetáceos

marinhos; a Lei nº 11.794/2008(BRASIL,2008) que regula as atividades científicas que envolvam animais; e a Lei nº 10.519/2002(Brasil,2002), a qual trata de normas de higiene e cuidados com os animais em rodeios e similares, além de uma série de leis estaduais e municipais sobre regras de tratamento e proteção dos animais não-humanos.

Conforme SALLES (2013, *online*) aduz que:

Por analogia aos Princípios Gerais do Direito, o que podemos interpretar é que tal medida protetiva que a legislação oferece aos animais é baseada numa ética humana e não em uma ética animal. Afinal, a criminalização de condutas que atentem contra a integridade física da fauna parte de um ponto de vista valorativo social. É que tais condutas vão de encontro com os princípios morais da sociedade. O posicionamento é ratificado pela própria postura antropocêntrica da lei que se destina somente ao homem, não incluindo os animais. Nesta perspectiva infere-se que o ordenamento jurídico considera os animais como objetos do direito.

Assim perceptivelmente, os animais são considerados objetos de direitos, afinal é o homem quem determina tal *status* jurídico deles, pois a norma é adequada conforme os interesses dos próprios homens.

Sobre o assunto determina (BECHARA; 2003, p. 72).

Por mais que esta visão tenha uma aparência egoísta, somos obrigados a reconhecer que o nosso ordenamento jurídico não confere direitos à natureza, aos bens ambientais. São eles, dessa forma, tratados como objetos de direito, não como sujeitos. São objetos que atendem a uma gama de interesses dos sujeitos – os seres humanos.

Fensterseifer (2008, p.40) ainda afirma:

O defensor dos direitos dos animais ou da vida em termos gerais é antes de qualquer coisa também um defensor dos direitos humanos, já que as consagrações, respectivas, dos direitos humanos e dos direitos dos animais tratam-se de etapas evolutivas cumulativas de um mesmo caminhar humano rumo a um horizonte moral e cultural em permanente construção.

O Código Civil não deixa expressamente entendido que os animais se encaixam na qualidade de bens suscetíveis de movimento próprio. Entretanto, conforme o entendimento doutrinário, é possível desprender que os animais entram na classificação de seres semoventes, como ensina o ilustre autor Rodrigues (2004, p.126) "os bens suscetíveis de movimento próprio, isto é, os animais, chamam-se semoventes. Os que se movem por força alheias, móveis propriamente ditas".

Nesta mesma linha de raciocínio o autor Stolze (2012, p. 312) também entende que:

Os semoventes são os bens que se movem de um lugar para outro, por movimento próprio, como é o caso dos animais. Sua disciplina jurídica é a mesma dos bens móveis por sua própria natureza, sendo-lhes aplicáveis todas as suas regras correspondentes (art. 47 do CC-16 e art. 82 do CC-02).

É perceptível, conforme os artigos destacados acima, os animais são classificados como seres semoventes, deste modo serão tratados como bens móveis, ou seja, de bens considerados materiais.

Portanto, fica muito explícita a ausência de leis, que possam proteger o direito desses animais que presentes a cada dia na sociedade contemporânea, que possam ajudar em lides no judiciário e no próprio bem estar dos animais, para que estejam amparados pelas leis.

2.1. Reflexos jurídicos da visão atual da sociedade quanto aos animais de estimação

A experiência de ter um animal de estimação, na contemporaneidade, tem sido muito mais do que uma relação de responsabilidade ou de troca como na antiguidade. Essa ligação tem se tornado cada dia mais prazerosa pelo afeto retribuídos entre o dono e o animal, que tem transformado a sociedade ganhando novos espaços no comércio e lugares públicos.

Muitos desses animais são tratados ou até mesmo chamados de filhos em várias famílias brasileiras. Hotéis para pets, creche e pet shops tem crescido junto com a importância destes animais que cada dia, até mesmo a autorização da entrada destes em shoppings e hospitais retratam a conquista pelo seu espaço na sociedade.

A ideia de que cães e gatos fazem parte da família é um fenômeno recente que, no Brasil, remete ao final do século XX, momento em que as funções de guarda e controle de pragas, tradicionalmente atribuídas a essas espécies, perdem importância em relação à função de companhia. Esse

fenômeno foi, em grande medida, resultado da popularização das raças de cães de pequeno porte no país, a partir do qual, nas classes média e alta, os animais de estimação passaram a dividir os espaços de convivência íntima e os mais variados momentos da rotina familiar (LIMA, 2018, *online*).

Ainda, segundo a autora, o fenômeno do desenvolvimento desse novo conceito familiar é representado por três situações relevantes:

- 1 – O aumento do status de animais de estimação nas famílias urbanas de classes média e alta gera a necessidade de diferenciar os animais de maior status daqueles que eram/são criados de forma distanciada;
- 2 – O crescimento do mercado pet impulsiona a difusão do discurso familista;
- 3 – No caso dos tutores cujas relações fogem ao padrão tradicional do animal como propriedade, surgem choques de sensibilidade pelo descompasso entre os valores estabelecidos e as experiências recentes de convívio íntimo (LIMA, 2018, *online*).

Diante das críticas sobre o fato de estarem tratando os animais como gente, há uma necessidade de legitimação social dos tutores, para a qual o uso de terminologias familistas fornece apoio. A afirmação é “meu filho” parece a forma mais rápida de responder um questionamento sobre os mimos oferecidos ao animal (Lima, 2020).

Inclusive, atualmente, segundo pesquisa realizada pelo IBGE o brasileiro possui um percentual de 44,3% de cães de companhia em seus domicílios, o que equivale a 28,9 milhões de lares no país. A população de animais dessa espécie foi contabilizada pelo instituto em 52,2 milhões, informando que em média há 1,8 cães por domicílio. Já em se tratando dos felinos, estima-se que há uma população de 22 milhões compartilhando dos lares brasileiros (BRASIL, 2013, *online*).

Ainda, há dados atuais de que os gastos com estes animais estão crescendo cada vez mais. Segundo a revista Exame (2018, *online*) uma nova pesquisa realizada pela CVA Solutions (2018, *online*) entrevistou 3.675 donos de cães e 2.270 donos de gatos em todo o país e as conclusões foram de que os donos de cães gastam em média R\$ 294,00 por mês, sendo que desse valor R\$ 121,00 são gastos com a alimentação dos animais. Já os donos de felinos gastam em média R\$ 200,00, sendo

que R\$ 90,00 são investidos em alimentação. Além disso, os dados da pesquisa apontaram que cerca de 8,7% das pessoas entrevistadas também investem em planos de saúde para seus pets.

A pesquisa ainda aponta como os donos dos animais de estimação sentem-se em relação aos seus pets. O resultado foi que 32,5% dos donos de cachorros e 32,9% dos donos de gatos os reconhecem como se filhos fossem. Já 29,9% dos tutores de cães e 24,6% dos tutores de felinos os veem como membros da família. Ainda, há outros questionamentos feitos aos donos dos animais de estimação, como, por exemplo, quantos por cento dos donos veem seus pets somente como amigos, como companhia etc. Verifica-se que somente 1% dos donos de cães e 2% dos donos de gatos têm a visão de que são somente animais.

Segundo psicólogos, os benefícios para o bem-estar são imensos. Apesar de já terem sido feitas pesquisas e publicados seus resultados, muita gente ainda não sabe quais são os benefícios dos animais de estimação para a saúde mental.

Segundo Brotto (2020, online):

Os benefícios dos animais de estimação se estendem para as pessoas que precisam alterar o seu padrão comportamental, no processo de terapia, e também para as crianças e idosos. O envelhecimento saudável proporcionado pela companhia de animais de estimação estimula a vitalidade e o fortalecimento do sistema imunológico.

Em virtude dos aspectos abordados a sociedade são inúmeros os benefícios dos animais de estimação para o bem-estar do ser humano. E através das pesquisas mostra também o aumento significativo dos gastos com esses animais e com o passar do tempo a tendência é só aumentar. Com criação de novas leis e uma nova classificação os animais perante o Código Civil, é esperado para resolver muitas lides que se encontram no judiciário sem legislação específica.

2.2 O atraso do jurídico brasileiro em relação a classificação dos animais de estimação conforme o código civil de 2002.

Provavelmente a domesticação deve ter ocorrido a séculos a qual, se caracterizava na relação do homem com os animais, entretanto o afeto não deveria ser característica dessa relação como é marcada na contemporaneidade, e sim os interesses; seja a proteção, o leite produzido, ovos, carne ou lã. Entretanto, nos dias de hoje, na sociedade contemporânea nos meios urbanos não há necessidade desta troca, pois os animais ganharam um lugar de destaque na sociedade, onde fazem

parte da família e movimentam um mercado que cresce a cada dia, que é o dos PETS¹²⁴ e que necessitam de um estatuto para resoluções de lides.

É notável que a legislação civil brasileira se depara com um grande atraso quanto a classificação dos domésticos. Esse esquecimento do jurídico em relação a classificação dos animais, e a criação de leis que garantem direitos, demonstra que não é de interesse das autoridades a preocupação e o bem-estar dos animais.

A lei 9.605/98 é uma das poucas legislações que protege o bem-estar do animal contra os maus tratos (BRASIL, 1998), porém não garante direitos pois são classificados como objetos móveis conforme o código civil de 2002, entretanto a nova lei Lei 1.095/19 (BRASIL, 2019), que abrange animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos e prevê pena de reclusão de dois a cinco anos para prática de abuso e maus tratos, pode se caracterizar o início de uma atenção que está em atraso, perante os demais países desenvolvidos (BRASIL, 2019).

É importante salientar que a partir do ano de 1988, começaram as primeiras manifestações em seus jurídicos para dar direitos, e definirem os animais domésticos, em algumas legislações pelo mundo, entretanto apenas em 2002, a Alemanha tornou-se o primeiro país-membro da União Europeia a garantir dignidade aos animais em sua Lei Fundamental de 1949, a chamada Constituição de Bonn. (SOUZA, 2018, *online*)

A Suíça, em 2003, também mudou o conceito sobre os animais o artigo 641, inciso II, do seu Código Civil, passou a considerar que os animais não são coisas. Com o passar dos anos, diversos países como Holanda, França e Portugal também mudaram o seu conceito de animais perante a sua legislação. Já no ano de 2017, a *"Constitución Política de la Ciudad"* do México alterou o status jurídico dos animais, tornando sua classificação mais coerente reconhecendo-os como seres sencientes e destinatários de tratamento digno e respeito à vida e à integridade física, sendo sujeitos de consideração moral (LOURENÇO, 2016, p. 821 apud SILVESTRE; et al, 2018, p. 33) que:

A Constituição suíça (Bundesverfassung – BV), por meio de processo de referendo, realizado em 1992, tornou-se a primeira nação a expressamente aludir à "dignidade das criaturas" (Würde des Tieres) em sede constitucional. Esta previsão influenciou decisivamente a legislação civil que, em 2003,

¹²⁴ PET: Animal de estimação. Termo de pronúncia americana e britânica, segundo o MACMILLAN DICTIONARY. Expressão bastante usada em placas, anúncios de lojas.

modificou seu art. 641, passando com isto a determinar que os animais não são coisas (aplicando-lhes tal regime jurídico apenas na falta de legislação especial). Prevê-se igualmente, no art. 43, n.1, bis, que os tutores ou seus familiares têm direito pelo valor afetivo do animal no caso de ferimento ou morte deste (dano moral pela perda ou lesão de animal de companhia), sendo possível, por conta do art. 482-4, que os animais sejam beneficiários de disposições testamentárias. Além disto, no caso de divórcio há previsão no art. 651a que a partilha da herança deverá levar em consideração o melhor interesse do animal (averiguação que levará em conta as relações de afinidade e quem poderá promover as melhores condições de acomodação e tratamento).

Percebe-se que diversos países da Europa têm se modernizado em relação ao estatuto jurídico dos animais, pois quando ocorrem casos de dissoluções matrimoniais não tem amparo algum da lei e fica cada vez mais complicado as decisões tomadas por juízes por critérios próprios. Com a atualização da legislação sobre a classificação destes, facilitara a solução de lides e terá entendimentos maiores dos tribunais, e facilitando julgamentos de casos que abrangem este estatuto, como a tutela dos animais em caso de divórcio.

2.3 Tentativas do direito civil brasileiro para aprovar um estatuto jurídico próprio.

Neste tópico, será estudado algumas tentativas de implementações de projetos leis desenvolvidas no legislativo, que já foram discutidas em algumas áreas do legislativo, porém ainda não foi sancionada nenhuma lei a respeito de um estatuto dos animais e quanto a classificação deles perante o Código Civil.

No Brasil há alguns projetos que tramitam com propostas legislativas que tendem a mudar ao conceito dos animais perante o código civil e até a criação de um estatuto, através dessa pesquisa demonstraremos algumas tentativas de projetos que foram feitos nos últimos anos para a mudança da legislação quanto a definição da natureza jurídica dos animais e não sejam classificados como coisas.

Em 2012 surgiu o projeto de lei 3.676/12(BRASIL,2012) pelo Deputado Eliseu Padilha, onde propôs a criação de um estatuto dos animais, e o 2º artigo classifica os animais como seres *sensientes*, sujeitos de direitos naturais e nascem iguais perante a vida (BRASIL,2012).

O deputado federal Ricardo Izar tentou a aprovação do congresso, com o projeto de lei 6799/13(BRASIL,2013), onde citou que: "os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa" (BRASIL, 2013).

Com essa modificação, atualizaria em quanto natureza jurídica dos animais em relação ao código civil, sendo assim um grande passo para o direito dos animais.

O deputado Eliseu Padilha sugeriu a implementação do projeto de lei 7.991/14(BRASIL,2014). Neste projeto ele almejava acrescentar o Art.2-A onde diz:

"Art.2-A. Os animais gozam de personalidade jurídica sui generis que os tornam sujeitos de direitos fundamentais em reconhecimento a sua condição de seres sencientes.

Parágrafo único: São considerados direitos fundamentais a alimentação, a integridade física, a liberdade, dentre outros necessários a sobrevivência digna do animal. (Brasil,2014)

Em 2015, o Senador Antônio Anastasia formulou o projeto de lei do senado nº 351/15 que propunha que os animais não fossem mais classificados como coisas, e sim enquadrados na categoria de bens moveis (BRASIL, 2015).

É importante salientar que no ano de 2016, houve uma discussão sobre um assunto no STF que abrangia os interesses dos animais, que era o das vaquejadas, esporte onde o objetivo é derrubar o boi, que é puxado pela cauda, tendo que ser derrubado pelo montador que o puxa montado em um cavalo no lugar certo da arena.

Chegou até o STF, em outubro desse mesmo ano que julgou inconstitucional a lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada naquele estado (BRASIL,2013), em novembro foi aprovada a lei 13.364/16 que elevou o rodeio e a vaquejada a patrimônio cultural e manifestação cultural do país (BRASIL ,2016).

Por fim, e mais recente, vale citar o projeto de lei 650/2015(BRASIL,2015), formulado pela senadora Gleisi Hoffman que sugeriu a criação de um código de proteção e defesa do bem-estar dos animais (BRASIL,2015).

São essas as tentativas de mudança da legislação que tentam mudar o status atual dos animais que são de coisas móveis, porém não foram aprovadas e vivenciadas, entretanto é importante destacar que este tema que já chegou ao

superior tribunal de justiça, porém não teve julgamento concluído. Desde 1998 onde foi sancionada a lei 9.605/98(BRASIL, 1998), que protegia os animais dos maus tratos (BRASIL, 1998), foi a única lei que resguardava os animais até a nova lei 14.064/20(BRASIL,2020) sancionada esse ano pelo congresso nacional mostrando assim o esquecimento da justiça em proteger o direito dos animais que poderiam ter mais atenção aos direitos estendidos a eles pela CF como: dignidade, igualdade solidariedade e liberdade (BRASIL,2020).

2.4 Projetos de lei sobre regulamentação da tutela de animais de estimação.

A quantidade de leis que defendem o direito dos animais e que se encontram arquivadas, mostram que a luta pelo direito dos animais não interessa muito o parlamento, pois com a conquista desses direitos podem vir evoluções, que podem chocar com o mercado lucrativo do mundo dos PETS.

Foi sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro no dia 29 de setembro de 2020 a Lei 1.095/19, que aumenta a punição para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais. Tem como o objetivo de impedir os maus-tratos contra animais, A legislação abrange também animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, incluindo, aí, cães e gatos, que acabam sendo os animais domésticos mais comuns e as principais vítimas desse tipo de crime (BRASIL,2019).

Vale salientar que essa nova lei pode ser um degrau a atenção das autoridades em respeito aos animais, e que tenham atenção quanto aos animais em casos de dissoluções ondem também sofrem emocionalmente pela separação de seus donos. A nova lei cria um item específico para esses animais.

O Projeto Lei 1.058/11(BRASIL,2011), de autoria do Deputado Federal Dr. Ubiali, do PSB/SP, tem como objetivo proteger a guarda de animais no fim da vida conjugal de um casal (BRASIL,2011).

Sem sucesso ainda em ser sancionado, algumas outras tentativas de outros deputados defendendo o direito dos animais tanto em casos de dissoluções e maus tratos, enfrentam dificuldades e estão arquivadas sem nenhuma manifestação próxima eminente.

Longo (2018) cita que os bichos devem perder os status de coisa diante da separação. Sendo assim, o juiz deve se valer de critérios objetivos para decidir de forma correta quem terá a guarda do animal.

Barbosa (2015) menciona que o projeto estabelece que, ao fim de um matrimônio, a guarda do animal fica com o ex-cônjuge dono do bicho, havendo

dúvidas de quem é o legítimo proprietário, porém, poderá ocorrer a guarda compartilhada. Nestes casos, o juiz dará a guarda para a parte que tiver mais condições e tempo de criar o animal.

Condições do projeto: considera animal de estimação todos os pertencentes às espécies da fauna silvestre, exótica, doméstica ou domesticada, mantidos em cativeiro pelo homem, para entretenimento próprio ou de terceiros, capazes de estabelecer o convívio e a coabitação. De acordo com o texto, o juiz deverá também observar as seguintes condições: ambiente adequado para a morada do animal; disponibilidade de tempo para os cuidados com ele; condições de trato, de zelo e de sustento; grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte; e demais condições que considerar imprescindíveis para a sobrevivência do animal. Nesses casos, o animal doméstico é atualmente incluído no rol dos bens a serem partilhados, de acordo com o que ditar o regime de bens do casal. A visão atual dos juízes é que esse animal é um bem e, como tal, deve ser tratado como um objeto. Nós sabemos que os animais são tidos com muita afetividade, até como se fossem filhos. Portanto, este projeto de lei vai permitir que na separação ficasse bem clara a posição de cada um na relação com o animal, tempo de visita, com quem fica (GARCIA, 2018, p. 16-17).

Salles (2017, online) relata que, na Câmara dos Deputados, tramita o Projeto de Lei 1.365/15 (BRASIL, 2015), de autoria do Deputado Ricardo Tripoli, que, embora ainda esteja aguardando designação do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, trata sobre os animais de estimação no fim do relacionamento conjugal. O projeto busca resguardar a qualidade de vida do animal tanto nos aspectos físicos e financeiros, quanto nos aspectos emocionais quando ocorre a ruptura matrimonial de um casal que possui um ou mais pets.

Segundo Cipriani (2016, online),

Pela proposta, o animal deve ficar com quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para exercer a posse responsável, ou seja, quem puder cumprir com os deveres e obrigações com o pet. Para conceder a guarda, o juiz observará as condições do ambiente para morada do animal, disponibilidade de tempo, zelo e sustento dele e o grau

de afinidade entre o bichinho e seu tutor. Serão observadas demais condições que possam ser imprescindíveis para a sobrevivência do pet de acordo com suas características.

O Projeto de Lei nº 1.365/15, como os outros projetos citados, estão relacionados com a busca pela proteção dos animais e a garantia de que, em uma dissolução litigiosa da união estável hétero ou homoafetiva, o animal não seja tratado como um objeto, garantindo que o animal possa ter sua guarda, observando quem tem o maior vínculo com o animal na antiga relação, estabelecendo a guarda unilateral, dando a uma das partes o poder de exercer a posse responsável e dando direito a quem não ficar com o bicho de poder fiscalizar como o animal vem sendo tratado e também podendo visitá-lo em dias marcados. O projeto também estabelece a guarda compartilhada, quando ambos os ex-cônjuges ficam responsáveis pelo animal (BRASIL,2015).

Salles (2017, online) trata sobre o assunto dizendo o seguinte: Sabendo que os animais são seres sencientes, a convivência com os seus tutores é um direito pertinente a eles, por isso em disputas judiciais, o cônjuge sem a guarda, mas que estime o seu bichinho pode solicitar ao magistrado a concessão de visitas, tudo em nome do bem-estar animal. Ainda cabe salientar da responsabilidade que os tutores de animais têm com estes, independente de deterem ou não a guarda.

Cipriani (2016) esclarece que a lei também trata dos casos em que nem o ex-marido nem a ex-mulher possuam condições de cuidar do pet, assim essa guarda poderá ser dada a um terceiro. O projeto estabelece que as partes devem tomar as decisões relevantes para a vida do animal de forma conjunta, e que, no caso de haver filhotes, os mesmos deverão ser divididos entre o ex-casal, além de citar, também, restrições à realização de cruzamentos.

Salles (2017) comenta também finalizando que: A necessidade de uma legislação faz-se urgente em relação aos animais de estimação em casos de divórcio, uma vez que muitos têm convicção de que eles devam ter o status de "sujeito de direito" e que sempre o bem-estar animal prevaleça sobre o egoísmo de alguns tutores e da irresponsabilidade de outros.

Em virtude dos fatos mencionados, assim como a lei 1.095/20(BRASIL,2020) foi um primeiro passo em atenção ao direito dos animais, são necessários os andamentos dessas leis que ainda estão em projeto, que podem ter suma importância no direito dos animais em casos de dissoluções.

3. TUTELA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Como exposto nesta pesquisa, é indiscutível a importância dos animais de estimação nos lares brasileiros, e na sociedade contemporânea, tornando cada vez mais necessidade de melhor observar as relações a fim de poder garantir o bem-estar social, as concepções familiares, a vida humana e animal e buscar a melhor forma de ter uma sociedade que protege e garante o desenvolvimento familiar.

Assim analisar o animal doméstico como ser possível de direitos e como ficará sua situação em caso de dissolução da união dos donos quando não há acordo sobre quem ficará com o animal é essencial, devendo-se discutir essas situações cada dia mais presentes no judiciário a fim de alcançar o mais breve possível uma pacificação quanto ao tema evitando decisões confrontantes e injustiças.

Com a grande demanda de divórcios no país, acabaram sobrecarregando o poder judiciário, aparecendo também novas demandas como a de tutela e guarda dos animais de estimação, que vem crescendo todos os dias.

O processo é bem parecido com a guarda de filhos, onde o Juiz é negociado um acordo entre as partes onde elas decidiriam como seria essa guarda e direitos de visita. Se não houver acordo, a guarda é confiada a quem possui o registro, entretanto devido ao animal não ter direito de escolha, é decidido com quem tiver mais provas em ser o dono. A Guarda unilateral, segundo a Lei 7.196/10 (BRASIL, 2010), ficaria com aquele que mostrar ter melhores condições de cuidar do animal, sendo levado em consideração o afeto com o genitor e o grupo familiar, saúde, segurança, educação, aquele que melhor dispôr de um ambiente confortável para o animal e de tempo.

A tutela compartilhada é dividida as mesmas obrigações que é designada a filhos, ou seja, alimentação, transportes, remédios tendo direito de visita ou mudança da moradia conforme o tempo.

Filomeno (2017, *online*) aduz que:

Segundo uma pesquisa publicada pela revista Science a relação entre seu dono e o cão é mais parecida com a de pais e filhos. Quem descobriu isso foi um estudo liderado por Miho Nagasawa, da universidade japonesa Azabu. Ele comprovou como o olhar entre o cachorro e seu dono dispara nos dois os níveis de ocitocina no cérebro, hormônio relacionado a padrões sexuais e a conduta paternal e maternal.

Foi proposto na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1.365/15, que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da

sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores (BRASIL, 2015). Esta lei se aprovada seria própria aos casos de dissoluções, tendo assim o amparo da legislação em lides no judiciário.

O projeto de lei 1.365/15, diz:

Não são poucos os casos em que esses animais de estimação são criados quase como

Filhos pelo casal, cuja separação, sendo litigiosa, submete ao Poder Judiciário a decisão sobre as matérias em que não haja consenso. Nesses casos, o pet é incluído no rol dos bens a ser em partilhados de acordo com o que ditar o regime de bens do casal. Infelizmente nossa lei considera o animal como objeto, o que inviabiliza um acordo sobre as visitas na disputa judicial (BRASIL, 2015).

Um Projeto Lei também está em tramitação na Câmara dos Deputados que é a PL 1058/11(BRASIL,2011), que versa sobre a guarda compartilhada ou unilateral dos animais, quando não houver acordo entre as partes, devendo ser decidida pela Justiça, ficando assim, mais fácil para os magistrados decidirem sobre esse assunto (BRASIL,2011).

Com o aumento de demandas no judiciário, é imprescindível aprovação desses projetos para solucionar os conflitos de maneira que os animais estejam bem amparados.

Essas lides sobre o judiciário acaba se tornando cada vez mais difícil pelas decisões serem tomadas sem legislação legal, buscando os magistrados sempre o melhor para as partes. Com a dissolução do casamento todas as partes sofrem, portanto é necessária uma decisão coerente para que não haja mais sofrimento entre as partes.

Sobre isto ZWETSCH diz que:

Reconhecer a senciência e a sensibilidade dos animais de estimação, e aceitar – ainda que em desacordo – o apreço inestimável que seus tutores por ele guardam, revela a sensibilidade do julgador e seu alinhamento integral aos princípios e valores do Direito de Família, e por que não, também as mais recentes descobertas científicas que demonstram e atestam a natureza senciência dos animais (ZWETSCH, 2015, p. 50).

Com as dissoluções, ficam explícitas as questões de ter litígio pela tutela do animal, devendo ter uma grande atenção para a solução desta lide.

A definição da guarda de um animal de estimação que integrou uma família desfeita deve ser encarada com seriedade e sem preconceitos. Não por tratar-se de questão cada vez mais recorrente a ser dirimida pelos operadores jurídicos no âmbito dos tribunais, mas por envolver sentimentos e interesses de animais humanos e não humanos capazes de sofrer (ZWETSCH, 2015, p.38).

Portanto com o a evolução da importância do animal nas famílias em uma situação como o divórcio onde todos os integrantes sofrem, um estatuto que defina e instrua os magistrados nessas situações é imprescindível para a melhor aplicação do direito na sociedade.

3.1. Necessidade de regulamentação da tutela de animais: decisões e julgamentos.

Conforme a crescente demanda de litígios nos tribunais e a falta de disposições que regem sobre a guarda de animais, tem sido adotado como base por analogia a utilização da legislação para crianças em casos de divisão de guarda dos animais. Com a implementação desse dispositivo, a resolução de lides será baseada em seu próprio dispositivo.

Nota-se assim, que frente às demandas judiciais e a ausência de legislação especial, a analogia as crianças é o que melhor proporcionará o bem-estar ao animal de estimação e ao ex-casal, sob esse prisma Zwetsch (2015, p.43) diz que:

Considerando a sciência do animal de estimação é considerado parte integrante da família pelo casal cuja conjugabilidade está sendo litigiosamente dissolvida, e tendo em mente que as condições físicas e psíquicas de crianças são semelhantes à de determinados animais, a aplicação das regras de guarda compartilhada, nos moldes da nova lei, deve ser considerada pelo Magistrado como uma opção que melhor atende os interesses de todos os envolvidos.

O judiciário necessita resolver essas mazelas , principalmente quanto a competência ,para assim serem explorados nas varas de família. Quanto ao mérito, já existem diversos casos, por exemplo, em São Paulo, na Segunda Vara de Família e Sucessões de Jacareí, foi estabelecida a guarda alternada de um cão entre os ex-

cônjuges, ficando o animal uma semana na casa de cada um. O juiz reconheceu em sua decisão que “os animais são sujeitos de direito nas ações referentes às desagregações familiares. [...]afirmou ainda que por se tratar de ser vivo, a sentença deve levar em conta critérios éticos e cabe analogia com a guarda do humano incapaz.” (IBDFAM, 2016, online).

Em processo julgado em 2015 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, observa-se as seguintes considerações do julgador:

[...] questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família. [...] mais do que isso, verifica-se que a presente demanda versa em suas 160 páginas, sobre o cachorrinho Dully, ressaltando-se o papel que ele representava para a entidade conjugal e o manifesto sofrimento causado ao apelante em decorrente de tal desalijo. (RIO DE JANEIRO, 2015)

Por não haver uma jurisprudência legal, muitos magistrados acabam recebendo casos e decidindo sem um devido amparo jurídico.

Essa mudança de paradigma fez com que um magistrado da Vara Cível de Joinville em Santa Catarina declinasse da competência em favor de uma das varas de família para decidir o conflito de posse e propriedade de uma cadelinha de nome “Linda” (IBDFAM, 2016).

Durante a realização do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, foram aprovados os Enunciados Programáticos do Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM, diretrizes para a criação da nova doutrina e jurisprudência em Direito de Família no Brasil. O Enunciado 11 reza que na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal. (IBDFAM, 2015)

Conforme se verifica, em casos, os magistrados tem tomado decisões em favor ao animal pela jurisprudência como filhos que são considerados pelos seus donos, desta forma algumas lides já resolvidas servem de jurisprudência para as outras que acabam surgindo.

Portanto, conforme o que o tribunal já vem enfrentando diversas demandas referente à guarda de animais, e a frequência de casos de guarda é tamanha que em breve se terá precedentes diversos, que mostraram a necessidade da aprovação das leis arquivadas que resguardam o direito dos animais, buscando também harmonia nas famílias entre humanos e animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração aspectos sobre a família, é perceptível a sua evolução constante, onde na antiguidade os conceitos de famílias eram baseados no matrimônio e onde o divórcio era algo inviável, pois a igreja católica era muito presente nas decisões da sociedade.

Já na sociedade contemporânea, com a normalização do divórcio e a inclusão de animais de estimação nas famílias por afinidade, mostra que esta instituição tem se reinventado com o passar do tempo.

Com a aprovação da nova lei 1.095/2019 realizada pelo congresso nacional foi um pontapé inicial para olhar voltado aos cuidados dos maus tratos dos animais, onde já beneficiam e punem com maiores penas os agressores que os tratem com violência.

Diversos países do mundo, já mudaram a classificação dos animais de estimação perante os seus códigos, vindo em consideração ao Brasil que sofre um atraso de definição onde quando ocorre casos de dissoluções, faltam leis para pegar resolver com dispositivo legal.

Em virtude do estudo mencionado, os animais de estimação têm mostrado sua constante evolução no relacionamento com o homem. Onde no início da humanidade essa relação era baseada em interesses, e hoje ocorre mutualidade entre os dois seres, ou seja uma troca de carinho recíproca que melhora as condições de vida e tratamento de diversos animais, e que ajudam muitas pessoas em tratamentos de depressão, saúde ou até mesmo uma companhia, para vencer a solidão.

Dessa forma é necessário a implementação de novas leis que redijam sobre a tutela em casos de dissoluções e a caracterização do animal perante ao código civil, para que nas lides do judiciário, os magistrados sejam amparados pelas leis, que tanto fazem falta no judiciário.

Essa evolução dos animais se teve também pela evolução da família, que hoje tem os animais de estimação como integrantes importantíssimos e presentes. O crescimento do mercado de PETS vem trazendo inovações todos os dias, sendo de

brinquedos, rações orgânicas e educadores de “necessidades”, onde fazem a satisfação do desejo consumista dos seus donos podem ser exercidos também nos seus “filhos”. Hotéis, creches e taxis para cachorros, já são realidade em várias capitais dos países e fazem parte dessa movimentação do comércio ascendente.

Portanto, esta relação de ser humano e animais de estimação, tem uma tendência de evoluir muito mais, onde hoje achamos que os animais já estão bem amparados, daqui alguns anos, podem ter muito mais direitos e estarem presentes com muito mais proporção do que tem hoje.

REFERÊNCIAS

ALTIERI, Juliana Fernandes. **Divórcio direto**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-35/divorcio-direto/>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

ARAÚJO, Eduardo Pereira de. **Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a emenda constitucional n.º 66/2010**. 19 out. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21925/evolucao-historica-dos-institutos-da-separacao-e-do-divorcio-no-direito-brasileiro-e-a-emenda-constitucional-n-o-66-2010#:~:text=Em%2013%20de%20julho%20de,para%20a%20obten%C3%A7%C3%A3o%20do%20div%C3%B3rcio>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BARBOSA, Rogério. **Separação faz casais irem à Justiça por guarda e pensão de animais de estimação**. 2013. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5176/TCC%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 maio 2018.

BOTTEGA, Clarissa. **A evolução do divórcio no direito brasileiro e as novas tendências da dissolução matrimonial**. 2018. Disponível em: <https://onedrive.live.com/?authkey=%21APCJ9qQhAUyKLhI&cid=E3646EE0C836F306&id=E3646EE0C836F306%21214190&parId=E3646EE0C836F306%21214104&o=OneUp>. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 7.991/2014**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=29A

[AEB0B8D5B419594013A7EC37F2CE7.proposicoesWeb1?codteor=1281791&filenam e=Avulso+-PL+7991/2014>](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437) . Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 1.058/2011**. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>> . Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 6.799 /2013**. Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>> . Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 3.676//2012**. Institui o Estatuto dos Animais.. Disponível em :< <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541122>> . Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 1.365, de 2015**. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228779>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 7.173, de 1983**. Dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7173.htmAcesso em: 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 7.991, de 2014**. Propõe a criação de uma personalidade jurídica "sui generis" em reconhecimento a sentiência nos animais.. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622728> Acesso em: 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 9.605, de 1998**. Altera a lei nº 9.605/12 , Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências.. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 13.364, de 2016**. Altera a lei nº 9.605/12 Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-publicacaooriginal-151457-pl.html>

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 7.196, de 2010**. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.. Disponível em
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=474862>. Acesso em 19/11/20

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 14.064, de 2020**. Altera a lei nº 9.605/12 ,para aumentar penas cominadas ao crime de maus tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo Digital nº:1024679-29.2016.8.26.0053**. 1ª Vara da Fazenda Publica Classe – Assunto Mandado de Segurança -Fornecimento de Medicamentos Impetrante:Jaqueline Dias Costa Impetrado: Secretario de Saude do Estado de São PauloJuiz(a) de Direito: Dr(a). Juliana Morais Bicudo.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei PROJETO DE LEI N.º 1.058-A, DE 2011**. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências; tendo parecer da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, pela aprovação, com substitutivo (relator: DEP. RICARDO TRIPOLI).
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CD791AFC2CE1C297EE2213A032C2B8CC.proposicoesWebExterno2?codteor=977784&filename=Avulso+-PL+1058/2011. Acesso em 18 de nov. 2020.

BECHARA, Érika. **A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BROTTO, Thaiana Filla. **Influência e Benefícios dos Animais de Estimação na Vida das Pessoas**. 12 jun de 2020Disponível em:

<https://www.psicologoeterapia.com.br/blog/infuencia-e-beneficios-dos-animais-de-estimacao-na-vida-das-pessoas/>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

CIPRIANI, Juliana. **Projeto que faz com que animais deixem de ser coisa é aprovado na Câmara.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/08/interna_politica,890367/projeto-que-faz-que-animais-deixem-de-ser-coisa-e-aprovado-na-camara.shtml. 2017. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

DRESCH, Márcia. A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>. Acesso em: 11/11/2020

DUARTE, Maria Luísa GOMES, Carla Amado (Coord) Direito (do). **Animal.** Coimbra: Almedina, 2016. 346 pag. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1013>. Acesso em 07 de novembro de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILOMENO, SCIENCE Leonardo. **Relação entre dono e cão é parecida com a de pais e filhos, afirma estudo. Manual do Homem Moderno.** Disponível em: <https://manualdohomemmoderno.com.br/desenvolvimento/relacao-entre-dono-e-caoe-parecida-com-a-de-pais-e-filhos-afirma-estudo>. Acesso em: 24 de outubro de 2020.

GARCIA, Francilene de Oliveira. **Guarda compartilhada de animais domésticos na separação conjugal.** 2017. Disponível em: <http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2118/Francilene%20de%20Oliveira%20Garcia%20-%20Guarda%20compartilhada%20de%20animais%20dom%3%a9sticos%20na%20separa%3%a7%c3%a3o%20conjugal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família. **Magistrado considera cadela criatura senciente e declina competência sobre processo de posse para vara de família.** 25 de maio de 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6004/Magistrado+considera+cadela+criatura+senciente+e+->

[%20declina+compet%3%aancia+sobre+processo+de+posse+para+vara+de+fam%3%adlia](#). Acesso em 02 de novembro de 2020.

IBDFAM - IBDFAM. **Justiça de SP determina guarda compartilhada de animal de estimação durante processo de divórcio.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Assessoria de comunicação. [S.l], 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5905/Justi%C3%A7a+de+SP+determina+guarda+compartilhada+de+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+durante+processo+de+div%C3%B3rcio>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família. **Magistrado considera cadela criatura senciente e declina competência sobre processo de posse para vara de família.**25 de maio de 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6004/Magistrado+considera+cadela+criatura+senciente+e+declina+compet%3%aancia+sobre+processo+de+posse+para+vara+de+fam%3%adlia>Acesso em 11 de novembro de 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – **Pesquisa nacional de saúde 2013.** <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf> acesso em 16/11/2020.

LIMA, Geildson de Souza. **A evolução no conceito de família:** A família como instrumento na busca da felicidade. Conteúdo Jurídico. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Considerações sobre a família multiespécie.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, UFPE. p. 2. Disponível em: http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1020766_01_07_2015_11-07-22_5164.PDF. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

LONGO, América Santana. **PL 1058/11 prevê regulamentar a guarda de animais para divórcio.** 2018. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/PL%201058_2011%20guarda%20animais.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 25° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família: volume 6** / Silvio Rodrigues – 28. Ed. Ver. e atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208**. 22ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-05/homem-obtem-posse-compartilhada-cao-estimacao>. Acesso em: 18 novembro. 2020.

RODRIGUES, Dantas. **Animais de estimação à espera de leis que os protejam**. 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/70745089/guarda-compartilhada-de-pets>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

SALLES, Carolina. **A condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112208351/a-condicao-dos-animais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

SALLES, Carolina. **"Filhos" no divórcio**: os animais de estimação. 2017. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5176/TCC%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

SALOMÃO, Karin. **Como o brasileiro cuida e quanto gasta com seus animais de estimação**. Revista Exame, Abril, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/como-o-brasileiro-cuida-e-quanto-gasta-com-seus-animais-de-estimacao/>. Acesso em 11 de novembro de 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 2, n. 3, 2014.

SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. **Uma nova família**: a multiespécie. Revista de Direito Ambiental. v. 82, abr./jun. 2016. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

SILVA, Débora dos Santos; BARUFF, Helder. **Casamento e divórcio**: Algumas reflexões em torno da emenda constitucional nº 66/2010. 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/bpdan/Downloads/2010-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-7416-1-10-20120210%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/bpdan/Downloads/2010-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-7416-1-10-20120210%20(1).pdf). Acesso em: 15 de outubro de 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. **A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro**: análise da legislação e de decisões judiciais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 1, p.55-95, 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/30699>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

SOUZA, Fernando Speck; SOUZA, Rafael Speck. Consultor jurídico. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>. Acesso em 17/11/20.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 187.

STOLZE, Pablo. (2012, p. 312) apud OLIVEIRA, Marco Aurélio de Souza, BATISTA, Yann Almeida, NETO, Fausto Amador Alves. Breves Apontamentos Acerca do Destino do Animal de Estimação Após a Dissolução Conjugal, Artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Minas Gerais, p. 8.

ZWETSCH, Lívia Borges. **Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugabilidade**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

O DIREITO A SAÚDE E A SEGURANÇA DO PACIENTE

LUCAS EDUARDO MOREIRA PINTO:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro - CEUNI FAMETRO.

RESUMO: A pesquisa abordará sobre o direito à saúde e a segurança do paciente, com os objetivos de analisar a segurança do paciente sob a égide do efetivo direito à saúde, além de abordar a saúde como pilar da Seguridade Social, verificar de que forma a legislação se manifesta a respeito do tema proposto e explicar conceitos importantes a compreensão do tema, como o de segurança do paciente e quais são os fatores que a balizam. O problema da pesquisa é: De que forma o direito pode se relacionar com as áreas da saúde para assegurar junto a elas o direito ao acesso à saúde de forma efetiva a todos? O direito à saúde se consolida em um direito público subjetivo, por isso o Estado necessita atuar de forma plena para garantir sua eficácia. O paciente, como qualquer ser humano, possui o direito à vida e a saúde como direitos fundamentais, devendo ser utilizado, todos os meios ou métodos legais para que seja necessária a efetivação desses direitos. Assim, a segurança do paciente deve ser oferecida, se tornando uma responsabilidade e dever do Estado, em realizar, obedecer, prestar e proteger o direito à vida, através da formação técnica dos profissionais de saúde e equipamentos necessários para oferecer nos ambientes hospitalares o direito fundamental da saúde. Foi com a CF/88, que estabeleceu como direito fundamental e social, demonstrando ser uma grande notoriedade dada ao assunto, indo de acordo com o que se previa em nível de direitos internacionais e direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Direito. Segurança. Paciente.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará acerca do direito à saúde e a segurança do paciente, com os objetivos de analisar a segurança do paciente sob a égide do efetivo direito à saúde, além de abordar a saúde como pilar da Seguridade Social, verificar de que forma a legislação se manifesta a respeito do tema proposto e explicar conceitos importantes a compreensão do tema, como o de segurança do paciente e quais são os fatores que a balizam.

O problema da pesquisa é: De que forma o direito pode se relacionar com as áreas da saúde para assegurar junto a elas o direito ao acesso à saúde de forma efetiva a todos?.

A saúde é um direito assegurado a todos pela Constituição Federal de 1988. Portanto, trata-se de um dever do Estado provê-la da melhor forma possível, para que o acesso a esse direito seja feito de forma efetiva por todos, principalmente abrangendo aquelas pessoas de baixa renda, que não tem condições financeiras de arcar com planos de saúde particulares.

Não são raros os casos em que os profissionais responsáveis pela promoção da saúde, como médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem, sejam flagrados em situações que infringem as normas legais pelo acesso à saúde com qualidade a todos.

Alguns são negligentes com pacientes, outros receitam remédios errados ou simplesmente não seguem os protocolos básicos do hospital, o que faz com que a vida de muitas pessoas fique em risco.

Com a pandemia do novo coronavírus, que provoca a doença covid-19, essa realidade foi mais explicitada pela mídia. Além da falta de equipamentos e de pessoal para cobrir efetivamente o atendimento a todos aqueles que necessitam de tratamento de saúde, as notícias deixam mais evidente essas violações cometidas pelos profissionais da saúde dentro do seu ambiente de trabalho.

É necessário que o Estado e a sociedade civil se unam para chegar ao objetivo comum de promover a saúde e a segurança do paciente a todas as pessoas que da saúde necessitam.

Nesse sentido, o presente trabalho torna-se relevante por analisar de que forma o direito se relaciona a garantia de segurança do paciente dentro dos hospitais.

1 DIREITO A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu interior inúmeros direitos e garantias fundamentais, que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, positivando questões sobre a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

O direito à saúde é um direito social, conforme dispõe o artigo 6º da CF/88, sendo colocada como norma suprema, estabelecida nos artigos 196 a 200 do Texto Constitucional.

Ressalta-se que o artigo 196 da CF/88 prevê que: "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).

Destaca-se que a proteção à saúde no Brasil surgiu com a Constituição de 1934, porém, ainda de forma associada à saúde do trabalhador, não era ainda vista como valor fundamental de todos os indivíduos. A Constituição de 1937 estabeleceu o direito à saúde da criança. Na Constituição de 1946, inseriu-se a saúde como repartição de competências. Posteriormente, a Constituição de 1967, acrescido pela Emenda 01/1969 não trouxe nenhuma previsão quanto ao seu acesso (ANDRADE, 2015).

Portanto, a previsão da CF/88 quanto a este direito foi uma relevante conquista da sociedade, pois estabeleceu-se em seu texto diversas regras de competência legislativa, de planejamento e execução. A Lei Maior prevê competência comum da União, dos Estados e Municípios para cuidar da saúde (art. 23, II), competência da União para legislar sobre o direito sanitário (art. 24, XII), competência dos municípios em prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII); previsão de limites mínimos de aplicação de recursos orçamentários na saúde (art. 34, VI, e); dentre outras disposições (NETO, 2014, p. 4).

Portanto, o direito a saúde deve estar pautado da efetivação da execução dos direitos fundamentais, e ainda, quanto a qualidade dos sistemas de saúde que devem ser oferecidos pelo Estado, de acordo com WHO (2006) menciona que possui seis dimensões:

- (a) efetividade, os cuidados em saúde devem ser baseados em evidências científicas e prover melhorias na saúde dos indivíduos e comunidades;
- (b) eficiência, ofertar cuidados em saúde maximizando o uso dos recursos e evitando o desperdício;
- (c) acessibilidade, os cuidados em saúde devem ser oportunos, geograficamente acessíveis e serem oferecidos de modo que as habilidades e recursos sejam apropriados às necessidades médicas;
- (d) centralidade no paciente, o cuidado em saúde deve considerar as suas preferências e desejos individuais;
- (e) equidade, os cuidados em saúde não devem variar em qualidade em razão de gênero, raça, etnia e outros fatores pessoais; e

(f) segurança, o cuidado em saúde deve ser efetivado de modo que os riscos sejam minimizados e os danos aos pacientes evitados.

O direito à saúde é um direito amplo, que abrange questões relacionadas a uma boa alimentação, à assistência social, ao trabalho, à moradia digna.

Não se deve tratar a saúde como um elemento individual, uma vez que resulta de condições socioeconômicas e ambientais, sendo considerada então um aspecto público.

De acordo com Fernandes (2010, p. 1046) cita que:

“O direito à saúde constitui direito de todos e dever do Estado, a partir de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, é um direito público subjetivo capaz de ser exigido do Estado”.

Sobre a saúde, o artigo 196 da Constituição da República define que é dever do Estado, sendo direito de todos. Para isso, é necessário que o Estado proponha políticas públicas para que o acesso universal a esse bem seja assegurado.

Segundo Moura (2013), a saúde recebeu uma proteção diferenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deu justamente porque o Estado se obrigou ao desenvolvimento de políticas públicas para a prestação efetiva da saúde ao cidadão e para conseguir chegar a este objetivo, envolveu não única e exclusivamente aos órgãos representantes do Estado, como também a sociedade civil como um todo, inclusive com a participação da iniciativa privada.

Para Mallmann (2012), a saúde pode ser entendida por meio de duas funções: direito de defesa e direito positivo. A autora defende o ponto de vista de que em ambos esses aspectos é necessário que haja o emprego de recursos públicos para a sua efetiva concretização, ao mencionar que:

Tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia”.

Portanto, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras consequências práticas, sobretudo quanto à sua efetividade, e desempenhando concreto de sua função social (JÚNIOR, 2012, p. 72).

O direito à saúde se consolida em um direito público subjetivo, por isso o Estado necessita atuar de forma plena para garantir sua eficácia. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais configuram-se como pressuposto para a vida de qualquer ser humano, para que haja a dignidade da pessoa (HUMENHUK, 2004).

2 SEGURANÇA DO PACIENTE

O paciente, como qualquer ser humano, possui o direito à vida e a saúde como direitos fundamentais, devendo ser utilizado, todos os meios ou métodos legais para que seja necessária a efetivação desses direitos.

“A Organização Mundial de Saúde (OMS) define segurança do paciente como: a redução do risco de danos desnecessários durante os processos assistenciais e uso de boas práticas para alcançar os melhores resultados para o cuidado de saúde” (PADILHA *et.al*, 2015).

Dessa maneira, verifica-se que a segurança do paciente está diretamente relacionada com a forma como são tratados, em decorrência dos cuidados que são prestados no hospital.

Vincent (2009) dispõe que a segurança do paciente pode ser definida “como o ato de evitar, prevenir e melhorar os resultados adversos ou as lesões consequentes do processo de atendimento médico-hospitalar”.

Segundo Tase (2013), [...] no ambiente hospitalar, como os pacientes podem ser submetidos a tratamentos complexos, pode desencadear danos adversos, o qual relaciona-se intrinsecamente “com a qualidade dos serviços prestados e vem sendo discutida pelos gestores de prestadores de serviços de saúde, entidades de classe e órgãos governamentais”.

A segurança do paciente pode ser caracterizada como uma extensão do direito à vida, em que todos os profissionais que estão diretamente interligados no tratamento do paciente, devem agir com procedimentos dotados de técnicas e conhecimentos para que não coloque em risco de vida ou qualquer outro dano que possa ser considerado evitável.

WACHTER (2012) diz que se trata de um campo do saber e uma prática novos, sendo definida como “redução, ao mínimo aceitável, do risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde”.

Portanto, como sendo um desdobramento do direito à vida, a segurança do paciente deve ser oferecida, se tornando uma responsabilidade e dever do Estado, em realizar, obedecer, prestar e proteger o direito à vida, através da formação técnica dos profissionais de saúde e equipamentos necessários para oferecer nos ambientes hospitalares o direito fundamental da saúde.

Nesse sentido COHEN e EZER (2013, p. 10) citam que, “estratégias de capacitação e formação devem ser fomentadas a fim de que o tema da segurança do paciente faça parte dos planos de ensino dos cursos de graduação na área da saúde e para que profissionais de saúde recebam capacitação acerca da temática”.

De acordo com Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define que, o direito à saúde está relacionado com o direito de desfrutar os meios que possibilitarão o oferecimento de uma saúde com índice mais elevado, que envolve, a utilização de bens, serviços e condições necessárias, relacionado juntamente com a segurança do paciente (COMITÊ, 2000).

O referido Comitê, ainda destaca que o direito à saúde se relaciona tanto com a atenção que é prestada ao paciente, assim como, “aos principais fatores determinantes da saúde, como o acesso a água potável, condições sanitárias e de habitação adequadas, condições sadias de trabalho e meio ambiente, acesso à educação e informação sobre questões relacionadas à saúde (inclusive a saúde sexual e a reprodutiva) (COMITÊ, 2000).

A segurança do paciente e a responsabilidade do Estado quanto a isso é tão séria que, órgãos internacionais de direitos humanos, como por exemplo: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e os relatores da ONU sobre direito à saúde, analisaram situações em que o paciente morre como consequência de falhas cometidas de forma sistêmica ou individual em relação aos cuidados em saúde, por isso, deveria ser adotado pelo Estado, como responsável pela vida paciente, adoção de medidas de fiscalização dos serviços, além da segurança, formação e a capacitação de profissionais de saúde (ALBUQUERQUE, 2016, p. 134).

Nesse contexto, verifica-se que tal segurança é atualmente tão relevante a nível internacional, que a *Joint Commission Internacional* - JCI (2003, p. 440) define a qualidade em saúde da seguinte forma: “o modo como os serviços de saúde, com o

atual nível de conhecimentos, aumentam a possibilidade de obter os resultados desejados e reduzem a probabilidade de obtenção de resultados indesejados”.

Portanto, a segurança do paciente é um elemento de qualidade da aplicação do direito à saúde, em que deve ser de responsabilidade do Estado sua prestação de forma digna, promovendo assim, o direito à vida.

3 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Para que o direito à saúde seja efetivo, deve ser concretizado e, nesse sentido o legislador constituinte de 1988, estabeleceu no texto constitucional um modelo básico de sistematização e procedimentos com esse intuito.

Embora as Constituições anteriores a de 1988, tenha apresentado em seu texto sobre a saúde, geralmente tinha como objetivo apenas em estabelecer as competências legislativas e administrativas sobre a questão.

No entanto, foi com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como direito fundamental e social, demonstrando ser uma grande notoriedade dada ao assunto, indo de acordo com o que se previa em nível de direitos internacionais e direitos humanos.

Essa efetividade da concretização do direito à saúde, pode ser notada durante a análise histórica, através da adoção de medidas realizadas pelo Estado para resolver problemas nessa área.

Menciona-se que até o início do século XX, quase não encontrava ações públicas de caráter curativo, sendo exercidas apenas por serviços de saúde privados e por entidades de caridade. Contudo, no ano de 1923, com a promulgação do Decreto nº 4.682, popularmente conhecida como Lei Eloy Chaves, foi criado um instituído denominado como: sistema de Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs). Nesse primeiro momento, abrangia apenas os trabalhadores ferroviários, passando posteriormente a abranger os trabalhadores marítimos e estivadores (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 39).

O Sistema de Saúde passou por uma estruturação básica a partir de 1930, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs).

Em 1949, foi criado o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU), regulamentado pelo Decreto nº 27.664, de 1949, que consagrou, em seu artigo 1º, que “a assistência médica domiciliar e de socorro urgente para os

assegurados e beneficiários dos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões será prestada por intermédio de "comunidades de serviços", sob a denominação de Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social (Sandu), sediadas no Instituto ou Caixa que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio designar, de acordo com a maior conveniência de realização do serviço" (BRASIL, 1949).

O SAMDU significou um grande avanço quanto a efetividade do direito à vida, pois foi o primeiro serviço de atendimento médico domiciliar no setor público, o que até então era realizado apenas pelo setor privado.

Com o regime militar, o IAPs foi unificado junto ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), passando posteriormente, a ser criado o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) (MERCADANTE, 2002, p. 237).

No entanto, nesse momento, destaca-se que a assistência à saúde era aplicada apenas aos empregados formais, pois estavam relacionadas com as atividades previdenciárias.

Posteriormente, com a criação da Lei nº 6.229/75, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, atribuindo ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Previdência e Assistência Social as atividades relacionadas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

No entanto, a referida lei conferiu apenas ao setor privado a prestação e serviços relacionados à saúde, o que significa dizer que grande parte da população na época continuou sem acesso aos serviços básicos de assistência médica (2007, p. 116).

A partir da década de 80, o INAMPS passou a atender a população em geral, não era mais necessário ser segurado ao órgão para que fosse atendido em uma unidade de saúde.

Em 1987, com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), sendo posteriormente substituído pelo Sistema Único de Saúde (SUS), devido as normas estabelecidas Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2013, p. 9).

Por conseguinte, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 4º estabeleceu a definição do Sistema Único de Saúde como "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público" (BRASIL, 1990).

O artigo 43 ainda da referida lei, garantiu-se a gratuidade dos serviços de saúde, buscando isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito a todos os indivíduos (MERCANTE, 2002, P. 248).

Vale ressaltar ainda que o artigo 198 da CF/88 dispõe que:

O artigo 198 da Constituição Federal define que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes."

Contudo, a gratuidade da saúde veio estabelecer a sua efetivação na sociedade, por ter sido ao longo da história a intenção do Estado em promover o bem de todos, sem discriminação.

4 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO

O Estado é o responsável por promover o direito à saúde a toda população, estabelecendo no Texto Constitucional, como já mencionado, que se trata de um direito universal, que deve ser oferecido aos brasileiros e estrangeiros que assim necessitarem, utilizando de forma gratuita.

Desse modo, para que a saúde seja efetiva na sociedade, o Estado presta a sua existência ou deveria assim agir, por meio de políticas públicas, formado por programas e atividades desenvolvidas com o auxílio de entes privados, já que a estrutura apenas dos órgãos públicos seria insuficiente para receber e tratar toda a população. Assim, a iniciativa privada poderá ajudar na assistência à saúde, como atividade complementar.

A efetivação da saúde está relacionada diretamente com a atuação do Estado nesse sentido. O modelo instituído no artigo 198 da CF/88 “destacou a dimensão objetiva do direito à saúde, bem como sua função protetiva na sociedade, caracterizando-se como uma garantia institucional fundamental” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 137).

No entanto, embora, seja mencionado historicamente uma mudança na visão e valores atribuídos à saúde no Brasil, sendo um sistema universal, igualitário, gratuito, a saúde pública no país ainda se mostra como ineficaz e carece de efetividade a quem necessita de tais serviços, como por exemplo, a falta de médicos, equipamentos e remédios em muitos hospitais ou unidades de saúde básica no Brasil como um todo.

De acordo com o doutrinador Cunha Junior (2008, p. 531) identifica o “direito fundamental à prestação material”, o qual parte da suposição de que o reconhecimento de direitos fundamentais tem por objeto uma utilidade concreta ou um benefício material, o qual está relacionado com a prestação do Estado, e assim cita que:

A função de prestação dos direitos fundamentais tem a missão de prover o indivíduo de condições para exigir do Estado a imediata realização das políticas públicas socialmente ativas, criando, por conseguinte, as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, e nisso consiste a atuação exigida do Estado à prestação material.

A falta de investimento e atenção do Estado como prestador da saúde brasileira, demonstra um nível de irresponsabilidade e desprezo, diante de tantas pessoas que morrem todos os dias por falta de uma prestação digna de assistência médica.

Sendo uma realidade bastante conhecida principalmente no primeiro semestre de 2020, com o surgimento da pandemia, covid 19, em que foi exposto para a população e a mídia em geral, o descaso que o país tem considerado a saúde pública, com a compra de material (equipamentos) errados, visando principalmente o lucro do que a cura dos pacientes.

Ressaltando ainda, que essa responsabilidade do poder público, possui competência comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, que segundo o artigo 23, inciso II da Constituição Federal, que tais entes deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988).

De acordo com estatística realizada em 2013, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstraram que os gastos públicos nesse setor corresponderam a apenas 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), percentual que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerado muito baixo para um país com um sistema de cobertura universal (OMS, 2016, p. 112).

Ao comparar os investimentos nas áreas de saúde em outros países, destaca-se que nos países europeus com sistemas universais a taxa de investimento é, em média, 8,3% do PIB em ações para a promoção de saúde (MENDES, 2013, p. 987).

A ineficiência da prestação do Estado tem sido evidenciada nos últimos anos de modo assolador, por exemplo, em 2014, apenas 6,8% do orçamento público brasileiro foi destinado especificamente à promoção da saúde, sendo que essa porcentagem compreende as despesas efetuadas pela União, estados e municípios. Isso representa como o terceiro pior entre os trinta e cinco países que compõem o continente americano, estando muito abaixo da média mundial, de 11,7% (CFM, 2017).

Nesse sentido, em 2018 uma pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), demonstrou ainda que no ano de 2015, o Brasil investiu na saúde pública o percentual de 7,7% de seu orçamento. Isso ainda é muito irrelevante, ao comparar com países como a Alemanha, Estados Unidos e Uruguai que seus percentuais são em torno de três vezes maior (CHADE, 2018).

Assim, na falta da prestação de medidas que assegurem o direito à saúde à população, tem sido requerida por meio da judicialização de ações nesse sentido.

De acordo com Polignano (2010, p. 3):

A crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, como: filas frequentes de pacientes nos serviços de saúde; falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população; escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados; baixos valores pagos pelo SUS aos diversos procedimentos médico-hospitalares; aumento de incidência e o ressurgimento de diversas doenças transmissíveis; denúncias de abusos cometidos pelos planos privados e pelos seguros de saúde.

A judicialização, então, torna-se uma forma que a população tem como materializar um direito que deveria ser prestado Estado de forma integral ao cidadão. Nesse contexto, Ohland (2010, p. 36) informa que “[..]Houve um vertiginoso crescimento de demandas judiciais cujo objetivo é obrigar o Estado ao fornecimento de determinadas prestações, tanto em ações individuais quanto em coletivas”.

Assim, o direito à saúde trata-se de um direito inquestionável, em que o Estado tem o dever de proporcionar todos os recursos possíveis ao tratamento de um paciente, assim como também, torna-se responsável pela segurança do mesmo dentro dos ambientes hospitalares. E se, não necessitasse entrar via judicial para que o Estado cumprisse o que é estabelecido na Constituição, as multas aplicadas pelas ações por causa dos descumprimentos judiciais, seriam mais um dinheiro que poderia ser investido na própria saúde.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu interior inúmeros direitos e garantias fundamentais. Esses direitos e garantias fundamentais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, que promove a importância de direitos básicos como a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

O direito à saúde trata-se de um direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 196, define que é dever do Estado, sendo direito de todos. No entanto, para que isso aconteça, é necessário que o Estado proponha políticas públicas para que o acesso universal a esse bem seja assegurado.

Neste contexto, destaca-se acerca da segurança do paciente, que está diretamente relacionada com a forma como são tratados, em decorrência dos cuidados que são prestados no hospital, sendo de responsabilidade do Estado as medidas, procedimentos e materiais que são destinados aos hospitais públicos para que o cidadão tenha o seu tratamento garantido.

Portanto, destaca-se que a segurança do paciente está relacionada com o direito à vida, que também deve ser oferecida pelo Estado, como dever do Estado, em realizar, obedecer, prestar e proteger o direito à vida, através da formação técnica dos profissionais de saúde e equipamentos necessários para oferecer nos ambientes hospitalares o direito fundamental da saúde.

Durante a pandemia que afetou o mundo inteiro no primeiro semestre do ano de 2020, fez surgir questionamentos sobre a efetivação do direito à saúde por

parte do Estado, diante de tantos casos que se demonstraram como empecilhos para o provimento da assistência médica em sua plenitude.

A efetividade do direito está relacionada diretamente com a atuação do Estado, sendo que o desatendimento pode ensejar a atuação judicial para a observância da jurisdição constitucional.

Contudo, o direito à saúde, englobando também a segurança do paciente, torna-se uma proteção apresentada pelo Texto Constitucional, que se preocupou em criar um sistema público de saúde, com atendimento universal e integral, representando uma grande conquista no país, mas que, deve ainda, receber mais investimentos públicos para que seja uma atuação e promoção mais efetiva e necessária na sociedade brasileira, que é de natureza irreversível.

THE RIGHT TO PATIENT HEALTH AND SAFETY

ABSTRACT:The research will address the right to health and patient safety, with the objectives of analyzing patient safety under the aegis of the effective right to health, in addition to addressing health as a pillar of Social Security, verifying how legislation expresses about the proposed theme and explain important concepts for understanding the theme, such as patient safety and what are the factors that guide it. The research problem is: How can the right relate to the health areas to ensure with them the right to access health effectively for all? The right to health is consolidated in a subjective public right, that is why the State needs to act fully to guarantee its effectiveness. The patient, like any human being, has the right to life and health as fundamental rights, and all legal means or methods must be used so that the enforcement of these rights is necessary. Thus, patient safety must be offered, becoming the responsibility and duty of the State, in realizing, obeying, providing and protecting the right to life, through the technical training of health professionals and equipment necessary to offer the right in hospitals. fundamental health. It was with CF / 88, which he established as a fundamental and social right, proving to be a great notoriety given to the subject, going according to what was foreseen in terms of international rights and human rights.

KEYWORDS: Health. Law. Safety. Patient.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **A segurança do paciente à luz do referencial dos direitos humanos.** R. Dir. sanit., São Paulo v.17 n.2, p. 117-137, jul./out. 2016. Disponível em < <file:///C:/Users/edvania.oliveira/Downloads/122309-Texto%20do%20artigo-228973-1-10-20161025.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2020.

ANDRADE, Geraldo. **Direito Fundamental à Saúde**. 2015. Disponível em < <https://quantasol.jusbrasil.com.br/artigos/214750436/direito-fundamental-a-saude>>. Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 27.664, de 1949**. 1949. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-27664-30-dezembro-1949-340344-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regula%20o%20Servi%C3%A7o%20de%20Assist%C3%A2ncia,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.>>>. Acesso em 24 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CHADE, Jamil. **Porcentual de orçamento para a saúde no Brasil é próximo ao do africano: gastos do governo na área estão abaixo da média mundial e famílias brasileiras, entre as que mais precisam pagar por atendimento**. Disponível em: < <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,porcentual-de-orcamento-para-a-saude-no-brasil-e-proximo-ao-do-africano,70002312554>>. Acesso em 24 nov. 2020.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estudos Avançados**. São Paulo, v. 27, n. 78, p. 9-10. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas. 2017. Disponível em: < https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3>. Acesso em 23 nov. 2020.

COHEN, J.; EZER, T. **Human rights in patient care: a theoretical and practical framework**. *Health and Human Rights*, v.15, n. 2, p. 7-19, Dec. 2013.

COMITÉ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Observación general n. 14, 2000. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponível em < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>>. Acesso em 20 nov. 2020.

FERNANDES, Bernardes Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. RJ: Lúmen Júris, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-139.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**, Teresina, ano 9, n. 227, 2004. Disponível < <http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em 07 nov. 2020.

JUNIOR, I.F.B., PAVANI, M. **O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

JOINT COMMISSION. Patient safety. 2003. Disponível em < http://www.jointcommission.org/PatientSafety/NationalPatientSafetyGoals/03_npsgs.htm>. Acesso em 22 nov. 2020.

LOVATO, Luiz Gustavo. **A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos**. In: ASSIS, Araken de (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.

MALLMANN, E. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado**. Disponível em: <[https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=Art.e%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20\(texto%20digital\)](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=Art.e%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20(texto%20digital))>. Acesso em 06 nov. 2020.

MENDES, Áquilas. **A longa batalha pelo financiamento do SUS. Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 4, 2013.

MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). **Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde**. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

MOURA, E S. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em 07 nov. 2020.

NETO, João Pedro Gebran. **Direito à Saúde Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas**. 2014. Disponível em < <https://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf>>. Acesso em 08 nov. 2020.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843>. Acesso em 24 nov. 2020.

PADILHA Kátia Grillo, BARBOSA Ricardo Luis, OLIVEIRA Elaine Machado, ANDOLHE Rafaela, DUCCI Adriana Janzante, SECOLI Silvia Regina. **Segurança do paciente em unidades de terapia intensiva: desenvolvimento de um projeto de pesquisa**. Revista da Escola de Enfermagem da USP - 49(Esp):157-163, 2015.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil – Uma pequena visão**. 2010.

TASE, Terezinha Hideco, LOURENÇÃO Daniela Campos de Andrade, BIANCHINI Suzana Maria, TRONCHIN Daisy Maria Rizatto. **Identificação do paciente nas organizações de saúde: uma reflexão emergente**. São Paulo- SP: Revista Gaúcha de Enfermagem, 34(2):196- 200, 2013.

VINCENT, Charles. **Segurança do Paciente: orientações para evitar eventos adversos**. Tradução de: Rogério Videira. São Caetano do Sul, SP: Yendis, 2009.

WACHTER, Robert M. **Understanding patient safety**. São Francisco: McGraw Hill, 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - WHO. Quality of care. Genebra: WHO, 2006.

O EMPREENDEDORISMO NA ADVOCACIA MODERNA BRASILEIRA; E A INFLUÊNCIA DAS STARTUPS JURÍDICAS NO BRASIL

ANNE BEATHRIZ PEREIRA BRITO:
Bacharelada em Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Gerente financeiro.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO¹²⁵

(orientador)

RESUMO: É perceptível ao longo dos últimos anos a inclusão de diversas ferramentas de inovação nas mais diversas áreas de atuação profissional. E o ambiente jurídico não ficou de fora da necessidade de incluir novas ferramentas. Diante desse contexto, o presente trabalho apresentou a seguinte problemática: quais os efeitos causados pelos novos modelos de empresa, como as “startups”, ao mercado jurídico, e como esses modelos tem contribuído para a melhoria dos serviços ofertados por esse ramo? Assim sendo, o trabalho tem como objetivo identificar a importância do empreendedorismo jurídico no Brasil, analisar a influência das startups no empreendedorismo jurídico e investigar a contribuição das startups, para o desenvolvimento dos processos elaborados pelos escritórios advocatícios e seus representantes. O percurso metodológico utilizado para a realização deste trabalho foia pesquisa qualitativa de caráter exploratório, mediante a par de levantar dados que evidenciem a transcendência do empreendedorismo para a indústria advocatícia, através de bibliografias. Dessa maneira, o trabalho está dividido da seguinte forma: Primeiramente apresenta os aspectos gerais e conceituais sobre empreendedorismo e startups, na sequência analisa a relação do empreendedorismo x ramo jurídico e o surgimento das startups tecnológicas jurídicas no brasil, e por fim, discorresobre a importância do empreendedorismo jurídico no brasil: influencia e contribuição das startups no desenvolvimento de processos elaborados pelos escritórios advocatícios e seus representantes. Os resultados apontam que empreender no meio jurídico tem potencial de oferecer ao cliente serviço de melhor qualidade, assim como, gerar um melhor funcionamento aos escritórios através das startups de tecnologia, de forma, a contribuir com o ideal desenvolvimento dos estabelecimentos, garantindo agilidade no decorrer dos processos. O empreender é baseado nos valores que os métodos e têm agregado a esse ambiente, diante da dificuldade de adquirir espaço no mercado brasileiro, levando em consideração a quantidade de profissionais do

¹²⁵ Bacharel em Direito. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ramo e a possibilidade de se destacar em meio a outros tantos profissionais em sua forma de atuar.

Palavras-chave: Inovação; Empreendedorismo; Startups; Jurídico; Brasil.

ABSTRACT: It is noticeable over the last few years the inclusion of several innovation tools in the most diverse areas of professional activity. And the legal environment has not been left out of the need to include new tools. Given this context, the present work presented the following problem: what are the effects caused by new business models, such as "startups", on the legal market, and how have these models contributed to the improvement of services offered by this branch? Therefore, the work aims to identify the importance of legal entrepreneurship in Brazil, analyze the influence of startups on legal entrepreneurship and investigate the contribution of startups, to the development of processes developed by law firms and their representatives. The methodological path used to carry out this work was qualitative research with an exploratory character, through the collection of data that show the transcendence of entrepreneurship for the legal industry, through bibliographies. Thus, the work is divided as follows: First, it presents the general and conceptual aspects of entrepreneurship and startups, then it analyzes the relationship between entrepreneurship x the legal branch and the emergence of legal technological startups in Brazil, and finally, it discusses the importance of legal entrepreneurship in Brazil: influence and contribution of startups in the development of processes prepared by law firms and their representatives. The results show that undertaking in the legal field is capable of guaranteeing quality service for clients, as well as generating better functioning of offices through technology startups, in order to contribute to the ideal development of establishments, ensuring agility in from the processes. Entrepreneurship is based on the values that the methods and have added to this environment, given the difficulty of acquiring space in the Brazilian market, taking into account the number of professionals in the field and the ability to be a differential among so many.

Keywords: Innovation; Entrepreneurship; Startups; Legal; Brazil.

INTRODUÇÃO

A morosidade da justiça, e a burocracia soberana, fazem da indústria advocatícia uma das mais lucrativas no Brasil. Nesse contexto, surgem empresas que nasceram com o intento de ofertar eficiência ao sistema jurídico. Há uma procura, por parte dos escritórios e seus representantes por uma inovação na automação dos processos.

Diante do contexto citado anteriormente, surge a necessidade de refletir acerca do mercado brasileiro na área advocatícia. A advocacia tradicional, baseada apenas em velhos protótipos, em que a teoria diz que, o advogado deve-se apenas preocupar-se em ser técnico e que assim será considerado um profissional de excelência e conseqüentemente, obter espaço no mercado. No entanto, observa-se que o mercado de trabalho na área do direito, assim como em outras áreas possui cada vez mais concorrência e requer que haja modernização para tornar-se diferencial no mercado.

O perfil empreendedor na área advocatícia tem se mostrado um diferencial significativo, e um dos meios de empreender que ganhou espectadores no âmbito jurídico nos últimos anos, são as startups. Tais empresas surgem no universo jurídico por meio de plataforma digital, afim de interligar as partes do processo, através de um modelo ágil e moderno, fornecendo informações acessíveis. Elas também oferecem serviços que podem ser usados pelos profissionais do âmbito jurídico de uma empresa de advocacia e também pelos clientes. Todas elas nasceram pelo intuito de oferecer soluções rápidas.

O interesse da pesquisadora pela temática surgiu a partir da observação da dinâmica do mercado e das necessidades que foram sendo observadas no decorrer do curso. Entende-se que o tema é relevante para a comunidade acadêmica, pois, visa produzir conhecimento e fomentar debates a respeito do mesmo. É importante para a sociedade, uma vez que, os debates produzidos na academia visam melhorias para a sociedade como todo. Assim, esse trabalho e suas ações tornam-se relevantes não somente para a pesquisadora, mas também para o meio acadêmico, e também para a sociedade, uma vez que, os serviços desenvolvidos no âmbito acadêmico tende em se reverter em benefício para a sociedade.

Diante do contexto apresentado anteriormente, o presente estudo apresenta a seguinte questão de pesquisa: quais os efeitos causados pelos novos modelos de empresa, como as "startups", ao mercado jurídico, e como esses modelos tem contribuído para a melhoria dos serviços ofertados por esse ramo?

Partindo do exposto acima, o presente trabalho tem como objetivos: Identificar a importância do empreendedorismo jurídico no Brasil, analisar a influência das startups no empreendedorismo jurídico e investigar a contribuição das startups, para o desenvolvimento dos processos elaborados pelos escritórios advocatícios e seus representantes.

A fim de alcançar os objetivos propostos utilizou-se neste trabalho a metodologia de abordagem qualitativa de caráter exploratório, por meio de pesquisa

bibliográfica e documental. Considerou-se adequado a utilização para espécie de investigação realizada, já que o modelo escolhido de pesquisa é utilizado em ambientes que há uma limitação de dados de sapiência.

Os meios de investigação utilizados, serão de abordagem bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica é constituída por material já existente, basicamente por livros e artigos científicos localizados em bibliotecas físicas e virtuais. A pesquisa documental é baseada em fontes diversas, como: tabelas, estatísticas, jornais, revistas, relatórios, filmes, fotografias, relatórios de empresas, etc." assim, foram consultados livros, trabalhos de conclusão de curso, artigos em periódicos e revistas relacionadas ao tema escolhido.

Assim, este artigo é um chamamento para um olhar especulativo a partir das contribuições do empreendedorismo para a esfera jurídica, pois revelam através dos estudos que é importante em tempos que o mercado profissional se tornou competitivo.

METODOLOGIA

Ao analisar a importância da pesquisa científica, percebe-se que seu principal objetivo é compreender e explicitar fenômenos, apresentando soluções ou alternativas, que respondam a determinados problemas. Para que isso seja possível, o pesquisador se mune de reflexões acumuladas que antecederam sua pesquisa e, por meio da manipulação de variados métodos e técnicas, visa à obtenção de respostas pertinentes às suas inquietações (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Para Martins e Theophilo (2009), o método científico não é, nem mais nem menos, senão a maneira de se construir boa ciência: social, pura ou aplicada, formal ou factual. Yin (2001) aponta que a escolha dos métodos deve ser sempre criteriosa, para selecionar os que mais se adaptem aos objetivos e condições nas quais a pesquisa está sendo realizada, sendo que não há método que seja melhor ou pior que o outro.

A fim de alcançar os objetivos propostos utilizou-se neste trabalho a metodologia de abordagem qualitativa que "considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números" (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 69-70).

O presente trabalho buscou na literatura bases para compor o mesmo. Assim, esse trabalho é constituído de pesquisa exploratória, com meios bibliográficos e documental. De acordo com Prodanove Freitas (2013), a pesquisa exploratória visa

compreender o máximo de informações sobre o assunto examinado, possibilitando sua definição e delineamento. Para Lakatos e Marconi (2010), a pesquisa bibliográfica abrange toda bibliografia já tornada pública sobre o tema.

A pesquisa documental possui a mesma linha da pesquisa bibliográfica, diferenciando-se por possuir uma diversidade maior de fontes tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, fotografias, relatórios de empresas, entre outros, sem necessariamente ter um tratamento analítico (FONSECA, 2002).

Assim, foram consultados, livros, artigos, periódicos, revistas sites relacionado a temática abordada objetivando buscar dados e informações para embasar a discursão realizadas no decorrer deste trabalho.

1. ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS SOBRE O EMPREENDEDORISMO E STARTUPS.

Neste primeiro capítulo serão apontados os aspectos gerais do empreendedorismo e startups, e sua conceituação, a fim de que seja criado um rudimento para uma maior percepção do tema que será explanado neste artigo, para embasar esta discursão utilizaremos autores que abordam os temas destacados neste capítulo.

1.1 Empreendedorismo

O mercado está sofrendo uma crescente mudança, devido a isso existe necessidade de constante inovação nas organizações e nas formas de trabalho. Em busca da independência financeira ou em realizar o sonho de ter o próprio negócio, o empreendedorismo tem aumentado cada vez mais seu número de adeptos, pois o assunto finanças, por ser uma área que envolve gestão do dinheiro, é termo que incentiva e motiva muitas pessoas. Outro aspecto que vem se destacando no cenário empreendedor, é o aumento da participação de jovens, que vêm ganhando lugar na economia global e influenciado a maneira de realizar negócios (DORNELAS; BOAS; FERRAZ, 2009).

O empreendedorismo é fenômeno que quando compreendido vem a contribuir para o desenvolvimento, de maneira a instruir o empreendedor a investir de forma certa. Sendo assim, o estímulo ao empreendedorismo é confiar na capacidade de uma pessoa em contribuir para desenvolvimento econômico através de inovações, criações de novos negócios, geração de riquezas e empregar pessoas (PORTUGAL et al., 2015). Assim, compreende-se que o empreendedorismo tem um papel de elevada importância no desenvolvimento econômico dos países.

O termo empreendedorismo descende da palavra 'entrepreneur', palavra de origem francesa que significa "começar algo novo e assumir riscos" (DORNELAS, 2005, p. 29).

O empreendedorismo pode ser entendido como um processo:

O empreendedorismo caracteriza-se como um processo dinâmico e inovador, envolvendo a criação de um novo negócio que agregue valor tanto econômico como social, assumindo os riscos calculados inerentes a qualquer tipo de negócio, e recebendo as recompensas consequentes do esforço, dedicação e comprometimento empregados na realização do negócio (RAIMUNDO, 2010, p. 196).

Desse modo, o empreendedorismo seria o modo de criar algo com dedicação, assumindo riscos, e posteriormente podendo ter recompensas advindas do empreendimento.

No cenário empreendedor atual, um novo conceito de empreendedorismo que vem se destacando no mercado são as Startups, embora ainda não existam existem um número grande de pesquisas relacionadas a mesmas, estas já podem ser consideradas como organização que trazem consigo inovação constate nas mais diversas áreas de atuação. O tema será abordado no item a seguir deste trabalho.

1.2 Startup

O termo startup vem da língua inglesa, que significa começar algo, tem sua origem incerta, mas de acordo com Roberto Braga, em artigo publicado em 03 de dezembro de 2019, no blog migalhas, cita que, o termo foi utilizado pela primeira vez em meados de 1976, através de um artigo publicado pela Forbes (BRAGA, 2019). O uso do termo *Startup*, começou ganhar popularidade na década de 1990 com o avanço da internet e tem ganhado força com a expansão do empreendedorismo digital (RIES, 2012).

A startup é um dos meios de empreender, o modelo é baseado na inovação. Apesar de populares a definirem como empresas digitais, há uma corrente defendida onde diz que, pequenas empresas em seu período inicial podem ser consideradas também uma startup, outros dizem que são empresas que possuem um custo baixo de manutenção, mas que geram grandes lucros, enfim, há um vasto espaço para as interpretações (SEBRAE, 2014).

São muitas as definições para o termo *startups*, Ries (2012, p. 24) define como sendo "uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob

condições de extrema incerteza”. Uma definição similar que pode ser usada foi dada por Miranda, Santos Júnior e Dias (2016), que as conceituam como empresas que visam grandes mercados de rápido desenvolvimento, dinâmicos e inovadores em relação aos demais modelos, possuindo particularidades de empresas e formalização das obrigações e de seus colaboradores e fundadores, tendo a incerteza como uma condição de domínio junto à organização e na tomada de decisões. Dessa maneira, considera-se que para o sucesso de um startup é imprescindível que esta tenha como característica principal a inovação que seja capaz de produzir e oferecer algo que tenha utilidade para a sociedade, ainda que ainda não se reconheça a necessidade de tal serviço por parte da sociedade.

Ries (2012) salienta que *startups* foram planejadas para estar à frente de situações de extrema incerteza. Portanto, a imitação de um modelo de negócio que já exista pode ter proveito econômico, no entanto, não pode ser considerada uma *startup*, uma vez que, a inovação é a principal característica de uma *startup*.

Diferente de décadas atrás, hoje as *startups* são empresas que dão origem a seus produtos de forma diferente, seu intuito é oferecer a menor quantidade de recurso reunidos, no menor espaço de tempo e com maior qualidade, permitindo que o cliente tenha acesso a versão inicial do produto em uma quantidade menor de tempo (NAGER; NELSEN; NOUYRIGAT, 2013).

De acordo com Blank e Dorf (2014, p. 27), “uma *startup* não é uma versão menor de uma grande companhia. Uma *startup* é uma organização temporária em busca de um modelo de negócio escalável, recorrente e lucrativo”. Considera-se temporária, uma vez que, estas estão sempre se remodelando, muitas vezes partido de modelos tradicionais se reinventam, outras vezes são criados novos modelos.

Assim sendo, os autores citados anteriormente compreendem que para se obter sucesso diante de uma startup é necessário que se projete, ou seja, que haja planejamento, estimativas, como forma de antecipar aquilo que se deseja alcançar, e assim compreendendo a realidade possa fazer as correções necessárias, caso algo não saia como esperado.

Dessa maneira, entende-se que as *Startups* são modelos de negócios modernos diferentes dos modelos tradicionais, uma vez que, foram projetadas para solução de problemas de maneira versátil e adaptável a realidade e necessidade do cliente, tendo na inovação a sua principal característica. Estas empresas estão presentes nas mais diversas áreas, no próximo tópico desse trabalho abordaremos sobre essa forma de empreender com esse modelo de negócio na área jurídica.

2.A RELAÇÃO DO EMPREENDEDORISMO X RAMO JURÍDICO E O SURGIMENTO DAS STARTUPS TECNOLÓGICAS JURÍDICAS NO BRASIL.

Diante da globalização e o crescente desenvolvimento econômico, o empreendedorismo surge para todos os segmentos de atuação profissional e não deixou de fora o ramo jurídico.

Com o elevado número de profissionais da área do direito, o conhecimento jurídico apenas, deixou de ser um diferencial, exigindo-os novas atitudes, como a necessidade de aprender a ser um empreendedor. O perfil conservador deixou de ser essencial, e o perfil inovador ganhou força com a transformação digital do mercado de trabalho.

A alteração nas profissões jurídicas naturalmente traz impactos no ensino. A adaptação do profissional para o cenário tecnológico demanda a aquisição de novos conhecimentos, competências e habilidade. Assim a formação jurídica precisa ser ajustada de modo congruente, a fim de capacitar os atuais profissionais (CEPI, 2018, p. 7).

Para alguns profissionais as mudanças têm causado um estranhamento, e muitos dizem até que os seres humanos serão substituídos pelas máquinas.

No entanto essa visão é leiga, e o empreendedorismo surgido em forma de tecnologia, abre uma vasta possibilidade de se empreender no mundo jurídico, há seguimentos tecnológicos que buscam a automação de processos, com intuito de desafogar o sistema judiciário.

Para a área jurídica as startups desenvolvidas são as conhecidas como lawtechs e legaltechs, elas criam serviços jurídicos diversificados, fornecendo software para a logística dos exercícios advocatícios, todas elas têm um condão de oferecer otimização de tempo e soluções por meio do uso de tecnologia.

De acordo com a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs - AB2L (2020), já foram registradas mais de 50 startups jurídicas no Brasil, que estão divididas em 11 categorias, são elas:

- Analytics e jurimetria – Análise de dados, com intuito de prever decisões judiciais.
- Automação e gestão de documentos – Automação de documentos e processos jurídicos.
- Compliance – Promove ações para o cumprimento de legislação determinada a uma determinada companhia.

- Lawtech de conteúdo jurídico, educação e consultoria – Portais de noticiamento jurídico.
- Extração e monitoramento de dados públicos – Monitoramento de consulta online de informações públicas.
- Gestão jurídica – Ajudam na gestão dos escritórios, com otimização de tempo.
- IA Setor público – Plataformas utilizadas pelos tribunais e poder público, para busca de processos e dados.
- Redes de profissionais –Assistência jurídica online de acesso público.
- Regtech – Auxiliar o poder legislativo no monitoramento de dados em todas as esferas.
- Lawtechs de resolução de conflitos online – Para solução online de conflitos.
- Taxtech – Plataforma para questões tributárias.
- Real estate tech – Voltada ao mercado imobiliário e cartorário.
- Civic tech – Melhorar o relacionamento entre as instituições.

A figura 1 a seguir, ilustra as *Startups* do ramo jurídico no Brasil, de acordo com o radar AB2L (2020).

FIGURA 1 - AB2L "RADAR DE LAWTECHS E LEGALTECHS".



Fonte: RADAR AB2L (2020).

Diante de tamanha proporção de plataformas disponíveis ao ramo jurídico no Brasil, é evidente para o profissional de Direito que, assumir todas essas tarefas se tornou não mais um pesadelo, pois, as lawtechs ou legaltechs tem proporcionado todo um aparato, gerando um ganho de tempo que é essencial para o crescimento laboral e financeiro do advogado.

Assim sendo, o próximo capítulo abordará a importância do empreendedorismo jurídico, bem como a influência e contribuição da Startups para os escritórios advocatícios e seus representantes.

3. A IMPORTÂNCIA DO EMPREENDEDORISMO JURIDICO NO BRASIL: INFLUENCIA E CONTRIBUIÇÃO DA STARTUPS NO DESENVOLVIMENTO DE PROCESSOS ELABORADOS PELOS ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS E SEUS REPRESENTANTES.

As novas dinâmicas sociais trouxeram em seu bojo demandas específicas, dentre as demandas identificadas, a necessidade de inovação nas mais diversas áreas tem se destacado. O âmbito jurídico considerado uma das áreas de atuação profissional mais tradicional tem sido diretamente influenciada pela necessidade de inovação. Uma vez que, de acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a cada novo ano o número de processos em tramitação na justiça brasileira cresce 3% em média, e no ano de 2017 esse número já ultrapassava a marca de 79,7 milhões de processos, conforme apontado no relatório Justiça em Números do CNJ.

Diante do contexto apresentando anteriormente, houve a necessidade de buscar inovações para romper o gargalo na justiça, assim, “o surgimento de novas carreiras, o uso de tecnologias para acelerar tarefas que levavam horas e até mesmo novos modelos de cobrança são alterações já perceptíveis no dia a dia das firmas e dos departamentos jurídicos (LIMA, 2019)”.

Ainda de acordo com autora citada anteriormente, em 2018 a corte suprema da justiça brasileira passou a utilizar novas ferramentas de inovação. O Supremo Tribunal Federal (STF) em cooperação com a Universidade de Brasília (UnB), criou uma ferramenta para identificação e categorização os temas que são discutidos pelo STF.

A parceria com as universidades tem sido grande impulsionadora para o desenvolvimento das diversas ferramentas de inovação utilizadas no âmbito jurídico. Essa parceria tem ainda fomentado debates a respeito das mudanças que tem ocorrido no meio jurídico e tais mudanças tem permitido a integração de novas tecnologias no ramo do direito, portanto, os futuros profissionais estão sendo inseridos no mercado com conhecimento não só no teórico, mais conhecimento agregado em relação a inclusão destas novas tecnologias.

Para atender as novas necessidades na área jurídica, foram criadas inúmeras ferramentas, elas vão desde automação de documentos e processos jurídicos, perpassam por conteúdos jurídicos de educação e consultorias, portais de notícias jurídicas, monitoramento de consulta online de informações públicas, auxílio ao poder legislativo no monitoramento de dados de todas as esferas, gestão de escritórios, plataformas de análise e processamentos de dados e questões tributárias, dentre outras.

O ano de 2020 possibilitou maior visibilidade para estas ferramentas, uma vez que, com as restrições impostas pelas necessidades sanitárias em virtude da pandemia de covid-19, passou-se a recorrer as ferramentas tecnológicas para que os processos tivessem andamento, e ainda para iniciar outros tantos que também foram impulsionados com a situação de pandemia, como os casos de violência doméstica, fraudes virtuais, fraudes em auxílios governamentais e tantos outros.

De acordo com Oyama (2020), muitos procedimentos que ganharam formas mais tecnológicas em meio a pandemia, já vinham sendo implementado de maneira gradativa, e a pandemia acelerou esse processo, como no caso das audiências de termo que já eram realizadas pelas videoconferências.

Ainda de acordo com o autor citado, árbitros e advogados avaliam que audiências virtuais têm se mostrado eficazes e destacam como vantajosas as audiências virtuais por ser realizada de maneira ágil, levando em consideração que não há deslocamento de pessoas, isso possibilita maior facilidade de agendas, outra vantagem destacada é a gravação em vídeo.

Além das audiências virtuais destacadas anteriormente, outras tecnologias virtuais foram sendo implantadas na esfera jurídica pública e privada para substituir ferramentas burocráticas e obsoletas. Dentre as ferramentas que passaram a ser utilizadas cita-se a Verifact que trata-se de uma ferramenta *online* que possibilita aos usuários da rede salvar conteúdos na internet, conteúdos estes que podem ser utilizados como provas tais como: sites, lojas virtuais, conversas em redes sociais, e-mail, dentre outros, que podem ser acessados via navegador. Esta ferramenta já está sendo utilizada pelo Ministério Público da Bahia e Polícia Civil do estado do Paraná, de acordo com AB2L.

No entanto, nota-se que a utilização destas ferramentas ainda é disforme com relação a área pública e área privada, visto que, enquanto escritórios de advocacia já se beneficiam destas ferramentas em sua grande maioria, a área pública não está aderindo a tais ferramentas, proporcionando um descompasso entre as duas áreas. Compreende-se que a utilização de ferramentas nas duas esferas pública e privada

de maneira mais homogeneia os benefícios da mesma poderiam ser bem mais potencializados.

A otimização de tarefas repetitivas e administrativas podem ser destacadas como sendo benefícios da inclusão das ferramentas tecnológicas por parte dos profissionais, outros benefícios podem ainda ser destacados conforme apontam Negreiros e Amorelli (2020):

Maior tempo disponível para o desenvolvimento de novas teses, peças jurídicas renovadas, com comunicação limpa, clara e que consiga trazer melhores resultados, protocolos eletrônicos realizados em segundos, cadastros perfeitos, mais seguros e confiáveis, consulta ágil de resultados consolidados que permitem a análise que garanta a tomada de decisões mais precisa em cada processo, e verificação ágil de toda a legislação, jurisprudências atualizadas, precedentes, citações e qualquer fonte de informação jurídica.

Além dos benefícios destacados anteriormente, apresenta-se ainda o controle de prazos que possibilita uma organização da agenda em períodos mais intensos e menos intensos, tornando-se um diferencial. E ainda o compartilhamento online de documentos (Armazenamento em Nuvem ou Cloud Computing), essa ferramenta além de permitir o acesso do documento em locais diversos, possui como vantagem a economia de espaço físico e ainda de recursos financeiros, uma vez que, não necessita de um local para armazenamento.

Entende-se que as soluções tecnológicas que despontam diariamente no país oferecendo serviços inovadores para o mundo jurídico possuem como principal objetivo "tanto aprimorar a rotina dos profissionais da advocacia quanto auxiliar os magistrados na atividade jurisdicional (AZEVEDO, 2020) ".

A inclusão de tecnologias no ramo do direito tem sido realizada de maneira gradativa, mas o que tem se percebido é que tem grande potencial para ser explorado e a situação de pandemia descrita anteriormente, possibilitou a aceleração desta inclusão, bem como expôs ainda mais possibilidades, que podem ser exploradas.

De acordo com a AB2L, nos últimos anos no Brasil, houve um expressivo crescimento de startups jurídica, esse crescimento aponta para as demandas existentes no setor e conseqüentemente novas oportunidades. De acordo com a Associação no período entre 2017 e 2020, o número de empresas com característica de startup voltadas para o ramo do direito foi duplicado. Dito isto, infere-se que o

empreendedorismo no âmbito jurídico tem ganhado força especialmente no que se refere a inovação com as startups. E já pode se perceber as transformações que estas startups tem proporcionado no universo jurídico brasileiro, oferecendo uma gama diversificada de serviços, conforme destacados anteriormente.

Além do crescimento no número de empresas no ramo, cresce também os números de profissionais formados em Direito que buscam empreender dentro de sua área de atuação, na maioria jovens recém formados que visualizaram oportunidades de desempenhar melhor sua profissão e ainda proporcionar melhorias para a área como um todo, com a ofertas de serviços diferenciados e que se tornaram necessários para este novo tempo, com novas exigências no atuação profissional.

Assim sendo, observa-se que a inovação introduzida no âmbito jurídico brasileiro através das startups tem sido de grande relevância para todos os envolvidos no processo, pois além de favorecer o trabalho do profissional, possibilita uma proximidade maior com o cliente permitindo que o mesmo acompanhe o andamento do processo sem que pra isso precise recorrer a seu representante, dentre outros aspectos abordados no decorrer deste trabalho. Pode-se dizer que os ganhos com a inclusão destas empresas startups e das ferramentas que foram desenvolvidas para atender o setor jurídico foram diversos e tendem a crescer ainda mais, uma vez que, a cada dia surgem novas necessidades.

Dessa maneira, após apresentar os aspectos gerais e conceituais sobre empreendedorismo e startups, analisar a relação do empreendedorismo x ramo jurídico e o surgimento das startups tecnológicas jurídicas no Brasil, e discorrer sobre a importância do empreendedorismo jurídico no Brasil: influencia e contribuição das startups no desenvolvimento de processos elaborados pelos escritórios advocatícios e seus representantes, tornou-se possível realizar as seguintes considerações.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivos identificar a importância do empreendedorismo jurídico no Brasil, analisar a influência das startups no empreendedorismo jurídico e investigar a contribuição das startups, para o desenvolvimento dos processos elaborados pelos escritórios advocatícios e seus representantes.

De acordo com a pesquisa foi possível compreender que as mudanças sociais e tecnológicas que ocorreram nos últimos anos influenciaram diretamente na maneira de atuar nas mais diversas áreas de atuação profissional, incluindo a carreira jurídica considerada umas das mais tracionais.

Ainda de acordo com a pesquisa, é possível inferir que a inclusão de ferramentas tecnológicas no âmbito jurídico brasileiro que já vinha sendo observada nos últimos anos ganhou maior força e relevância ainda maior no ano de 2020 em virtude das restrições de sanitárias impostas em virtude da pandemia da covid-19.

Assim sendo, infere-se que o âmbito judiciário que já tem sido amplo campo de trabalho, abre ainda mais seu leque de atuação diante das muitas mudanças que tem ocorrido nos últimos anos, especialmente nas demandas que foram expostas e ganharam ainda mais importância no ano de 2020 em virtude da pandemia vivenciada mundialmente.

Destaca-se ainda, que as inovações oferecidas pelas startups contribuem de maneira significativa para a melhorias dos serviços prestados na área jurídica, seja na disponibilidade de conteúdos jurídicos de educação e consultorias, nos portais de notícias jurídicas, na automação de documentos e processos jurídicos, na gestão de escritórios, no monitoramento de consulta online de informações públicas, na oferta de plataformas de análise e processamentos de dados e questões tributárias, e tantas outras formas que tem sido encontradas diariamente.

Tais ferramentas possibilitam que o profissional do direito tenha mais tempos para o desenvolvimento de novas teses, disponha de peças jurídicas atualizada, com clara comunicação, com reunião de resultados verificados e consolidados que colaboram para uma análise segura permitindo assim uma melhor tomada de decisão, além de oferecer de forma segura, rápida e confiável informações jurídicas com atualização de jurisprudência, precedentes, ou seja, toda a legislação. Todos estes benefícios estão revolucionando a forma como os serviços jurídicos são praticados.

Vale ressaltar que esta inclusão de tecnologias no ambiente jurídico ocorre de forma descompassada, ou seja, enquanto a área privada já possui uma inclusão de diversas ferramentas, o setor público, ainda inclui a passos lentos. Ainda não existem muitos estudos relacionados a esta diferença, os motivos pelas quais acontecem, no entanto, pode-se sugerir que se esta inclusão fosse realizada de maneira menos descompassada os benefícios da mesma poderiam ser ainda mais perceptíveis.

Assim sendo, infere-se que no âmbito jurídico brasileiro o empreendedorismo está em alta aliado a inovação que as startups tem proporcionado, e tem agregado valor ao profissional, uma vez que, a concorrência de mercado está cada vez mais elevada considerando o grande número de profissionais formados no país.

Destarte, a realização deste trabalho possibilitou vislumbrar um campo de atuação no âmbito do direito que está além do que se apresentava no modelo tradicional, a inclusão de ferramentas tecnológicas abre espaço para atuação de multiprofissionais, o que permite dizer que fomenta e enriquece ainda mais a área jurídica, visto que, o intercâmbio com diversos profissionais tem sido cada vez mais valorizado, portanto, o profissional que se adaptar as mudanças que vem ocorrendo com a inclusão de tecnologias e a relação multiprofissional agregará valor em sua atuação enquanto profissional, além da sua qualificação técnica.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. **Radar de Lawtechs e Legaltechs**. Disponível em: <https://ab2l.org.br/radar-lawtechs/>. Acesso em 12 de nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. MP da Bahia assina acordo técnico para registro de provas digitais. Disponível em: <https://ab2l.org.br/mp-da-bahia-assina-acordo-tecnico-para-registro-de-provas-digitais/>. Acesso em 12 de nov. 2020.

AZEVEDO, B. D. Como as lawtechs e legaltechs estão remodelando a prática jurídica. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/como-as-lawtechs-e-legaltechs-estao-remodelando-a-pratica-juridica/>. Acesso em 13 de nov. 2020.

BLANK, S; DORF, B; **Startup: Manual do empreendedor**. São Paulo, Editora: Alta Books, 2014.

DORNELAS, José Carlos Assis. Transformando idéias em negócios. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

DORNELAS, J; VILAS BOAS, E; FERRAZ, C. **Empreenda antes dos 30**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 200p.

LAKATOS, E. M., & MARCONI, M. de A. (2010). **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas.

LIMA, Luciana. **Veja como a tecnologia está mudando o trabalho dos advogados**. Disponível em: <https://vocesa.abril.com.br/geral/veja-como-a-tecnologia-esta-mudando-o-trabalho-dos-advogados/>. Acesso em 12 de nov. 2020.

MARTINS, G.A.; THEÓPHILO, C.R. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, J. Q.; SANTOSJÚNIOR, C. D.; DIAS, A. T. A influência das variáveis ambientais e organizacionais no desempenho das *startups*. **Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas**, v.5, n. 1, p. 28-65, 2016.

NAGER, M; NELSEN, C; NOUYRIGAT F; **Startup Weekend**: Como levar uma empresa do conceito a criação em 54 horas. São Paulo, Editora: Alta Books, 2012.

NEGREIRO, F.; AMORELLI, M. L. L. **Gestão de projetos como elo entre a gestão jurídica e inovação tecnológica**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/331075/gestao-de-projetos-como-elo-entre-a-gestao-juridica-e-inovacao-tecnologica>. Acesso em 12 de nov. 2020.

OYAMA, Érico. **Pandemia acelera digitalização de arbitragens, que quase não tiveram suspensões**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/pandemia-acelera-digitalizacao-de-arbitragens-que-quase-nao-tiveram-suspensoes-13072020>. Acesso em 12 de nov. 2020.

PORTUGAL, N. S. REIS, R. P.; SILVA, S. S.; PORTUGAL JUNIOR, P. S.; PIURCOSKY, F. P.; ALVES, A. F. Microempreendedores individuais - um estudo sobre suas ações de gerenciamento frente aos desafios da formalização. In: ENCONTRO DA ANPAD, 39, 2015, Belo Horizonte. **Anais XXXIX EnANPAD**. Minas Gerais, 2015.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RAIMUNDO, C. M. Perfil empreendedor e geração de estratégias: um estudo descritivo a partir das experiências no setor da construção civil. **Revista Brasileira de Estratégia**, v. 3, n. 2, p. 195-205, 2010.

RIES, Eric. **A startup enxuta**: como empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas / Eric Ries; [tradução Texto Editores]. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

SEBRAE. **O que é startup?** 13 jan. 2014. Disponível: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-e-uma-startup,6979b2a178c83410VgnVCM1000003b74010aRCRD>. Acesso em 11 out. 2020.

YIN, R. K. **Estudo de Caso: Planejamento e Métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2001. 212.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE PREVENÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

CAROLLINNY GOMES RABELO:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo – FASEC de Palmas-TO.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA²

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como finalidade analisar, por meio de estudos bibliográficos e leis, a guarda compartilhada conforme instrumento capaz de diminuir e findar as práticas de alienação parental. Serão analisadas ainda as modalidades de guarda, especialmente a guarda compartilhada, as diferenças entre alienação parental e síndrome da alienação parental, suas consequências para a criança e as características do alienador, vítima e alienado. Com a realização deste trabalho verificou-se que a guarda compartilhada proporciona grandes benefícios, isso porque aproxima pais e filhos, impondo que as medidas sobre os menores sejam decididas conjuntamente, eliminando a estima de “posse” que a guarda unilateral instaura. É vital que haja uma mudança interna, tornando possível a renúncia do egoísmo dos genitores em prol do desenvolvimento e do respeito à dignidade humana da criança. Este artigo pretendeu que, ao final da pesquisa, as informações obtidas e analisadas possam servir de base para outros trabalhos da área, além de auxiliar no reconhecimento dos efeitos que a guarda compartilhada pode trazer de benéfico para que a alienação parental não seja instalada nas relações familiares.

Palavras chave: Alienação Parental. Dignidade Humana da Criança. Guarda Compartilhada.

INTRODUÇÃO

Com o passar dos tempos, as questões familiares estão cada vez mais clamando por soluções práticas e jurídicas, com o objetivo de solucionar conflitos e proteger direitos. Do mesmo modo, com o surgimento da alienação parental e o processo da síndrome, no ambiente familiar, normalmente ocorrido na disputa de guarda dos filhos, exigiram-se medidas jurídicas para acolher melhor os interesses familiares, das crianças e dos adolescentes que são vítimas.

2 Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: prof.andreiaayres@fasec.edu.br

Diante deste cenário, é cabível mencionar a entidade da guarda compartilhada, que tem destaque na Lei 11.698 do ano de 2008, uma vez que garante a presença dos pais na criação dos seus filhos, evitando a prática de alienação.

Será abordada ainda, a Lei n. 12.318/10 que disserta sobre a alienação parental e suas consequências jurídicas, buscando diminuir atos de alienação e, por subseqüente, defende o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Desta forma, para que o tema pudesse ser investigado, a pesquisa bibliográfica foi utilizada como metodologia, fundada na argumentação teórica dos resultados encontrados em conjuntamente com o Direito brasileiro. Assim, pretendeu-se neste artigo responder à problemática de como a guarda compartilhada pode ser uma aliada na prevenção da alienação parental.

Este trabalho objetiva analisar, por meio de estudos bibliográficos e das normas legais, a guarda compartilhada como meio capaz de diminuir e extinguir as práticas de alienação parental. Ademais, serão analisadas as modalidades de guarda, especialmente a guarda compartilhada, as diferenças entre alienação parental e síndrome da alienação parental, suas consequências para a criança e as características do alienador, vítima e alienado.

Nesta perspectiva, o que se pretendeu foi que, ao final da pesquisa, as informações obtidas e analisadas possam servir de base para outros trabalhos da área, além de auxiliar no reconhecimento dos efeitos que esta unidade familiar gera, servindo ainda de prevenção aos futuros litígios, contribuindo para que os direitos dos participantes deste tipo de união sejam conhecidos, para que, desta maneira, os direitos contidos na legislação brasileira dos indivíduos que vivem em união estável sejam aprimorados e efetivados.

1. PODER FAMILIAR

Antigamente, o pátrio poder era um direito absoluto apenas do pai de família. Todavia, o Novo Código Civil de 2002 trouxe a igualdade de participação entre homem e mulher, alterando-se assim o termo pátrio poder por poder familiar, tratando - se das atribuições e obrigações que os pais exercem sob seus filhos, em virtude de serem os responsáveis pela criação, educação, respeito, obediência, constituição ética, bens do menor não emancipado, integridade física e psíquica do menor de idade, independente do filho ser legítimo ou adotivo, isto é, até a maioridade ou emancipação. (BRASIL, 2002)

Vale destacar, que o artigo 1.511 do Código Civil reconhece que, embora a relação conjugal acabe as relações afetivas com os filhos jamais acabará. Tanto o pai quanto a mãe, necessitam estar presentes no processo de formação do filho, pois se encontram em condições iguais para desempenharem esse múnus, notadamente perante a Constituição Federal no artigo 5º, inciso I e art. 226, § 5º, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...), nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988)

Com a separação judicial, o exercício do poder familiar terá uma aplicação diferente. Uma vez que, de acordo com o art. 1.632 do Código Civil, o divórcio não altera as relações entre pais e filhos ocorrerão variações quanto ao direito, de ter a prole na companhia dos responsáveis. (BRASIL, 2002)

A solução é manter ambos os pais com as mesmas responsabilidades que mantinham antes da separação, mantendo a mesma convivência diária, optando pelo compartilhamento da guarda em benefício do menor para que ele tenha um bom desenvolvimento, facilitando a realização dos deveres do poder familiar para os genitores.

1.1 O poder familiar: motivos de perda, suspensão e extinção

O poder familiar é extinto quando esta situação ocorre modo definitivo entre os componentes da família, que são os pais e os filhos. Em conexão com a extinção do poder familiar, devido a fatos que acontecem de maneira natural, como no caso de falecimento dos pais, quando o filho alcança a maioridade ou é emancipado, ou ainda quando, por meio de decisão judicial, a família tem sua extinção definitiva.

No que tange à perda do poder, é de grande importância destacar que esta é a forma de destituição do poder da família de maior gravidade e também é determinada por decisão judicial. Ela pode ocorrer de acordo com as hipóteses que estão vista no artigo 1.638, do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2002)

Deste modo, conforme a descrição presente no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 155, no que se refere à suspensão/extinção do poder familiar, esta situação acontece mediante apresentação do Ministério Público ou do sujeito que apresente interesses legais perante o contexto em voga, regido de acordo com o que é preconizado no Estatuto supracitado e no Código Civil. No Eca ainda são especificadas as seguintes hipóteses:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

[...]

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (BRASIL, 1990)

A expressão pátrio poder foi alterada pelo Código Civil para poder familiar, com o objetivo de que os princípios constitucionais fossem adaptados, além de legitimar o Estado a adentrar no âmbito da família, buscando exercer a função de fiscalizar o poder familiar e realizar as interferências que se fizerem necessárias.

Neste sentido, a suspensão é uma delimitação na prática da função dos pais, instituída por decisão judicial e que permanece durante o tempo em que for necessária aos interesses do filho menor.

1.2 O dever de proteção aos filhos na separação e no divórcio

Se tratando da proteção da prole, o Código Civil traz nos seus artigos 1.583 a 1.590, o direito de escolher que os pais obtenham em face do tipo de guarda, sendo elas, a guarda compartilhada onde ambas as partes terão que

partilhar a tutela dos filhos, ou optar pela guarda unilateral, na qual exclusivamente um dos progenitores auferirá a guarda da criança, venerando o melhor interesse da criança.

Seguindo a linha, o referido código em seu art. 1.584 § 5º, explica que, constatando o magistrado que a prole não fique somente sob a guarda da mãe ou do pai, decidirá com quem ficarão os filhos. Existe a possibilidade de outra pessoa ficar com a guarda, mas é prioritário parente familiar que exprime relação de afetividade com os menores.

Na petição de divórcio deve constar o acordo referente à guarda dos filhos menores e a administração de visitas, fundado pelo artigo 1.121, §2º, do Código de Processo Civil.

Conseqüentemente, o direito de visita é perdurável ao genitor (a) que não possui a custódia. Contudo, embora seja um direito a ser exercido, não é necessária a intromissão estatal neste domínio, pois o Estado não possui competência para regular a afetividade ou a falta dela, nas relações familiares.

Compete aos pais, não permitir que nada falte para sua prole, independente de quem detenha a guarda, os vínculos afetivos, tornando-se fatores indispensáveis para que o caráter e a personalidade da pessoa sejam constituídos.

1.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Na Constituição da República Federal, tal princípio está previsto no art. 227, 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. (BRASIL, 1988)

O princípio do melhor interesse da criança é o embasamento fundamental em todas as ações referentes aos menores, seja qual for à orientação ou decisão relacionada à vida das crianças e adolescentes precisa ser levado em consideração o que é melhor e mais cômodo para atender suas necessidades e interesses.

O Estatuto da Criança e Adolescente e a Constituição da República Federal expressam os direitos da proteção absoluta, haja vista o desempenho de um importante papel na sociedade na capacidade de distinguir todos os direitos inerentes à pessoa humana, bem como os direitos derivados de uma pessoa em desenvolvimento, através disso, devem-se detectar as condições a serem priorizadas para garantir que os direitos da criança sejam alcançados.

Diante disso, será analisado com quem estará resguardado o melhor interesse do menor, quem poderá proporcionar um ensino de qualidade, educação, ensinar os valores e todo afeto, apoio, direitos e obrigações que constituem a vida em família e tudo que abrange para o seu desenvolvimento. (DIAS, 2013)

2.GUARDA

Dias (2013, p.15) aponta que, "a guarda absorve apenas alguns aspectos do poder familiar. A falta de convivência sobre o mesmo teto não limita e nem exclui o poder-dever".

Se os genitores possuírem uma vida em comum, a guarda dos filhos compete a ambos e o poder parental. Porém, diante de uma separação, tem que se definir o tipo de guarda a ser adotada, em conformidade com o disposto nos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, que versa sobre a proteção da pessoa dos filhos. (DIAS, 2013)

Assim, a custódia na qualidade de desenvolvimento do poder familiar, precisará ser fincado nas hipóteses de ruptura da união conjugal, as quais estão elencadas na legislação nacional, sendo elas a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada, e precisará atender ao melhor interesse da criança e/ou do adolescente. (DIAS, 2013)

2.1 A Guarda dos Filhos

Um questionamento constante é a respeito da guarda das crianças após a separação. O que é constante nas Varas de Família das Sucessões são as disputas pela guarda das crianças, sendo estes assuntos um dos mais importantes no que se refere aos efeitos das separações litigiosas. (SILVA, 2011)

Levando em conta que uma separação conjugal não é uma situação comum para ser resolvida pelo setor jurídico, é necessário se estimular que a família que passa por esta situação precisa receber toda assistência possível do Estado, sejam quais forem os aspectos psicológicos e sociais, além do jurídico. É visto que a Justiça vem lidando a questão das crianças e adolescentes nos casos de separação tendo como pilar os princípios e teorias obsoletas da psicologia, sem considerar as teorias

mais recentes desta área e não contando com a evolução humana no proceder dos últimos anos. (CUNHA, 2010)

Sobre o assunto, Parente (2020) atenta dizendo que:

Os advogados e juízes quase sempre tratam a questão unicamente como uma decisão sobre os direitos da mãe e do pai sobre o filho. Esquecem de que estão tratando de um direito certamente ainda mais importante, o direito essencial dos filhos de terem seus pais na medida dos seus desejos e das suas necessidades emocionais e afetivas.

É preciso considerar, sob a ótica da criança, que a separação é um propósito dos pais. Parte delas consegue lidar bem com o fato, sendo felizes e sentindo-se cuidadas nos casos em que os cônjuges também estão felizes com o acontecido. Não muitas crianças sentem alívio com o divórcio dos pais. Isto porque nos processos de divórcio, nos quais existe o envolvimento de menores, pode haver sequelas que vão além da separação, tais como: a mudança da guarda dos menores, a regulamentação das visitas, a busca e a apreensão da cautela, os casos de tutela e guarda dos avós. Sendo que nos casos de definição da posse da guarda dos menores pode haver disputas judiciais ferrenhas, nas quais pode haver brigas e um cônjuge denegrir a imagem do outro para que seu objetivo seja alcançado. (SILVA, 2011)

Em muitos casos, a separação faz com que a criança passe a ser um objeto de disputa das partes. Em grande parte dos casos a criança fica dividida sem saber de que lado fica, sem quase nunca ter sua opinião ouvida pelos interessados da sua guarda. Há o entendimento por parte de alguns psicanalistas de que o maior desejo destas crianças é que ela tenha sua opinião ouvida e levada em estima. (VIEIRA, 2020)

Em uma separação traumática, na qual os filhos são usados como objetos para ferir o outro cônjuge, podem existir distúrbios emocionais que interferem na evolução das crianças. E a primeira manifestação deste fato geralmente ocorre na escola, pois algumas crianças se tornam chorosas, outras tem sua agressividade aflorada, entre outras características.

Percebe-se que a maior parte dos pais não sabe lidar com estas situações, tampouco com a separação de modo saudável. Assim, os filhos acabam se tornando as principais vítimas da imaturidade do casal. (SILVA, 2003)

Sobre este assunto, Wagner (2002. p.35) destaca que "quando os pais são capazes de preservar a relação com seus filhos, mesmo depois da separação, a família tem grandes chances de reorganizar-se de forma mais exitosa".

Ao decorrer dos anos, a sociedade e os institutos de guarda passaram por diversas transformações. E a matéria que cuida da guarda e proteção dos filhos tinha sua regulação realizada pela Lei do Divórcio, que posteriormente passou a ser regulamentada pelo Código Civil de 1916. A Lei nº 6.515/77, também chamada de Lei do Divórcio, revogou os artigos anteriores do Código Civil e editou as regras a respeito da proteção à pessoa dos filhos em seus Art. 9º e 10º. (BRASIL, 2002)

Consoante com Dias (2013):

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita a respeito da tutela do melhor interesse de criança e adolescente. (DIAS, 2013, p. 442)

É certo que a separação dissolve a sociedade conjugal, entretanto não elimina a parental entre pais e filhos, na qual ainda subsistem os laços afetivos, os direitos e deveres entre ambos, sendo que só se modificam quando é preciso atender a separação dos cônjuges.

(COSTA LEVY, 2020)

Guimarães e Guimarães (2016) versam sobre a guarda que “ao decidir questões de guarda, faz-se necessário reconhecer essas novas configurações vinculares, porém sem perder de vista uma questão ética que se impõe sempre: privilegiar o maior interesse da criança”.

A respeito do tema Guimaraes e Guimaraes (2020):

No entanto, a lei não define o que seja “superior interesse da criança”, deixando ao arbítrio do magistrado investigar se estão sendo observados tais interesses, que estão acima dos interesses dos adultos, por mais legítimos que sejam. Na maioria das vezes, os genitores esquecem esse *superior interesse* quando acontece à dissolução do casamento ou da união estável e se estabelecem disputas judiciais de guarda.

Ainda sob a mesma ótica, Gomes (2002) pondera que aquele genitor que tem a guarda dos filhos a tem não somente materialmente, mas também juridicamente.

Na primeira se tem os filhos em companhia, vivendo sob o mesmo teto do detentor da guarda, sob o exercício de vigilância e posse. Na segunda o direito de regência dos filhos, com a responsabilidade de decisão de questões educacionais ou questões de interesse do menor cabe a um dos cônjuges, enquanto que ao outro cabe o papel de fiscalizar as decisões tomadas pelo detentor da guarda. Deste modo, a guarda jurídica é realizada a distância pelo genitor não guardião.

Já a guarda material ou física, prevista no artigo 33, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é realizada pela proximidade diária do genitor que convive com a criança, de forma monoparental, acabando com a ideia de cargo ou posse. De fato, o genitor que obtiver a guarda material terá o direito de efetivar o poder familiar em toda a sua totalidade.

(COSTA LEVY, 2016)

2.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela na qual somente uma das partes a exerce, isto é, um dos pais detém a guarda da criança. O artigo 1.583, §1º, do Código Civil, dispõe que "Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua" (BRASIL, 2002).

O monitoramento dos interesses dos menores deve ser executado por aquele que não for o guardião legal, bem como tem o direito de visitação conforme é previsto em lei, no artigo 1.589, que versa que "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação" (BRASIL, 2002). Destarte, ainda que apenas um dos genitores possua a guarda, a outra parte não pode renunciar seus deveres ou ter seus direitos afastados.

O interesse dos pais era o que se priorizava no estabelecimento da guarda, como também analisado qual dos indivíduos seria o culpado pela separação, isso antes das alterações feitas com o advento do princípio do melhor interesse da criança presente na Constituição Federal, no ECA e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Isso porque antes disso, não considerava quem seria a melhor opção para concessão da guarda da criança. (LÔBO, 2011)

Assim, após as alterações realizadas, o Código Civil pode regular os critérios que deveriam ser considerados no momento da atribuição da guarda:

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação. (BRASIL, 2002)

No entanto, a determinação da guarda não será restrita apenas entre os genitores do menor. Caso seja comprovado que nenhum dos dois interessados seja apto para assumir tal responsabilidade, o jurista tem competência para designar um terceiro que preencha os requisitos de guardião. Nestes casos, os pais ainda contam com uma proteção legal, que estabelece que "[...] o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, [...]" (BRASIL, 1990).

2.3 Guarda compartilhada

A origem da lei de n. 11.698/2008 tem como escopo definir as modalidades de guarda. Em seu artigo 1.583, §1º destaca a guarda compartilhada, frisando que apesar dos pais não conviverem mais sob o mesmo teto, tornam-se possuidores da autoridade parental, onde ambos possuem a guarda, diante disso, lhes é concedido o domínio perante a vida dos filhos.

(BRASIL, 2008)

Tendo como intuito conservar os laços de afetividade, evitar a síndrome de alienação parental, procurando amenizar os efeitos que o fim da relação conjugal possa gerar na vida dos filhos e visa manter de forma igualitária a função parental, assim sendo, direitos e deveres tantos dos filhos como dos pais. Os filhos devem ter uma nova percepção diante da situação de pais separados, trazida pela guarda compartilhada onde a separação é da família conjugal e que os filhos não devem se separar dos pais, o que adverte que tanto a mãe, quanto o pai continuarão presentes no cotidiano deles. (GRISARD FILHO, 2014)

Contudo, uma das condições para a efetividade desta modalidade é que os genitores mesmo com o fim da união, tenham uma boa relação, haja vista que este tipo de guarda parte dos esforços dos pais, mediante suas possibilidades, para atender todas as necessidades da prole, havendo sensatez nas decisões importantes para a vida de seus filhos, garantindo o convívio familiar que se estende a toda família paterna e materna, seja pela consangüinidade e pela afinidade, lembrando ainda, da

convivência social que estes menores terão em sua nova realidade, representadas pelos círculos dos seus pais. (GRISARD FILHO, 2014)

2.4 Guarda alternada

Nesta modalidade, a criança ou o adolescente passa um determinado tempo com cada um de seus genitores. A divisão de tempo deverá ser ajustada por ambos os genitores, podendo ser um dia, semanas ou meses, pois o responsável que está convivendo com o menor naquele período passa a ser o único protetor dele e o outro genitor passa a operar o direito de visitas.

Grisard Filho (2014, p. 111) lista alguns pontos da guarda alternada:

A vantagem oferecida por este modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.

Além do mais, obriga o genitor que está afastado do seu filho, a se reaproximar para se manter ciente do desenvolvimento dele, no entanto, o fato da criança não ter uma residência sólida, poderá afetar futuramente sua personalidade, pois rompe o princípio da continuidade do lar. Independente de um dos responsáveis não estar com a criança no momento, poderá interferir na educação dos filhos e criação, consoante autoriza o dispositivo dos 1.634 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental foi posta no âmbito jurídico através da Lei nº 12.318/10, sendo definida como uma questão que engloba os indivíduos sensibilizados especialmente pela dissolução da união.

3.1 As diferentes condutas de alienação parental

A alienação parental é crime, contudo não há nenhum tipo de pena firmada pela legislação para reparação deste ato, o que existe são multas e sanções aplicáveis ao alienador na ocorrência destes casos.

Em concordância com o que preceitua o artigo 2º da Lei 12.318/10, a alienação acontece quando o menor sofre interferência na sua formação psicológica sendo influencia ou promovida por um dos responsáveis por elas, podendo ser pais,

avós ou até mesmo os sujeitos que as tenham sob sua tutela, autoridade ou vigilância, para que um dos genitores sofra o repúdio dos menores ou para que se provoquem prejuízos no estabelecimento e/ou manutenção dos vínculos entre as partes. (GARDNER, 2003)

Os termos de relação de uma união são fatos que provocam traumas, sentimento de rejeição, mágoas, traições e perdas e podem gerar discórdias, o que leva a parte que mais sofre a distorcer a imagem de um dos sujeitos que compuseram o casal desfeito, atitude esta que recai sobre os filhos em forma de violência psicológica como modo de compensação pelo abandono. (GARDNER, 2003)

Em grande parte dos casos de alienação parental, é a mulher quem pratica a ação de manchar a imagem do genitor, o que leva aos filhos rejeitarem-no, afastando-os do convívio entre eles e destruindo a construção e manutenção da relação de afeto entre pais e filhos. No decorrer do tempo, um dos pais tem a tendência de manipular os menores por meio de insultos à outra parte, sendo diagnosticada, nesse percurso, a alienação parental. (MARTINS DE SOUZA, 2010)

Assim, as diferentes condutas de alienação parental são exemplificadas pelo artigo 2º, Parágrafo Único, da Lei de Alienação Parental, que aduz que:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.
(BRASIL, 2010)

Outras condutas que caracterizam a alienação são quando os genitores: provocam o impedimento do direito de visita; recusam passar ligações aos filhos; estimulam a criança a especular sobre a vida dos pais; dizem que os atuais companheiros dos genitores são pessoas más; dizem que o pai ou a mãe não gostam da criança ou que preferem a outra família; quando o genitor guardião muda seu logradouro sem avisar a outra parte; dentre outras situações. (MARTINS DE SOUZA, 2010)

3.2 Diferenças entre alienação parental e síndrome de alienação parental

A alienação parental não é confundida com a Síndrome de Alienação Parental, como ressalta Fonseca (2006), ela ocorre quando há o afastamento do filho do convívio de um dos genitores, sendo provocado pelo genitor que tem a custódia do menor. Já a síndrome trata de sequelas emocionais e comportamentais que padecem a criança que é vitimada por tais ações.

A redação do art. 2º da Lei nº 12.318/2010, impõe que:

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.
(BRASIL. 2002)

Referida pela primeira vez no ano de 1976 como “alinhamento patológico”, que é uma circunstância na qual um dos pais é rejeitado me forma excessiva, mesmo ele não estando privado de liberdade. (ALIENAÇÃO PARENTAL, 2016)

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio gerado na disputa da guarda dos filhos. Pois quando se inicia a disputa pela guarda, ela é levada a se afastar de um dos pais que tanto ama. Os cônjuges separados não se lembram de que os interesses dos seus filhos precisam ser considerados. (DINIZ, 2014)

Com o intento de afastar a criança do convívio com o outro genitor, o guardião incita a Alienação Parental que é o começo do processo de afastamento entre a parte não guardiã e o filho. (DIAS, 2013)

Esta é uma situação séria que os especialistas no assunto devem ficar atentos, pois existem casos em que os alienantes têm o problema agravado em demasia, por exemplo, denunciando falsamente fatos que prejudicam o outro a quem chamamos de alienado. Na visão da psicóloga do Tribunal de Justiça, Glícia Barbosa de Mattos Brazil (2012), em grande parte dos casos, a mãe denuncia o pai para que as visitas sejam restringidas.

A psicóloga chama a atenção para:

A invenção muitas vezes é discreta. O adulto denunciante vai convencendo a criança aos poucos de que a agressão realmente aconteceu. Mas, com as técnicas adequadas, a mentira é descoberta. O processo de entrevistas dura cerca de dois meses e envolve de cinco a oito entrevistas. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA CRIANÇA FELIZ, 2012)

Quando a criança é muito nova, apresenta dificuldade para diferenciar o que é fantasia do que é realidade. Dizem-se a ela que foi vítima de abuso, este fato acaba por se tornar uma realidade para ela. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA CRIANÇA FELIZ, 2012)

Essa "verdade" gera inúmeros danos psicológicos à vítima, tanto quanto um abuso sexual de fato, afirmam os especialistas. A criança pode crescer com baixa autoestima, ter dificuldades na escola e problemas de relacionamento.

Assumpção (2011) diz que:

As disputas familiares através das falsas acusações de abuso sexual não devem mais ser admitidas na justiça, pois esta vem dando a devida atenção e amparo legal para esse problema, que é recente no meio jurídico, mas de grande importância para a sociedade.

No entendimento de Diniz (2016) Isso causa sentimentos contraditórios e destruição do vínculo entre as duas partes. Acaba que à criança alienada resta apenas identificar-se com o genitor alienante, passando a tomar como verdade tudo que lhe é inculcado por ele.

A Síndrome surge com a intensificação desse quadro, que é resultado dos procedimentos e técnicas (voluntários ou involuntários) usados pelo guardião para que o resultado final seja alcançado, sendo ele o completo afastamento entre a parte e os filhos. A criança alienada, identificando-se com o seu tutor e crendo em tudo o que lhe é dito, passa a rejeitar qualquer contato com seu outro genitor, sem que haja justificativas. (XAXÁ, 2008)

O termo Síndrome de Alienação Parental foi confeccionado pelo Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia, Richard A. Gardner, em 1985. Ele descreveu a situação em que casais em processo de separação, ou já separados, por motivos de desavenças ou por disputa pela guarda dos filhos, condicionavam ou manipulavam seus filhos para que os laços afetivos com uma das partes fossem rompidos, gerando sentimentos de temor e ansiedade em relação ao outro cônjuge. (GARDNER, 2016)

O autor ainda define que:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 2016)

Como esclarece o autor, do ponto de vista psicológico, esta síndrome é uma forma de abuso emocional cometida por um dos pais contra a criança. E Gardner (2016) ainda chama a atenção para:

Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto,

nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito. Há uma controvérsia significativa, entretanto, a respeito do termo a ser utilizado para esse fenômeno. Em 1985 introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para descrever esse fenômeno.

O autor também entende que:

A SAP é uma das mais puras síndromes em psiquiatria, em especial de moderada a grave, caso em que a maior parte, se não de todos os sintomas se manifestam. Embora a SAP pode ser uma síndrome, é muito cedo para aplicar o rótulo, que só deve ser utilizado após a aceitação generalizada. Tais críticos não estão familiarizados com a sequência utilizada em psiquiatria (e medicina em geral) sobre o termo *síndrome*. (GARDNER, 2016)

3.3 Consequências para as crianças alienadas

Consumadas a alienação parental e a renúncia do genitor não guardião em estar com as crianças, fica comprovada a situação de alienação parental, que trará comprometimentos no processo de desenvolvimento normal da criança alienada. (DARNALL, 1997)

Nesta ocasião, é perdida a vinculação com o outro genitor, provocado pelo ódio que a criança foi obrigada a desenvolver contra ele, fato este que ocasiona consequências graves para ela e para os pais que são vítimas. (ROSA, 2008)

Sobre este tema, Podevyn (2001) o vínculo entre a criança e o genitor alienado será destruído. Não sendo possível a reconstrução de tal ligação ente as duas partes, mesmo que um intervalo de tempo aconteça. O ódio e a rejeição que a criança desenvolve pela parte vítima dificilmente poderá ser curado, tornando-se este comportamento uma arma da qual a parte alienante necessita.

Podevyn (2001) segue dizendo ainda que a indução da alienação parental a um menor é uma forma de abuso. Sendo até mais graves que os casos de abuso sexual ou físico, pois nestes a criança conseguem superar as humilhações e traumas sofridos, enquanto que no abuso emocional gerado pela alienação parental

difícilmente ela será capaz de superar tais traumas, pois estes geralmente acabam se tornando problemas psiquiátricos ou psicológicos, perdurando por uma vida inteira.

São consequências da alienação parental ainda os casos de depressão crônica, sentimento incontrolável de culpa, falta de organização, desespero, sentimento de isolamento, dupla personalidade, incapacidade de adequação em ambiente psicossocial normal, conduta hostil, disfunção de identidade e de imagem e às vezes suicídio. Há pesquisas que mostram que na vida adulta, as crianças vitimadas pela alienação parental têm tendência ao desenvolvimento do alcoolismo e ao uso de entorpecentes, além de apresentar diversos outros sintomas de mal estar profundos. (PODEVYN, 2001)

Quando adulta, o sentimento de culpa fora do comum que a criança vítima de alienação desenvolve se deve ao fato dela ter sido conivente na injustiça provocada ao genitor alienado. E este mesmo comportamento é reproduzido pelo alienado quando, em idade adulta, passa por uma situação semelhante à sua. (LOWENSTEIN, 2008)

4. GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE PREVENÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Após tudo o que foi explicitado neste artigo, pôde-se entender que a guarda compartilhada pode se tornar uma ferramenta viável pra que a alienação parental seja evitada, nos casos em que o litígio familiar entre casais ocorra e que haja disputa pela guarda de menores.

Os legisladores vêm admitindo que o compartilhamento da tutela deve ser aplicada de forma consensual, fundamentada no fato de que os genitores poderão discutir da melhor maneira possível a respeito dos interesses de seus filhos. (GROENIGA, 2009)

Entretanto, esta ideia não é condizente com o que preceitua o dispositivo legal. Na realidade, em casos conflituosos, a aplicação desta modalidade de guarda permite que os genitores assumam e exerçam suas funções de pais, independente dos conflitos que existam na relação entre ambos, de maneira que o melhor interesse dos filhos seja atendido.

Neste entendimento, Groeninga (2009, p. 105) ensina que:

Em outras palavras, a verdade das relações que deve buscar o processo judicial, e as perícias que o integram, implica na consideração do princípio do superior interesse da criança e do

adolescente que, necessariamente, congrega o exercício das funções paterna e materna e, assim, os interesses do pai e da mãe. A separação, termo que uso aqui em sentido lato, implica justamente em um trabalho mental de distinção entre casal conjugal e parental. E os impasses relativos ao exercício do poder familiar pós-separação dizem respeito à dificuldade em distinguir as funções, que encontravam-se sobrepostas quando era conjunta a convivência.

Esta contenda jurídica que existia nos casos em que a guarda compartilhada não era aplicada nas separações litigiosas foi anulada pelo julgamento do Recurso Especial nº.1.251.000 - MG (2011/0084897-5). Nesta jurisprudência evidenciou-se que o melhor interesse da criança deve ser atendido e não os anseios dos genitores, conforme o preceito a seguir:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: R R F

RECORRIDO: A M P J DE S

INTERES.: R R J

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que

demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do

menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.

De outro modo, quando a guarda unilateral é fixada, com indícios de práticas de alienação parental, o menor em voga poderá ser acometido por um conflito de lealdade em relação aos seus genitores, tanto o guardião quanto ao visitante, uma vez que teme o abandono de um em detrimento de outro, caso seja estabelecida com o visitante, então alienado, alguma forma de vínculo. (NETO, 2009)

Nesta situação, elucida Caetano Lagrasta Neto (2009, p. 38), que:

Esse afastamento, nos estágios médio ou grave, acaba por praticamente obrigar a criança a participar da patologia do alienador, convencida da maldade ou da incapacidade do alienado, acabando impedida de expressar quaisquer sentimentos, pois, caso o faça, poderá descontentar o alienador, tornando-se vítima de total abandono, por este e por todos os responsáveis ou parentes alienados.

A criança necessita do duplo referencial dos pais para que sua personalidade possa ser estruturada de modo digno. Assim, a guarda compartilhada é o meio de maior eficiência para que a alienação parental seja inibida no núcleo familiar quando há a ruptura conjugal da família. (NETO, 2009)

Nesta perspectiva, o convívio entre os pais e os filhos deixará de ser um mecanismo de vingança de um dos genitores, pois ambos usufruirão de convívio e contato igual com os menores quando a guarda compartilhada for aplicada, impedindo que as crianças sejam objetos de vingança ou troca por parte de seus guardiões. (NETO, 2009)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo visou a realização de um estudo bibliográfico sobre a alienação parental, considerando a aplicação da guarda compartilhada. A abordagem apresentada neste trabalho conclui que a alienação parental é uma questão deveras séria e que afeta as famílias, sendo capaz de produzir danos graves às crianças atingidas.

A diferença entre as terminologias síndrome de alienação parental e alienação parental em si foi conceituada, bem como os comportamentos que são praticados pelo genitor alienador e suas possíveis consequências quando a síndrome é instaurada. Apresentou-se ainda a lei especial doutrinária que dispõe sobre esta prática.

A parte essencial desta problemática está em buscar meios de prevenção da alienação parental. Conforme o estudo apresentado, a guarda compartilhada pode ser uma ferramenta para combate da alienação, uma vez que a proximidade entre os genitores e seus filhos que este modelo de guarda possibilita é fundamental para o afastamento das tentativas de alienação.

O que é importante nos litígios das famílias é o melhor interesse da criança, princípio este que orienta o amparo constitucional. Como foi exposto, corresponde ao ideal que o princípio almeja que é a convivência dos menores com os seus genitores, sem que haja a privação da companhia de nenhuma das partes. Desta maneira, pode-se concluir que a aplicação da guarda compartilhada é importante, visto que permite aos pais decidir em conjunto a respeito de tudo que é relacionado aos filhos, facilitando o convívio de todos, assim como é previsto em lei. Outro fator benéfico da aplicação desta modalidade é a prevenção da alienação parental. Isso porque os genitores ficam obrigados a compartilhar todas as decisões acerca das crianças, o que acaba aproximando todos para o convívio mútuo.

Quando a guarda compartilhada é exercida, a criança tem a oportunidade de se desenvolver de forma saudável, assegurando-lhe que sua dignidade humana seja respeitada.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA CRIANÇA FELIZ. Disponível em:

<<http://abcfbrasil.blogspot.com.br/2012/10/rionasvarasdefamiliadacapital.html>> Acesso em: 02 nov. 2020.

ASSUMPÇÃO, Vanessa Christo de. **Alienação Parental e as Disputas Familiares Através de Falsas Acusações de Abuso Sexual.** Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2_1/vanessa_assumpcao.pdf> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do

Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2016.

_____. **Código Civil (2002)**. Código civil brasileiro e legislação correlata. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____. **Lei nº 8.069/90**, de 13.07.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, Senado Federal, 2016.

_____. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 23 out. 2020.

_____. **Decreto Lei nº. 2.848 – 07/12/1940**. Código Penal. Publicado no D.O.U. datado de 31.12.1940. Disponível em: < BRASIL, [Decreto Lei nº. 2.848 – 07/12/1940](#). Código Penal. Publicado no D.O.U. datado de 31.12.1940. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 10. nov. 2020.

_____. **Lei nº. 11.698 – 13/06/2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Publicada no D.O.U. datado de 16/06/2008. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 02. nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.251.000** - MG (2011/0084897-5), Recorrente: R.R.F., Recorrido: A M P J DE S. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 23. agosto. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 02 out. 2020.

COSTA LEVY, Laura Affonso da. **O estudo sobre a guarda compartilhada**.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitur&artigo_id=6416> Acesso em: 19 out. 2020.

CUNHA, Liliene Teresinha. **Possibilidade de Perda do Poder Familiar em Decorrência da Alienação Parental**. Tubarão, 2010. Monografia (Graduação)- Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5: direito de família. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/html/1174/body/03.htm>> Acesso em: 16 out. 2020.

GARDNER, Richard A. **Síndrome de Alienação Parental (PAS): Sixteen Years Later**. Disponível em:

<http://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=ptBR&prev=/search%3Fq%3Dparental%2Balienation%2BDSM%2B5,%2Band%2BICD11.%2BSpringfield,%2Billinois%26hl%3DptBR%26sa%3DX%26biw%3D1115%26bih%3D558%26prmd%3Dimvns&rurl=translate.google.com.br&sl=en&twu=1&u=http://www.rhfinc.org.au/docs/later.pdf&usg=ALkJrhggtGs02CPJJaL4h6MzwwITCem6ww> Acesso em: 17 out. 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14 ed. Rev. atual. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo da responsabilidade parental**. 7 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Alienação Parental: Revisão Necessária**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. N° 11.Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 105-114.

GUIMARAES, Ana Cristina Silveira e GUIMARAES. Marilene Silveira. **Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/Guarda.pdf> Acesso em: 16 out. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Guarda e convivência dos filhos**. Rio Grande do Sul: Magister, 2011.

LOWENSTEIN, LF. **O que pode ser feito para diminuir a implacável hostilidade que leva à Síndrome de Alienação Parental?**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/lowenstein-2008>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARTINS DE SOUZA, Analícia. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. 1ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

NETO, Caetano Lagrasta. **Parentes: Guardar e Alienar**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. N° 11.Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 38-48.

PARENTE, José Inacio (Psicossocial). **Os Filhos na Separação dos Pais**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/83-os-filhos-na-separacao-dos-pais-psico-social>> . Acesso em: 15 nov. 2016.

PODEVYN, François. **Síndrome de alienação parental**. Trad. para Português: APASE Brasil – (08/08/01) Disponível em: <http://www.apase.com.br>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ROSA, Felipe Niemezewski. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textossobresap/felipe_niemezewski.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: O que é isso?** 2 ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

VIEIRA, Emanuelle. **Psicanálise e Direito - Separação Judicial e Guarda de Filhos**. <[http://www.unilestemg.br/kaleidoscopio/Psicanalise%20e%20direito%20%200separacao%20judicial%20e%20guarda%20de%20filhos%20\(VIEIRA\).pdf](http://www.unilestemg.br/kaleidoscopio/Psicanalise%20e%20direito%20%200separacao%20judicial%20e%20guarda%20de%20filhos%20(VIEIRA).pdf)> Acesso em: 19 out. 2020.

WAGNER, Adriana. **Possibilidade e potencialidades da família: A construção de novos arranjos a partir do recasamento**. In: Família em cena: tramas, dramas e transformações. Adriana Wagner (coord.) Petrópolis: Vozes, 2002.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o poder judiciário**. Monografia (Graduação em Bacharel em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade Paulista – UNIP, Brasília 2008.

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL PARA COMBATER AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

DEBORA EMELLY NEVES COSTA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa mostrar de forma clara e sucinta como que a interceptação telefônica pode ser utilizada como meio de prova no processo penal, a fim de combater as organizações criminosas, tendo em vista que na própria legislação das organizações criminosas, a Lei nº 12.850/2013, permite que a Lei nº 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas, faça a interceptação. Será demonstrada com base nas legislações pátrias, doutrina e principalmente jurisprudência, como que essa ferramenta se tornou tão essencial ao combate às organizações criminosas. Além disso, serão demonstrados quais os requisitos fundamentais estabelecidos por lei, para que a interceptação telefônica seja validada, a fim de ser empregada no processo penal, sobretudo, evitando que a prova se torne ilícita. Ademais, será abordado de forma concisa sobre a possibilidade de utilizar a interceptação telefônica ilícita, no processo penal, seja a favor do réu ou em favor da sociedade, excepcionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação telefônica. Organizações criminosas. Processo Penal.

ABSTRACT: The present task aims to show clear and succinct way how the telephone interception can be used as a means of proof in the criminal process, on order to combats criminal organizations, considering that in the legislation of criminal organizations, Law nº 12.850/2103, allows Law nº 9.296/96, which regulates telephone interceptions, to intercept. It will be demonstrated, based on national laws, doctrine and mainly jurisprudence, that this tool has become so essential in combating criminal organizations. In addition, it will be demonstrated what are the fundamental requirements established by law, so that the telephone interception is validated, in order to be used in the criminal process, above all, preventing the evidence from becoming illegal. In addition, it will be dealt with concisely to the possibility of using illegal telephone interception in criminal proceedings, either in favor of the defendant or in favor of society, exceptionally.

KEYWORDS: Telephone interception. Criminal organizations. Criminal proceedings.

SÚMARIO: 1 A Regularização da Interceptação Telefônica Como Meio de Prova: 1.1 Interceptação Telefônica X Organizações Criminosas; 1.2 Os procedimentos legais da Lei nº 9.296/96; 1.3 Outros procedimentos relevantes da Lei nº 9.296/96; 1.4 Atualizações da lei. 2 A Interceptação Como Meio de Prova no Processo Penal no Combate a Criminalidade: 2.1 Provas ilegais (interceptação telefônica ilegal) no processo penal; 2.2 A interceptação nos aplicativos de comunicações 3 Conclusão 4 Referencias

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo de apresentar a interceptação telefônica como meio de prova no processo penal para combater as organizações criminosas. De início, vale esclarecer que, a interceptação telefônica tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso XII, sendo regulamentada pela Lei nº 9.296/96.

A Lei de Interceptação Telefônica regulariza a parte final no inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, trazendo uma exceção da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Além disso, na Lei nº 9.296/96, traz os requisitos de aplicabilidade, autorização, tipificação de crime, prazo de escuta, entre outros.

Ademais, a lei aborda ainda que a interceptação telefônica pode ser usada como meio de prova, sendo que esta parte será abordada neste trabalho, dando ênfase ao combate às organizações criminosas.

É sabido que, em regra, a prova para ser admissível no processo penal precisa ser lícita, devendo preencher os requisitos fundamentais. A interceptação telefônica não é diferente, para ser lícita precisa se enquadrar nas exigências estabelecidas pela Lei nº 9.296/96.

Com base nos artigos, doutrinas e jurisprudências, será apresentado como a interceptação telefônica ajuda a combater a criminalidade, sendo utilizada como meio de prova no processo penal. Ademais, serão demonstrados a peculiaridade dessa organização, além da importância desse tipo de prova nas investigações.

Por fim, será apresentado sobre as atualizações da Lei de Interceptações Telefônicas, além das decisões mais relevantes dos Tribunais Superiores que consolidaram a interceptação telefônica.

1 A REGULARIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

De início, devemos ressaltar que o direito à prova é uma garantia constitucional, previsto em nossa Lei Maior. A prova, em suma, é um conjunto de

elementos produzidos e utilizados pelas partes, a fim de trazer a verdade de determinado fato, onde deve influenciar no convencimento do juiz. Nas palavras de Nucci (2016), a finalidade da prova é “convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível”.

Adiante, não podemos adentrar no assunto antes de esclarecer as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

Em síntese, os três institutos possuem características bem distintas: a interceptação telefônica pode ser estabelecida como a captação telefônica por um terceiro, sem consentimento dos interlocutores, buscando alguma informação; a escuta telefônica é a captação telefônica, onde o terceiro tem o consentimento de algum dos interlocutores; e por fim, a gravação clandestina, não tem a participação de terceiro, é a captação da conversa da própria conversa, onde o outro interlocutor não tem o conhecimento.

É oportuno consignar que há uma diferença entre interceptação telefônica e quebra de sigilo telefônico. Na interceptação, o interceptante possui acesso ao conteúdo das conversas dos interlocutores, por outro lado, na quebra do sigilo, só tem acesso ao registro das ligações.

Prosseguindo, na constituição prevê a possibilidade da interceptação telefônica, desde que seja por ordem judicial e estabelecida por lei. A regulamentação surgiu no ano de 1996, com a criação da Lei nº 9.296/96, permitindo que a interceptação telefônica seja usada como prova na persecução penal.

Deve lembrar que, antes da Lei de Interceptações Telefônicas, essas interceptações eram realizadas com base no Código Brasileiro de Telecomunicações, entretanto, eram consideradas como provas ilícitas pelos Tribunais Superiores. Portanto, somente com a edição da Lei nº 9.296/96, as interceptações foram consideradas como provas lícitas.

Após a edição da Lei de Interceptações Telefônicas, o Conselho Nacional de Justiça desenvolveu no ano de 2008, um sistema para controlar essas interceptações, recebendo o nome de Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas (SNCI), instituído pelo Resolução nº 59/2008.

Dessa forma, a interceptação telefônica é um meio de prova admissível, sendo previsto em legislação brasileira, desde que sejam preenchidos os requisitos necessários, que serão abordados nos próximos capítulos.

1.1 Interceptações Telefônica X Organizações Criminosas

Com a regularização das interceptações telefônicas como meio de prova, elas se tornaram uma arma fundamental para o combate da criminalidade, podendo destacar também que foi essencial na luta contra as organizações criminosas.

Explanando um pouco sobre as organizações criminosas, sua definição consta na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, onde considerada que a organização criminosa seja uma associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada, com a divisão de tarefas, objetivando obter vantagem, porém, praticando algum crime, desde que o crime não tenha a pena máxima superior a quatro anos, ou que tenha caráter transnacional.

Na mesma lei, cita no art. 3º, inciso V, que a interceptação de comunicações telefônicas é permitida, em qualquer fase da persecução criminal, como meio de obtenção de prova. Sobre o termo “meio de obtenção de prova”, há doutrinadores que fazem algumas ressalvas, como o ilustre Prof. Aury Lopes (2018, p. 352) que diz que os meios de obtenção de provas “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não é propriamente ‘a prova’, senão meios de obtenção.”

Dessa forma, a Lei nº 12.850/2013 reforça que a interceptação telefônica pode ser utilizada como meio de prova para investigar as organizações criminosas, certo de que deve ser usada subsidiariamente com a legislação específica, isto é, a Lei nº 9.296/96.

1.2 Os procedimentos legais da Lei nº 9.296/96

Para que seja lícita a interceptação telefônica, são necessários que sejam preenchidos alguns requisitos.

Na Carta Magna consta que a interceptação telefônica só pode ocorrer por ordem judicial e que seja na persecução criminal, além disso, devem estar presentes os pressupostos estabelecidos na Lei de Interceptações Telefônicas.

No art. 2º da lei mencionada, fornece as hipóteses que justifica o cabimento da interceptação. No dispositivo informa que para permitir a interceptação telefônica, deve ter indícios suficientes de autoria do investigado ou de sua participação no crime, igualmente, a interceptação só deve ser utilizada como último recurso de prova, e por fim, a pena do crime investigado deve ser de reclusão.

Sobre essas hipóteses, a lei frisou que precisa ter indícios suficientes de autoria, com isto, são dispensados a materialidade, pois a intenção é conseguir a materialidade do fato criminoso no momento da investigação.

Um pressuposto que devemos atentar-se, principalmente, é que a interceptação só será permitida quando esgotarem outros meios de prova, ou seja, deve ser exceção, ou melhor, em caso de extrema necessidade, pois estamos tratando da quebra de um direito fundamental, isto é, da intimidade e da privacidade.

Nesse ponto, já há diversos entendimentos dos tribunais que são ilícitas as interceptações realizadas, exclusivamente, baseada em denúncia anônima, dado que poderá ser requeridas por outras provas, devendo o monitoramento ser o último recurso. À propósito, recentemente, o Ministro Edson Fachin do STF, no HC 181.020, ratificou o posicionamento da Corte, sobre a ilicitude de provas que foram obtidas por meio da interceptação telefônica com fundamento apenas em denúncia anônima.

Mas, se a denúncia anônima for acompanhada de outros elementos que demonstrem a indispensabilidade da interceptação, logo, ela poderá ser determinada, como consta no entendimento do STJ:

1. Esta Corte já decidiu que **a denúncia anônima pode justificar a necessidade de quebra do sigilo das comunicações** como forma de aprofundamento das investigações policiais, **desde que acompanhada de outros elementos que confirmem a necessidade medida excepcional**, o que, na espécie, ocorreu.

2. O deferimento da quebra do sigilo de dados telefônicos e de interceptação telefônica foi precedido de adequado procedimento prévio de investigação das informações e notícias de prática de delitos pelo paciente e outros investigados, o que torna legítima a prova colhida por meio da medida.

(HC 443.331/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis, Sexta Turma, j. 18/09/2018). (grifo próprio)

Além disso, só é permitido a interceptação para crimes cuja a punição tenha a pena de reclusão. Nesse sentido, tem posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre esse tema, vejamos:

8. De acordo com o entendimento adotado por esta Corte, **a interceptação telefônica só é autorizada para apurar a prática de crimes punidos com reclusão** e, no caso, o

paciente foi investigado e denunciado pela prática de crimes punidos apenas com pena de detenção.

(HC 242.398/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 11/12/2012). (grifo próprio)

Porém, sabe-se que é válida a interceptação quando o crime for punível com detenção, desde que esteja conexo com o de reclusão. Para isto, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, vejamos:

5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.

Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.

(STF - Plenário - HC nº 83.515-RS - Rel. Ministro Nelson Jobim - j. 16.09.05 - m.v. - DJU 04.03.05, pág. 11).

Sobre essa questão, observa-se que quando se trata de organização criminosa, o indivíduo que integrá-la é punível com a pena de reclusão, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 12.850/2013, logo poderá ter a interceptação como meio de prova, desde que preencham os requisitos mencionados. Salienta-se que os requisitos são cumulativos e não alternativos, na ausência de algum pode-se invalidar a prova, conforme o posicionamento da Sexta Turma do STJ:

1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita.

2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar eivadas de ilicitude a decisão inicial de quebra do sigilo, bem como as sucessivas decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica.

(REsp nº 1.670.637-SP - Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 13/03/2018).

1.3 Outros procedimentos relevantes da Lei nº 9.296/96

Outros aspectos importantes da Lei nº 9.296/96, tratam sobre a autoridade competente que determina a interceptação e os prazos de monitoramentos das conversas.

Iniciando com a autoridade competente, ela consta no art. 3º, a qual só poderá ser determinada a interceptação da comunicação telefônica pelo magistrado, de ofício ou a requerimento, por meio do delegado - na investigação criminal ou Ministério Público - na investigação criminal e na instrução processual penal.

No artigo seguinte, reforça que os interessados devem mostrar a real necessidade do pedido de realizar a interceptação para apurar um crime ao juiz, sendo que este tem o prazo máximo de 24 horas para decidir sobre o pedido. Há uma exceção, sendo que o juiz poderá receber o pedido verbalmente, desde que seja demonstrado a extrema urgência do pedido pelos interessados.

Mais um ponto importante que vale destacar, trata sobre a fundamentação e o prazo de 15 dias, estipulado no art. 5º, período máximo para fazer o monitoramento, contudo, há uma exceção, podendo ser prorrogado pelo mesmo período, desde que seja fundamentada.

Apesar de que a lei não prevê que o monitoramento possa ultrapassar os 30 dias, incluído a prorrogação, os Tribunais Superiores abrem outra exceção, onde o monitoramento possa ter prorrogações, desde que seja devidamente fundamentada, tendo em vista a complexidade de alguns crimes ou pelo número de pessoas investigadas, sobretudo quando envolvem as organizações criminosas.

Esse posicionamento é pacificado desde 2012, quando a Primeira Turma do STF, onde o ministro Dias Toffoli, à época relator do HC 106.129/MS, afirmou que a prorrogação pode superar os 30 dias, "especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua".

Essas prorrogações, às vezes, excessivas, têm a finalidade de revelarem os crimes que as organizações criminosas cometem, pois pela complexidade e alto nível de organização dos integrantes, o simples prazo de 15 dias não consegue ser eficiente. Contudo, deve ter uma justificativa fundamentada, para poder prorrogar o prazo de monitoramento.

Por outro lado, a prorrogação excessiva, sem a fundamentação, sem ordem judicial, pode tornar ilegal a interceptação telefônica. Apoiando-se em um julgado notório desse ano, onde o reitor e proprietário da Universidade Brasil, conseguiu anulação da interceptação telefônica que era usada para investigar uma provável organização criminoso de venda de vagas do curso de medicina da instituição, foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado, cuja ementa se transcreve:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO INICIAL DE QUEBRA E PRORROGAÇÕES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA EXCEPCIONAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita.

2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar eivadas de ilicitude a decisão inicial de quebra do sigilo, bem como as sucessivas decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica.

3. A prorrogação da quebra de sigilo pode ser concedida tantas vezes quantas necessárias, mas nunca automaticamente, dependendo sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade da medida constritiva.

4. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula a decisão inicial de quebra do sigilo da comunicação telefônica, assim como as consequentes prorrogações, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo Juízo na origem, devendo o material respectivo ser extraídos dos autos.

(RHC 124057/SP 2020/0036821-0, Sexta Turma STJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 12/05/2020).

Outro aspecto que é importante mencionar, é sobre um tipo penal estabelecido na lei. No art. 10, consta que os interessados só realizarão a interceptação mediante ordem judicial, sendo que no dispositivo mencionado, deixou claro que caso ocorra o contrário, isto é, realizar a captação telefônica sem autorização judicial, estará o agente cometendo um crime.

Resumindo, para poder determinar a interceptação é preciso que tenha legitimidade, onde será decidido sobre o pedido em 24 horas, o monitoramento é de 15 dias, em regra, e para realizar a interceptação somente com ordem judicial.

1.4 Atualizações da lei

No ano de 2020, a Lei de Interceptações Telefônicas sofreu algumas modificações com chegada da Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como a Lei Anticrime. Com essa reforma houve um acréscimo de dois artigos, um regulamentando a captação ambiental e outro definiu mais um tipo penal.

A Lei Anticrime adicionou o artigo 8º-A, que possibilita a captação de sinais eletromagnéticos, sejam ópticos ou acústicos, para investigação ou instrução criminal, como consta em seu caput, *in verbis*.

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

Como se pode verificar, no dispositivo ratifica que a captação só poderá ocorrer mediante autorização do juiz, porém não poderá ser feita de ofício, somente por requerimento do delegado ou do Ministério Público.

Foram acrescentados também, os requisitos para autorizar a captação ambiental, que são: 1 - último recurso disponível e eficaz para alcançar a prova; e 2 - indícios suficientes de autoria do crime, cuja a pena máxima seja superior a 4 anos. Contudo, não poderá ser realizada a captação se tiver atendido só um requisito, ou seja, esses requisitos são cumulativos.

Ainda nesse dispositivo, foram acrescentados cinco parágrafos, sendo que dois foram vetados. Nos parágrafos vigentes, descrevem que para solicitar a captação devem constar as circunstâncias do local e a forma de instalação, além de falar sobre o prazo que é 15 dias, podendo ser prorrogado, desde que fundamentado, e por fim, sobre as regras da interceptação telefônica que poderá ser utilizada para a captação quando estas forem insuficientes, como se segue abaixo:

Art. 8-A.

(...)

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

O outro dispositivo incluído trata-se de um novo tipo penal, que consta no art. 10-A. Nesse artigo diz que é considerado crime quem fizer a captação ambiental de sinais eletromagnéticos sem a autorização judicial. Aliás, nesse tipo foi acrescentado uma exceção e um aumento de pena para o crime, conforme consta abaixo:

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

2 A INTERCEPTAÇÃO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL NO COMBATE A CRIMINALIDADE

No Código de Processo Penal consta que a perícia, exame de corpo de delito, interrogatório, confissão, declarações do ofendido, testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios e a busca e apreensão, são considerados como meio de provas.

Dessa forma, observa-se que o CPP enumera os meios de prova, entretanto, o rol não é taxativo, permitindo que outras modalidades de prova sejam aceitas.

Deve ser citado também, que há prova ilegítima e a ilícita, sendo que a ilegítima é quando for obtida violando as regras processuais, já na ilícita é quando viola as regras de direito material e/ou viola o direito da pessoa.

Já foi citado que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, pois é um direito fundamental, porém, sabemos que nenhum direito fundamental é absoluto, e na própria constituição prevê a exceção da inviolabilidade, além de está previsto em legislação específica também. Do mesmo modo, já foi citado que as interceptações são meios de obtenção de prova, sendo consideradas como ferramentas para a produção do material probatório.

Dessa sorte, verificamos que a interceptação telefônica é um meio de prova lícita, principalmente ao combate das criminalidades, desde que preenchidos os requisitos constantes na Lei nº 9.296/96.

No combate à organização criminosa, é lógico que há outros meios de obtenção de prova na fase investigativa, a fim de comprovar a existência de um fato criminoso, para tanto, consta na própria Lei nº 12.850/2013, um rol não taxativo em seu art. 3º, além do CPP, todavia, como o cerne do presente trabalho é sobre a interceptação telefônica, devemos lembrar que na Lei nº 9.296/96 impõe que esse meio de obtenção de prova seja a *ultima ratio*, ou seja, sua admissibilidade está condicionada pela impossibilidade da realização de outros meios disponíveis.

2.1 Provas ilegais (interceptação telefônica ilegal) no processo penal

Como já mencionado, a interceptação pode ser aceita no processo penal a fim de verificar a veracidade de um fato criminoso, desde que esteja conforme estabelecido em lei.

A admissibilidade depende, unicamente, de sua licitude, nesse prisma, a grande doutrinadora Ada Pellegrini, que contribuiu imensamente na elaboração da

Lei de Interceptações Telefônicas, juntamente com Antônio Magalhães e Antônio Scarance (1997, p. 195), prescreveram:

Evidentemente, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas: serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos. Neste último caso, seu resultado será processualmente inadmissível e ineficaz.

Os meios de obtenção de provas decorrentes de ilegalidades provocam provas ilícitas no processo penal, dessa forma, o processo penal deve ser conduzido rigorosamente de forma legítima conforme a lei. Para isso, o Estado tem a obrigação de investir em meios, a fim de permitir que as provas sejam sempre obtidas por meio lícitos, pois conforme prescreve no art. 157 do CPP, as provas ilícitas são inadmissíveis.

Nesse mesmo sentido, na Lei Maior, no art. 5º, inciso LVI, corrobora prevendo também que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. No CPP, no caput do art. 157, ainda prevê, que caso as provas ilícitas já se encontrem nos autos, deverão ser retiradas do processo, para não ocorrer a nulidade da sentença.

Insta enfatizar, ainda, que as provas derivadas das provas ilícitas são consideradas nulas também, isso se deve a teoria do fruto da árvore envenenada. Nessa teoria demonstra que se a árvore estiver envenenada, transmitirá o veneno aos seus frutos, logo, se prova for feita meio ilícito, as provas derivadas por ela, serão ilícitas.

Diante do exposto, devemos nos perguntar se a prova ilícita poderá ser usada no processo penal, aliás, a prova feita de forma ilícita pela interceptação telefônica, violando os requisitos estabelecidos em lei, poderá ser aproveitada? A resposta de início, logicamente seria um grande NÃO, porém não é tecnicamente essa resposta esperada, mas sim um “depende”.

Novamente, rebatendo em um ponto já mencionado, a quebra de sigilos das comunicações telefônicas não é um direito absoluto, incontestavelmente pode ser feita, pois existe a possibilidade juridicamente de fazê-lo. O ponto chave é se a interceptação é lícita ou não, pois se for ilícita, quer dizer que não houve a atenção necessária dos agentes, ou seja, não cumpriram os requisitos previsto em lei.

Se a prova for ilícita, podemos utilizá-la sim ainda no processo penal, mas é conforme o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, a prova ilícita poderá ser utilizada em favor do réu - *in dubio pro reo*, seguindo o princípio da proporcionalidade. Nesse ponto, já há decisões de tribunais que se posicionaram a favor do réu, pelo fato de não cumprirem os requisitos da lei. Além disso, os doutrinadores também se posicionam admitindo que a prova ilícita seja a favor do réu.

Assim, importa dizer que a prova ilícita poderá ser utilizada a favor do réu, excepcionalmente, para provar a inocência do acusado. Deve esclarecer, que a prova ilícita nesse caso, não perderá sua ilicitude, longe disso, ela ainda continuará ilícita, mas agora será utilizada para uma possível absolvição.

Mas será que só é o réu que poderá ser beneficiado pelas provas ilícitas? A resposta é não, tendo em vista que pode haver a possibilidade de flexibilizar a prova ilícita, favorecendo a sociedade, em consequência, em desfavor do réu.

Isso é uma questão ainda bastante debatida, pois deve ser avaliado diversos fatores, devendo sempre seguir o princípio da proporcionalidade. Assim, deve atender esse princípio, verificando o interesse da sociedade, para que evite punição de um criminoso. Podemos exemplificar esse caso da seguinte forma: um cidadão quando faz o mau uso de seus próprios direitos fundamentais, poderá perder a pretensão de anular a prova ilícita para não responder criminalmente, quando praticar um ato ilícito, atentando contra a liberdade da sociedade.

Nesse ponto, a doutrina minoritária defende que a prova ilícita *pro societate* seja aceita, mas desde que estejam presentes os requisitos necessários, comprovada a excepcionalidade do caso concreto. Ou seja, o magistrado deve seguir os preceitos do princípio da proporcionalidade, devendo encontrar um ponto de equilíbrio.

Nessa questão, o Superior Tribunal de Justiça tem um posicionamento minoritário pela aceitação da prova ilícita *pro societate*. Porém, não será admissível toda prova ilícita no combate às organizações criminosas, pois, salientamos novamente que deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade.

2.2 A interceptação nos aplicativos de comunicações

O Telegram, WhatsApp, Skype e outros aplicativos similares, são meios de comunicações utilizados para troca de mensagens, seja em formato de texto, áudio, ou vídeos, além de realizarem chamadas de voz ou vídeo. Como os usuários dessas ferramentas cresceram consideravelmente, começaram a surgirem as interceptações neles.

Esses aplicativos possuem um sistema de criptografia, ficando praticamente inviável de realizar a interceptação. Entretanto, está ocorrendo uma “interceptação” considerada ilegal pela justiça, além de não possuírem uma legislação própria.

Acessar as conversas desses aplicativos sem autorização do investigado ou sem autorização judicial é ilegal, onde a prova obtida por esse meio se tornará ilícita. Além disso, não pode ser utilizada a interceptação das conversas desses aplicativos com base na Lei nº 9.296/96.

Sobre esses casos os Tribunais Superiores já se posicionaram. Em uma investigação, a polícia acessou o WhatsApp de um celular apreendido, nas conversas obteve diversas provas do fato criminoso, o que colocou nas grades o investigado. Porém, há uma circunstância que não foi relatada, não houve sequer autorização do proprietário do celular, nem mesmo da justiça para acessar o aplicativo. Foi com essa alegação que a Sexta Turma do STJ, no RHC 51.531, anulou as provas que foram obtidas pelo acesso no celular do investigado.

O STJ também abordou sobre a inaplicabilidade da Lei da Interceptação Telefônica para poder interceptar e monitorar as conversas pelo aplicativo do WhatsApp. Na ocasião, a Sexta Turma do STJ, no RHC 99.735, entendeu que não pode realizar a interceptação do aplicativo com base na Lei nº 9.296/96, pois para que ocorra o monitoramento, é necessário ter acesso ao celular, além disso, o investigador pode atuar como o próprio interlocutor, podendo mandar mensagens, áudios, vídeos, arquivos.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado no decorrer do presente trabalho, podemos observar, com base na doutrina, na jurisprudência, na Lei nº 9.296/96, que regula a interceptação telefônica, na Lei nº 12.850/2013, que dispõe sobre investigação criminal da organização criminosa, e demais dispositivos legais, sobre a admissibilidade do instituto da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal no combate às organizações criminosas.

De início, a nossa Constituição Federal possibilita a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto, porém, desde que atenda aos requisitos estabelecidos por lei.

A Lei nº 9.296/96 veio para regularizar a interceptação telefônica, onde o monitoramento das conversas pode ser utilizado como prova para investigação criminal, sendo dessa forma, mais um elemento para o combate à criminalidade.

A Lei de Interceptações Telefônicas impõe que a interceptação telefônica para ser lícita precisa cumprir diversas condições. Deve ser determinada por um juiz; ter indícios suficientes de autoria do investigado; o fato criminoso ser punível com reclusão; e, umas condições mais relevantes de todas as interceptações deve ser a última opção como meio de prova, ou seja, quando todos os meios de provas possíveis estão indisponíveis.

O CPP possui um rol não taxativo de provas, dessa forma, a interceptação pode ser utilizada como prova no processo penal, sendo mais um elemento usado pelas partes, a fim de convencer ao magistrado sobre a veracidade de um fato criminoso.

As organizações criminosas são definidas pela Lei nº 12.850/2013, onde dispõe também sobre a investigação criminal, do mesmo modo os meios de prova, permitindo assim, que a interceptação telefônica seja usada ao combate dessas organizações.

Ainda na Lei nº 9.296/96, ela deixa claro que a duração do monitoramento seja no máximo 30 dias, incluindo a prorrogação, mas a jurisprudência abre a possibilidade de dilatar esse prazo, tendo em vista a complexidade do crime e os números dos investigados, como ocorre nas organizações criminosas.

Apesar das legislações estabelecerem os padrões pela licitude da interceptação telefônica, por um lapso, poderá ocorrer a ausência de um dos requisitos, com isso, invalidará a prova, tornando-a ilícita. Todavia, a prova ilícita poderá ser utilizada no processo penal para beneficiar o réu, e demonstrado pela sua excepcionalidade, poderá ser usada em favor da sociedade, como defende a corrente minoritária.

Assim, observa-se que a interceptação telefônica é uma exceção da garantia constitucional, sendo um importante método de investigação para enfrentar a criminalidade organizada, podendo ser decisiva em desmantelar a organização. Mas, deve ser usado rigorosamente, pelas legislações pertinentes, nos limites estabelecidos, além de ser usada de forma fundamentada e justificada adequadamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/09/2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 (Código de Processo Penal), de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 05/09/2020.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2019.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 59 de 09/09/2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101>. Acesso em 12/09/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 15ª Edição. Editora Forense. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Anulada interceptação telefônica de reitor em investigação sobre venda de vagas em curso de medicina. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Anulada-interceptacao-telefonica-de-reitor-em-investigacao-sobre-venda-de-vagas-em-curso-de-medicina.aspx>. Acesso em 12/09/2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Para Sexta Turma, quebra de sigilo telefônico exige fundamentação própria. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-05-20_08-05_Para-Sexta-Turma-quebra-de-sigilo-telefonico-exige-fundamentacao-propria.aspx. Acesso em 10/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A interceptação telefônica como meio de prova. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08_08-00_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx. Acesso em 10/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855188440/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-124057-sp-2020-0036821-0>. Acesso em 07/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457537/habeas-corpus-hc-106129-ms-stf/inteiro-teor-110360118>. Acesso em 07/11/2020.

CRISTO, Alessandro. "O direito penal reprime, o processo penal liberta". 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/abuso-grampos-mostra-mediocridade-autora-lei-interceptacoes>. Acesso em 07/11/2020

CASTRO, LEONARDO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DISPONÍVEL EM: - JUS BRASIL. Acesso em 07/11/2020.

STF - Quebra de sigilo telefônico pode ser prorrogado e superar prazo de 15 dias. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77339/im-possibilidade-de-interceptacao-do-whatsapp-no-combate-as-organizacoes-criminosas>. Acesso em 08/11/2020

MARQUES, Ivan Luis. Revisão sobre a lei de interceptação telefônica. 2012. Disponível em: <https://ivanluismarques2.jusbrasil.com.br/artigos/121815614/revisao-sobre-a-lei-de-interceptacao-telefonica-twitter>. Acesso em 09/11/2020.

SANTOS, Jader. Considerações acerca da Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/96). 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-de-interceptacao-telefonica/>. Acesso em 08/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860274324/habeas-corpus-hc-443331-sp-2018-0073014-9>. Acesso em 10/11/2020.

BRASIL. Lei nº 13.964 (Lei Anticrime), de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 10/11/2020.

Lei nº 9.296/96 (Interceptação Telefônica). Disponível em: <https://www.trilhante.com.br/curso/pacote-anticrime-lei-13-964-19/aula/aula-10>. Acesso em 10/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-05-12_08-15_Acesso-ao-Whatsapp-em-celular-apreendido-so-com-a-autorizacao-judicial.aspx. Acesso em 10/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860374869/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-99735-sc-2018-0153349-8>. Acesso em 07/11/2020.

PROTEÇÃO SOCIAL AOS TRANSGÊNEROS E A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PROGRAMÁVEL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

LUCIANA ALENCAR LOPES PINTO:

Bacharelada do Curso de Direito.
Servidora pública federal, vinculada ao
Instituto Nacional de Seguro Social.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI.

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca da proteção social aos indivíduos transgêneros quanto às regras aplicáveis à concessão do benefício de aposentadoria programável no regime geral de previdência social. Considerando que o Direito Previdenciário não avançou em passos largos como a esfera cível, a ausência de norma legislativa que ampare os segurados transgêneros que durante a sua vida laboral optaram pela mudança de gênero, conforme previsão legal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275/2018, fere o princípio da isonomia que deve garantir à todos tratamento igualitário, sendo, portanto inconstitucional os segurados transgêneros terem seus direitos cerceados por ausência de norma regulamentadora, ocasionando insegurança jurídica. Serão abordados aspectos históricos da Seguridade Social, bem como os tipos de Regime de Previdência Social, princípios que norteiam o Direito Previdenciário, as peculiaridades das aposentadorias programáveis e a aplicação das regras aos segurados transgêneros. Além do conceito e características sobre gênero, identidade de gênero e transgênero sendo aduzido o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia de vontade, da igualdade e do livre exercício da identidade de gênero. Para concluir abordamos a possibilidade da readequação sistêmica, a fim de atender a necessidade peculiar que o indivíduo transgênero.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Direito Previdenciário. Omissão Legislativa. Transgênero.

ABSTRACT: The present study aims to make an analysis of the social protection of transgender individuals as well as the applicable rules to grant the programmable retirement benefit in the general social security regime. Considering Social Security Law did not advance in large steps as the civil sphere, the absence of a legislative norm that supports transgender policyholders who during their working life opted for gender change, according to the legal provision of Direct Action of Unconstitutionality (DAI) 4275/2018, hurts the principle of equality that must

guarantee equal treatment for all, being unconstitutional transgender policyholders to have their rights curtailed due to the absence of a regulatory rule, causing legal uncertainty. It will be addressed historical aspects of Social Security, types of Social Security Regime, principles that guide Social Security Law, peculiarities of programmable pensions, as well as the application of rules to transgender policyholders. Besides the concept and characteristics of gender, gender and transgender identity being adduced the principle of human dignity, the autonomy of will, equality, and the free exercise of gender identity are added. To conclude, we address the possibility of a systemic readjustment to meet the peculiar need of a transgender individual.

Keywords: Legal Security. Social Security Law. Legislative Omission Transgender.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Materiais e métodos. 2. Resultados e discussões. 2.1 aspectos históricos da seguridade social. 2.2 o sistema da seguridade social. 2.3 dos tipos de regimes da previdência social. 2.4 dos princípios que norteiam o direito previdenciário. 2.4.1 da universalidade da cobertura e do atendimento. 2.4.2 da solidariedade. 2.4.3 da igualdade. 2.5 dos tipos de aposentadoria. 2.5.1 da aplicação da regra aos segurados transgêneros. 2.6 considerações acerca da identidade de gênero e do transgênero. 2.7 da omissão legislativa. 3. Considerações finais. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

Em virtude das recentes mudanças de ordem jurídica no cenário brasileiro, que impactam os segurados transgêneros da previdência social que no decorrer da sua vida laborativa alteraram o seu gênero no registro civil em virtude da ADI 4275/2018, onde o Supremo Tribunal Federal visou a interpretação do artigo 58 da Lei de Registro Público nº 6.015/73, de acordo com o texto constitucional, reconhecendo o direito dos transgêneros de substituírem o prenome e gênero no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou prévia autorização judicial.

A discussão aborda o benefício de aposentadoria programável e seus critérios de concessão a esses segurados transgêneros, o benefício de aposentadoria por idade e tempo de contribuição após a nova redação dada pela EC 103/2019 passou a integrar o rol das aposentadorias programáveis, respeitados o direito adquirido para os segurados que já alcançaram os requisitos para a concessão até 13/11/2019 e para os que ainda não implementaram serão aplicadas as novas regras de acordo com a reforma da previdência.

Observa-se que a ideia de gênero é construída dentro do contexto histórico-social, não se trata de algo predeterminado pela biologia, mas sim pela cultura, assim nos deparamos com um grupo que não se identificam com o seu sexo biológico, denominados transgêneros, diferente dos cisgêneros, que se identificam com sua biologia própria. E em busca de afirmar o seu direito de personalidade e de confirmação de gênero, essa minoria opta pela mudança de gênero no registro civil o que causa um impacto no seu tempo de contribuição, se analisado em gêneros distintos.

Além disso, o atual sistema previdenciário é orientado por uma visão binária de gêneros, prevendo requisitos diferenciados apenas para homens ou mulheres filiados ao Regime Geral de Previdência Social, de forma que o legislador se mostrou inerte diante do avanço dos direitos alcançados pelos segurados transgêneros, fazendo com o que esses segurados ficassem desassistidos, diante da omissão legislativa que não reconhece a sua peculiar condição, fato que interfere diretamente no direito a aposentadoria programável.

1. MATERIAIS E MÉTODOS

Utilizou-se o método integrativo de revisão de literatura, visando reunir e sintetizar os conhecimentos científicos produzidos sobre o tema em estudo. Isso proporcionou a busca, avaliação e síntese das evidências científicas disponíveis para facilitar o desenvolvimento de conclusões sobre o tema. Quatro etapas foram seguidas para a elaboração deste estudo: definição dos critérios de pesquisa das publicações; procura literária; análise e categorização de estudos; e apresentação e discussão de resultados. (SEVERINO, 2007)

Em razão da falta de previsão legal sobre o tema, este estudo realizou o levantamento dos resumos dos trabalhos já publicados que abarcam as palavras chaves e das pesquisas bibliográficas sobre o tema, criando assim, um panorama de objetivos e resultados dos trabalhos analisados.

Para a elaboração do artigo, foi levado em consideração o método dedutivo, onde se busca estudar as legislações previdenciárias e de forma específica a omissão da legislação em relação aos benefícios do transgênero.

A forma de pesquisa utilizada foi à bibliográfica, cujas informações e colocações foram extraídas através de análise qualitativa, com fito de abordar e confrontar a omissão que a legislação apresenta quanto aos requisitos dos benefícios previdenciários os quais segurados transgêneros podem estar enquadrados.

A base bibliográfica utilizada adveio de: doutrinas, códigos, textos, leis e artigos científicos virtuais publicados por doutrinadores, operadores do direito e especialistas em direito previdenciário. Em relação à pesquisa virtual, buscaram-se os sites: jusbrasil, migalhas, Scielo, Google, CAPES, etc.

2. RESULTADOS E DISCUSSÕES

2.1 ASPÉCTOS HISTÓRICOS DA SEGURIDADE SOCIAL

A evolução socioeconômica e as desigualdades sociais se evidenciassem muito mais entre os membros da nossa sociedade, no decorrer da nossa história, a pobreza não se tornou apenas um problema apenas individual, e sim, social, pois a concentração da maior renda está nas mãos de poucos, o que leva à miséria a maioria, que se sente a falta do mínimo necessário para sobreviver com dignidade (CASTRO E LAZZARI, 2020). Esses fatores levaram à busca de instrumentos de proteção contra as carências sociais, que refletem na ordem jurídica, assim, a evolução histórica da proteção social se subdivide em três etapas: assistência pública, seguro social e seguridade social (MENDONÇA, 2018, SANTOS, 2020).

A primeira fase foi baseada na caridade, denominada assistência pública, administrada pela Igreja e, mais tarde, por instituições públicas, em 1601, Isabel I editou o *Act of Relief of the Poor*, denominada a Lei dos Pobres, assim a legislação determinou que era de responsabilidade do Estado amparar os necessitados e surgiu a assistência social (SANTOS, 2020).

A segunda etapa na surgiu do amadurecimento histórico e da ideia de que se deve ter um direito à proteção, que as prestações previstas são juridicamente exigíveis, assim, surgiu no século XII, o seguro marítimo, que decorreu de um contrato facultativo, mas sentiu-se a necessidade da criação de um seguro de natureza vinculada, com o objetivo de proteção aos economicamente mais frágeis (SANTOS, 2020).

Assim, surgiu o seguro social, na Prússia, em 1883, com a Lei do Seguro Doença, que criou o Seguro de Enfermidade, a partir dessa lei e com a Segunda Guerra Mundial, a ideia de seguro social ganhou força e deveria ser obrigatório e não mais restrito aos trabalhadores da indústria, ao mesmo tempo em que abarcava os riscos de doença, acidente, invalidez, velhice, desemprego, orfandade e viuvez e ao se tornar obrigatório, o seguro social passou a ser um direito subjetivo dos trabalhadores, organizado pelo Estado, custeado pelos empregadores, empregados e pelo Estado, pautado no princípio da solidariedade (CASTRO E LAZZARI, 2020).

No Brasil, o primeiro documento legislativo a tratar de Proteção Social foi a Constituição de 1824, com a criação dos denominados “socorros públicos” com o surgimento das Santas Casas de Misericórdia, mas foi o surgimento da Lei Eloy Chaves, com o Decreto Legislativo nº 4.682/1923 que indica o começo da proteção social no Brasil (CASTRO E LAZZARI, 2020). A referida norma contemplou os ferroviários, O modelo implantado previa a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões por empresa de ferrovia, sem a participação do governo em sua administração, era uma espécie de Previdência Privada, com contribuições do empregado e do empregador. Posteriormente, a Lei nº 5.109/1926, estendeu o Regime da Lei Eloy Chaves aos portuários e marítimos, e a Lei nº 5.485/1928, que passou a proteger também os trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos (ROCHA, 2015).

A Carta Magna de 1934 foi a primeira a usar o termo “previdência” e indicou a tríplice participação de custeio, ou seja, governo, trabalhadores e empregadores deveriam contribuir para a manutenção da Previdência Social. (ROCHA, 2015) A Lei nº 3.807/1960, denominada Lei Orgânica de Previdência Social, que cindiu a legislação aos IAP’S – Institutos de Aposentadorias e Pensões, após a unificação da legislação dos IAP’S em 1960, houve a inclusão dos empregados domésticos na Previdência Social, a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, dentre outros marcos importantes para e evolução do instituto, e com a evolução inaugurou-se o novo modelo de proteção social denominado de Seguridade Social, que é definido pelo art. 194 da CF/88 (SANTOS, 2020).

2.2 O SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL

O Sistema da Seguridade Social, com o propósito de amparar a população, estabelecendo um sistema de proteção social para proteger aqueles que em algum momento de extrema dificuldade não puderem prover a sua subsistência ou de sua família foi instituído pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). O sistema é construído sob três pilares, saúde, previdência e a assistência social, todos amparados pela Constituição Federal, com a finalidade de assegurar um sistema protecionista (BRASIL, 1988, CASTRO E LAZZARI, 2020).

A saúde é um dever do Estado e não demanda nenhuma espécie de contribuição de seus usuários, trata-se de um direito de todos que visa, através de políticas públicas, reduzir o risco de doenças, disponibilizando acesso universal de forma igualitária às serviços de saúde a população (MENDONÇA, 2018).

A assistência Social está prevista nos artigos 203 e 204 da CF de 1988 é regido pela Lei nº 8.742/93, de direito do cidadão e dever do Estado, independente de contribuição, não tem cobertura universal como a saúde, pois a assistencial social é

concedida àqueles que não têm condições de prover sua manutenção de forma digna com os seus próprios recursos e o de seu núcleo familiar (BRASIL, 1988).

A Previdência Social, o terceiro pilar da Seguridade Social, objeto de pesquisa desse projeto será explanada de maneira mais detalhada nos tópicos a seguir.

2.3 DOS TIPOS DE REGIMES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social é dividida em regimes, sendo dois de filiação obrigatória, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), objeto do nosso estudo e o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) além do Regime de Previdência Complementar de participação facultativa (SANTOS, 2020).

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é considerado o maior e mais importante regime previdenciário na ordem interna, o RGPS abarca os trabalhadores da iniciativa privada, aqueles que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os trabalhadores autônomos; empresários, microempreendedores individuais ou sócios de empresas e prestadores de serviços; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar (CASTRO E LAZZARI, 2020).

O RGPS é regido pela Lei n. 8.213/1991, intitulada “Plano de Benefícios da Previdência Social”, sendo de filiação compulsória e automática para os segurados obrigatórios, permitindo, ainda, que pessoas que não estejam enquadradas como obrigatórios e não tenham regime próprio de previdência se inscrevam como segurados facultativos, passando também a serem filiados ao RGPS (SANTOS, 2020, CASTRO E LAZZARI, 2020). Do caráter compulsório da vinculação jurídica do trabalhador à Previdência Social decorre que o *status* de filiado ao regime, situação que independe de manifestação de vontade do indivíduo, quando ele exerça qualquer atividade remunerada (MENDONÇA, 2018).

2.4 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Os princípios não deixam de ser norma jurídica, uma vez que as normas são subdivididas em princípios e regras, sendo a diferença entre estas duas espécies traduzidas na ideia de que os princípios são norteadores, em contrapartida as regras são imposições, baseadas nos princípios, sendo, portanto, os eles edificados à categoria de normas mais relevantes dentro do ordenamento jurídico (ROCHA, 2015).

2.4.1 DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

O artigo 194 da Constituição Federal enumera sete princípios da Seguridade Social, dentre eles o da universalidade da cobertura e do atendimento, por ele entende-se que a proteção social deve alcançar a todos os eventos cuja reparação seja urgente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite, garantindo assim, a entrega das prestações da seguridade social a todos os que necessitem, e em se tratando de previdência social, observado o princípio contributivo (BRASIL, 1988, CASTRO E LAZZARI, 2020).

2.4.2 DA SOLIDARIEDADE

A Previdência Social se norteia na solidariedade entre os membros da sociedade, buscando o bem-estar coletivo e a proteção de todos os indivíduos da sociedade, por meio da repartição dos frutos do trabalho de um em prol da coletividade, permitindo assim, a subsistência do sistema previdenciário (SANTOS, 2020). A solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm obrigações para com a comunidade em que estão inseridos, como o dever de recolher tributos, contribuições sociais, ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em prestações (ROCHA 2015). Visa resguardar a Dignidade da Pessoa Humana, concedendo a elas os direitos e garantias fundamentais ligados às personalidades humanas. (MORAIS 2017)

2.4.3 DA IGUALDADE

A Carta Magna de 1988 reconheceu o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de possibilidades a todos, onde todos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, conforme os critérios acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 1988, MORAES, 2017). De modo que, são vedadas as distinções ou discriminações arbitrárias, uma vez que a igualdade perante a lei se dirige a todos, mas a igualdade na lei se dirige especialmente ao legislador, que tem por obrigação o dever de não estabelecer em lei qualquer comportamento que possa acentuar a desigualdade, a fim de minimizar as diferenças existentes e encontrar verdadeira igualdade (BAHIA, 2017).

2.5 DOS TIPOS DE APOSENTADORIA

Com o objetivo de compreender como se aplicam as normas dos benefícios previdenciários aos indivíduos transgêneros, cabe informar que os benefícios mais conflituosos, ou seja, os abrangidos pelo Direito Previdenciário são aqueles regulados de acordo com o gênero biológico do beneficiário, sendo assim, analisar-se-ão as aposentadorias programadas.

A aposentadoria por Idade e por Tempo de Contribuição, com nova redação dada pela EC 103/2019, passou a entrar no rol das Aposentadorias Programáveis, uma vez que o termo “Aposentadoria” foi extintas com a nova redação dada pela EC 103/2019 (BRASIL, 1988, SANTOS, 2020).

Dessa forma, a aposentadoria por idade dos trabalhadores urbanos só está garantida para os que cumpriram os requisitos até 13/11/2019, que têm direito adquirido ao benefício, conforme art. 3º da EC 103/2019, e para os que se enquadrarem nas regras de transição decorrente do novo regime constitucional.

E para quem ingressou no RGPS até 13/11/2019 (data da publicação da EC 103/2019), mas ainda não haviam implementado os requisitos exigidos terão que cumprir as novas regras estabelecidas pela Reforma Previdenciária, sendo elas a carência contributiva de 180 (cento e oitenta) meses, o tempo de contribuição exigido em lei e a idade de 65 (sessenta e cinco) anos para o homem e 60 (sessenta) anos para a mulher, sendo que a partir de 01/01/2020 será acrescido 06 (seis) meses por ano até completar 62 (sessenta e dois) anos de idade no ano de 2023, quando se tratar de contingência por idade avançada (SANTOS, 2020).

A aposentadoria programável, com requisitos cumulativos de idade e tempo de contribuição, foi implementada pela EC 103/2019, que alterou as regras e extinguiu a aposentadoria por tempo de contribuição, regra que se aplica aos que ingressarem no RGPS após a publicação da EC 103/2019 ou não possuem direito adquirido ou implementaram os requisitos para a concessão até 13/11/2019 (CASTRO E LAZZARI, 2020, SANTOS, 2020).

Sobre os trabalhadores rurais podemos destacar os enquadrados como “segurados especiais”, de ambos os sexos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, dos quais idade é reduzida para 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, conforme art. 201, § 7º, II, da CF/88, com redação mantida pela EC 103/2019 e a carência contributiva de 180 meses é comprovada por meio do efetivo exercício de atividade rural na qualidade de segurado especial nos meses idêntico aos da carência necessária para a concessão do benefício (BRASIL, 1988, ROCHA, 2015).

Considera-se segurado especial, a pessoa física residente em imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, enquadre-se como produtor rural proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário, que explore atividade agropecuária, em área de até 4 (quatro) módulos fiscais ou de seringueiro ou

extrativista vegetal que exerça suas atividades conforme inciso XII do caput do art. 2º da Lei 9.985/2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida, ainda o pescador artesanal ou assemelhado, que faça da pesca profissão habitual com embarcação de até 20 (vinte) toneladas, bem como e seu cônjuge ou companheiro, filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou equiparado, do segurado desde que, comprovadamente, trabalhem com o respectivo grupo familiar (CASTRO E LAZZARI, 2020, SANTOS, 2020).

Para a aposentadoria por tempo de contribuição, regra aplicável para os fatos geradores ocorridos até a publicação da EC 103/2019 para as mulheres o cálculo será 100% do salário de benefício aos 30 (trinta) anos de contribuição e para o homem 100% do salário de benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição (CASTRO E LAZZARI, 2020). Considerando que a aposentadoria por tempo de contribuição foi extinta e substituída pela aposentadoria programável por idade cumulada com tempo de contribuição se aplica aos casos que implementarem os requisitos após a publicação da EC 103/2019 os mesmos critérios descritos no parágrafo acima.

2.5.1 Da aplicação da regra aos segurados transgêneros

Para entendermos com maior clareza o impacto que a concessão errônea do benefício de aposentadorias programáveis para os segurados transgêneros que não tiveram o seu sexo biológico equiparado ao seu gênero, iremos conceituar alguns pontos relevantes da são utilizados para a concessão do benefício previdenciário.

A carência para o direito previdenciário corresponde ao número mínimo de contribuições mensais necessárias para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do decorrer do primeiro dia dos meses de suas competências (CASTRO E LAZZARI, 2020).

A EC 103/2019 não cita expressamente a necessidade de cumprimento de períodos de carência para a concessão das aposentadorias programáveis, de acordo com as regras transitórias impostas pela EC 103/2019, mas não significa tenha sido revogado a aplicação do cumprimento da carência para a concessão dos benefícios (SANTOS, 2020, OLIVEIRA E TCHAKERIAN, 2020).

De acordo com a EC 103/2019, o cálculo do valor do benefício no RGPS se dá de acordo com as normas legislativas vigentes à época em que os requisitos foram atendidos, adotados o *princípio tempus regit actum*, alteração no dispositivo constitucional que traz reflexos no cálculo do valor das aposentadorias. (BRASIL, 1988, SANTOS, 2020, OLIVEIRA E TCHAKERIAN, 2020).

Salário de benefício é a base de cálculo da renda mensal do benefício previdenciário, não havendo correspondência absoluta entre o valor do salário de benefício e o valor do benefício, pois este resulta de uma outra laboração aritmética (SANTOS, 2020).

A renda mensal do benefício é o valor da primeira prestação que o segurado receberá mensalmente na sua aposentadoria e é calculada pela aplicação do coeficiente sobre o valor do salário de benefício e servirá de base para os reajustes posteriores (ROCHA, 2015, SANTOS, 2020).

O art. 201, § 2º da Constituição Federal garante que esse valor nunca será inferior ao do salário mínimo, exceto nos benefícios de auxílio-acidente, salário-família e parcela dos benefícios por acordos internacionais (BRASIL, 1988, OLIVEIRA, 2020).

A fórmula para o cálculo da renda mensal inicial (RMI) é o valor do salário de benefício multiplicado pelo coeficiente de cálculo do benefício, em se tratando de aposentadoria por idade é 70% do salário de benefício, mais 1% deste por grupo de doze contribuições mensais, até o máximo de 30%, regra aplicável para as aposentadorias até a publicação da EC 103/2019 (CASTRO E LAZZARI, 2020). Ou 60% do salário de benefício (média integral) + dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder a 20 (vinte) anos de contribuição, se homem e 15 (quinze) anos de contribuição, se mulher (OLIVEIRA E TCHAKERIAN, 2020).

A fim de demonstrar ser detentor do direito de se aposentar conforme o gênero adotado, o segurado transgênero deve buscar a retificação do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS no INSS, para que tenha resguardado os seus direitos previdenciários e os períodos de carência necessários quando fizer o requerimento do pedido de aposentadoria devendo juntar ao protocolo todas as provas necessárias para que haja a alteração do nome e do gênero e não apenas a simples inclusão do nome social, além de realizar requerimento solicitando a conversão dos períodos de tempo de contribuição conforme as regras pretendidas e de acordo com o novo gênero adotado por ele (CRUZ, 2016).

No entanto diante da ausência de norma legislativa que trate sobre a concessão de benefícios previdenciários para indivíduos transgêneros, haverá a negativa de ajuste do tempo de contribuição de acordo com o gênero adotado por esse segurado da previdência, não restando outra opção senão a de recorrer ao Poder Judiciário (CRUZ, 2016).

2.6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IDENTIDADE DE GÊNERO E DO TRANSGÊNERO

Após uma breve explicação a respeito dos conceitos do direito previdenciário necessários para o entendimento acerca do tema desse artigo, é de suma importância compreender quem é o indivíduo transgênero, seus conceitos e como o sistema jurídico brasileiro aborda esse tema. Para isso é essencial, diferenciarmos os conceitos de "sexo" e "gênero", visto que possuem sentidos contrapostos, sendo que o primeiro pode ser definido como sexo biológico, o segundo diz respeito a uma criação social (BENTO, 2006).

Por mais que o sexo pareça dissociável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído, trata-se de um fenômeno inconstante e vivido dentro do contexto do indivíduo, que deriva do conjunto específico das relações cultural e históricas (BUTLER 2003).

Enquanto a identidade de gênero se relaciona com as identificações histórico-sociais dos indivíduos, que se identificam como masculinos ou femininos, a identidade sexual refere-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua sexualidade no contexto em que estão inseridos (JESUS, 2012).

Os transgêneros, independentemente da sua orientação sexual, são acima de qualquer coisa indivíduos que ultrapassam qualquer fronteira construída culturalmente para um ou outro sexo, pois eles são capazes de criar novas formas de feminilidade e de masculinidade, que são formas plurais, com novos traços, comportamentos e vivências que vão além das questões de gênero estabelecidas pela biologia ou pela sociedade (GARBER 1997).

A identidade de gênero é a forma de ser identificado como homem ou mulher, podendo o indivíduo não concordar com o gênero biológico e por isso ele constrói e o que é denominado gênero social, uma vez que nem todo homem e mulher são obrigatoriamente heterossexuais (JESUS, 2012).

Portanto, para além do conceito binário de gênero, fez surgir às identidades transgêneros que reúne debaixo de si todas as identidades de gênero divergentes, ou seja, identidades que descumprem, contrariam ou desacatam o dispositivo binário de gênero (BUTLER 2003).

Assim, a identidade sexual da pessoa é algo que predomina sobre o sexo biológico, a aquele constante do seu registro de nascimento, pois trata-se da manifestação de vontade que advém do que a sua mente lhe condiciona pertencer ao sexo de sua convicção pessoal, independentemente, do aspecto fisiológico que o seu corpo possui (GALLARDO, 2014).

Com a finalidade de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autonomia da vontade, da não discriminação por orientação sexual todos os princípios construídos sob os pilares constitucionais, o Supremo Tribunal Federal em 28/02/2018 reconheceu a Repercussão Geral do assunto com o tema 761: “Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transgênero, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo”.

Na ação direta de inconstitucionalidade 4275, em março de 2018, o STF visou a interpretação do artigo, 58 da Lei 6.015/73, de acordo com o texto constitucional, reconhecendo o direito dos transgêneros, que assim o desejarem, à substituição do prenome e gênero no registro, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou seja, sem o procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, ou prévia autorização judicial (BRASIL, 2016, MORAES, 2017, STF, 2018).

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a avaliar os impactos referentes a mudança de gênero no registro civil e os direitos aos benefícios da Previdência Social após a redesignação e mudança de gênero com o reconhecimento da condição transgênera, uma vez que o requisito “gênero” é um aspecto relevante na concessão dos benefícios de aposentadoria programável e impacta de diretamente no tempo, idade e cálculo dos benefícios.

2.7 DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Dessa forma, com os avanços dos direitos dos transgêneros sobre sua identidade psicossocial, há a necessidade de debater sobre os benefícios previdenciários desses segurados, especialmente, em relação à idade mínima e o tempo necessário de contribuição para a aposentadoria programável.

Assim, faz-se a indagação de quais critérios devem ser adotado a uma pessoa transgênero que alterou seu nome e seu gênero? Devem ser adotados os requisitos de acordo com gênero de origem ou com o gênero do momento do preenchimento dos requisitos para da aposentadoria?

A construção jurídica existente no nosso direito brasileiro sobre o tema vem de construções doutrinárias, jurisprudências e do direito comparado, não possuindo uma construção legislativa específica sobre os direitos dos transgêneros (QUADRINI e VENAZZI, 2016).

Os indivíduos transgêneros alcançarão diversos direitos sociais e civis como a possibilidade de alterar o seu nome e gênero no registro civil, tendo reconhecida a sua capacidade civil de acordo com o gênero sexual e sua identidade, mas sob o viés

previdenciário esses segurados do Regime Geral de Previdência Social ainda dependem da análise e julgamento dos tribunais, uma vez que o Instituto Nacional do Seguro Social não reconhece a condição do indivíduo transgênero de acordo com as suas peculiaridades, visto que não há previsão legal sobre o assunto, o que fere os preceitos da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e das disposições constitucionais referente ao sistema de seguridade social e da previdência (QUADRINI e VENAZZI, 2016).

A omissão legislativa sobre o tema vai de encontro com a busca pela igualdade de todo independente de suas características e especificidades, direito constitucional garantido a todos que devem ser iguais perante a lei e principalmente contra o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade desses segurados da previdência que optarem pela mudança de gênero no decorrer do cômputo de tempo de contribuição (BARBOSA, 2014).

A omissão do legislador ao não dispor especificamente sobre a concessão dos benefícios previdenciários para os indivíduos que passam pelo processo de mudança de sexo constitui um grave problema jurídico, gerando insegurança jurídica e desrespeito à identidade de gênero (POLEZZE, 2015).

À exemplo, um segurado da previdência que nasce com o sexo biológico masculino, inicia a sua vida laboral aos 20 (vinte) anos de idade trabalhando e contribuindo para a previdência social de acordo com o seu gênero biológico até os 40 (quarenta) anos de idade quando opta pela mudança de gênero, alterando o seu prenome e gênero no registro civil, adquirindo assim a partir desse fato jurídico o direito de ser reconhecido de acordo com o novo gênero do qual se identifica e regularmente está reconhecido em seu registro de civil.

O segurado transgênero vai passar toda a vida trabalhando contribuindo para a previdência, agora com uma peculiaridade, uma vez que houve a alteração do registro civil e a mudança de gênero e ele continua exercendo atividade laborativa e contribuindo para a previdência social, mas na condição de segurada do gênero feminino e não mais masculino como nos vinte anos de contribuição anterior. Assim, esse segurado completará a carência exigida, mas não poderá aposentar-se aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, conforme os requisitos concedidos à mulher, exatamente por não haver previsão legal que o garanta o benefício a esses segurados que optaram pela alteração de gênero do decurso da sua vida laboral, o que causa insegurança jurídica.

O Poder legislativo em sua omissão assume uma postura de negação, onde não consegue enxergar a necessidade de ação legislativa frente à realidade social na atualidade, impedindo assim um direito constitucional do indivíduo transgênero. Ao

legislar sobre direitos previdenciários dos transgêneros, o Estado zela pela dignidade humana desta categoria de pessoas, dando respaldo jurídico para a necessária inclusão social desses segurados da previdência, respeitando assim, o preceito constitucional sobre a vedação à discriminação e preconceito, contido nos artigos 3º, inciso IV, artigo 5º caput e o artigo 7º inciso XXX da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988 e GOMES, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a transgeneralidade corresponde a um descompasso entre o gênero social que o indivíduo se identifica e o seu sexo biológico. A terminologia gênero é a forma com que o indivíduo exterioriza-se em sociedade, estando esse conceito dissociado do conceito de sexo biológico, uma vez que os homens e mulheres são produto da realidade social e não da anatomia de seus corpos.

A vulnerabilidade dos indivíduos transgêneros é latente em todos os setores da sociedade, assim, sem prejuízo de outras políticas públicas, a Previdência Social, como um dos principais instrumentos de efetivação da justiça e bem-estar social, deve mitigar os riscos e atender as necessidades desses segurados.

Toda via, há carência de normas que regulamente os casos de aposentadoria programável aos segurados da previdência transgêneros que realizaram a alteração de gênero no registro civil e de fato o benefício de aposentadoria está sujeito a variante do gênero sexual, tornando a legislação previdenciária omissa de forma que não cumpre o seu dever, pois deveria garantir aos transgêneros o direito de acesso ao benefício de acordo com a nova identidade adotada.

Ressalta-se que a legislação previdenciária deve acompanhar a evolução da sociedade, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a segurança jurídica, estabelecendo assim regras de reconhecimento de direito que não impliquem em prejuízo aos segurados que adotarem um novo gênero no decorrer de sua vida laboral.

Identifica-se possíveis critérios que podem ser adotados para a regulamentação da concessão de benefícios de aposentaria aos segurados transgêneros, sendo eles a adoção dos requisitos do gênero de origem, a adoção dos requisitos do gênero no momento do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria ou ainda a adoção de conversão de tempo de contribuição e idade como homem e como mulher, de acordo com o período em que o segurado esteve registrado em cada um dos gêneros.

A primeira vertente, leva em consideração na data de entrada do requerimento da aposentadoria o sexo biológico do segurado, o originário, assim os segurados transgêneros deverão preencher os requisitos de acordo com o gênero de nascimento, havendo claro desrespeito a sua opção de mudança de gênero e do direito a dignidade da pessoa humana.

A segunda opção considerar-se-ia o gênero adotado, de acordo com o princípio *tempus regit actum*, no qual se aplica a lei vigente na data da entrada do requerimento do benefício ou na data da implementação dos requisitos para a concessão da aposentadoria.

Por fim, poder-se-ia adotar fatores de conversão do tempo de contribuição, de forma analógica aos aplicados na concessão da aposentadoria especial, em que o tempo de contribuição do segurado que optou pela mudança de gênero seja submetido aos cálculos para aumento do período contributivo quando o segurado do sexo feminino opta pelo gênero masculino, ou para a sua redução quando o segurado do sexo masculino optar pelo gênero feminino, considerando assim separadamente o tempo contribuído em cada gênero dentro do período contributivo.

Assim, um simples cálculo matemático seria capaz de minimizar a problemática. Teoria que apresenta embasamento no princípio da razoabilidade, respeito ao direito adquirido e respeito aos preceitos constitucionais.

4. REFERÊNCIAS

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. 3 edição. Recife: Armador, 2017.

BARBOSA, B.RS.N. **Construindo Uma Identidade dos Direitos Trans**: Uma busca por uma Adequação do gênero aos seus Direitos Previdenciários. Brasília-DF, Conteúdo Jurídico: 2014. Acesso em 06 de outubro de 2020.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto julgamento da ADI 4275-DF, pg. 2, Relator Mello, Celso de. voto. Brasília, março, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adi-4275-stf-autoriza.pdf>. Acesso em dia 29 de agosto de 2020.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTRO, C.A.P. de; LAZZARI, J.B. **Manual de Direito Previdenciário**. 23 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/08/2020.

CRUZ, C.H. **Transexuais e aposentadoria previdenciária no regime geral de previdência social.** *Âmbito Jurídico*, v. XIX, n. 151.

_____. Decreto legislativo nº 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Executivo*, Brasília, DF, 29 abr. 2016. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm. Acesso em dia 29 de agosto de 2020.

GALLARDO, H. **Teoria crítica:** matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GARBER, M. **Vice-versa.** Rio de Janeiro: Record: 1997.

GOMES, E.B.. **Analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais, segurados do regime geral da previdência.** *Conteúdo Jurídico*. Publicado em 29 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50170/analisa-a-ausencia-de-normas-previdenciarias-para-tutelar-a-aposentadoria-por-idade-dos-transexuais-segurados-do-regime-geral-de-previdencia>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

JESUS, J.G. de. **Orientações Sobre Identidade de Gênero:** Conceitos e Termos. 2. edição. Brasília, 2012. Disponível em: Acesso em: 29 de agosto de 2020.

_____. Lei ordinária nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 10/08/2020.

_____. Lei ordinária nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742compilado.htm. Acesso em 10/08/2020

_____. Lei ordinária nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 31 de dezembro de 1973. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso: 29 de agosto de 2020.

MENDONÇA, V.B.. **Direito Previdenciário**. Juiz de Fora, 2018.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. edição. Rev. e Atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, A. de, TCHAKERIAN G. **Nova previdência social e a constituição federal**. São Paulo: Atlas, 2020.

POLEZZE, R.V. **Transexuais**: a fragilidade do tratamento jurídico. Revista Juris Poiesis ano 18, nº 18, jan/dez.2015 ISSN 1516-6635. Acesso em 06 de outubro de 2020.

QUADRINI, M.C.J; VENZAZZI, K.F. **O Direito Previdenciário Dos Transexuais: Percepção Dos Benefícios De Aposentadoria Por Tempo De Contribuição e Por Idade**. ROMED Volume 2 número 2 Set. 2016.

ROCHA, D.M. da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, M.F dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SEVERINO, A.J. **Metodologia do trabalho científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: O presente artigo volta-se para uma análise crítica acerca da forma com que a Administração Pública Fazendária vem se portando em relação à responsabilização tributária pessoal dos sócios por débitos tributários da pessoa jurídica. Neste contexto, será feita uma abordagem do tema com a finalidade de demonstrar que responsabilidade tributária não decorre da condição de sócio, mas da prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na forma tipificada no artigo 135 do Código Tributário Nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade Tributária. Sócio Cotista. Artigo 135 do CTN.

ABSTRACT: The present work focuses on a critical analysis of the way in which the Public Finance Administration has been conducting itself in relation to the personal tax liability of the partners for tax debts of the legal entity. In this context, an approach to the topic will be made in order to demonstrate that tax liability does not arise from the condition of partner, but from the practice of an act with excessive powers or breach of law, articles of association or bylaws, in the form typified in Article 135 of National Tax Code.

Keywords: Tax Liability. Shareholder. CTN Article 135.

1 - INTRODUÇÃO

Não obstante as sociedades empresárias, na condição de pessoas jurídicas com personalidades jurídicas próprias e distintas das de seus sócios, sejam os sujeitos passivos das relações jurídica tributárias decorrentes da atividade exercida pela empresa, tem sido praxe das autoridades fazendárias a inserção automática dos sócios nas certidões de dívida ativa, como corresponsáveis tributários, independentemente da condição de sócio administrador ou cotista, ou da constatação da prática de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Neste contexto, tem sido comum a tentativa, por parte da Administração Fazendária de todas as esferas, de responsabilização indistinta e automática de todos os sócios por débitos tributários da pessoa jurídica, inclusive de sócios meramente cotista, que nunca exerceram qualquer ato de administração ou gestão da pessoa jurídica.

Do ponto de vista legal, como a seguir se demonstrará, essa prática nefasta revela-se inadequada e antijurídica, já que os sócios meramente cotistas não podem ser inclusos automaticamente nas CDAs, como corresponsáveis tributários, considerando que, além da condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, é imprescindível a constatação da prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Assim, é preciso que a praxe fiscal de se incluir todo quadro societário automaticamente nas certidões de dívida ativa, na condição de corresponsáveis tributários por débitos da pessoa jurídica, seja vista de forma crítica e em paralelo com os requisitos legais aplicáveis, especialmente no que tange à necessidade de enquadramento de conduta tipificada no artigo 135 do CTN.

Nesta linha, embora do ponto de vista puramente arrecadatário possa se mostrar vantajosa a adoção da rotina de inserção de todo quadro societário da condição de corresponsável tributário, essa prática fiscal revela-se abusiva e sem amparo legal.

Em verdade, infelizmente, de forma geral, a Administração fiscal não conseguiu evoluir sua forma de atuar para possibilitar a distinção do empresário mal-intencionado, que deliberadamente atua com a intenção de sonegar tributos daquele que, não obstante tenha agido estritamente dentro da legalidade, faz parte de quadro societário de pessoa jurídica que passa por dificuldades financeiras.

Nessa linha de atuar, o Fisco, não tem enxergado o sócio empreendedor como um parceiro do setor público e da sociedade, como aquele que gera renda e empregos para comunidade, tendo, pelo contrário, forma de atuar que enquadra na mesma vala aquele que pratica atos ilícitos com a finalidade frustrar o pagamento de tributos e os sócios empresários cujas sociedades que integram não conseguem honrar seus compromissos fiscais em função das dificuldades do mercado.

2 - OS REQUISITOS LEGAIS PARA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO SÓCIO EMPRESÁRIO.

Antes de mais nada, é presido observar que o poder de tributar, ao mesmo tempo que retira seu fundamento de validade do ordenamento jurídico vigente, nele

encontra seus limites, especialmente em razão das normas tributárias inseridas na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional.

Nessa linha, em primeiro, é preciso observar que o sócio não é sujeito passivo da relação jurídica tributária. O sócio não é contribuinte dos tributos a cargo da pessoa jurídica de que faz parte. Então, não sendo o sócio detentor da condição de contribuinte, sua responsabilização pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica não pode se dar como se contribuinte fosse.

De introito, percebe-se que a atribuição automática de responsabilidade tributária aos sócios da sociedade empresária violaria a própria essência dos direitos de personalidade conferidos pela legislação civil às pessoas jurídicas. Neste quesito, antes de mais nada, é preciso assentar a premissa de que a personalidade jurídica das sociedades empresárias não se confunde com a personalidade de seus sócios.

A responsabilidade tributária do sócio decorre da prática de atos específicos indicados na legislação, e não de sua condição de sócio. Assim, como a seguir se demonstrará, o fator relevante para atribuição de responsabilidade tributária aos sócios é o enquadramento de conduta tipificada no artigo 135 do CTN.

Como muito bem pontuado pelo grande jurista Paulo de Barros Carvalho, os responsáveis tributários não pessoas externas à relação jurídica tributária, que, em função de situações expressamente indicadas na legislação, são transportados para o tópico de sujeito passivo. Vejamos o que ensina o citado tributarista:

“Cremos haver demonstrado a natureza do vínculo que se instala, sempre que a pessoa externa ao acontecimento do fato jurídico tributário é transportado para o tópico de sujeito passivo. Teremos uma relação jurídica, de cunho obrigacional, mas de índole sancionatória – sanção administrativa.”¹²⁶

Desta forma, o ponto de partida para se compreender em que termos pode ser atribuída responsabilidade tributária aos sócios passa pela fixação da premissa de que o sócio é pessoa estranha às relações jurídicas tributárias da pessoa jurídica. Então, por importante, repita-se: o sócio não é contribuinte, podendo, todavia, ser responsabilizado pelo pagamento de tributos devidos pela sociedade empresarial que integra, quando agir em desconformidade com as prescrições legais, nos termos especificados no Código Tributário Nacional.

Neste contexto, cumpre observar que a responsabilidade dos sócios por débitos tributários da pessoa jurídica não é automática, dependendo da constatação

¹²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, ed 24^a. São Paulo: ED. Saraiva, 2012. P 396.

de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, praticado por diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica. Vejamos, então, o que prega o CTN:

*Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de **atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**:*

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

*III - **os diretores, gerentes ou representantes** de pessoas jurídicas de direito privado.*

No mesmo sentido, tem sido a leitura doutrinária acerca do assunto, conforme se extrai das lições do grande tributarista Paulo de Barros Carvalho que, com a sabedoria que lhe é peculiar, assim ensina:

“O artigo 135, não obstante também apresente caráter sancionatório, elege hipótese diversa, mais grave, cominando sanção igualmente severa: exige que tenham sido praticados atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, implicando a responsabilização exclusiva e pessoal daquele que agiu desse modo”.¹²⁷

No mesmo toar, o STJ, através da súmula 430 sedimentou o entendimento de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, *in verbis*:

Súmula 430 STJ

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Neste viés, o sócio que não detém a função de administrador ou gerente da pessoa jurídica e que não participa dos atos de gestão da empresa, não pode ser alçado automaticamente à condição de corresponsável tributária por débitos da pessoa jurídica.

Assim, por imperativo das normas vigentes no Código Tributário Nacional, a responsabilização dos sócios da pessoa jurídica por débitos tributários apenas pode

¹²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, ed 24^a. ED. Saraiva, 2012, p.636

ser caracterizada mediante a conjugação dos seguintes requisitos: 1 - sócio detentor da condição diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica; 2 - atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

É preciso observar, por fim, que a responsabilidade não é do sócio, que goza do manto protetivo legal da pessoa jurídica, mas do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, independentemente ser ou não sócio, por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Como se viu, a condição de sócio, além de não lhe fazer contribuinte dos tributos devidos pela sociedade empresária de que faz parte, não é suficiente para que lhe seja atribuída responsabilidade tributária, já que, segundo os ditames legais, repita-se, o responsável não é o sócio, mas sim o diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica.

Então, percebe-se, de plano, que a praxe fiscal de incluir todo quadro societário como corresponsável pelos tributos devidos pela pessoa jurídica é conduta que não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal, debruçando-se sobre o tema, declarou inconstitucional o artigo 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelecia que os *sócios* de empresas por cotas de *responsabilidade* limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social, conforme se vê da ementa do julgado abaixo transcrita:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros

estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário

da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

(RE 562276, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RTJ VOL-00223-01 PP-00527 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442)

Desta forma, é clarividente a ilegalidade da inclusão automática dos sócios nas certidões de dívida ativa, sem que seja constada a prática de atos de gestão empresarial com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica.

Por fim, não custa lembrar que essas condições não podem ser presumidas, devendo ser objeto de procedimento administrativo fiscal para apuração da eventual responsabilidade dos sócios da pessoa jurídica em relação dos débitos tributários, garantindo-se o direito ao contraditório e ampla defesa.

Nesta seara, inclusive, o Poder Judiciário tem determinado a exclusão de sócios do polo passivo de execuções fiscais por ofensa ao contraditório quando a pessoa física do sócio não participa do procedimento administrativo fiscal.

Assim, em situações em que as CDAs são decorrentes de denúncias espontâneas feitas pela pessoa jurídica, a inclusão dos sócios como corresponsáveis depende, além do preenchimento dos requisitos do artigo 135 do CTN, da notificação dos mesmos para participação do procedimento administrativo fiscal, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Neste sentido tem sido o posicionamento do Tribunal de Justiça de Alagoas, conforme se extrai da ementa do julgado abaixo transcrito:

ACÇÃO ANULATÓRIA. EXCLUSÃO DE SÓCIO DA CDA. POSSIBILIDADE. MEIO PROCESSUAL IDÔNEO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. **DENÚNCIA ESPONTÂNEA DA DÍVIDA. RECONHECIMENTO DO DÉBITO POR PARTE DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. SÚMULA 430 DO STJ. NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO LEGAL. INDEVIDA INCLUSÃO NA CDA.** INDISPENSABILIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Número do Processo: 0710386-24.2017.8.02.0001; Relator (a): Des.

Alcides Gusmão da Silva; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/08/2019; Data de registro: 09/08/2019)

Nestes termos, é possível perceber que a responsabilidade dos sócios por tributos da pessoa jurídica jamais pode se dar de forma automática e indiscriminada, mas, pelo contrário, dependendo constatação da prática de atos de gestão empresarial, por diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, tudo devidamente apurado mediante procedimento administrativos fiscal, garantindo-se o contraditório e ampla defesa.

3. CONCLUSÃO

Assim, por absoluta falta de respaldo legal, não é legítima a inclusão de sócio meramente cotista, sem poderes de gerência ou administração, na condição de corresponsável tributário, salvo, evidentemente, se restar demonstrado, mediante regular procedimento administrativo fiscal, sob o contraditório e ampla defesa, que ele participou diretamente da gestão da empresa, praticando atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Então, não obstante tenha se tornado comum a Administração fazendária incluir automaticamente todos os sócios como corresponsáveis pelos débitos tributários da sociedade empresária, tal proceder se justifica apenas em razão de questões pragmáticas de cunho meramente arrecadatório.

Todavia, do ponto de vista jurídico, apenas pode ser alçado à condição de responsável tributário o por diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, sócio ou não, que agir com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, tudo devidamente apurado mediante procedimento administrativos fiscal, garantindo-se o contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. Ed. 3ª. São Paulo: ED. Método, 2009.

ATALIBA: Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6º ed. São Paulo: ED. Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, ed 24ª. São Paulo: ED. Saraiva, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

REAJUSTE ABUSIVO EM PLANO DE SAÚDE PARA IDOSOS

GUSTAVO CASTELO BRANCO CARVALHO:

Acadêmico do curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho

ILAMO IRLANO PRADO BORGES DE OLIVEIRA

(Coautor)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA¹²⁸

(orientador)

RESUMO: Diante da principiologia do direito contratual brasileiro a respeito de quais mecanismos podem ser usados quando ocorrem previsão de cláusulas contratuais estipulando taxas de cláusulas abusivas excessivas cobradas pelas instituições de planos de saúde, e o posicionamento dos legisladores em face desta situação. Apresentam-se os prejuízos que os reajuste abusivos ocasionam na sociedade civil que usufrui sobre seus planos de saúde. O presente trabalho utiliza como metodologia a pesquisa qualitativa através de um levantamento bibliográfico. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar o reajuste abusivo em plano de saúde para idosos. Conclui-se que as cláusulas abusivas estabelecem as obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Nessa disposição, o legislador, como já mencionado, em outro momento, estabeleceu uma cláusula geral para aferição da abusividade de cláusulas, contrárias à boa-fé ou equidade

Palavras-chave: Plano, Saúde, Consumidor, Direito.

SUMÁRIO: 1. Direito do Idoso 1.1 Direito Brasileiro e o Idoso 2. Princípio de Direito Consagrado à Saúde do Idoso. 3. O Contratante Idoso nos Planos de Saúde. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Numa sociedade influenciada, constantemente, pela cibercultura as comunicações são cada vez mais rápidas, onde para os jovens a juventude, e a beleza externa são cultuadas e hipervalorizadas dia após dia, vê-se o esquecimento do futuro que os jovens de hoje terão com o passar dos anos, escolhendo viver a juventude desvairadamente ao envelhecer saudavelmente, acarretando à longo prazo

¹²⁸ Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestrado em Direito pela PUC-RS

problemas que provocariam um envelhecimento mais conturbado (FERNANDES, 2018).

O idoso passa a sofrer um descuido desde muito antes consigo mesmo à medida que o ser humano não pensa em uma maneira benéfica de viver tanto o agora quanto os seus próximos anos. Esse descuido, à medida que os anos se passam desloca-se para a família e conseqüentemente se potencializam de forma que o idoso passa a ser considerado como alguém em desvalia, passivo de ações e posicionamentos.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC), foi criada dentre outras finalidades, formas de controle das cláusulas abusivas e para proteger o cidadão em relações de consumo, e afim de resguardar os direitos do cidadão. Acontece assim também nas relações de consumo e que está apontado os contratos de adesão, os quais atuam como forma de harmonizar maior rapidez às relações contratuais, principalmente as de consumo. Entretanto, o contrato de adesão contém cláusulas abusivas, onde a prévia discussão dos contratos gastaria tempo e custos as empresas tendem a fazer a opção pelo contrato de adesão. Entretanto, apenas uma das partes está fazendo a proposta, e beneficia-se em relação a quem adere a proposta.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51 (1990), dispõe que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, trazendo em seus incisos um rol de condutas que se enquadram nessa categoria. Considerando que tais hipóteses são exemplificativas- o termo “entre outras” deixa isso claro é possível identificar diferentes abusividades a partir da análise do caso concreto. Dentre os incisos do supracitado artigo, é possível destacar o disposto no inciso IV (1990), que afirma que são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Vele ressaltar que o Direito do Consumidor é formado por um conjunto de regras e princípios jurídicos que tem como principal objetivo tratar das relações consumeristas, gerenciando conflitos que envolvem consumidores e fornecedores. Além de principalmente salvaguardar a parte mais fraca da relação. Posto isso, no tocante a relação de consumo entre pessoas idosas e plano de saúde, verifica-se que não se pode elidir tais desigualdades de maneira mais lúdima, se não sendo, na estrita obediência dos ditames legais, observando os limites ao seu poder/dever, evitando assim excessos ou abusos.

O presente trabalho utiliza como metodologia a pesquisa qualitativa através de um levantamento bibliográfico. Segundo Gunther (2016), uma vantagem da pesquisa qualitativa é utilizar “dados que ocorrem naturalmente para encontrar sequências em que os significados dos participantes são exibidos e, assim, estabelecer o carácter de algum fenômeno.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar o reajuste abusivo em plano de saúde para idosos e como objetivos específicos: demonstrar o direito do idoso no Brasil; descrever o princípio de direito consagrados à saúde do idoso; analisar as cláusulas abusivas em contratos de planos de saúde juntamente com a responsabilidade perante o código do consumidor.

1 Direito do Idoso

Conforme Dias (2017), poucos são os documentos que referenciam os idosos ao longo da história, o que torna esse tema mais difícil e, em determinadas civilizações, é quase impossível descrevê-lo. Outro agravante foi que a história escrita, quando comentava sobre essa população, baseava-se em idosos bem-sucedidos, e era registrada por pessoas do sexo masculino; isso fez com que, na maioria das vezes, os idosos carentes e as mulheres idosas raramente aparecessem, ou mesmo nem fossem mencionados nos escritos

Os idosos representarão, então, 25% da população do planeta, de acordo com as projeções feitas por aquele órgão, sendo que para a América Latina, a perspectiva é de que em 2025 haverá 93 milhões de pessoas com mais de 60 anos, significando um aumento de 3,5% do número de indivíduos nessa faixa etária. Se antes, o envelhecimento populacional era uma característica dos países mais desenvolvidos, atualmente encontra-se de maneira disseminada entre as nações independentemente do seu nível de desenvolvimento. Em 1975, cerca de 52% da população mundial de idosos habitavam os países em desenvolvimento, segundo projeções da Organização das Nações Unidas (ONU), esse percentual seria de 60%, no ano 2000, e de 72% em 2025 (IBGE, 2018).

O envelhecimento populacional dos países desenvolvidos foi um processo que se deu de forma gradual, acompanhado do progresso econômico e a consequente melhoria das condições de vida da população. Os mesmos fatores não concorreram integralmente para a expansão do número de idosos nos países subdesenvolvidos, uma vez que o aumento constatado, a partir da década de 1950, ocorreu mais em função das conquistas na área da medicina e da farmacologia recebidas dos países desenvolvidos, do que propriamente das melhorias nas condições de vida (FILHO, 2015).

Atualmente, cerca de 360 milhões desta população reside nos países em desenvolvimento, com maior concentração no continente asiático. A distribuição de idosos por continentes segundo as Nações Unidas é a seguinte: 53% Ásia; 24% Europa; 8% América do Norte; 7% América Latina e Caribe e 7% África. A Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma que na atualidade, o Brasil tem o crescimento populacional mais acelerado do mundo, só comparável ao México, Bangladesh e Nigéria. De acordo com as projeções em 2025 haverá 32 milhões de idosos no país, ou seja, 15% da população, representando a mesma proporção dos países europeus; dessa maneira teremos a sexta população de idosos em todo o mundo (IBGE, 2018)

O processo de envelhecimento causa nos organismos modificações de ordem biológica, psicológicas e sociais, sendo que é na fase da velhice que esse processo ganha importância, torna-se mais relevante. As alterações biológicas são morfológicas e são percebidos através do aparecimento de rugas, cabelos brancos entre outros fatores. O conceito idoso carece de ser discutido em todas as esferas, principalmente nos países em desenvolvimento, a população idosa cresce consideravelmente, em virtude dos avanços da medicina, ou mesmo, em proporção, em virtude da diminuição de nascimento. Envelhecer é um processo natural que caracteriza uma etapa da vida do homem e que se instaura por mudanças físicas, psicológicas e sociais que acometem de forma particular cada indivíduo (SILVA, 2016)

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerado idoso o indivíduo com 60 anos ou mais. e a qualidade de vida é definida como a percepção do indivíduo de sua posição na vida no contexto da cultura e sistema de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.

No primeiro caso são considerados idosos todo aquele que se encontra com 60 anos ou mais; no segundo caso, são idosas as pessoas com 65 anos ou mais. Esse conceito foi estabelecido pela Organização das Nações Unidas, através da resolução nº 39/125, durante a primeira Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento da População, relacionando-se com a expectativa de vida ao nascer e com a qualidade de vida que as nações propiciam aos cidadãos.

Na sociedade atual, o idoso tem seu lugar definido como pessoa de prioridade ou pelo menos deveria de fato ser um sujeito de prioridade que carece de respeito e atenção. Com suas limitações imposta pela natureza, a pessoa idosa tem a seu favor as leis e políticas, direitos conseguidos com movimentos de entidades defensoras dessa massa da população que só tende a crescer (SILVA, 2016)

A pessoa idosa passa a ser um sujeito com espaço marcado como a fila da prioridade, o estacionamento só para idosos, ou seja, um ser condicionado pelo

capital sim, que tenta de várias formas conceder o mínimo que lhe é de direito, se não fosse assim não precisaria de tanta intervenção, no tocante a saúde, em maiorias das vezes o Estado não conseguiu atender o idoso no hospital público, mas, diante de uma liminar judicial o Estado passa a manter o tratamento num hospital particular e de grande porte o que é bem contraditório.

Por isso, em geral, os formuladores de políticas no Brasil referem-se ao 'custo social da população idosa', calculado como três vezes mais alto que o da população em geral (Veras,1995). Demonstrem também que esse custo mais elevado onera, sobretudo, o sistema de saúde, pois o crescimento da esperança de vida, historicamente, vem acompanhado, no mundo inteiro, de um aumento das doenças crônicas não infecciosas, como diabetes melito, distúrbios cardiovasculares, articulares, respiratórios e de movimento; doenças incapacitantes, como demência senil, doença de Alzheimer, doença de Parkinson; além do incremento das ocorrências de depressões e de falhas cognitivas. Os capítulos escritos por Célia Caldas e Paulo César Alves exemplificam a dimensão dos sofrimentos de grupos específicos de idosos e de seus 'cuidadores', quase sempre familiares, que os acompanham até o final da vida. Esses sofrimentos costumam ser muito mais dramáticos para a população pobre, que acaba lotando os asilos públicos e conveniados, quase todos em situação de flagrante abandono ou padecendo, cronicamente, da falta de equipamentos e de pessoal especializado. (MENDES, 2015)

Sendo assim as políticas tem que serem desenvolvidas e pensadas de acordo com as necessidades inerentes ao indivíduo e que possa de fato resolver seus problemas e que a saúde da pessoa idosa não seja lembrada apenas em campanhas anuais, como é o exemplo das campanhas de vacinação, mas que a pessoa idosa possa ser vista como sujeito de condições especiais. A condição de aposentado não dá o direito de colocá-lo a margem da sociedade, sociedade essa, deixo bem claro capitalista que visa cuidar dos mais novos, não por bondade mais pela necessidade da sua força de trabalho.

1.1 Direito Brasileiro e o Idoso

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro em vigência, os dispositivos vão da Constituição Federal, até as leis determinadas como o Estatuto do idoso e a política nacional do idoso. Estes são mecanismos que visam proteger a

terceira idade, que são de grande valia, principalmente quando existe filhos que possam vim a deixar de zelar pelos seus pais.

“A Constituição Federal confere ampla proteção à unidade familiar, proclamando que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O casamento é civil e gratuito a celebração. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, podendo a lei facilitar sua mudança em casamento. Levando também ao entendimento, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (PAULO, 2015).

Na maioria das vezes o que se percebe é a figura dos filhos que abandonam os pais em hospitais, asilos com a promessa de que aquele é meramente um lar temporário, e que possivelmente existirá um retorno, sendo que isso não é cumprido.

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2016)

Nesse sentido a lei tem a intenção de resguardar o idoso, amparar os idosos que não podem arcar com seu sustento, que não apresentam mais condições físicas ou psicológicas para gerir suas próprias contas e de certa forma despesas e que em sua maioria não há condições de serem autossuficientes. É crescente o número de idosos que foram deixados nessa situação e que ficam dia após dia aguardando pela visita de um familiar, de fato a dor da expectativa e da espera frustrada é algo irreparável, o que acaba por ser algo que se agrava quando vem daqueles que foram contemplados pelo dom da vida. Os idosos acabam por institucionalizar e de certa foram são privados da convivência familiar, e isso significa que o direito que é determinado pela assistência afetiva é violado (TARTUCE, 2015)

De acordo com o Art 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8 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.

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. 227, caput, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 65/2010) (FILHO, 2015)

Em 1988 a Constituição Federal do Brasil estabeleceu direitos fundamentais um deles foi o da saúde, definiu o Estado como democrático e que deveria desenvolver políticas de proteção social de forma igualitária para todos, sendo a saúde um desses direitos que o Estado juridicamente é obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social.

O Estado também tem obrigação de atuar nas famílias dos idosos, nas condições de moradia, nas condições de transporte para levá-lo até as unidades de saúde, da atenção às queixas nas demoras dos socorros quando necessários, dentro das próprias unidades de saúde da uma atenção mais específica tanto na estrutura física como nos gestores, visando assim a prioridade da qualificação dos funcionários para que os mesmos pudessem atender os idosos com respeito e prioridade o que não seria nenhum favor mais uma obrigação por parte do Estado e de todos. A política de saúde é apenas uma das responsabilidades que o Estado deve ter para com o cidadão idoso (FILHO, 2015)

A concepção de direitos e das condições de bem-estar, compreendendo que a pessoa idosa goza de todos os direitos à pessoa humana e que necessita de atendimento integral, inerentes a todas as múltiplas dimensões do ser social (social, política, cultural, saúde física, mental, psicológica) e da vida em uma sociedade livre de toda forma de violência, ganhou força com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º-10-2003), que visa consagrar os direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Na visão de Moraes (2016), à todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, é garantido o pleno gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, ressaltando o *princípio da solidariedade*, ao obrigar a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público a assegurarem, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes 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.

Como vimos, a família, a sociedade e o Poder Público têm a obrigação de arcar com tal responsabilidade, naquilo que lhes cabe, de forma a garantir a efetiva concretização dos direitos da pessoa idosa.

Diante do que está posto na Constituição Federal do Brasil e no Estatuto do idoso, o Estado não pode se eximir da sua responsabilidade para com a proteção da pessoa idosa, em se tratando da saúde como um dos direitos fundamentais, ele é o principal garantidor ou pelo menos deveria ser. Ao Estado cabe criar e fiscalizar políticas de saúde e outras políticas para que o idoso possa de fato ter o reconhecimento e a redistribuição dos seus direitos.

A responsabilidade parental não é imposta por decreto, tendo em vista que corresponde a atribuição de responsabilidade para si. Dessa maneira, assume-se o compromisso, tendo como base a formação, a personalidade e o caráter de cada ser humano, além de ser decorrente de uma questão cultural. Diante disso, infelizmente, muitos pais fazem de tudo, incluindo mudar constantemente de emprego, sempre que a sua entidade patronal é notificada para efetuar os descontos dos alimentos devidos aos filhos. Ausentando-se para local incerto, sem procurar os filhos, deles se desinteressando, votando-os ao abandono e à responsabilidade das mães (SOTTOMAYOR, 2014).

A composição familiar da qual a maioria dos idosos fazem parte, quer seja domiciliado ou institucionalizado, permite afirmar que a existência da família é condição *sine qua non* da vida em grupo. Sendo que o vínculo familiar não garante ao idoso a sua permanência no domicílio. A família como instituição básica, quando acolhe o seu idoso, revela valores que atribui ao grupo e aos papéis que o representam. O estado civil também interfere na composição familiar, pois a maioria expressa a vivência em grupos familiares (BARROS, 2018).

Os chamados direitos individuais, que são espécies do gênero direitos fundamentais, constituem um dos pilares do constitucionalismo clássico e representam uma das grandes conquistas dos movimentos revolucionários do século XVIII. Tais direitos, representam acima de tudo, uma imposição de limites à atuação do Estado por parte do Poder Constituinte originário, na medida em que busca resguardar os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana em face de uma atuação arbitrária do Estado (PIMENTA, 2017).

2 Princípio de Direito Consagrado à Saúde do Idoso

Em 1988 a Constituição Federal do Brasil estabeleceu direitos fundamentais. E um deles foi o direito à saúde, definiu o Estado como democrático e que deveria desenvolver políticas de proteção social de forma igualitária para todos, sendo a saúde um desses direitos que o Estado juridicamente é obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social.

Na maioria das vezes o que se percebe é a figura dos filhos que abandonam os pais em hospitais, asilos com a promessa de que aquele é meramente um lar temporário, e que possivelmente existirá um retorno, sendo que isso não é cumprido.

Nesse sentido a lei tem a intenção de resguardar o idoso, amparar os idosos que não podem arcar com seu sustento, que não apresentam mais condições físicas ou psicológicas para gerir suas próprias contas e de certa forma despesas e que em sua maioria não há condições de serem autossuficientes. É crescente o número de idosos que foram deixados nessa situação e que ficam dia após dia aguardando pela visita de um familiar, de fato a dor da expectativa e da espera frustrada é algo irreparável, o que acaba por ser algo que se agrava quando vem daqueles que foram contemplados pelo dom da vida. Os idosos acabam por institucionalizar e de certa forma são privados da convivência familiar, e isso significa que o direito que é determinado pela assistência afetiva é violado.

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. 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. 227, caput, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 65/20 1 O) (FILHO, 2015)

O Estado também tem obrigação de atuar nas famílias dos idosos, nas condições de moradia, nas condições de transporte para levá-lo até as unidades de saúde, da atenção às queixas nas demoras dos socorros quando necessários, dentro das próprias unidades de saúde da uma atenção mais específica tanto na estrutura física como nos gestores, visando assim a prioridade da qualificação dos funcionários para que os mesmos pudessem atender os idosos com respeito e prioridade o que não seria nenhuma favor mais uma obrigação por parte do Estado e de todos. A política de saúde é apenas uma das responsabilidades que o Estado deve ter para com o cidadão idoso (PIACENTINI, 2016)

Diante do que está posto na Constituição Federal do Brasil e no Estatuto do idoso, o Estado não pode se eximir da sua responsabilidade para com a proteção da pessoa idosa, em se tratando da saúde como um dos direitos fundamentais, ele é o principal garantidor ou pelo menos deveria ser. Ao Estado cabe criar e fiscalizar políticas de saúde e outras políticas para que o idoso possa de fato ter o reconhecimento e a redistribuição dos seus direitos.

Existe também a responsabilidade parental que é mútua, onde um se obriga no dever de cuidado, apresenta em sede constitucional conforme determina o artigo 229 da presente constituição. No âmbito constitucional, destaca-se que não apenas na figura do idoso, mas também no que se refere ao abandono afetivo, que fundado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é que sustenta todo ordenamento jurídico brasileiro, cuja Constituição Federal de 1988, é a lei maior.

A Constituição enumera um rol de direitos individuais e sociais, expostas em um rol taxativo, tendo como intuito garantir a dignidade de todos. Apresentando-se como forma de compromisso para que se possa garantir o afeto. Dessa forma, é importante mencionar o artigo 226 da Constituição Federal, onde a família é considerada a base da sociedade, onde o Estado é visto como o protetor especial da mesma. Tendo no artigo 230 da Constituição, à luz dos princípios da solidariedade e da proteção, a família, a sociedade e da proteção, 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 garantindo-lhes direito à vida.

O princípio da afetividade é refletido na família. Nessa seara, é onde acontece a principal manifestação do afeto, visto como um elemento primordial na construção da família, sendo considerado como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana. A afetividade é vista como uma atividade psíquica, onde não pode deixar de sentir afetos e possuir predicados (PASCHOAL, 2016).

Para finalizar, convém repetir que a situação dos filhos no seio da família está em consonância com os efeitos do princípio da igualdade e do respeito a cada membro da família. Ao se falar de filiação, de igualdade de filhos, não se pode deixar de falar em afetividade, hoje considerado o novo nome da paternidade. A autenticidade das relações familiares ressaltou na família moderna, a importância do afeto como liame da estrutura familiar, da família como instituição (SOUZA, 2018).

Quando se discute sobre a obrigação de cuidar de familiares idosos, cabe ainda refletir que, no Estatuto do idoso, afirma que 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, a liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, havendo a priorização do atendimento do idoso (BAPTISTA, 2016).

Aborda-se primeiramente o artigo 186, do código civil, que trata sobre a responsabilidade civil e que representa a base do tema, nele afirma-se que ninguém é dado a causar prejuízo a outrem. Por esse artigo, a indenização é devida em virtude

de ato ilícito, mesmo que o dano tenha sido moral. A norma é considerada de ordem pública para proteção de determinadas pessoas. Em relação ao seu inc. II, é forte a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a sua inconstitucionalidade, por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz. Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (*personalização do Direito Civil*). (TARTUCE, 2015)

O artigo 927 do código civil, continua versando sobre a questão, afirmando que aquele que, por ato ilícito, causar dano fica obrigado a repará-lo. Existindo a necessidade de medir a extensão do dano. Esse tema é polêmico ao tratar-se sobre abandono afetivo, pois a questão da valoração do afeto é controversa. O atual código civil não aborda e nem tampouco apresenta mecanismos jurídicos que protejam a terceira idade do abandono ao longo dos anos, ou da falta de responsabilidade que sofrem pelos seus responsáveis.

A emergência da questão social no Brasil está vinculada à expansão e aprofundamento da divisão social do trabalho, imposta pelo capitalismo industrial; tal questão constitui-se a partir das reivindicações, inicialmente incipientes, da classe trabalhadora, para recuperar e reparar a força de trabalho desgastada, que está excluída do processo de “consumo” de bens e serviços. Deste modo, a expansão do trabalho assalariado é condição básica para a emergência da questão social.

Segundo Debert (2015), o estatuto do idoso, além de operar na mediação dos direitos, atua ainda na prestação de serviços ao idoso, que em alguns casos tem seus direitos negados, com fulcro no Código de Ética de 1993 e na Lei de Regulamentação da Profissão (Lei nº 8.622/93), objetivando à (re)inserção da população idosa na sociedade, na busca de garantir-lhes o direito à cidadania e a melhora na qualidade de vida constante, como ainda protegendo-os de todas as formas de preconceito e discriminação pela longevidade.

Segundo Pereira (2018), a sociedade atual, que é conduzida pelo sistema capitalista de produção, existe uma grande desigualdade, através das quais faz-se imperativo que medidas interventivas sejam praticadas como maneira de amenizar os danos motivados nos idosos que sofrem descaso. Dessa forma, estas medidas são basilares para que os indivíduos longevos vivam com mais dignidade e melhor, nesta fase da vida.

Na perspectiva constitucional, a própria ideia da proteção à dignidade humana a valorar a pessoa como centro em torno do qual os institutos jurídicos devem ser compreendidos, a solidariedade social e o princípio da igualdade são fundamentos nobres que devem ser efetivados (Teoria da Irradiação e Eficácia

Horizontal dos Direitos Fundamentais) na responsabilidade civil. Este direito civil personificado, re-personalizado, erigido sobre os pilares da eticidade, socialidade e operabilidade, influenciará o capítulo da responsabilidade civil com novos ares jurídicos. (FIGUEIREDO, 2015).

3 O Contratante Idoso nos Planos de Saúde

No tempo presente, as relações de reajuste de causas abusivas estão cada vez se solidificando, alavancadas pelo avanço da ciência e do conhecimento que tem oferecido à humanidade inúmeras possibilidades, tornando assim, necessária uma legislação pertinente para atender às novas demandas sociais que vão também surgindo. Entretanto, ao analisar o exposto acima, publica-se a Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990, a qual é intitulada como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que tem por escopo principal a regulamentação das relações estabelecidas entre fornecedor, consumidor e demais pessoas que, direta ou indiretamente participam ativamente das relações de consumo (MALFATTI, 2016)

O Código de Defesa do Consumidor aponta que o consumidor não é somente o que adquire um produto ou serviço, mas o coletivo de pessoas, as vítimas da relação de consumo ou aquelas que estão expostas às práticas previstas. Entretanto, não há distinção entre o adquirente e o usuário de produtos, assim como não abaliza o objeto da relação de consumo, uso de produtos ou o uso de serviços, de modo que todos são tidos como consumidores

Perante os riscos de saúde dos idosos em idades mais avançadas, é razoável que a operadora de plano de saúde estipule contratualmente reajuste de mensalidade em razão da mudança de faixa etária. A alteração no risco opera um reajuste no valor do prêmio, sob pena de se inviabilizar o contrato de seguro-saúde. Em relação à idade, a lei tem ao seu dispor que nenhum indivíduo será proibido de participar de planos ou até mesmo de seguros privados da assistência social em razão de sua idade, conforme preceitua o art. 14:

“Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.” Ou, ainda, por apresentar algum tipo de doença preexistente. Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do

conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Parágrafo único.

É de fato proibida a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput. A majoração da mensalidade em razão de reajuste anual e da mudança de faixa etária do consumidor é possível, desde que atenda ao requisito normativo e não seja abusiva, em consonância com as prescrições do Código de Defesa do Consumidor. Denota-se no exposto que a idade ou ser portador de algum tipo de doença não podem ser obstáculos para que possa adquirir um plano privado de saúde, mesmo que na legislação esteja presente, muitas vezes, é burlada. Se algum desses requisitos aparecerem no contrato, serão considerados abusivos com base no art. 51, X, do CDC:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual. Nos contratos, normalmente, já havia sido previsto um reajuste no aumento da prestação em função da mudança de idade, mas não havia discriminação de quais as faixas etárias e nem qual seria esse percentual de reajuste. A lei obrigou a previsão de percentuais de reajustes, caso houvesse mudança de faixa etária, por levar em consideração uma cláusula abusiva (SAAD, 2002).

A Resolução nº 6, de 03 de novembro de 1998, do Conselho de Saúde Complementar – CONSU – Nesse sentido, fixa sete faixas etárias, modificações são inadmissíveis e variações de preços de uma faixa para outra seis vezes maior que o da faixa I (de 0 a 17 anos de idade) aos consumidores com mais de 60 anos de idade. O Estado entende assim e considera abusivas as cláusulas das quais “demonstram um reajuste de aumento das prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida.” (PAULO, 2015, p. 68).

Em consonância com o que já foi dito, o Estatuto do Idoso, estabelece em seu artigo 15, parágrafo 3º que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Ou seja, o reajuste

aplicado após a faixa de sessenta anos contraria de forma clara a vedação contida no referido artigo.

Nesse sentido, a súmula 91 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dispõe:

“ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”.

Outrossim, o mesmo E. Tribunal de Justiça já decidiu:

Plano de Saúde. Contrato coletivo. Faixa etária. Reajuste do valor do prêmio mensal em razão da mudança da faixa etária da titular, previsto para após completados 60 anos. Inadmissibilidade. Aplicação das disposições contidas na Lei nº 9.656/98, no Estatuto do Idoso e no Código de Defesa do Consumidor. Procedentes do TJSP e do STJ.

Dito isto, infere-se ser nula a cláusula contratual em plano de saúde, que estipula o reajuste da prestação, em razão do aumento de faixa etária após 60 (sessenta) anos, ainda por cima considerando os valores pagos serem exorbitantes e cabendo ao consumidor a restituição dos valores pagos, de acordo o artigo abaixo:

O art. 51, IV e X, do CDC, assevera que é abusiva a obrigação que coloque o consumidor em desvantagem exagerada.

O aumento arbitrário dos lucros constitui infração contra a ordem econômica (art. 36, III, da Lei n. 12.529/11) e crime contra a economia popular (art. 3º, VI, da Lei n. 1.521/51):

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

(...) VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

(...) Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

A tutela do consumidor fica a mercê sua vulnerabilidade, que nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, parte mais forte.

De forma crescente, sabe-se que o consumidor vem se tornando alvo de uma pressão psicológica que lhe é submetida através do convencimento e da manipulação por meio de publicidades maciças que te fazem ter a vontade de consumir o produto, por intermédio dos meios de comunicação. Associado a esta estratégia de convencimento está a fragilidade, de boa parte dos consumidores que acabam caindo nas armadilhas dos fornecedores. Veja a jurisprudência do juizado especial cível de Goiânia:

Em uma relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora

Resta claro que consumidor não é apenas o indivíduo que adquire um produto ou serviço, mas que existem outras situações em que pode o consumidor sofrer algum dano ou algum acidente e, por esta razão, tem direito à proteção do Código de Defesa do Consumidor. O motivo de não ter estabelecido uma relação de consumo com o fornecedor não retira do indivíduo esse direito. Basta a exposição a um acidente de consumo para ter direito às medidas protetivas do CDC.

O consumidor não possui o controle sobre os bens de produção e em consequência disto tende a submeter ao poder de quem os possui. De tal modo o legislador criou uma série de mecanismos para que possam ser atendidos outros princípios, tais como: o princípio da proteção do consumidor que se desdobra nos princípios da responsabilidade objetiva e no princípio da inversão do ônus da prova. Considera-se importante que seja sempre referenciado para que a compreensão seja tida pelos sujeitos da relação de consumo a fim de compreender a relação de reajuste abusivo em planos de saúde diante do consumo.

CONCLUSÃO

A abusividade em planos de saúde para idosos é, assim, potencial, abstrata porque ataca direitos ou impõe obrigações, lesões, que ainda não antecederam. A existência da cláusula abusiva no contrato celebrado ou na relação individual é que a torna atual; é a execução do contrato que vai esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual. A cláusula abusiva é como uma "bomba-relógio", na medida que é "instalada" simultaneamente no ato da celebração dos contratos, na iminência de

explodir, pois na maioria dos casos a sua descoberta é decorrente daquele que ao executar o contrato constatou o abuso cometido.

O legislador do CDC, ao elencar o rol de cláusulas abusivas no art. 51, à exceção das hipóteses previstas nos incisos IV e XV, descreveu as demais hipóteses com bastante precisão. São disposições fechadas, que não carecem de nenhum preenchimento. Basta ao órgão julgador enquadrar a hipótese sub índice na hipótese legal, num processo de simples subsunção lógica, sem necessidade de recorrer a valores para tal desiderato.

O Direito do Consumidor é um ramo do direito responsável pelo gerenciamento dos conflitos de consumo envolvendo os polos da relação consumerista, qual seja, consumidor e fornecedor, além de tutelar pela defesa dos direitos dos consumidores, parte hipossuficiente na relação jurídica de consumo. O novo modelo de produção em massa, já exposto em capítulo alhures acerca do histórico do Direito do Consumidor, exigiu uma legislação visando proteger o vulnerável na relação jurídica de consumo. Desta feita, o modo encontrado para reequilibrar uma relação tão desigual entre consumidores e o plano de saúde, foi conferir direitos à parte hipossuficiente da relação, impondo deveres aos fornecedores.

Conclui-se que o reajuste abusivo em plano de saúde para idoso, estabelecem as obrigações consideradas iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem, numa situação incompatível com a boa-fé ou a equidade". Nessa disposição, o legislador, como já mencionado, em outro momento, estabeleceu uma cláusula geral para aferição da abusividade de cláusulas, contrárias à boa-fé e que servirá como parâmetro para evitar tais práticas rotineiras adotadas por alguns planos e operadoras de saúde diante desse público com faixa etária avançada.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Marlin Nunes. **Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

BARROS, Renata Furtado de. **Desafios do Direito na Pós Modernidade**. São Paulo: Publishing, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília,DF: Presidência da República**, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 de Novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiânia (1 Turma Recursal do Juizados Especiais) Recurso Inominado nº 5434651-59.2019.8.09.0051. Recorrente: Pague Seguro Internet S/A, Recorrido: Relatora: Alice Teles de Oliveira pelo MM. Juiz de Direito do 10º Juizado Especial Cível., Goiânia 08 de setembro de 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/9/AD23A82A1C8A39_pag.pdf . Dia 18 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1 VARA CÍVEL) Acórdão nº 1015146-68.2017.8.26.0006 Apelante: Regina Fernandez Rodrigues e outros. Apelada: Sul Américas Seguro Saúde S/A, Qualicorp Administradora de Benefícios S/A. Relator: Fernanda Gomes Camacho, Juiz Prolator: Guilherme Silva e Souza. São Paulo, 06 de junho de 2018. Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo São Paulo, Disponível em : <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/587176143/10151466820178260002-sp-1015146-6820178260002/inteiro-teor-587176220>. Dia 18 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Súmula Nº 91. São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso dia 18 de novembro de 2020

BRASIL.[Estatuto do Idoso (2003)]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm . Acesso em 18 de novembro de 2020.

BRASIL[Código de Defesa do Consumidor (1990)]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm . Acesso em 18 de novembro de 2020

DEBERT, Guita Grin. **A Reinvenção da Velhice: Socialização e Processos de Reprivatização do Envelhecimento**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2015.

DIAS, Sônia Miriam. Envelhecimento: processo biopsicossocial. In: **Revista Brasileira de Direito do Idoso**, v. 3, n. 6, ANPOCS. UNICAMP, 2017.

Dicas em Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde, São Paulo, julho de 2013. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/dicas/260_qualidade_de_vida.html . Acesso dia 19 de novembro de 2020

FERNANDES, Paulo de Tarso Veras. **Envelhecimento, promoção da saúde e exercício: bases teóricas e metodológicas**. Volume 1. Barueri, SP: Manole, 2018.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; Figueiredo, Roberto Lima. Coleção Sinopses para Concursos – Direito Civil das Obrigações e Responsabilidade Civil, 4. Ed, Bahia: JusPodivm, 2015. p.297

FILHO, Manoel Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

GUNTHER; MARCON, M de A. Metodologia Científica. 7, Ed. Atlas, p. 281-282, 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios**. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão [Comunicação Social]. Julho, 2018

Idoso. Wikipedia. 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Idoso#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da,as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20cada%20pa%C3%ADs>. Acesso dia: 19 de novembro de 2020

MALFATTI, Alexandre David. **O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2016.

MENDES, Márcia Barbosa et al. **A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração**. Acta Paul. São Paulo, v. 18, n. 4, p. 422-426, dez. 2015.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. **Qualidade de vida na velhice**. In: FREITAS, Elizabete Viana de. Tratado de geriatria e gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Metodo, 2015.

PEREIRA, Potyara. **Política social e o fenômeno do envelhecimento**. Brasília: Mec, 2018.

PIACENTINI, Patrícia. Mais velhos. **Revista Pré-Univesp**, n. 60, nov. 2016

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. **Direito constitucional em perguntas e respostas**. Belo Horizonte: Del rey, 2017.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Código De Defesa Do Consumidor Comentado**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

SILVA, Matheus Passos. **O papel do Direito na solução das demandas contemporâneas**. São Paulo: Vestinick, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação dos exercícios das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. São Paulo, 2014.

SOUZA, José Franklin. **Responsabilidade Civil e reparação do dano**. São Paulo: clube de autores, 2018.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Metodo, 2015.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS: ANÁLISE DO RE 574.706/PR

SABINO ALVES FEITOSA NETO:
Acadêmico de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho –
UNIFSA

BRUNIELLY ARAÚJO PINTO¹²⁹

(coautor)

Me. DANIEL FERREIRA MARIM¹³⁰

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo como problema de pesquisa verificar os principais argumentos jurídicos utilizados no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 574.706/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em março de 2017, e com isso fixando a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. A perspectiva do estudo se classifica em qualitativa-descritiva e bibliográfica onde foi realizado um estudo acerca da doutrina, jurisprudência (análise do Recurso Extraordinário acima citado) e legislação pertinente ao presente estudo. Desse modo, por meio desta pesquisa, chegou-se à conclusão que com esse julgamento ocorreu um grande avanço no Direito Tributário Brasileiro, principalmente por ter posto fim a uma discussão que há muito tempo era questionada, devido à relevância fiscal, além de ter consequências em outros tributos. Os principais argumentos jurídicos suscitados pelos ministros da Suprema Corte para decidirem pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS foram a observância ao princípio da capacidade contributiva, a compreensão dos termos receita e faturamento à luz da Carta Magna e o princípio da não cumulatividade tributária.

Palavras-chave: PIS, COFINS, ICMS, base de cálculo, Supremo Tribunal Federal.

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

130 Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB..

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é conhecido por possuir uma elevada carga tributária e um sistema tributário muito complexo. Comprovando essa afirmativa, a Secretaria do Tesouro Nacional – STN divulgou, através de um boletim, que em 2019 a Carga Tributária Bruta (CTB) alcançou 33,17% do Produto Interno Bruto (PIB).

Os principais tributos que impulsionam essa elevação são aqueles que incidem sobre o consumo: **Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.**

No que tange a complexidade tributária destaca-se o excesso de legislação sobre a matéria o que acaba desencadeando uma enorme insegurança jurídica devido as divergentes interpretações entre o fisco, os contribuintes e os poderes legislativo e judiciário, sendo que parte dessa complexidade é atribuída ao PIS e a COFINS.

Os contribuintes pretendendo a redução da carga tributária vêm, há mais de duas décadas, contestando a respeito da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, sustentando que “imposto não é faturamento”, pois não incorpora o patrimônio da empresa, uma vez que é repassado ao erário Estadual logo após o ingresso nos caixas da empresa. Em contrapartida, a União alega que o ICMS está embutido no preço da mercadoria ou da prestação de serviço, por esse motivo não deve ser excluído da base de cálculo dessas contribuições.

Buscando sanar essa controvérsia, em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema no RE 574.706/PR que teve o julgamento finalizado em 2017, firmando a tese: O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Dessa forma, a problemática que orientou o presente estudo foi: quais os argumentos legais e doutrinários utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706/PR para decidir que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS?

Para responder esse questionamento será analisado o acórdão do RE 574.706/PR e para melhor compreensão será realizado previamente uma revisão doutrinária e legislativa sobre os conteúdos que envolvem o presente estudo: tributos, ICMS, PIS e a COFINS.

O estudo é extremamente relevante diante da redução expressiva da carga tributária e, conseqüentemente, do impacto financeiro nas contas públicas, pois segundo um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) acarretará uma perda para União de 51 bilhões decorrentes das ações judiciais já propostas pelos contribuintes e uma perda anual de 25 bilhões de arrecadações futuras. E mais, em decorrência dessa decisão ocorrerá o surgimento de novas teses envolvendo a base de cálculo de outros tributos.

2 TRIBUTO

Segundo Hugo de Brito Machado (2010, p. 61) “não é função da lei fazer conceituação, porém existindo controvérsias, deve a lei estabelecer os conceitos”. Diante disso, o conceito de tributo é obtido pela transcrição do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) “É toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

O constituinte tratou o tributo como gênero que engloba várias espécies. Entretanto, não há entendimento doutrinário uniforme referente ao número de espécies tributárias. A primeira corrente doutrinária (teoria triparticipação) adotada pelo CTN no seu artigo 5º sustenta que existem apenas três espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhorias. Em sentido contrário é a posição da segunda corrente (teoria pentaparticipação), seguindo a redação dos artigos 145, 148 e 149 da Constituição Federal, defende a existência de cinco espécies tributárias, acrescentando os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais.

Essa última teoria é prevalente por possuir maior harmonia com o texto constitucional, sendo esse entendimento convalidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 138.284-8/CE.

Portanto, diante das singelas considerações, ressalta-se que o objeto de estudo apoia-se em duas espécies de tributos: impostos e contribuições sociais para financiamento da seguridade social que incidem sobre o faturamento ou receita.

3. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA: ICMS, PIS E COFINS.

3.1 ICMS

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS é um tributo de competência Estadual e Distrital, conforme

determinação do artigo 155, II da CF/88. Aliás, é responsável pela maior parte de arrecadação de receitas desses entes.

O ICMS é de incidência plurifásica¹³¹ e de caráter não cumulativo¹³² (art.155, § 2º da CF), pois incide em todas as etapas da cadeia produtiva, mas determinando a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, evitando o efeito cascata (HARADA, 2017).

O artigo 146, III, "a" da Constituição Federal estabelece que: "cabe à lei complementar 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, base de cálculo e contribuintes". Em obediência ao dispositivo legal, a Lei Complementar 87/96 prevê no seu art. 12 as hipóteses de incidência do ICMS, vejamos:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão à terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

¹³¹ Em relação ao tipo de incidência, os tributos podem ser classificados em tributos monofásicos ou plurifásicos. Os tributos monofásicos incidem em uma única fase da cadeia produtiva (econômica). Por outro lado, os tributos plurifásicos incidem sobre várias fases da cadeia produtiva (CARNEIRO, 2018).

¹³² Os tributos monofásicos são, por natureza, não cumulativos e os tributos plurifásicos podem ser cumulativos e não cumulativo. Os tributos cumulativos pressupõem a cobrança do tributo em cada transação, não compensando o valor pago anteriormente. Já os tributos não cumulativos compensam a tributação já ocorrida nas transações anteriores, recolhendo, a cada transação, somente o *plus* incidente sobre o valor acrescido (SCHOUERI, 2019).

V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços: (...)

IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;

X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

XI – da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

Nesse diapasão, cabe trazer a lume as sábias palavras de Roque Antônio Carraza (2012, p. 42):

Para total garantia do contribuinte de que está sendo tributado nos termos da Constituição, exige-se uma correlação lógica entre a base de cálculo e a hipótese de incidência do tributo. Por quê? Porque a base de cálculo é índice seguro para a identificação do aspecto material da hipótese de incidência, que confirma, afirma ou infirma (caso em que o tributo torna-se incobrável, por falta de coerência interna na norma jurídica que o instituiu).

Com efeito, o art. 13 da Lei Complementar 87/1996, a denominada Lei Kandir, preconiza que a base de cálculo do referido imposto é o valor da operação referente à circulação da mercadoria ou prestação de serviço; o preço do serviço em se tratando de transporte (intermunicipal e interestadual) e de comunicação; e o valor da mercadoria ou bem importado.

As alíquotas, em observância aos incisos IV e V do art. 155, § 2º da CF/88133 podem ser fixadas pelo legislador estadual para operações e prestação internas e quando destinado aos contribuintes interestaduais e internacionais deverão ser aplicadas atentando-se as limitações impostas pelo Senado Federal, como aponta Eduardo Sabbag (2009, p. 395) a seguir:

Quanto às alíquotas, consoante a Resolução do Senado Federal n. 22/89, há as internas – livremente estipuladas pelos Estados (usualmente 17% ou 18%) – e as interestaduais, para as quais há o seguinte critério: alíquota para todas as mercadorias. (Atualmente, no entanto, temos: a) Alíquota de 7%: para operações interestaduais que destinarem mercadorias ou serviços a contribuintes dos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste e para o Espírito Santo; b) Alíquota de 12%: para operações interestaduais que destinarem mercadorias ou serviços a contribuintes dos Estados das regiões Sul e Sudeste; c) Alíquota de 17% ou 18%: para operações de importação.

133 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

Assim, os Estados ao fixarem suas alíquotas devem observar o que dispõe o Senado Federal sobre alíquotas mínimas e máximas, através de resolução e nos parâmetros previstos na Constituição Federal.

3.2 PIS e COFINS

O Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS são contribuições sociais que foram instituídas, respectivamente, pela LC nº 7/1970 e LC nº 70/1991. Diferentemente do tributo mencionado anteriormente, a competência da cobrança dessas contribuições é da União Federal.

O PIS e a COFINS são, em regra, de incidência plurifásica, mas a legislação define alguns setores da economia em que a cobrança será realizada pelo modelo monofásico, passando essas contribuições serem devidas em uma única etapa do processo produtivo, com alíquota mais elevada que a usual e aplicação de alíquota zero para as operações seguintes (PÊGAS, 2018).

Essas contribuições possuem dois regimes jurídicos de tributação: o regime cumulativo e o regime não cumulativo. Originalmente, o regime jurídico do PIS/COFINS era de incidência cumulativa, após o advento das Leis Federais 10.637/02 e 10.833/03 passou a ser cobrado também pelo regime não cumulativo.

A cobrança do PIS e da COFINS está vinculada a forma de tributação sobre o lucro da empresa. Se for utilizado o lucro presumido ou lucro arbitrado, será aplicado o regime cumulativo com alíquotas de 0,65% (PIS) e 3% (COFINS). Se for utilizado o lucro real, deverá ser calculado no regime não cumulativo com alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,6% (COFINS) (PÊGAS, 2017).

È necessário esclarecer que a sistemática da não cumulatividade do PIS/COFINS diverge da imposta ao ICMS e ao IPI. Diante disso, torna-se oportuna a transcrição da exposição dos motivos do ex-ministro Antônio Palocci Filho na edição Medida Provisória nº 135/2003:

7. Por se ter adotado, em relação à não-cumulatividade, o método indireto subtrativo, o texto estabelece as situações em que o contribuinte poderá descontar, do valor da contribuição devida, créditos apurados em relação aos bens e serviços adquiridos, custos, despesas e encargos que menciona.

Portanto, verifica-se que ao aplicar o regime não cumulativo aos impostos ICMS e IPI é adotado o método de compensação "imposto sobre imposto", em contrapartida, nas contribuições PIS/COFINS o método adotado é "base sobre base".

O fato gerador dessas contribuições é o auferimento de faturamento pela pessoa jurídica de direito privado, como consta nas leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Já sua base de cálculo, segundo a Constituição Federal no art. 195, I, alínea "b", é a receita ou faturamento, sendo que o termo "receita" foi acrescentado através da EC nº 20/98. Posto isso, é apropriado mencionar a crítica de Hugo Brito Machado (2010, p. 79):

A definição do que se deve entender por "receita" passou, então, a despertar grande interesse e a suscitar questionamentos. Não se deve considerar receita a quantia que é recebida pela empresa em nome de terceiro, isto é, com destinatário certo. E por isto leva problema saber se o valor dos impostos ditos indiretos integra, ou não, a receita.

Desde então, a discussão sobre a (i) legalidade da cobrança do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS vem sendo questionada nos tribunais brasileiros por mais de duas décadas.

4.HISTÓRICO DA DEMANDA JUDICIAL

A demanda judicial teve início com Mandado de Segurança, impetrado por IMCOPA – Importação, Exportação e Indústria de Óleos S/A, pleiteando a exclusão do ICMS da base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), assim como, a devolução dos valores pagos indevidamente.

O juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido reconhecendo o direito da impetrante de excluir da base de cálculo da COFINS e do PIS os valores relativos ao ICMS destacado da nota fiscal, bem como o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente, observando o prazo o prazo prescricional.

A Segunda Turma do TRF da quarta Região deu provimento ao apelo da Fazenda Nacional para firmar a seguinte tese: O ICMS integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. Diante disso, a IMCOPA ajuizou seu Recurso Extraordinário, que foi distribuído e autuado sob o número 574.706.

Em 15/03/2017, o STF, em sede de Repercussão geral, ao julgar o RE 574.706, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia (Presidente), por maioria, deu provimento ao

recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Em 31/10/2017 a PGFN (Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional) opôs Embargos de Declaração ao acórdão com Repercussão Geral, ora julgado sustentando dois pedidos: a) Definição de que o ICMS abatido seja apenas aquele efetivamente pago; b) Modulação dos efeitos da decisão.

Em relação ao primeiro pedido, a discussão envolvida é acerca de qual ICMS poderá ser restituído: o destacado nas notas de compras ou o efetivamente pago pelo contribuinte. Todavia, o STF, já se manifestou que o ICMS a ser considerado deve ser o destacado nas notas fiscais.

Quanto ao segundo pedido, o MPF (Ministério Público Federal) manifestou-se nos autos pugnando pelo deferimento parcial dos embargos de declaração, pois conforme argumenta a PGR (Procuradoria-Geral da República) a adoção de efeitos futuros é necessária para que não se verifique a extensão do prejuízo às contas públicas.

Por fim, ressalta-se que até o presente momento aguarda-se o Julgamento do referido embargos de declaração.

5 ANÁLISE DOS VOTOS – ACÓRDÃO 574.706

Doravante será realizado uma síntese dos votos proferidos pelos ministros no RE 574.706, evidenciando os argumentos centrais do acórdão. Votaram contra o provimento do Recurso os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram favorável ao provimento do Recurso os Ministros Carmem Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Melo.

5.1 Votos contrários ao provimento do RE 574.706

5.1.1 Voto do Min. Edson Fachin

Prefacialmente, o ministro fez um breve histórico da lide. Na sequência, citou julgados do STF e STJ em que ficou definido que o ICMS integra a conceito de faturamento, sendo base de cálculo para as duas contribuições.

Ainda naquela ocasião, apontou os esclarecimentos apresentados pelo doutrinador Andrei Pitten Velosso sobre a diferenciação de ingresso em geral e receita bruta:

“Os ingressos são o continente financeiro das empresas, que abrange, em volume econômico, as receitas, o faturamento e o lucro. A receita é, em princípio, uma modalidade de ingresso; em contrapartida, representa um continente perante o faturamento, englobando-o por completo. Já os lucros constituem uma fração da receita, podendo decorrer do faturamento ou de outras modalidades de receita; daí não estarem abarcados por completo pelo faturamento”.

Seguindo esse entendimento, firma sua convicção, concluindo que “faturamento, espécie do gênero receita bruta, engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e prestação de serviços, inclusive o ICMS destacado na nota fiscal”.

5.1.2 Voto Min. Luis Roberto Barroso

Inicialmente, delineou a evolução legislativa sobre os conceitos de faturamento e receita bruta. Posteriormente, mencionou que a mudança de entendimento da jurisprudência, do STF e do STJ, que admitiam a inclusão de um determinado tributo na base de cálculo de outro ou, as vezes, de si próprio, produzirá um impacto sistêmico em outros tributos.

Assevera ainda, o conceito constitucional de faturamento é muito aberto é, portanto, não viola o artigo 195, inciso I, alínea b da Constituição Federal de 1988 e, além disso, não é visível nenhuma violação de direito fundamental do contribuinte na inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Por derradeiro, salientou que o constituinte quando compreendendo que determinado tributo não pudesse integrar a base de cálculo de outro tributo, o excluiu expressamente como verifica-se no art. 155, §2º, inciso XI. Assim, inexistente vedação em relação a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

5.1.3 Voto Min. Dias Toffoli

Iniciou seu voto afastando o argumento de que “o ICMS não é faturamento nem receita”. Nessa linha, argumenta que ocorrendo o fato gerador do ICMS como operação relativa à venda de mercadorias ou à prestação de serviço surge para o contribuinte o dever de recolher o tributo, reconhecido como despesas na escrituração fiscal.

Aponta ainda que o consumidor final da mercadoria ou do serviço suporta o ônus financeiro do tributo e de vários outros custos e despesas inerentes a exploração de atividade econômica. Por isso, o contribuinte (vendedor ou prestador)

recebe recurso financeiro que juridicamente não é tributo, mas o preço da mercadoria ou serviço, conseqüentemente, auferindo faturamento ou receita da relação contratual.

Além disso, afirma que a Constituição Federal antes e posteriormente a edição da EC 20/1988 nunca mencionou que as contribuições deveriam incidir necessariamente sobre o “faturamento líquido” ou sobre a “receita líquida”, existindo um virtuoso espaço para o legislador transitar. Evidenciando ainda que o entendimento prevalecente no RE 240.785 aproximou o conceito de faturamento ao de receita líquida, contrariando a tradicional jurisprudência da corte que equiparava faturamento a receita bruta.

Por último, acentuou que a Carta Magna no seu art. 195, §12 busca evitar o efeito cascata das contribuições, assim, compensando parcela da receita ou faturamento onerada na operação anterior, e não o ICMS. Ademais, as Leis nº 10.637 e 10.833/03, que tratam do regime não cumulativo dessas contribuições, em nenhum momento citam que o ICMS incidente sobre à venda de mercadorias ou à prestação de serviço deve ser subtraído do PIS/COFINS, e, por outro lado, no regime cumulativo o legislador não concedeu benefício fiscal, não estando diante de uma hipótese de não incidência tributária.

5.1.4 Voto Min. Gilmar Mendes

Proferiu seu voto enumerando suas razões de decidir pela constitucionalidade da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, no RE 240.785/MG, quais sejam:

- a) o ICMS integra a própria base de cálculo (o chamado cálculo por dentro), evidenciando que o imposto indireto compõe o valor da operação de compra e venda de mercadorias ou de prestação de serviços;
- b) a hipótese de incidência e a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, tributos reais, estão relacionadas à realidade econômica bruta, sendo irrelevante se as operações são superavitárias ou não;
- c) a exclusão do ICMS da base de cálculo aproxima indevidamente a COFINS da Contribuição Social sobre o lucro líquido (CSLL);

d) a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS gera consequências perversas ao sistema tributário e ao financiamento da seguridade social, tais como, a busca por novas fontes de financiamento ou o aumento de alíquota para fazer face às perdas de receitas, as quais são necessárias para o cumprimento dos encargos do Estado Social, e o aumento de complexidade e do custo de administração do sistema tributário;

e) o ICMS destacado na nota fiscal não é automaticamente transferido ao Erário, nem o contribuinte é um mero intermediário entre o consumidor e a fazenda pública nessa transferência;

f) o expediente de reduzir a arrecadação por via oblíqua torna ainda mais complexo e oneroso nosso sistema tributário.

5.2 Votos favoráveis ao provimento do RE 574.706

5.2.1 Voto Min. Cármen Lúcia

Inicialmente a ministra relatora pontua que a questão aqui posta se centra na possibilidade jurídica de se incluir o valor do ICMS na definição de faturamento para definição de base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em seguida transcreve trechos do voto do Ministro Cezar Peluso, proferido nos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, delineando o histórico da legislação e da jurisprudência sobre a definição de faturamento com o intuito de elucidação sobre o tema, como se vê a seguir:

“Faturamento não pode soar o mesmo que receita, nem confundidas ou identificadas com as operações (fatos) por cujas realizações se manifestam essas grandezas numéricas”.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) prescreve que a escrituração da companhia ‘será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos’ (art.177) e, na disposição anterior, toma de empréstimo à ciência contábil os termos com que regula a elaboração das demonstrações financeiras.

(...)

Nesse quadro normativo, releva apreender os conteúdos semânticos ou usos linguísticos que, subjacentes ao vocábulo receita aparecem na seção relativa às “demonstrações do resultado do exercício”. Diz, a respeito, o art. 187 daquela Lei:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;

II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;

III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;

IV – o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas;

V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;

VI – as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa;

VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda;

(...) o conceito legal de faturamento coincide com a modalidade de receita discriminada no inc. I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é “receita bruta de vendas e de serviços”. Donde, a conclusão imediata de que, no juízo da lei

contemporânea ao início de vigência da atual Constituição da República, embora todo faturamento seja receita, nem toda receita é faturamento.

(...)

44. Baixada para adaptar a legislação do imposto sobre a renda à Lei das Sociedades por Ações, dispusera o Dec.-Lei 1.598, 26-12-77:

Art. 12 – A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º – A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

45. Sucede que, antes da Constituição, precisamente para a determinação da base de cálculo do FINSOCIAL, o Dec.-Lei 2.397, de 21-12-87, já restringira, para esse efeito, o conceito de receita bruta a parâmetros mais limitados que o de receita líquida de vendas e serviços, do Dec. Lei 1.598/77, de modo, na verdade, a fazer artificioso, desde então, distingui-lo da noção corrente de faturamento.

Mais a frente, suscitou a tese favorável aos contribuintes apresentada no Recurso Extraordinário n. 240.785/MG por Roque Antônio Carraza, que mediante analogia ao conceito de receita pública, extraiu o seguinte entendimento: “a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento (e nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa (na acepção supra), não podendo, em razão disso, compor a base de cálculo quer do PIS, quer da COFINS”.

Por fim, fazendo uma análise sobre a não cumulatividade do ICMS prevista no art. 155, §2º da Constituição Federal afirma:

(...) nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do

contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Diante dessas considerações, conclui que “o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”.

5.2.2 Voto Min. Rosa Weber

É parodiando o Conselheiro Acácio, que a ministra inicia seu voto, dizendo que a solução passa necessariamente pela compreensão que se atribua aos conceitos de receita bruta, receita líquida, ingressos ou ainda faturamento, pois existe muita discordância entre a doutrina e a jurisprudência.

Na sequência, faz uma breve leitura do voto que proferiu no RE 606.107-RS, tendo em vista que neste julgamento foi citado pelas duas correntes:

Com a EC nº 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, I, da Lei Maior, passou a ser possível a instituição de contribuição para o financiamento da Seguridade Social alternativamente sobre o faturamento ou a receita (alínea “b”), conceito este mais largo, é verdade, mas nem por isso uma carta em branco nas mãos do legislador ou do exegeta. (...) Cabe ao intérprete da Constituição Federal defini-lo, à luz dos usos linguísticos correntes, dos postulados e dos princípios constitucionais tributários, dentre os quais sobressai o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF).

Afirma ainda que o conceito constitucional de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da CF, não se confunde com o conceito contábil, sendo claramente expresso nas Leis nº 10.637/2002 (art. 1º) e nº 10.833/2003 (art. 1º).

Conclui seu voto acrescentando as palavras de Aliomar Barreto acerca do conceito de receita pública para nortear o conceito constitucional “receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondências no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.

5.2.3 Voto Min. Luiz Fux

Inaugura seu voto evidenciando que a discussão não é a possibilidade de incidir tributo sobre tributo, mas a acepção constitucional do faturamento, tal como encartado no artigo 195, inciso I da Constituição Federal.

O ministro, então, inicia suas considerações suscitando que o Direito Tributário deverá respeitar todos os conceitos de Direito Privado e de Direito Público. Ainda, a Constituição Federal tem conceitos superpostos, não podendo ser ultrapassados pela legislação ordinária.

Observa ainda que o fato da Constituição não se referir à possibilidade de exclusão do ICMS não significa dizer que ela está autorizando sua inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS. Além disso, alega que concernente à expressão “faturamento” deve-se buscar o seu conceito no Direito que regula o faturamento das empresas que é o Direito Comercial, que, ao regular o faturamento das empresas, a Lei nº 6.404, a Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe sobre a exclusão de impostos para se entrever faturamento.

Para fechar o seu raciocínio e firmar seu convencimento destacou o seguinte trecho da doutrina do caso julgado e erigida pelo Decano, Ministro Celso de Mello:

“Portanto, a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS traz como inaceitável consequência que contribuintes passe a calcular as exações sobre receitas que não lhes pertence, mas ao Estado-membro (ou ao Distrito Federal) onde se deu a operação mercantil (art. 155, II, da CF). A parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento (e nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa (na acepção ‘supra’), não podendo, em razão disso, comporta a base de cálculo que do PIS, quer da COFINS”.

“A parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento (e nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa (na acepção “supra”), não podendo,

em razão disso, comporta a base de cálculo que do PIS, quer da COFINS”.

5.2.4 Voto Min. Ricardo Lewandowski

Iniciou mencionando os argumentos do Min Marco Aurélio no RE nº 240.785. Naquela ocasião, destacou que o conceito de faturamento corresponde à riqueza própria. Ainda, a incidência do COFINS, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo de competência da unidade da Federal, basea-se em uma premissa errônea.

Acompanhou o que disse o Ministro Luiz Fux ao afirmar que o Direito Tributário, como outros ramos do Direito, não pode haurir os seus conceitos a partir de uma plataforma metafísica, assim, é necessário compreender o conceito de faturamento tal como fazem os comerciantes e as empresas, que precisam recolher os tributos correspondentes. O faturamento sempre foi entendido pela doutrina e pela prática comercial como receita oriunda da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

E valendo-se do Ministro acima referido, conclui seu voto afirmando que o valor do ICMS não possui natureza jurídica de faturamento ou de receita. É por esse motivo que a incidência do PIS e da COFINS fere, dentro outros princípios, o da capacidade contributiva.

5.2.5 Voto Min. Marco Aurélio

Em sua sucinta participação, o ministro reporta-se a seu voto proferido no RE 240.785, trancrevendo os argumentos utilizados naquela ocasião:

O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS.

(...) não pode, com razão maior, entender que a expressão “faturamento” envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o

relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria.

(...) a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa.

Por fim, conclui afirmando que o ICMS não é fato gerador da contribuição. Diz também que independente da modalidade utilizada para o recolhimento do ICMS, o valor respectivo não se transforma em faturamento, em receita bruta da empresa, porque é devido ao Estado.

5.2.6 Voto Min. Celso de Mello (Decano)

O Decano, primeiramente, pondera que a controvérsia jurídica nesse julgamento consiste em definir se é compatível ou se mostra inconciliável com o modelo constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS.

Ainda, enfatiza que os poderes do Estado devem obedecer a Constituição Federal. Dessa forma, é importante o poder tributário, exercido pelo Estado, se submeter aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que institui em favor do contribuinte limitações.

Já apreciando o litígio Constitucional em análise, pontua que a controvérsia instaurada na presente causa concerne à discussão em torno da possibilidade constitucional de incluir-se, ou não, na base de cálculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS.

Faz menção a redação do art. 110, do Código Tributário Nacional, que dispõe que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

Concluiu seu voto destacando que considera inconstitucional, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, em face da lição de Roberto Carlos Kepler e de Roberto Moreira Dias:

(...) o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Cofins pelos seguintes motivos: (i) o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação; (ii) isso representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade

contributiva; e (iii) o previsto no art. 154, I, da Constituição Federal seria afrontado.

6. PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS FAVORÁVEIS

Os principais argumentos suscitados pelos ministros da Suprema Corte que são favoráveis a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ao proferirem seus votos foram o princípio da capacidade contributiva, a compreensão dos termos receita e faturamento, a não cumulatividade tributária e análise de alguns possíveis efeitos decorrentes da decisão.

O Princípio da Capacidade Contributiva foi um dos argumentos que teve grande destaque nas argumentações que favoreceu os contribuintes, afirmando que na verdade o fisco, indevidamente, se apropria de valores que não representam disponibilidade econômica, tendo em vista que são repassados aos entes públicos, não configurando receita dos contribuintes.

Sobre a compreensão dos termos receita e faturamento, prevaleceu o entendimento de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição Federal, pois não representa faturamento ou receita, conforme veremos trecho de um voto favorável, abaixo:

“faturamento não pode soar o mesmo que receita, nem confundidas ou identificadas com as operações (fatos) ‘por cujas realizações se manifestam essas grandezas numéricas”.

(...)

“Ademais, se a lei pudesse chamar de faturamento o que faturamento não é (e, a toda evidência, empresas não faturam ICMS), cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte, traçado pela Constituição”.

Em relação ao princípio da não cumulatividade tributária, os ministros entenderam que a falta de normatização expressa sobre a composição de tributos na base de cálculos de outros tributos dá margem a várias interpretações sobre a apuração de tributos e asseveram o seguinte:

“(…) parte do valor do ICMS destacado na ‘fatura’ é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que

não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que contabilmente, seja escriturado, não guarda expressa a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições”.

(...)

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.

Por fim, a respeito de alguns possíveis efeitos decorrentes da decisão, os ministros rebateram ao argumento de que o impacto financeiro para a União seria incalculável, sustentando que as leis orçamentárias sempre são elaboradas em longo processo legislativo, sendo, portanto capazes de obter previsão antecipada sobre possíveis impactos nas contas públicas. Além disso, a LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias, que compreende as metas e prioridades da União, irá refletir na LOA - Lei Orçamentária Anual, dispondo sobre alterações em direito tributário, conforme o artigo 165, § 2º da CF/1988.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que este estudo tem como finalidade analisar os argumentos legais utilizados pelo STF ao decidir pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, foi analisado todo o arcabouço jurídico referente ao tema, buscando conceitos peculiares do Direito Tributário, assim como, de outros ramos das ciências jurídicas e das demais ciências, na tentativa de realizar uma integração do ordenamento jurídico e da prática tributária das empresas.

Na análise dos argumentos legais utilizados e os votos favoráveis ao provimento do RE 574.706/PR, percebe-se a busca em identificar o sentido jurídico dos termos “receita” e “faturamento”, sob a ótica constitucional, essenciais para a delimitação dos elementos que compõem a base de cálculo das contribuições sociais em estudo.

Tal decisão vincula todas as instâncias do Poder Judiciário, representando um grande avanço na resolução das demandas judiciais, tendo em vista a repercussão geral, pondo fim a uma discussão que há muito tempo era questionada, restando

pacificado o entendimento de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Vale ressaltar que ainda tramita na Suprema Corte a discussão sobre a modulação ou não dos efeitos da decisão do aludido recurso. É um caso de grande importância para a práxis jurídica, para todos os operadores do Direito, para a Administração Federal e para as empresas, tendo em vista o papel que o tributo exerce na estrutura constitucional, a diminuição da carga tributária das empresas, além dos impactos nas contas públicas.

Por meio da pesquisa, conclui-se que os argumentos jurídicos suscitados pelos ministros da Suprema Corte para decidirem pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS foram a observância ao princípio da capacidade contributiva, (afirmando que o fisco, indevidamente, se apropria de valores que não representam disponibilidade econômica, tendo em vista que são repassados aos entes públicos, não configurando receita dos contribuintes); a compreensão dos termos “receita” e “faturamento” à luz da carta Magna (prevalecendo o entendimento de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, pois não representa faturamento ou receita) e o princípio da não cumulatividade tributária (o entendimento foi que parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, mesmo que seja escriturado, não guarda expressa a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições).

Por fim, faz-se necessário dizer que a presente pesquisa não tem como objetivo finalizar os estudos sobre a temática, visto que o tema é abrangente e pode ser objeto de diversos outros estudos.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da república, [2016]. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. **BRASIL. Lei Complementar nº 7, de setembro de 1970.** Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp07.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. BRASIL. **Lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991**. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp70.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. BRASIL. **Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Lei Kandir. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. BRASIL. **Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep). Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637compilado.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. BRASIL. **Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003**. Altera a Legislação Tributária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2003/135.htm. Acesso em: 05 de mai. De 2020.

_____. BRASIL. **Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003**. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE**. Relator Min. Carlos Veloso. Julgado em 01.07.1992. Inteiro Teor do acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR**. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. Apuração escritural do ICMS e regime de não cumulatividade. Recurso provido. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 15.3.2018. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BAETA, Zínia. Estudo aponta prejuízo de R\$ 51 bi para a União com derrota do PIS/COFINS. **Valor econômico**, São Paulo, mai. 2017. Disponível em:

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/05/02/estudo-aponta-prejuizo-de-r-51-bi-parauniaio-com-derrota-do-pis-cofins.ghtml>. Acesso em: 10 de abr. 2020.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 42.

HARADA, Kiyoski. **ICMS: doutrina e prática**. 1. ed. São Paulo:Atlas, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 61.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Premier máxima, 2009, p. 395.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Ministério da Fazenda. Boletim da estimativa da carga tributária bruta no brasil-2019**. Brasília: Ministério da Fazenda, mar. 2020. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076. Acesso em: 20 de abr. 2020.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

PÊGAS, Paulo Henrique. **Manual de contabilidade tributária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book* (não paginado).

PÊGAS, Paulo Henrique. **PIS e COFINS**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 119 – 120. *E-book*.

ATRIBUIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NO CUMPRIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

ALEXSANDER BARRETO MORENO:
Bacharelado no curso de Direito

SILVIA HELENA ANTUNES DOS SANTOS¹³⁴

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem por objeto principal demonstrar a evolução e a discussão acerca da legalidade da atuação do delegado de polícia ao aplicar uma medida protetiva provisória prevista no artigo 22 da lei 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, bem como demonstrar a importância e a constitucionalidade da atuação da autoridade policial, agora de acordo com normatização de sua atribuição com a edição da lei 13.827/2019. O método de abordagem utilizado no presente projeto é a qualitativo, uma vez que, fora exposto como os doutrinadores, pesquisadores e especialistas na área defendem a possibilidade da autoridade policial conceder uma medida protetiva provisória, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Esta pesquisa foi escolhida com o intuito de defender a importância e a legalidade da atuação da autoridade policial ao aplicar uma medida protetiva provisória contra o agressor, em caso de constatação de risco iminente a integridade da mulher de violência doméstica.

Palavras- chave: Delegado de Polícia. Constitucionalidade. Autonomia.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to demonstrate the evolution and the discussion about the legality of the action of the police chief when applying a provisional protective measure provided for in article 22 of law 11.340 / 06, known as “Lei Maria da Penha”, as well as demonstrating the importance and constitutionality of the performance of the police authority, now in accordance with the norms of its attribution with the edition of law 13,827 / 2019. The approach method used in the present project is qualitative, since, having been exposed as the indoctrinators, researchers and specialists in the area defend the possibility of the police authority granting a provisional protective measure, under the aegis of the Federal Constitution of 1988. This research was chosen in order to defend the importance and legality of the police authority's action when applying a provisional protective measure against the aggressor, in the event of an imminent risk of the integrity of the woman of domestic violence.

134 Mestra em D. Ambiental pela UEA.

Keywords: Police Chief. Constitutionality. Autonomy.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade de explicar a atuação do delegado de polícia quanto a possibilidade da aplicação de medidas protetivas, em caráter de urgência, em desfavor do agressor de uma mulher, com a inovação trazida pela legislação complementar 13.827/19 a Lei 11.340/06, “Lei Maria da Penha”, que em seu artigo 22 e seguintes, aponta as medidas protetivas que a autoridade judiciária poderá aplicar contra o agressor. Entrementes, o delegado, que possui a mesma formação acadêmica e conhecimentos jurídicos, não deveria dispor de tal vedação, o que torna o ato constitucional.

O problema inspirador da referido artigo foi que nem sempre as medidas protetivas são deferidas pela autoridade judiciária no prazo estabelecido de 48 horas, ademais, este prazo poderá prorrogar-se em até 96 horas, uma vez que a autoridade policial dispõe de prazo igual para remeter os autos ao juiz, e então nesse contexto, como a figura do delegado de inicial é de garantidor dos direitos, tendo em vista que possui contato direto com a vítima, poderá aplicar medidas para salvaguardar a vida de uma vítima. O objetivo desta pesquisa é de analisar e explanar como se dá nova atribuição do delegado de polícia na aplicação de uma medida protetiva prevista no art. 22 da Lei Maria da Penha, portanto, faz como que este estudo seja relevante, visto que, segundo estatísticas da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) de Violência Doméstica, o prazo para a concessão de uma medida protetiva geralmente varia de 1 a 6 meses, tempo demasiado para quem necessita de proteção e, tal modificação faria com que a referida medida sendo expedida pela autoridade policial fosse imediatamente imposta.

Destra forma, levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 não exige prévia autorização judicial à concessão de uma medida protetiva, a matéria arguida é plenamente constitucional, visando assim, uma maior efetividade da lei, além do que o artigo

5º da Constituição Federal de 1988 garante a todos a proteção e inviolabilidade do direito à vida e a segurança (...), ademais, a Lei Maria da Penha, visa criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher respaldado pelo artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal que garante que a família tem proteção do estado, assegurando assistência a cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Por fim, é essencial relatar sobre relevância desta pesquisa, pois contribui, diretamente, para estudos e mudanças de estratégias que auxiliarão no

aprimoramento da lei, para assim adequar a proteção que o estado deve proporcionar a mulher objetivando de forma clara, uma das possíveis soluções ou, em último caso, a atenuação dos casos de violência.

2 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O Brasil experimenta uma verdadeira epidemia de agressões contra mulheres. Segundo o IPEA (2016), “a cada ano, cerca de 1,3 milhão de mulheres são vítimas de violência doméstica” e levando em consideração que vivemos em um país com pouco mais de 200 milhões de habitantes, este número é estarrecedor.

Importa frisar que antes de aprofundar no assunto proposto, é necessário discorrer sobre o que é a violência doméstica, quais as suas formas e como ela ocorre dentro do ambiente doméstico.

Veronese e Costa (2006) denotam que “a palavra violência vem do termo latino *vis*, que significa “força”, portanto, violência é o abuso da força contra alguém”. Dito isso, Ando (2008) expõe algumas das formas em que a violência doméstica pode ocorrer:

A violência pode ocorrer também por omissão, não apenas por ação, quando se nega ajuda, cuidado e auxílio a quem precisa; porém, não se pode deixar de destacar que a violência está longe de ter um significado preciso e único, visto que é considerada um fenômeno complexo e multicausal.

Isto posto, conforme alinhavado, a violência doméstica ocorre em variadas formas, inclusive no ato de omitir ajuda a alguém, como ocorre, por exemplo, em casos que a vítima é uma pessoa idosa e necessita de auxílio em suas atividades.

Visto isso, é mister explicar, portanto, em quais formas a violência doméstica ocorre segundo a Lei Maria da Penha. A Lei é taxativa ao expor as formas em que ocorre a violência doméstica, senão vejamos: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

2.2 Violência Física

Como consta no artigo 7º da Lei Maria da Penha “I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”.

De outro modo, a doutrina conceitua de forma mais plana a violência doméstica. De acordo com Porto (2012):

A violência física é a ofensa à vida, à saúde e integridade física, tratando-se da violência propriamente dita. É caracterizada normalmente por hematomas, equimoses, queimaduras e fraturas, é portanto, a forma mais frequente do que a violência doméstica moral e psicológica.

Outros dados da violência doméstica levantados pelo Jornal Hoje em Dia através do Fórum Brasileiro de Segurança Pública demonstram índices do ano de 2016:

Ao menos 4,4 milhões de mulheres foram vítimas de agressões físicas no período de um ano. A estimativa, porém, é de que até 19,9 milhões possam ter sofrido algum tipo de violência nos últimos 12 meses. Os números mostram também que 28,6% das mulheres entrevistadas que concordaram em compartilhar experiências pessoais foram efetivamente violentadas entre janeiro e dezembro de 2016.

Ressalte-se ainda, dados do Data Senado de 2017 que mostraram que “27% das vítimas ainda não fazem nada em relação ao autor da agressão”, deste modo, presume-se, portanto, que o número de vítimas de violência doméstica seja de proporções maiores.

2.3 Violência Psicológica

O artigo 7º da Lei Maria da Penha, diz: “II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar suas ações” (...).

Conforme Dias (2015), todos os tipos de violência estão relacionados no mesmo diapasão “a violência psicológica está relacionada a todas as demais modalidades de violência doméstica. Sua justificativa encontra-se alicerçada na negativa ou impedimento à mulher de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor”.

Esta modalidade de agressão é a menos denunciada, tendo em vista que, muitas mulheres não se dão conta que sofrem este tipo de violência, até mesmo por passar despercebida, entretantes, é uma modalidade de violência doméstica prevista em Lei.

2.4 Violência Sexual

Consoante disposto no artigo 7º da Lei Maria da Penha:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

A violência sexual não se dá somente no ato sexual em si, mas também é configurada no ato de forçar a vítima a assistir atos sexuais de outrem, bem como obrigá-la a assistir imagens ou filmes pornográficos, até mesmo em forçá-la a fazer sexo com indivíduos diversos da relação conjugal.

Pelo fato de tal violência ocorrer no âmbito doméstico, segundo Adesse e Souza (2005) “a violência sexual é pouco denunciada, dificultando seu registro estatístico e a pesquisa nesta área”.

2.5 Violência Patrimonial

De acordo com o artigo 7º Lei Maria da Penha:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Porto (2012) caracteriza como ocorre tal modalidade de violência “constitui o crime de violência patrimonial a retenção, a subtração e a destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos”.

2.6 Violência Moral

O artigo 7º da Lei Maria da Penha define a “V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.” Então, é o ato de propagar mentiras, ou qualquer outra forma de atinja a honra de uma mulher.

Por fim, Porto (2012) diz “é possível que todos os tipos de violência mencionados acima ocorram no âmbito familiar, doméstico ou em uma relação íntima de afeto. Não ocorrendo nesses âmbitos, não se caracteriza como violência doméstica”.

Uma vez, portanto, denotado acerca do conceito e dos tipos de violência, parte-se da premissa em explanar brevemente sobre os eventos que anteciparam a criação da Lei Maria da Penha.

3 DA CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006, “Lei Maria da Penha” surgiu através do esforço coletivo de Organizações não governamentais e movimentos sociais frente aos elevados de violência doméstica contra as mulheres, portanto houve uma cobrança destas entidades do governo para que tomasse providencias para tanto, consubstanciados principalmente com o artigo 226, § 8º, da Constituição da República, com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, entre outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que buscaram dar reconhecimento a luta pelos direitos da mulher na sociedade, com a eliminação da violência contra si perpetrada.

Hoffmann (2016) explana que “a Lei surgiu para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como já anuncia seu artigo inaugural, num processo de especificação dos sujeitos de direitos”.

Outro marco que se faz necessário ponderar, que o nome pelo qual ficou conhecida a “Lei Maria da Penha”, trata-se de uma homenagem feita à uma mulher que sofreu violência doméstica de seu cônjuge, o que causou danos irreversíveis à saúde de Maria da Penha Maia Fernandes, inclusive a deixando paraplégica, Bezerra (2018).

Infelizmente a criação da lei, não foi com iniciativa exclusiva do Brasil. Importante frisar neste ponto, que o país teve que ser denunciado e punido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que tomasse providencias quanto aos altos índices de violência doméstica e no que tange ao “Caso Maria da Penha Maia Fernandes”.

Vejam os em resumo o que diz o relatório nº 54/01 – Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes – Brasil 4 de abril de 2001, o qual se encontra disponível no site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão analisa neste relatório os requisitos de admissibilidade e considera que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46(2) (c) e 47 da Convenção Americana e o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. Quanto ao fundo da questão denunciada, a Comissão conclui neste relatório, elaborado segundo o disposto no artigo 51 da Convenção, que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Posterior a criação da Lei 11.340/06, foram criados procedimentos para coibir e punir quem pratica atos de violência doméstica contra uma mulher, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, onde a mulher vítima de violência doméstica é atendida por uma delegada, em regra, e tem total amparo e cuidado para salvaguardar, dentro dos limites impostos pela legislação, sua integridade física e psicológica, é o que diz Dias (2007):

Malgrado não tenha criado novos tipos penais, a Lei Maria da Penha incrementou o rigor no tratamento do agressor de mulheres, de modo a combater o perverso ciclo da violência, possibilitando a prisão em flagrante em crimes de menor potencial ofensivo e principalmente estabelecendo medidas protetivas de urgência.

Deste modo, a criação da Lei 11.340/06 foi um marco importante, e faz parte da história do país, uma vez que trouxe um rol de procedimentos e medidas em especial que o Judiciário deverá tomar, no entanto, há muito no que se evoluir, através de políticas públicas de conscientização e proteção a mulher com a criação de meios de efetivar a rede de proteção estatal a mulher vítima de violência doméstica.

4 ATUAIS ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE POLICIAL

Até a edição da Lei 13.827/2019, que alterou substancialmente alguns trechos da Lei 11.340/2006, o delegado da polícia civil, limitava-se a apurar e investigar os crimes de violência contra a mulher, consoante dispunha o artigo 12 da Lei 11.340/06:

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.

No entanto, cabe ao poder Judiciário conceder medidas protetivas essenciais para salvaguardar a integridade da ofendida, vejamos o disposto artigo 22 da Lei 11.340/06 sobre as medidas que o Juiz poderá aplicar:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Hoffmann (2016) afirma que tal burocratização prejudica o amparo estatal à ofendida:

Na atual sistemática, a concessão de medidas protetivas é exclusividade do magistrado. Quando a ofendida busca amparo na Delegacia, seu pedido de medidas protetivas deve ser encaminhado pelo delegado em 48 horas (art. 12, III), e o juiz deve decidir em 48 horas (art. 18, I). Após o deferimento, o agressor deve ser intimado da decisão, o que pode demorar dias, se tudo der certo e o suspeito não fugir. Ou seja, na melhor das hipóteses, aproximadamente 1 semana separa o comparecimento da ofendida à Delegacia e a concretização da medida protetiva contra seu algoz.

Hoffmann e Carneiro (2016) dizem que essa excessiva burocratização do procedimento foi notada pela sociedade, isto porquê no ano de 2016 foi criada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Doméstica, no qual constatou-se que o lento processo de proteção da vítima não é exceção, mas a regra. “A depender da região, o prazo para a concessão judicial das medidas é de um a seis meses, tempo absolutamente incompatível com a natureza mesma desse instrumento”.

5 A MUDANÇA NA LEGISLAÇÃO

Levando em consideração de que o Brasil possui um índice ainda elevado de violência doméstica contra as mulheres, em todas suas modalidades, tais índices tendem a não diminuir, isso porquê o Judiciário possui demasias e quem está na posição de vítima de violência doméstica, horas ou até minutos sem a proteção estatal são uma eternidade, fato este que por si só, aumenta de modo veemente os índices de negligência fazendo com que a vítima a não comunique o crime.

Hoffmann (2017) aduz sobre a possível concessão de medidas protetivas pela autoridade policial:

A alteração é perfeitamente constitucional. Não existe reserva de jurisdição para a decretação de medidas cautelares, ou seja, a Constituição não exigiu prévia decisão judicial para a adoção dessas providências. (...) Não é inédita, portanto, a outorga legal de poder cautelar ao delegado de polícia. Muito pelo contrário, a lei atribuiu à autoridade policial a possibilidade de adotar *manu propria* uma série de medidas, tais como prisão em flagrante (artigo 304 do CPP), liberdade provisória com fiança (artigo 322 do CPP), apreensão de bens (artigo 6º, II do CPP), ação controlada no crime organizado (artigo 8º, parágrafo 1º da Lei 12.850/13), dentre outras.

Aliás, não são todas as medidas protetivas possíveis de serem decretadas pelo delegado. Apenas as de proibir o agressor de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela ou de frequentar determinados lugares; encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa de proteção ou de atendimento; ou ainda determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor.

A inovação em nada afeta a capacidade postulatória da vítima. Mesmo que autoridade de polícia judiciária não vislumbre a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima, continua intocável a possibilidade de a ofendida requerer as medidas protetivas, pedido que deverá ser encaminhado normalmente pelo delegado ao juiz em 48 horas ou até mesmo apresentado diretamente ao Judiciário pela mulher.

Não há qualquer prejuízo ao controle judicial da providência ou à inafastabilidade da jurisdição. À semelhança do que ocorre com a prisão em flagrante decretada pelo delegado (artigos 306, parágrafo 2º e 310 do CPP), o juiz deverá ser comunicado da medida no prazo de 24 horas e poderá manter ou rever a medida aplicada, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

Ponderação esta realizada por Hoffmann, possui base na resolução de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, vejamos:

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José.

Muito embora, a audiência de custódia seja para tratar sobre prisões em flagrantes e outras medidas etc., o Judiciário não seria excluído de analisar o mérito da questão, ocorreria, portanto, o que ocorre com a prisão em flagrante decretada pelo delegado (artigos 306, parágrafo 2º e 310 do CPP), após a autoridade policial conceder uma medida protetiva, os autos seriam encaminhados ao Judiciário para que adentrasse no mérito da questão, se manteria a medida cautelar ou não, assim como ocorre por exemplo na audiência de custódia que apesar de não estar prevista no Código de Processo Penal, o Conselho Nacional de Justiça determinou que ela fosse feita em cumprimento ao princípio da eficácia.

A figura do delegado de polícia de inicial é de garantidor dos direitos e interesses da vítima de violência doméstica e familiar, garantindo sua segurança estatal. Bem como denota Sannini (2016) “esta autoridade está à disposição da sociedade vinte e quatro horas por dia, durante os sete dias da semana, tendo aptidão técnica e jurídica para analisar com imparcialidade a situação e adotar a medida mais adequada ao caso”.

Desta forma, ao aplicar uma medida protetiva imediatamente, o risco dela ser frustrada seria ínfimo. Tendo como objetivo, somente de garantir com maior efetividade a aplicação do que a Lei 11.340/06 e a Constituição Federal de 1988 determinam.

Vale salientar que visando um bem estar social e ampliação dos direitos das mulheres, surgiu o PL 07/16, proposto pelo Deputado Federal Sergio Vidigal (PDT/ES), no qual tinha o intuito de proporcionar maior efetividade da Lei regente, em suas palavras “minha proposta saiu das estatísticas, do dia-a-dia”, diz ele, “talvez a Lei Maria da Penha não tenha atentado para esse detalhe, que não é só fazer uma Lei que vai resolver o problema”, visto que em seu artigo 12-B e parágrafos, garantiria todas essas possibilidades ao delegado de polícia, vejamos:

Nós conhecemos a lentidão do Judiciário nesse país, as vezes a mulher é obrigada a voltar para casa depois da denúncia e a perseguição se volta contra ela, (...) o fato é que são necessárias medidas urgentes. A proposta é para proteger a mulher vítima de violência até o judiciário fazer a homologação das medidas ou não.

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o ofensor. § 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de vinte e quatro horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo. § 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do autor.

Este Projeto de Lei teve seu trâmite na Câmara dos Deputados e Senado Federal e aprovado por ambos, seguiu para análise do Presidente da República e no dia 13 de maio de 2019 foi publicada no Diário Oficial da União:

Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Hoffmann (2017), Delegado de Polícia Civil do Paraná e colunista do site **ConJur**, **a despeito da constitucionalidade de o delegado de polícia aplicar medidas cautelares:**

As medidas protetivas possuem natureza cautelar, em relação às quais a Constituição não exigiu prévia decisão judicial. Isso significa que o legislador tem margem para definir quais autoridades possuem esse poder de deliberação. Por isso mesmo já havia atribuído ao delegado de polícia a possibilidade de adotar uma série de outras medidas de mesma natureza, tais como prisão em flagrante, fiança e apreensão de bens.

Outro dado importante é que segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública o número de medidas cautelares têm diminuído no Brasil, fato este que por

si só demonstra que de alguma forma tem sido efetiva a participação do delegado de polícia, vejamos:

O estudo do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostrou ainda uma redução nos registros de violência sexual na maioria dos estados que enviaram seus dados, incluindo ainda Mato Grosso, onde a queda foi de 25,6%. Apenas no Rio Grande do Norte, que decretou isolamento social amplo posteriormente às outras unidades federativas, em 1º de abril, este tipo de crime apresentou crescimento.

A organização ainda observou que entre o final de março e os primeiros dias de abril, também caíram o número de Medidas Protetivas de Urgência concedidas. No Acre, por exemplo, a redução chegou a 67,7%.

Diante destas justificativas, o Projeto de Lei foi votado e passou a integrar o texto final da Lei 11.340/2006 em 13 de maio de 2019 data da sua publicação, delegando a autoridade policial a atribuição de conceder medidas protetivas de urgência a teor do dispositivo legal do artigo 12- C, o qual trago a seguir:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Ressalte-se que o legislador ainda atentou para os casos em que, por motivos ali elencados, não há autoridade policial no momento da busca da vítima pelo apoio do Estado, garantindo que o policial que estiver na delegacia possa atender e deferir as medidas, conforme descrito no inciso III do atual artigo 12- C.

Desta forma, o delegado de polícia e, na sua falta. Até mesmo outro policial presente na sede do distrito, possui atribuições em tomar as medidas necessárias para a defesa e proteção da mulher vítima de violência doméstica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste artigo, buscou-se aprofundar os conhecimentos em relação ao tema supramencionado. Todavia, pode-se dizer que a Lei 11.340/06, conhecida vulgarmente como “Lei Maria da Penha” um novo olhar procedimental e na sociedade na visão da segurança à mulher vítima de violência doméstica, uma vez que impõe mais rigor ao agressor, dentre outros procedimentos, tais como: afastamento do lar, imposição de perímetro de aproximação da vítima etc. Porém, a maior dificuldade encontrada dentre as medidas protetivas e explanada nesta pesquisa, foi o lapso temporal entre a representação policial ao Judiciário até a concessão dela, podendo estender-se em até 6 meses, quando em alguns casos não sendo se quer necessário, uma vez que o agressor já tenha até mesmo levado a óbito sua vítima.

Eis que entra a atribuição trazida pelo advento da Lei 13.827/19, quando deu a possibilidade do delegado de polícia garantir de direitos, agindo a par da legislação e por ter o contato inicial com a vítima, poder, se achar conveniente e necessário, aplicar uma medida protetiva em desfavor do agressor, o afastando do lar.

Dentre outras peculiaridades relevantes no combate à violência doméstica contra a mulher, observou-se que a Lei Maria da Penha delineou situações que explicitam esta violência, demonstrando que esta não é somente caracterizada pelo soco ou pelo empurrão. Hoje, já se reconhece que a violência psicológica também causa danos graves à mulher, não somente a ela, como a todos os seus dependentes, que de maneira direta ou indireta, também são violentados.

No presente artigo foi mostrada a importância das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, que visam a garantia da mulher contra o seu agressor.

Sendo assim, é necessário que homens e mulheres busquem um convívio mais harmônico, num ambiente de reconhecimento e igualdade e é indubitável que a inovação contribui para que se atinja o escopo principal da lei, consistente na efetiva proteção da vítima de violência doméstica. Como diz Pinto (2016) que ao dotar o delegado de polícia a “possibilidade de impor medidas protetivas de urgência, indicando um agente policial que, de imediato, cumprirá o que foi determinado, confere especial efetividade ao diploma legal, pois se trata de celeridade, revela-se apta a evitar um mal maior”.

Desta forma, em tese principal foi explanado como se dá a inovação atribuída ao delegado de polícia e demonstrado os fatos, estatísticas e averiguações no qual esta inovação trouxe eficácia da legislação.

REFERÊNCIAS

ADESSE, Leila; SOUZA, Cecília de Mello e. **Violência Sexual no Brasil: perspectivas e desafios**. Brasília: 2005.

ANDO, Daniela de Araújo; ANDO, Nilson Massakazu. Crianças e adolescentes em situação de violência: traços inquietantes da contemporaneidade. Revista da Associação Brasileira de Psicopedagogia, São Paulo, set. 2008. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8560/A-violencia-domestica>. Acesso em 04 fev. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: trabalhos acadêmicos-apresentação. Rio de Janeiro, 2018.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha. Revista Consultor Jurídico. Jun/2016. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetiva-direitos-fundamentais-lei-maria-penha>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1988. In: Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Congresso Nacional, Brasília, 2006. In: Diário Oficial da União de 07 de agosto.

BRASIL, Decreto Lei n.º 1.973 de 01 de agosto de 1996. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Brasília 1996. In: Diário Oficial da União de 01 de agosto.

BRASIL, Lei 13.827 de 13 de maio de 2019. Para Autorizar, Nas Hipóteses Que Especifica, A Aplicação De Medida Protetiva De Urgência, Pela Autoridade Judicial Ou Policial, À Mulher Em Situação De Violência Doméstica E Familiar, Ou A Seus Dependentes. Brasília 2019. In: Diário Oficial da União de 13 de maio.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 54/01. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em 20 out. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

CONJUR. Concessão de Medidas Protetivas na Delegacia é Avanço Necessário. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario#_ftn5. Acesso em: 20 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 21 jan. 2020.

DATA SENADO, Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em 16 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIREITO NET, A Violência Doméstica. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8560/A-violencia-domestica>. Acesso em: 25 fev. 2020.

HOFFMANN, Henrique. Concessão de medidas protetivas por delegado amplia direitos da mulher. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-01/concessao-medida-protetiva-delegado-amplia-direitos-mulher#_ftn7. Acesso em: 20 jan. 2020.

HOJE EM DIA, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Mais de 12 Mil Mulheres são Agredidas por dia no Brasil. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/cidades/mais-de-12-mil-mulheres-s%C3%A3o-agredidas-por-dia-no-brasil-estima-estudo-1.450573>. Acesso em 30 mar. 2020.

IGLESIAS, Carolina. Sete mulheres são mortas por dia no Brasil vítimas de violência doméstica. Revista eletrônica A Tribuna. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/sete-mulheres-sao-mortaspordianobrasilitimasdeviolenciadomestica/?cHash=e9725b351c147bfaa72d0741149ab5c>>. Acesso em: dez. 2019.

JUS, Adoção de Medidas Protetivas Pelo Delegado de Polícia. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64321/a-adocao-de-medidas-protetivas-pelo-delegado-de-policia/3>. Acesso em: 19 out. 2020.

NETO, Francisco Sannini. *Lei Maria da Penha e o Delegado de Polícia*. Revista Canal Ciências Criminais. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/lei-maria-da-penha-e-o-delegado-de-policia/>>, acesso em: 22 abr. 2020.

ONU MUHERES, Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

PINTO, Ronaldo Batista. Da Possibilidade do Delegado de Polícia Decretar Medidas Protetivas em Favor da Vítima de Crimes Perpetrados no Âmbito Doméstico. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/educacao/897-elaboracao-de-referencias-em-trabalhos-academicos-3-de-4-.htm>. Acesso em: 21 jan. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica* / Pedro Rui da Fontoura Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 21ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

REDE BRASIL, Índice de Violência Doméstica. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/04/violencia-contra-a-mulher-dificuldade-registrar-denuncia/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SANNINI NETO, Francisco. *Lei Maria da Penha e o Delegado de Polícia*. Canal Ciências Criminais, jun. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/lei-maria-da-penha-e-o-delegado-de-policia/>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

SOUZA, Cecília de Mello e; ADESSE, Leila. **Violência Sexual no Brasil: Perspectivas e Desafios**. Rio de Janeiro, p 13. 2005. Sindicato Nacional dos Editores de Livro.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

TODA MATÉRIA, Lei Maria da Penha. Disponível em:
<https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 20 out. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Morais da. **Violência doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: ESTUDO DO CASO JANAÍNA APARECIDA QUIRINO

THALES FRANKLIN OLIVEIRA DE ABREU:

Bacharelado em Direito pelo Instituto metropolitano de ensino / Centro universitário FAMETRO

RESUMO: A presente pesquisa irá abordar acerca da esterilização compulsória de dependentes químicos, com o estudo de caso de Janaína Aparecida Quirino. Os objetivos da pesquisa são: analisar o caso Janaína Aparecida Quirino à luz dos preceitos constitucionais de liberdade e direito à vida com dignidade, descrever as circunstâncias do caso e que basearam a decisão pela esterilização compulsória, apresentar as características dos direitos liberdade sexual x direito à vida digna e abordar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e a inobservância do Estado. O direito à vida é um dos principais direitos, pois é necessário que este direito exista para que os demais façam sentido. A dependência química é identificada mundialmente como doença crônica, que pode ser tratada com o intuito de ajudar no controle dos sentimentos e atos dos dependentes. O caso de Janaína Aparecida Quirino ganhou um destaque nacional no que se refere a negação dos direitos às mulheres brasileiras, quanto aos direitos reprodutivos. Diante das condições sociológicas de Janaína, não daria direito ao Estado de submetê-la a realizar um procedimento sem seu consentimento, trazendo um dano físico e psicológico, que perdurará por tudo vida. Ao analisar um pedido como o que foi apresentado, analisando apenas as condições sociais de Janaína faz com que a discriminação e a desigualdade sejam analisadas sob o aspecto do ordenamento moral.

Palavras-chave: Esterilização. Compulsória. Dependentes. Químicos.

ABSTRACT: This research will address about the compulsory sterilization of chemical dependents, with the case study of Janaína Aparecida Quirino. The objectives of the research are: to analyze the Janaína Aparecida Quirino case in the light of the constitutional precepts of freedom and the right to life with dignity, to describe the circumstances of the case and which based the decision on compulsory sterilization, to present the characteristics of sexual freedom vs. right to dignified life and address the principle of the dignity of the human person and the non-observance of the State. The right to life is one of the main rights, as it is necessary that this right exists for others to make sense. Chemical dependency is identified worldwide as a chronic disease, which can be treated in order to help control the feelings and actions of addicts. The case of Janaína Aparecida Quirino gained national prominence with

regard to the denial of rights to Brazilian women, as regards reproductive rights. In view of Janaína's sociological conditions, she would not give the State the right to submit her to perform a procedure without her consent, bringing physical and psychological damage, which will last for life. When analyzing a request like the one presented, analyzing only the social conditions of Janaína makes the discrimination and inequality to be analyzed under the aspect of the moral order.

Keywords: Sterilization. Compulsory. Dependents. Chemicals.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1.1 Direito à vida x liberdade sexual. 1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2. DEPENDENTES QUÍMICOS. 3. ESTUDO DE CASO: JANAÍNA APARECIDA QUIRINO X TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa irá abordar acerca da esterilização compulsória de dependentes químicos.

Os objetivos da pesquisa são: analisar o caso Janaína Aparecida Quirino à luz dos preceitos constitucionais de liberdade e direito à vida com dignidade, descrever as circunstâncias do caso e que basearam a decisão pela esterilização compulsória, apresentar as características dos direitos liberdade sexual x direito à vida digna e abordar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e a inobservância do Estado.

É possível que a esterilização compulsória de dependentes químicos não seja interpretada como um ato que viola os direitos fundamentais da parte, desde que seja a última opção do poder Judiciário e que sejam respeitados outros direitos como o efetivo contraditório e a ampla defesa.

Quando há controvérsias em que o direito à liberdade sexual/reprodutiva é colocado em questão, há que se considerar ser um problema de difícil ponderação por parte do jurista.

Por um lado, há o problema das consequências da liberdade irrestrita: sem intervenção estatal em casos extremamente específicos, pode haver grande dano a terceiras pessoas que nada tem a ver com as escolhas feitas por aquele que usará a sua liberdade de forma irresponsável.

Por outro lado, há o princípio da mínima intervenção do Estado no âmbito do Direito de Família, que define que o Estado não deve se manifestar em relação ao planejamento familiar dos indivíduos, por exemplo.

No caso em questão, Janaína passou por um procedimento de laqueadura, que foi requerida pelo Estado visando evitar que outros filhos da requerida passassem por situações parecidas com as que os seus estavam passando, pois alguns deles haviam se tornado dependentes químicos.

No entanto, o que caso ganhou uma repercussão nacional, por infringir direitos fundamentais, além do que, conduziram Janaína, de forma coercitiva para a realização de um procedimento em que a mesma não consentia.

Contudo, a pesquisa torna-se relevante por contribuir junto ao debate jurídico do tema em questão, levantando questionamentos sobre a atuação do Estado quanto a sua interferência na vida humana, de forma a não observar principalmente a dignidade da pessoa humana como ser dotado de direitos e deveres garantidos constitucionalmente.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Bonavides (2008, p. 561), “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

Dentre as características dos direitos fundamentais, destaca-se a respeito da indisponibilidade/inalienabilidade, designando que tais direitos são impassíveis de serem transferidos para outra pessoa, tanto de forma onerosa, quanto de forma gratuita.

Levando em consideração um Estado Democrático de Direito, inseriu-se o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como outros princípios que respalda os Direitos Humanos.

Portanto, os direitos fundamentais são os direitos inerentes ao homem que foram positivados no ordenamento jurídico do Estado, que além de positivados devem ser respeitados para que sua efetividade seja estabelecida.

1.1 Direito à vida x liberdade sexual

O direito à vida é um dos principais direitos, pois é necessário que este direito exista para que os demais façam sentido.

A vida é direito garantido pela Constituição Federal. Segundo Moraes (*apud* Alencar, 2016), é necessário que o Estado providencie para que exista formas de concretizá-la junto a dignidade da pessoa humana. Isso significa dizer que é

necessário que haja efetivamente a concretização de outros direitos correlatos, como a alimentação, assistência social, educação e lar, por exemplo:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais

Barbosa (2018) entende que o direito à vida é pauta constante nos estudos de direito constitucional. A autora argumenta que esse direito é um dos mais importantes dos direitos fundamentais – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

O artigo 5º, caput, da CF/88 estabelece acerca da inviolabilidade do direito à vida. Desse direito decorre os outros, junto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2006, p. 158) leciona que:

O direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, a existência biológica e física, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se, aqui, à vida individual, não apenas à vida humana em geral. Fenômenos vinculados à consciência ou a um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos; proíbem-se, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, do ponto de vista do desenvolvimento da Medicina, de ordem política, racial ou quaisquer outras, da vida que merece proteção. A vida é compreendida, então num sentido exclusivamente biológico e fisiológico.

Destaca-se que sem a vida não há liberdade, nem alguém para o qual objetivar ser tratado de forma isonômica, não existe necessidade de segurança e muito menos de propriedade. Barbosa (2018) lembra ainda que esses direitos, por serem parte dos direitos humanos, não veem a quem são concedidos – logo, não há distinção entre etnias, gênero, sexualidade, classe social ou nacionalidade:

O direito à vida é pauta de profundo estudo na doutrina constitucional brasileira dos últimos tempos, a temática tem grande relatividade aos direitos fundamentais, com vários autores se dedicando ao tema. Como já mencionado anteriormente o direito à vida é considerado um dos mais importante dos direitos fundamentais.

Ainda que pareça natural os direitos fundamentais não eram positivados nas Constituições, sendo que foi ao longo da história da humanidade que ocorreu essa positivação, a qual foi fruto de muita luta e esforços dos povos, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a vida foi reconhecida como supremacia maior dos direitos.

Os direitos humanos consistem em direitos naturais garantidos a todos indivíduos, independente da etnia, gênero, nacionalidade, classe social e até mesmo posicionamento político, eles estão determinados no ordenamento jurídico, bem como tratados internacionais e Constituições.

Ao referir-se a tal assunto, na teoria dos direitos fundamentais, conforme sua evolução histórica, é dado destaque à uma perspectiva histórica, reconhecida como gerações ou dimensões; estas dimensões são conhecidas por períodos que marcaram a evolução dos direitos fundamentais.

Oliveira e Rêgo (2015) lembram, no entanto, que o direito à vida não é absoluto. Isso porque há algumas ressalvas constitucionais, como a possibilidade constitucional de a pena de morte ser instaurada em caso de guerra declarada e na legalização do aborto cuja gravidez originou-se de estupro, em caso de riscos a vida da mãe e cujo feto seja anencéfalo (condição que o faz com que os fetos tenham má formações na calota craniana e/ou não possuam cérebro):

Há, no entanto, hipóteses em que o direito à vida do nascituro pode conflitar com direitos fundamentais da gestante, quais sejam: direito à vida, em caso de gravidez que ofereça risco de

morte (aborto necessário), e direito à liberdade sexual, em caso de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental). Em casos como esse, parte-se para a ponderação entre os direitos fundamentais. Em se tratando de aborto necessário, não se pode obrigar a mulher a prosseguir com gravidez que ameace sua própria vida; deve-se, em respeito à dignidade humana, dar à mulher a opção de interromper a gravidez se assim o desejar. O mesmo vale para o aborto sentimental, em que não se pode constranger a mulher a levar adiante gravidez que resultou de grave violência à sua pessoa. Em ambas as hipóteses, o direito à vida do nascituro cede aos direitos à vida e à liberdade sexual da gestante, em consonância com o princípio da dignidade humana.

(...)

O texto constitucional estabelece em seu art.5º, XLVII, *a*, que não haverá penas de morte no Estado brasileiro, salvo em caso de guerra declarada. Assim, o legislador ao explicitar a exceção, toma por regra que o Estado não pode estabelecer pena de morte a nenhum indivíduo que seja (a não ser no caso excepcional), por mais atroz que seja o crime que ele tenha cometido, reafirmando assim o bem jurídico maior que é a vida no ordenamento brasileiro.

O direito à liberdade é extremamente abrangente. Podemos interpretar como o direito à liberdade de ir e vir (locomoção), à liberdade de imprensa, de expressão ou sexual, por exemplo. Importa salientar que este rol é apenas exemplificativo, pois como dito anteriormente, o direito à liberdade está muito presente em nossa vida.

É preciso lembrar que assim como o direito à vida, o direito à liberdade também não é irrestrito e sem nenhuma exceção: temos como balizador do direito à liberdade a legalidade, representado pelas leis e outras normas legais – tais como as sentenças judiciais, por exemplo. Carvalho (2013, p. 84) partilha deste entendimento:

O art. 5º, II, da Constituição afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esse artigo traz em seu bojo de forma expressa princípio da legalidade e também de uma maneira implícita o direito à liberdade de ação já de maneira relativizada por aquele. A relativização desse direito se torna necessária, haja vista que se

ele fosse um direito absoluto permitiria a “sujeição dos mais fracos pelos mais fortes”.

Por mais que possa existir a controvérsia a respeito da autonomia corporal, o princípio da mínima intervenção do Estado nas famílias e a questão da esterilização compulsória de dependentes químicos, há de se concordar que uma criança não pode pagar pelos erros de seus pais, expondo-se aos riscos e constrangimentos que o pai e/ou a mãe podem fazê-lo passar em decorrência de seu vício em drogas – para citar alguns exemplos, o risco de abuso sexual por terceiros, a possibilidade de nascerem ou adquirirem doenças em decorrência do fato de a mãe usar drogas durante a sua gestação ou quaisquer outros atos de violência.

Todavia, o exercício do direito à liberdade sexual está relacionado com o consentimento. Acerca desse contexto, Bitencourt (2016, p. 46) afirma:

O sexo é um dos mais importantes atributos da natureza humana, capaz de nos levar às alturas. [...] No entanto, o exercício da sexualidade somente atinge esse nível de sublimação e nos causa essa extraordinária sensação de felicidade quando é consentido, desejado e reciprocamente querido [...]. Mas o exercício da sexualidade, enfatizando, tem essa capacidade transformadora somente quando é movido pela liberdade consciente de escolha, de manifestação do instinto sexual de cada um e de todos, respeitando, acima de tudo, a liberdade, a personalidade e a dignidade humanas.

Essa afirmação justifica-se principalmente se verificarmos que essa pessoa não passará pelo procedimento da esterilização compulsória se não for em um caso extremo, como os casos em que o Ministério Público interfere pedindo que este procedimento seja feito.

Nesse caso, cabe lembrar que o direito à vida é garantido a todos, porém deve ser de forma a ser garantida a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a vida só é vida se for uma vida digna.

Se isto não for possível de forma em que não haja intervenção estatal, percebe-se a necessidade de medidas por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário, para verificar de que forma poderá ser resolvida esta questão da melhor forma possível – aplicando a medida mais extrema, de esterilização compulsória, apenas após esgotadas todas as outras possibilidades e após haver a ampla defesa e contraditório.

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está no rol de direitos fundamentais, positivados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Sendo-lhe conferida um caráter normativo amplo, por atingir todo sistema jurídico, político e social.

De acordo com o doutrinador Tepedino (2001, p. 500):

A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Trata-se não mais do individualismo do século XVIII, marcado pela supremacia da liberdade individual, mas de um solidarismo inteiramente diverso, em que a autonomia privada e o direito subjetivo são remodelados em função dos objetivos sociais definidos pela Constituição e que, em última análise, voltam-se para o desenvolvimento da personalidade e para a emancipação do homem.

O referido princípio encontra-se em posição relevante no ordenamento jurídico brasileiro, pois considerando-se o Estado Democrático de Direito trata-se de um fundamento da República Federativa do Brasil, por isso, "qualquer prática que tende a reduzi-la à condição de coisa ou que intencione a privá-la dos meios necessários a sua manutenção, não será admitida" (MARTINS, 2003, p. 71).

O princípio da dignidade da pessoa humana trata-se de um parâmetro ético-jurídico que ganhou ao longo da história destaque inclusive no âmbito internacional, posto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, prevê em seu artigo 1º, que "todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade".

Os diversos direitos fundamentais por mais que tenham aplicações diversas, possuem como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, Sarlet (2002, p. 84) menciona sobre direitos fundamentais e o princípio da dignidade pessoa humana, como:

Neste Contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá - apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de

valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta, a premissa de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável, explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana.

Mazzuoli e Bichara (2017, p. 84) explicam que a relação “[...] a sujeição do Estado brasileiro às normas protetivas da dignidade da pessoa humana, [...], corresponde a um alinhamento ao direito internacional, que exige que os Estados garantam a tutela dos direitos humanos fundamentais em seus territórios”.

A dignidade está inerente a condição humana e que ao longo dos anos, seu conceito foi se aprimorando, e por ser um valor moral, destaca-se sua característica de irrenunciabilidade, em que todas as pessoas tem direito a um tratamento digno. Portanto, refere-se a uma qualidade intrínseca pertencente a cada pessoa.

Segundo Moraes (2002, p. 128):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se de um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humano.

Deste princípio decorrem outros, colocando a relevância de se observar o indivíduo como detentor, não deve ser vista como qualquer requisito que a pessoa deseja ter.

Ressalta-se ainda que, por ser algo inerente ao ser humano, o Estado como detentor de direitos deve garantir sua proteção, viabilizando assim, o desenvolvimento moral da humanidade.

2 DEPENDENTES QUÍMICOS

A dependência química é identificada mundialmente como doença crônica, que pode ser tratada com o intuito de ajudar no controle dos sentimentos e atos dos dependentes.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (1993) a dependência química é conceituada como doença crônica e progressiva, ou seja, considerada como incurável, que pode desencadear alterações em suas funções como ser humano, resultando em transtornos por toda a vida.

Dentre as pessoas que usam drogas, tem-se aqueles que são usuários experimentais e os usuários dependentes. Porém, mesmo sendo usuários experimentais, o dano à sua saúde não está isento de ocorrer.

Segundo Seadi (2009, p. 15), "a etiologia da dependência química é o resultado de interações multifatoriais, sendo diversos os elementos presentes para a sua configuração, como questões culturais, individuais e as familiares".

Quando o indivíduo não consegue mais ter autonomia de si próprio, não consegue mais controlar seus atos é considerado um dependente.

Nesse contexto, é o momento da vida da pessoa em que o consumo das drogas passa a ocupar o primeiro lugar de prioridades e as outras coisas em sua vida passam a ser desconsideradas, pois perdem a existência (SENAD, 2013).

A Classificação Internacional de Doenças (CID-10), citam que as substâncias causadoras de dependência são: álcool, tabaco, cocaína e derivados como o crack, maconha, alucinógenos, solventes e inalantes, a exemplo da cola-de-sapateiro e acetona, estimulantes como anfetaminas e cafeína, sedativos e hipnóticos (medicações como o diazepam). Tais substâncias causam, portanto, dependência, pelo fato de promover a alteração e mudança de sensações, relacionada diretamente com a quantidade, frequência ou circunstância em que é consumida.

A compulsão desses dependentes, os movem para que consigam as substâncias de desejam através de comportamentos de riscos, caso seja necessário, gerando danos sociais e econômicos.

Nesse contexto, a família desempenha um papel relevante no processo de proteger os membros em relação ao envolvimento dos mesmo com drogas, pois apresenta e estabelece as ligações emocionais, comunicacionais e afetivas entre seus membros e nas relações sociais (ZACHARIAS, 2011, p. 16).

O uso de drogas e os dependentes químicos são um problema social, pois, como são considerados doentes crônicos é necessário um acompanhamento da

família e, principalmente do Estado, pois há situações em que muitos abandonam suas famílias para viverem nas ruas, tornando-se o Estado como a única esperança dessas pessoas para fomentar ações e políticas públicas destinadas à satisfação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Diante dessa situação, existem políticas públicas que tem subsidiado essa questão. Tendo em vista, o aumento dos casos nos últimos anos, as Comunidades Terapêuticas têm ganhado destaque na sociedade. Por isso, a SENAD, juntamente com a ANVISA e a Federação Brasileira de Comunidades Terapêuticas (FEBRATEC) editaram a Resolução RDC 101, de 30 de maio de 2001, buscando a regulamentação dessas comunidades, garantindo que os dependentes químicos sejam abrigados adequadamente, com boa qualidade no atendimento (FAPESC, 2015).

Essas comunidades terapêuticas são instituições privadas, sem fins lucrativos que recebem em parte benefício do Poder Público, as quais acolhem pessoas que são dependentes químicas, oferecendo atenção psicossocial e outros serviços de saúde.

O Brasil regulamentou as ações das políticas públicas sobre drogas, por meio da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências (BRASIL, 2006).

De acordo com a Secretaria Nacional Antidrogas SENAD (2013, p. 13), os objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, são:

- Contribuir para a inclusão social do cidadão, tornando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, tráfico e outros comportamentos relacionados;
- Promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;
- Promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- Reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas;
- Promover as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

As comunidades terapêuticas, conforme já mencionadas, recebem ainda, como parte de políticas públicas, apoio da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), expressada através da implantação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), desde 2004, e a Política Nacional de Saúde, expressada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e, mais especificamente pela Política do Ministério de Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas, de 2004 (SILVA, 2018, p. 58).

A questão das drogas é um problema social conforme já mencionado, pois tratar esses dependentes para que não origine a propagação de violência e crimes, tem sido um dos grandes desafios do Estado e da sociedade, pois apesar da efetivação de tais políticas públicas, ainda é muito pouco diante desse enorme problema, pois, esses dependentes podem ter filhos que nascerão e serão criados nesse meio, tornando-se uma nova trajetória de alcance pelas políticas públicas.

Contudo, tais políticas, tem como finalidade atuar no resgate social e humano dos dependentes, garantindo o acesso aos direitos básicos, observando a dignidade da pessoa humana, requerendo a participação do Poder Público como provedor de recursos para que seja colocado em prática tudo o que for estabelecido em leis.

3. ESTUDO DE CASO: JANAÍNA APARECIDA QUIRINO X TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

O caso de Janaína Aparecida Quirino ganhou um destaque nacional no que se refere a negação dos direitos às mulheres brasileiras, quanto aos direitos reprodutivos.

Na época em que tudo ocorreu, Janaína tinha 36 anos, era pobre, ex-moradora de rua e encarcerada, e quando estava grávida do oitavo filho foi condenada por tráfico de drogas, em novembro de 2017.

No entanto, após o seu parto, realizaram uma laqueadura logo após o parto, no dia 14 de fevereiro, a pedido do promotor Frederico Liserre Barruffini acatado pelo juiz Djalma Moreira Gomes Junior. Ocorre que a manifestação do Ministério Público já havia se manifestado antes mesmo da sua prisão, pedindo sua esterilização, porém, como não foi consentido pela mesma, então a Promotoria entrou com duas ações: uma contra ela e outra contra o município de Mococa (SP). Contudo, mesmo tendo a Prefeitura recorrido e o Tribunal de Justiça ter revertido a decisão, a laqueadura já tinha sido realizada (MATHIAS, 2018).

Essa situação traz diversas análises e questionamentos sobre o desrespeito dos direitos da personalidade do indivíduo enquanto ser humano, constituídos de direitos e obrigações.

Diante das condições sociológicas de Janaína, não daria direito ao Estado de submetê-la a realizar um procedimento sem seu consentimento, trazendo um dano físico e psicológico, que perdurará por tudo vida.

Diante de tal situação, verifica-se que o pedido do Promotor de Justiça junto com a decisão do Magistrado em realizar determinado ato, transgrediu de fato, principalmente, o seu direito fundamental de autonomia, atingindo sua dignidade. Nesse contexto, remete-se ao sistema global de proteção dos direitos humanos que inseriu o ser humano em um “[...] dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de sujeito do sujeito internacional público” (MAZZUOLI, 2017, p. 67).

A ação do Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou foi uma Ação Civil Pública – Ação de Obrigação de Fazer, com pedido de tutela de urgência, cujo processo digital nº 1001521-57.2017.8.26.0360, movimentou-se na 2ª Vara da Comarca de Mococa-SP, contra Janaína Aparecida Quirino e o Município de Mococa, tendo por base o artigo 127 da Constituição Federal, o qual prevê que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988), além do artigo 129, IX, que prevê: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Dessa maneira, de acordo com a visão do MP, os direitos individuais de Janaína estariam em risco (SCHORR, 2019, p. 122).

O pedido do MP se fundamentou sobre Janaína ser uma dependente química (usuária de entorpecentes e de álcool) e fazer acompanhamento no CAPS AD, que é órgão integrante da rede protetiva, mãe de cinco filhos, colocando sob essa realidade, perigo a vida dos filhos.

Nesse contexto, menciona-se que Nucci (2008, p. 268) apresenta que o “[...] preconceito é a opinião formada, a respeito de algo ou alguém, sem cautela, de maneira açodada, portanto, sem maiores detalhes ou dados em torno do objeto da análise invariavelmente injustos, provocadores de aversão a determinadas pessoas ou situações”.

Ao analisar um pedido como o que foi apresentado, analisando apenas as condições sociais de Janaína faz com que a discriminação e a desigualdade sejam analisadas sob o aspecto do ordenamento moral.

Contudo, o problema da tolerância em face de quem é diferente por motivos físicos ou sociais é “[...] um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da consequente discriminação” (BOBBIO, 2004, p. 86).

No procedimento em que Janaína foi obrigada a realizar, verifica-se que o Estado em nenhum momento se importou com o que a mesma estava sentindo e quais danos em sua vida poderiam desencadear o fato de ter que ser levada coercitivamente para o ato.

Nesse contexto, cabe ressaltar as palavras de Freud (2018) que “na história singular de cada homem, em conjunção com as forças pulsionais que habitam seu corpo e inscritas na constituição de seu psiquismo, que encontramos as razões para o sofrimento psíquico que se expressa através de seu corpo e de sua alma”.

No Estado Democrático, as pessoas possuem direitos na ordem privada e pública em relação ao Estado. “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza [...] há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais [...]” (SILVA, 2017, p. 121-122).

Nessa perspectiva, o Estado não considerou a situação da Janaína como um ser humano, dotada também de princípios fundamentais, e a forma como o Estado agiu, foi totalmente autocrático, sem observar as bases da democracia e limitando os princípios e garantias da mesma.

Faz ainda analisar, que nenhum Poder Judiciário deve julgar um processo sem observar os direitos fundamentais das partes envolvidas, muito menos, de forma ilimitada. Quando o juízo a quo julgou o processo procedente, deixou de assegurar os princípios basilares da pessoa humana, como por exemplo: princípio da igualdade, da liberdade de escolha, da autonomia de vontade, do contraditório, da segurança jurídica, da dignidade humana. “É imprescindível que o intérprete busque o autêntico significado da norma, pois esta é um produto dos meios cultural e social” (MANZAN, *apud* PINHON; BRASIL, 2017, p. 487).

A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, dispõe em seu artigo 10 que:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Acrescenta-se ainda que em seu § 2º deste mesmo artigo, prevê que: “É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores” (BRASIL, 1996).

E relacionando com estudo de caso da referida pesquisa, cita-se o § 3º, do artigo 10 desta mesma lei que: “Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente” (BRASIL, 1966).

Por conseguinte, o § 6º, do mesmo dispositivo ainda preconiza que: “A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei” (BRASIL, 1966).

Diante da positivação expressa, o Magistrado e nem o Promotor se atentaram para o que se estabelece, permitindo que fizessem um procedimento de laqueadura tubária. O caso ainda ganha mais ferocidade, ao verificar que durante o procedimento, descobriram que a mesma estava grávida, fazendo com que postergasse até o nascimento do bebê a concretização do ato.

Contudo, “os avanços e retrocessos lamentavelmente são próprios da triste condição humana, o que deve nos incitar a continuar lutando até o final. O importante é a luta incessante pela prevalência do Direito” (TRINDADE, 2018, p. 409).

De acordo com os ensinamentos de Kant (2003, p. 76) informa, o direito é “[...] a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. No caso de Janaína, a decisão da justiça foi pautada meramente visando as condições fisiológicas como uma dependente química que não tem responsabilidades de cuidar de si e de sua família. Levaram ao esquecimento o dever do Estado em prestar todos os meios necessários para que uma pessoa como Janaína tenha a oportunidade de se restabelecer como ser humano.

Diante da situação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo entrou com um pedido de indenização de R\$ 1 milhão, que corre em segredo de justiça.

CONCLUSÃO

Todo ser humano é dotado de direitos e deveres, estabelecidos em lei. No que se refere aos direitos fundamentais, destaca-se a respeito da indisponibilidade/inalienabilidade, designando que tais direitos são impassíveis de serem transferidos para outra pessoa, tanto de forma onerosa, quanto de forma gratuita.

Dentre os princípios basilares do Estado Democrático Brasileiro, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra em posição relevante no ordenamento jurídico brasileiro, é ainda, um fundamento da República Federativa do Brasil.

O direito à vida é um dos principais direitos, pois é necessário que este direito exista para que os demais façam sentido, sendo garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo necessário que o Estado providencie para que exista formas de concretizá-la junto a dignidade da pessoa humana.

No que se refere a dependência química, é considerada mundialmente como doença crônica, que pode ser tratada com o intuito de ajudar no controle dos sentimentos e atos dos dependentes.

Em todo esse contexto, destacou-se o caso que chocou o país, o caso de Janaína Aparecida Quirino, pela negação dos direitos às mulheres brasileiras, quanto aos direitos reprodutivos.

Na época em que tudo ocorreu, Janaína tinha 36 anos, era pobre, ex-moradora de rua e encarcerada, e quando estava grávida do oitavo filho foi condenada por tráfico de drogas, em novembro de 2017.

Diante da situação que a mesma passava, o Ministério Público pediu a sua esterilização, porém, a mesma não consentiu, desencadeando assim, um processo que a levaria coercitivamente para a realização deste ato. Durante a análise, verificaram que a mesma estava grávida, sendo postergado o ato.

Ressaltando ainda que a esterilização compulsória realizada em Janaína, é vedada pela Constituição Federal de 1988, além do que, dispõe, em seu primeiro artigo, que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, conforme já mencionado, sendo necessária a proteção e necessidade de proteção efetiva dessa dignidade, a ser alcançada pelo Estado e não por ele suprimida, como ocorreu no caso em análise.

No entanto, diante dos princípios e garantias fundamentais, verifica-se que o estado agiu de forma autoritária, sem observar os seus parâmetros democráticos, desencadeando na vítima um transtorno psicológico, moral, físico de ordem imensurável.

Nessa perspectiva, verifica-se diversos atos incorretos, sem fundamentação legislativa, pois o Estado não considerou a situação da Janaína como um ser humano, dotada também de princípios fundamentais, e a forma como agiu, foi totalmente autocrático, sem observar as bases da democracia e limitando os princípios e garantias da mesma.

Contudo, a lei deve estar acima de qualquer árbitro humano, e deve prevalecer em qualquer tipo de posicionamento social.

Contudo, “os avanços e retrocessos lamentavelmente são próprios da triste condição humana, o que deve nos incitar a continuar lutando até o final. O importante é a luta incessante pela prevalência do Direito” (TRINDADE, 2018, p. 409).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, P G R D. **O direito à vida. Âmbito Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-vida/#_ftn8>. Acesso em 20 Out. 2020.

BARBOSA, G. **A vida como direito humano**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>>. Acesso em 20 Out. 2020.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD)**. Drogas: cartilha sobre maconha, cocaína e inalantes/ Secretaria Nacional de políticas sobre Drogas

(SENAD); conteúdo e texto original: Beatriz H. Carlini. – 2.ed. reimpr. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de políticas sobre Drogas, 2013.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em 20 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; Parte Especial. Volume 4. São Paulo: SARAIVA, 2016.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CARVALHO, R S. **Liberdades constitucionais: breves anotações.** Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdades-constitucionais-breves-annotacoes/#:~:text=O%20art.,de%20maneira%20relativizada%20por%20aquele>>. Acesso em 20 Out. 2020.

CID-10. **Classificação Internacional de Doenças (CID-10).** Disponível em <<https://www.medicinanet.com.br/cid10.htm>>. Acesso em 14 nov. 2020.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em 03 nov. 2020.

FAPESC, **Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina.** Comunidades Terapêuticas: Cenário de Inovação em Santa Catarina.1. Ed. Florianópolis. Insular, 2015.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão.** Tradução: Renato Zwid. 2018. Disponível em: <<https://onlinecursosgratuitos.com/31-livros-de-sigmund-freud-para-baixar-em-pdf-psicanalise/>>. Acesso em 20 nov. 2020.

MAIA, Bruna Michelle Pereira. **Tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. 2014.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATHIAS, Maíra. **O caso que chocou o país**. 2018. Disponível em <<https://outraspalavras.net/outrasaude/2252/>>. Acesso em 20 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; BICHARA, Jahyr-Philippe. **O judiciário brasileiro e o direito internacional: uma análise crítica da jurisprudência nacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, N S; RÊGO, L M S N. **Direito à vida na ordem constitucional brasileira**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36283/direito-a-vida-na-ordem-constitucional-brasileira/2>>. Acesso em 20 Out. 2020.

OMS, **Organização Mundial de Saúde**. Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10. Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: Artmed, 1993.

PINHON, Lílian Mara; BRASIL, Deilton Ribeiro. **JANAÍNA: a mulher sem direitos**. vol. 8, num. 24, 2018. Disponível em <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/viewFile/9652/6515>>. Acesso em 20 nov. 2020.

SCHORR, Janaína Soares. **A esterilização compulsória de Janaína Aparecida Quirino e a ofensa aos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: a discricionariedade conduzindo o judiciário em meados de 2018**. Ius Gentium. Curitiba, vol. 10, n. 3, p. 119-144, set./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SEADI, Susana M. Sastre; Da SILVA, Oliveira Maragreth. **A terapia multifamiliar no tratamento da dependência química: um estudo retrospectivo de seis anos**. Psicologia clínica, vol. 21, núm. 2, 2009, pp. 363-378. Pontifca Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.

SILVA, Marizete Pereira. Dilemas, **Desafios, Avanços e conquistas vivenciadas por dependentes químicos de uma comunidade terapêutica no olhar do serviço social**. 2018. Disponível em < [file:///C:/Users/Downloads/Dilemas %20desafios%200avan%C3%A7os%20e%20conquistas%20vivenciados%20por%20dependentes%20qu%C3%ADmicos.%20Marizete%20P.%20Silva.%202018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/Dilemas%20desafios%200avan%C3%A7os%20e%20conquistas%20vivenciados%20por%20dependentes%20qu%C3%ADmicos.%20Marizete%20P.%20Silva.%202018%20(1).pdf)>. Acesso em 14 nov. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. p. 407-490. Disponível em < <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2020.

ZACHARIAS, DG; GARCIA, EL; PETRY, ELS; BRINGMANN, G; SKOLAUDE, LN. **Familiares de usuários do crack: da descoberta aos motivos para o uso da droga**. In: 4ª Jornada de Pesquisa em Psicologia: Desafios atuais nas práticas da psicologia; 2011 Nov. p. 16-29; Santa Cruz do Sul - SC. Brasil. Santa Cruz do Sul: UNISC; 2011.

O CONFLITO DA MATERNIDADE COM O ESTADO PUERPERAL: A PROBLEMÁTICA REALIDADE PRESENTE NO MUNDO

KIMBELLY SOUZA CHAVES:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus- FAMETRO

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo descreve o crime de infanticídio, expondo raízes históricas da maternidade e da violência que atua desde a Idade Média até os dias atuais, explicitando suas razões, adentrando aos fatos de laudos médicos, abordando referidas consequências redigidas a penas, subsequente visando diretamente objetivo deste trabalho, esclarecer a importância de um bom acompanhamento na infância em relação à educação básica, para que no futuro não seja necessário punir em sua fase adulta. Nessa perspectiva, apresentam-se dados nesta pesquisa sobre o histórico do crime de infanticídio no Brasil e nos tempos da Idade Média.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio; mulher; estado puerperal, maternidade; violência.

ABSTRACT: The present article describes the crime of infanticide, exposing the historical roots of motherhood and violence that operates from the Middle Ages to the present day, explaining its reasons, entering into the facts of medical reports, addressing the referred consequences written to penalties, subsequently aiming directly objective of this work, to clarify the importance of a good accompaniment in the childhood in relation to the basic education, so that in the future it is not necessary to punish in its adult phase. In this perspective, data are presented in this research on the history of the crime of infanticide in Brazil and in times of the Middle Ages.

KEYWORDS: infanticide, woman, maternity, violence.

SÚMARIO: 1. Introdução 2. Histórico do crime infanticídio. 3. Histórico de tratamento do infanticídio no Brasil. 4. Mulher em estado puerperal- Laudo médico. 5. Entre mudanças e permanências. 6. Previsão do crime e da pena em dias atuais no código penal na lei brasileira. 7. Educação básica na prevenção ao infanticídio. 8. Conclusão. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo, apresentar o crime Infanticídio, conforme cada crime exposto nos meios de comunicação, vindo despertar o interesse em buscar, dados e históricos de pesquisa, que mostre por qual razão a genitora mata e elimina a vida frágil de um inocente, seu próprio filho.

Através da necessidade de enriquecer o conhecimento acerca do crime de infanticídio, foi realizado um projeto voltado para essa conduta criminosa com o auxílio do Código Penal que se constitui como um horizonte de pesquisa no campo do conhecimento voltado a investigar, solucionar e deferir sentenças para tal crime, revendo práticas no processo de estruturação através dos fatos e de conhecimentos pré-existentes que estejam de forma significativa e informativa no desenvolvimento do processo, haja vista a possibilidade de elucidar respostas positivas favorecendo assim a genitora, a fim de uma abordagem mais branda para esse delito na fase da legislação penal para esse crime, explicitado no artigo 123 que diz: Matar o filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após, uma vez que o estado psicológico estaria confuso decorrente do mesmo, lembrando que o puerpério se estende no início do parto onde ocorre a expulsão do feto da placenta e a criança se torna acessível ao contato com sua mãe que possivelmente não esteja bem psicologicamente ao recebê-lo.

A princípio, foi realizado o estudo no caso de depressão pós-parto a fim de identificar qual ligação teria com os crimes de infanticídio, em dias atuais sabe-se que este caso é cada vez mais corriqueiro, infelizmente recebemos notícias cruéis através dos meios de comunicação, de mães que abandonam ou tentam contra vida de seu próprio filho, como por exemplo: jogando a criança recém-nascida no lixo, ou em outro lugar abandonado, com a única finalidade de se livrar do peso que seu filho trás para a mesma.

O que de fato acontece com a mulher durante o período gestacional e durante o pós-parto? Sabe-se que pela sociedade é considerado um momento esperado e especial, fugindo totalmente de atos de crueldade, como machucar e matar uma vida que foi gerada por nove meses, trata-se de uma vida inocente a qualquer situação infeliz e desagradável que possa ter acontecido durante o período de gestação ou posteriormente a seu nascimento.

Como uma mulher que carrega uma riqueza em seu ventre, acaba por fim entrando em colapso psicológico, e comete tamanha barbárie contra um ser indefeso que ela mesma gerou? Sem levar em consideração o peso da maternidade, do vínculo afetivo e do direito a vida.

Mulheres que cometem atos como este nitidamente se encontram em estado melancólico, por diversos motivos, toda mulher passa pelo tempo de puerpério e

pode desenvolver o estado puerperal, entrando no estado melancólico durante a gravidez ou logo no final dela.

1. HISTÓRICO DO CRIME INFANTICÍDIO

Em princípio dos fatos, no Direito Romano, quando a mãe matava o filho incluía-se ao parricídio. Em contrapartida se o autor da morte do filho fosse o pai, não incluía a nenhum delito, pois de acordo com a lei das XII Tábuas (século V a. C) era autorizado a morte do filho nascido com deformidade.

Tábua Quarta- Do Poder e do Casamento. I- É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.

Crianças que nascessem com deficiência, malformadas ou que trouxessem desonra a família, podiam ser mortas pelos pais depois do nascimento.

No segundo período, a lei era totalmente a favor da criança recém-nascida, as mães infratoras que praticassem o infanticídio por qualquer motivo, eram punidas a penas severas.

No Direito Germânico, considerava-se infanticídio a morte do filho que foi causada pela mãe, a genitora passou a ser considerada total e exclusivamente responsável pela morte do filho. No direito Canônico em regra os pais eram punidos pela morte do filho, suas penas eram cruéis, seus costumes eram resumidos a execução por tortura, empalhamento, fogo e decapitação. O empalhamento foi um método de execução que consistia na inserção de uma estaca que atravessava o corpo do torturado. Na Idade Média, as mães que matavam seus próprios filhos de forma oculta e perversa eram enterradas vivas ou empaladas.

Apenas na era moderna, surgiu a lei jurídica que amenizava a pena da mulher que matava o próprio filho, uma mudança que aconteceu decorrente ao apoio de ideias humanitárias, responsáveis para que o delito fosse tratado com certas regalias. Em 1803, o infanticídio foi considerado homicídio privilegiado, tendo em vista o estado e as condições psicológicas da mulher durante o parto. Previsto no Código Penal Austríaco.

O Iluminismo foi marcado por pensamentos humanitários, teve total relevância na atuação como suporte de tratamento para o infanticídio, a fim de abrandar a pena, tão-somente quando caracterizado por motivo de deformidades, honra e etc.

Filósofos do direito natural trouxeram um movimento que tinha como objetivo o abrandamento da pena no infanticídio, trazendo assim uma grande mudança nos costumes e pensamentos. Com o efeito da mudança, o infanticídio passou a ser considerado um homicídio privilegiado. Filósofos do direito natural visavam diretamente influenciar os legisladores, para que abrandasse o delito, levando em consideração possuir fortes argumentos, como: pobreza, conceito de honra, e o fato das crianças serem portadoras de deficiências ou deformidades.

Observa-se que infanticídio é um crime praticado há longas datas, suas justificativas dadas sempre foram por motivos de honra, deficiências e etc. Somente nos tempos modernos houve o abrandamento das penas, e só julgava-se de forma branda se ocorressem motivos de honra ou condições psicológicas especiais, para tão somente ser considerado um homicídio privilegiado. Referindo-se a análise histórica, Dirceu Mello diz:

Poucas ações humanas, dentre aquelas que integram o rol dos comportamentos tidos como ilícitos e expostos a sanção criminal, apresentarão, como o infanticídio, história com altos e baixos, dúvidas e pontos de conflito, ainda hoje sujeitos a especulações e não superados.

2.HISTÓRICO DE TRATAMENTO DO INFANTICÍDIO NO BRASIL

Haja vista o histórico de Infanticídio percebe-se que desde a Idade Antiga, os pré-históricos julgavam os crimes de acordo com suas regras costumeiras e naturais. Em 1830 o Infanticídio no Brasil foi previsto em dois artigos no Código Criminal:

Artigo 197 do Código Criminal.

Matar algum recém-nascido.

Pena – de prisão por três a doze anos.

Artigo 198 do Código Criminal.

Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra.

Pena – prisão com trabalho por 1 a 3 anos.

O Código Penal de 1890 trazia o infanticídio como: “Matar recém-nascido, isto é, uma criança, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios

diretos e ativos quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte” (art. 298, caput).

O atual Código Penal em vigor traz o infanticídio descrito no seu artigo 123, como sendo: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Com o novo artigo redigido pode-se descrever conceitos básicos para melhor detalhar e compreender o crime de infanticídio. O primeiro é o ato de matar, também definido como tirar a vida de alguém. O segundo é a influência do estado puerperal, o estado psíquico melancólico da mulher que caracteriza o crime de infanticídio.

Nesse sentido, o legislador pátrio entende que o infanticídio é um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o recém-nascido, estando sob influência de condições psicológicas especiais, que se refere estado puerperal.

Na obra *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria abordou o tema infanticídio, apesar do crime não ter semelhança com a legislação brasileira que exige o estado puerperal, o termo é a representação da mãe que mata o filho para esconder sua desonra.

Discorre em sua obra que:

O infanticídio é igualmente o efeito de uma inevitável contradição, na qual é posta uma pessoa, que por fraqueza ou violência, tenha cedido. Quem se encontrar entre a infâmia e a morte de um ser incapaz de sentir os males, como não preferirá esta a miséria infalível a qual seria ela exposta a seu infeliz fruto? A melhor maneira de prevenir este delito seria proteger, com leis eficazes, a fraqueza contra a tirania, a qual exagera os vícios que não se podem cobrir com o manto da virtude.

3.MULHER EM ESTADO PUERPERAL- LAUDO MÉDICO

O conjunto de idéias no estudo médico-legal tradicional, não é consensual. Apesar de a doutrina médico-legal seguir um caminho paralelo com à Psiquiatria, pode-se perceber que o infanticídio passou a ser negligenciado como campo de estudo, pois raros relatos de caso de infanticídio descrevem um quadro de negação da gestação, de sintomas de transtornos dissociativos ou de psicose, o foco dos casos em geral é expor o crime, causando polemica e ataque a mãe infratora, sem levar em consideração sua real condição psicológica.

A polêmica com relação à nomeação do fato de matar um filho aparece na literatura especializada, em geral baseia-se em um distúrbio mental da mãe, decorrente do puerpério ou da lactação, ou pelo distúrbio apresentado pelas mulheres ligado a reprodução. Não há evidências suficientes que comprovem a existência de tais transtornos, mas há indícios de relação com transtornos afetivos bipolares, incluindo psicoses psicogênicas e orgânicas.

Dados médicos concluem que a mulher realmente passa por disfunções hormonais e conseqüentemente pode-se levar a alterações em seu estado psíquico.

Todas as mulheres durante a gravidez passam pelo puerpério, apesar da semelhança, não deve ser confundido com estado puerperal. Em regra, o puerpério é o período que vai do início do parto até a mulher retornar a ser como era antes da gravidez, sua duração pode ter até oito semanas.

Após a expulsão do feto e da placenta, que é a chamada dequitação, tem início o puerpério, que se estende até a volta do organismo materno às condições pré-gravídicas. A duração desta fase é de seis a oito semanas. Pode-se dar o puerpério imediato (até dez dias após o parto), tardio (que vai até quarenta e cinco dias) e o puerpério remoto (de quarenta e cinco em diante). (TAKAKI, 2009, p. 2).

O parto, ainda que possa produzir pequenos transtornos psicológicos, como emotividade exacerbada e depressão pós-parto, não deve induzir transtornos de gravidade. O puerpério é um quadro fisiológico que atinge todas as mulheres que dão à luz, sendo raras as alterações de cunho psicológico graves como a psicose puerperal. (Del-Campo 2005, p. 208).

O artigo 123 do Código Penal explicita a duração no processo do lapso temporal da mulher, a diferenciação entre o puerpério e o estado puerperal, se dá, durante o parto ou logo após. O sentimento de rejeição, depressão após o parto acontece devido a perturbações ocasionadas pelo estado puerperal. Mas afinal, como se conceitua o estado puerperal?

De acordo com Capez (2007, p.103):

Trata-se o estado puerperal de perturbações, que acometem as mulheres, de ordem física e psicológica decorrentes do parto.

Jesus, (2012, p.107) conceitua que:

Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.

Logo, podemos afirmar que o estado puerperal é o fenômeno que acontece durante o parto ou logo após, podendo levar à ocorrência de alterações físicas e psíquicas, influenciando a mulher com intensidade a ponto da genitora não saber o que está fazendo. Em sua pior forma, as alterações levam a mãe matar seu próprio filho, incorrendo no artigo 123 do Código Penal.

Estudiosos do tema questionam o fato do caso ser tratado de forma diferente dos outros crimes cometidos por pessoas com distúrbios mentais, através de legislação específica. Um levantamento de pesquisa notou que, 50% das mulheres que comentem o infanticídio o fazem em decorrência de gravidez indesejada ou ocultada, também pelo fator de econômico, circunstâncias sociais são favoráveis no aumento de indícios de infanticídio.

Entrando em quadro de psicose, os sintomas mais frequentes são tomados por ansiedade, angústias, compulsões e obsessão com pensamentos hipocondríacos, devido estar com a sua realidade alterada, a pessoa não se dá conta que está doente. As psicoses são classificadas em: psicose maníaco depressiva, esquizofrenia, psicose puerperal, perturbação tóxica infecciosa.

Contudo, dependendo do quadro que encontra-se a agente o estado puerperal tem bastante influência, sendo capaz de produzir diferentes efeitos, se atingir o nível de doença mental, excluirá a imputabilidade da puérpera.

Em 2008, em Cruz Alta no município do Rio Grande do Sul, ocorreu o julgamento de um caso de Infanticídio, quando uma mãe sob influência de depressão pós-parto, após o nascimento do seu filho, jogou o bebê na privada e deu a descarga, acabando por consequência matando a criança por asfixia, e ocultou o corpo em uma lixeira pública como desfecho. A 3ª Câmara Criminal do TJRS confirmou o julgamento pelo Tribunal do Júri como infanticídio. Previsto no art. 123 do Código Penal, o crime caracteriza-se por matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença, que pronunciou a mãe, no dia 07/05/07, somente por infanticídio - cuja pena de detenção é de 2 a 6 anos e ocultação de cadáver. O Ministério Público solicitou a qualificação do delito para homicídio qualificado por asfixia, que prevê pena de reclusão de 12 a 30 anos. A defesa solicitou o improvemento do recurso, sustentando que a ré encontrava-se incapaz de compreender o caráter ilícito de seus atos, na época dos fatos. Pediu a manutenção da sentença.

Segundo a avaliação, no momento do delito a mulher apresentou sintomas delirantes, diagnosticados como "reação psicótica puerperal" a Juíza do caso, na instância de 1º Grau entendeu ter sido o fenômeno do parto determinante da perturbação de saúde mental da acusada, apesar de não isentar a ré da culpa, também não foi classificado como homicídio qualificado.

4. ENTRE MUDANÇAS E PERMANÊNCIAS

A História do Infanticídio experimentou fases bastante heterogêneas ao longo do tempo, oscilando a tolerância em relação à sua prática, conforme variavam os valores morais e éticos do meio social.

Do mesmo modo, a Legislação Penal Brasileira, através das Ordenações do Reino (Brasil Colônia) e dos Estatutos Repressivos de 1830, 1890 e 1940, conceituou o delito de Infanticídio de diversas formas.

O Direito Penal que vigorou no Brasil desde seu "descobrimento", tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino, que não fazia em nenhum momento referência a presença do Infanticídio e sim do Homicídio Qualificado.

Desdobrando-se na seguinte disposição legal: § 31 A mãe que, esquecendo-se de o ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com fim de encobrir o seu delito, e de salvar a sua fama e reputação, será para sempre presa e reclusa.

Apesar de não mencionar a palavra Infanticídio, podemos perceber o profundo sentimento de repulsa que o ato de uma mãe matar o próprio filho pôde gerar na legislação colonial, inspirada nas leis de sua Metrópole Portugal.

De outro modo, o Código Criminal do Império sancionado em, 16 de Setembro de 1830, seguindo a orientação reinante na época, passou a considerar o Infanticídio como figura excepcional, prescrevendo uma pena sensivelmente amenizada. Desta forma, tal estatuto criou duas figuras de Infanticídio e assim dispunha em seu artigo 197: Matar algum recém-nascido: pena de prisão por 3 a 12 anos e continuava em seu artigo 198: Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: pena de prisão.

O Brasil em Colônia portuguesa estava submetido às Ordens do Reino, que eram as compilações de todas as leis vigentes em Portugal, mandadas fazer por alguns de seus monarcas e que passavam a constituir a base do direito vigente. São verdadeiras consolidações gerais, que serviram de molde para as codificações que temos hoje. Como: Código Civil, Comercial, Penal e Processual.

Verificam-se aqui, duas categorias para o crime:

- 1- Que o crime de Infanticídio poderia ser praticado por estranhos ou parentes da vítima, não por motivos de honra e, sim, por motivos diversos;
- 2- Que estabelecia ser o Infanticídio um crime praticado pela mãe por motivo de honra.

Por sua vez, o Código Penal Republicano de 1890 conferiu ao Infanticídio o seguinte tratamento, em seu artigo 298: Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte: pena de prisão celular por 6 a 24 anos. Do mesmo modo que no estatuto anterior, o Código Penal de 1890 também considerava a hipótese honoris causa (defesa da honra) para abrandamento da pena, desde que fosse alegada pela mãe da vítima; assim descrito: Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria; pena de prisão celular por 3 a 9 anos.

As principais diferenciações entre as legislações acima, se apresentam em relação ao aumento da severidade das penas e no que se referia a definição do que seria um recém-nascido. O período de prisão foi triplicado para a mãe e duplicado para terceiros. Os Códigos Penais de 1830 e 1890 equiparavam o Infanticídio ao homicídio simples, privilegiando, por vezes, o Infanticídio com a minoração da pena, mesmo sem exigir o motivo da ocultação da desonra própria ou a presença da mãe da vítima na autoria do delito; outras vezes, imputando a ambas, às "condutas ilícitas", a mesma previsão penal.

Antes de nos referirmos ao Código Penal de 1940, ainda em vigor na Legislação Brasileira, vale ressaltar alguns aspectos dos Projetos que foram criados para discutir, as principais nuances da criminalização do Infanticídio no Brasil. Tais Projetos foram sendo regidos no espaço temporal que mediou os Códigos Penais de 1890 e 1940. Esses Projetos apresentaram-se como tentativas de substituição ao Código de 1890.

5. PREVISÃO DO CRIME E DA PENA EM DIAS ATUAIS NO CÓDIGO PENAL DA LEI BRASILEIRA

O crime de infanticídio está descrito em nossa lei penal no art. 123, e pune com detenção a mãe que mata o filho recém-nascido.

Art. 123 do Código Penal Brasileiro.

Matar sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

É importante salientar o princípio do direito a vida, previsto em nossa Constituição.

Art. 5º da Constituição Federal.

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

Assim, esclarece a jurisprudência do STJ: Homicídio e não infanticídio- TJSP: “Se não for verificado que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sob a influência do estado puerperal, a morte praticada se enquadrará na figura típica de homicídio”.

Como já dito o Código Penal trata de maneira diferenciada a mãe que mata o próprio filho sob o estado puerperal, o presente crime é considerado como próprio, somente causado pela mãe e tem como pena a detenção de dois a seis anos, sendo lei aprovada em 1940 como Decreto-Lei nº 2.848.

Pela ótica dos conhecimentos e conceitos jurídicos, a humanização de abordagem deste tipo de crime deve ser tratada com a máxima cautela e orientação dos profissionais com propriedade para tal, assim como assistentes sociais, equipe jurídica especializada, psiquiatras, psicólogos, neurocientistas e os neuropsicopedagogos, como facilitadores do processo, seja de regeneração da genitora ou de sua condenação, para que a compreensão da sociedade e da própria mãe que cometa o infanticídio, não seja vista somente pelo âmbito de uma criminosa ou vítima das próprias circunstâncias que a rodeiam, mas que também e muito possivelmente, como uma pessoa com algum distúrbio que precisa ser tratado e para que também não se torne reincidente.

O dolo é o elemento subjetivo do crime de infanticídio, entretanto se conduzida devido as perturbações resultantes do estado puerperal, a ação da genitora tem que ser de acordo com a sua vontade e consciência, levando a execução da morte de seu filho de forma comissiva ou omissiva. O dolo nessa situação,

encaixa-se em eventual quando existe a previsão e aceitação do resultado, mesmo sem desejar.

O tipo penal incriminador se configura somente quando o agente atua com dolo, tendo a intenção de causar o resultado, ou quando assume o risco em provocar, não será possível configurar o delito quando a genitora atua com falta de cuidado, logo, quando o descuido da genitora puerpera imprimir o resultado morte, em influência do estado puerperal, será configurado em delito de homicídio culposo.

A consumação do infanticídio só será executada com a morte do filho nascente ou recém-nascido causada pela própria mãe, para que o crime se caracterize é indispensável que a criança nasça com vida.

A tentativa do delito se configura quando a vontade de tirar a vida de seu filho é iniciada, mas por certos motivos pode ser interrompida por qualquer circunstâncias alheias a vontade da parturiente, neste caso, pode haver a possibilidade da desistência voluntária, seguida do arrependimento eficaz. É importante ressaltar que também não haverá crime de infanticídio quando o bebê já encontra-se morto, e a mãe supostamente pensa que o filho encontra-se com vida e pratica o fato com a criança já morta.

Existe também o fato da mãe em efeito de estado puerperal, acreditar que o filho de outra mulher é seu filho e acabar matando a outra criança que não é sua, neste caso enquadra-se ainda o crime de infanticídio, por conta de uma confusão, um erro de pessoa que socorre a agente, a parturiente responderá pelo crime na modalidade privilegiada, prevista no artigo 123, do Código Penal.

6.A EDUCAÇÃO BÁSICA NA PREVENÇÃO AO INFANTICÍDIO

A chave para tratar mulheres que cometem infanticídio pode ser discutida em todos os setores da sociedade, sobretudo, envolvendo os principais círculos de formação do cidadão, como a escola, onde se dá o primeiro sentido de socialização de um indivíduo, pois o ato de aprender é complexo, não envolve somente a questão de memorizar os conteúdos, é muito mais do que isso. Aprender envolve emoção, interação, alimentação, descanso, motivação, entre outros. ALMEIDA, (2015, p.14), afirma que:

Na educação infantil, também há outra forma de se relacionar com a criança que não apenas o cuidar. Eles podem ver que a educação infantil pode educar, apresentar e estruturar conteúdos em atividades do cotidiano e principalmente pode ter trabalhos pedagógicos respeitando as fases orgânicas e

neurológicas da criança no potencial criativo e cognitivo dos pequenos.

O espaço educativo deve estar aberto para novos profissionais que venham a somar com as equipes multidisciplinares que contribuem com o educando, por isso, neuropsicopedagogos, além de ter uma visão de como ocorre a aprendizagem do educando, também possuem vistas nupara a metodologia de ensino do professor, possuem competências para orientar de que forma a aprendizagem pode se tornar mais significativa, olhando o indivíduo desde criança como um ser em transformação, levando à compreensão do que é certo e errado, tornando assim, meninas capazes de se tornarem mulheres conscientes de seus atos e levando à possibilidade de uma saúde mental equilibrada e benéfica.

Diante desse quadro, podemos observar que quando uma criança observa desde sua tenra idade situações boas como o afeto, carinho, respeito, amor, educação e brincadeiras, elas descobrem e desenvolvem por si mesmas as soluções para situações-problema em seu desenvolvimento. Sendo assim, uma criança feliz, condicionam impulsos conscientes e inconscientes que levam às atividades físicas mentais de grande significação.

De acordo com Velasco (1996, p. 78):

Brincando a criança desenvolve suas capacidades físicas, verbais ou intelectuais. Quando a criança não brinca, ela deixa de estimular, e até mesmo de desenvolver as capacidades inatas podendo vir a ser um adulto inseguro, medroso e agressivo. Já quando brinca a vontade tem maiores possibilidades de se tornar um adulto equilibrado, consciente e afetuoso.

Para Luzuriaga (1984, p.17) educação é:

A influência intencional e sistemática sobre o ser juvenil, com o propósito de formá-lo e desenvolve-lo. Mas significa também a ação genérica, ampla, de uma sociedade, sobre as gerações jovens, com o fim de conservar e transmitir a existência coletiva. E educação é assim parte integrante, essencial, da vida do homem na sociedade [...]

Segundo Freire (1994, p.34)

A educação tem que ser recuperada como um vínculo estreito. "O ser humano aprende a ser humano, aprendendo os

significados que outros humanos dão a vida, a terra, ao amor, a opressão e a libertação...”.

Nucci (2012) sinaliza que:

O estado puerperal não pode ser confundido com as chamadas psicoses puerperais, que se apresentam dias após o parto. Se tais psicoses se apresentarem no caso concreto, devem ser ajustadas no contexto da inimputabilidade (artigo 26, Código Penal).

Nessa linha, o artigo 26 do Código Penal prevê como causa da exclusão da imputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado. Em outras palavras, o agente, ao tempo da ação ou omissão, deve ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A existência da condição puerperal é um constituinte motivador para uma mãe matar seu próprio filho, opinião que apenas valida o entendimento médico-legal, é preciso que a justiça acredite na influência deste estado e faça valer o que diz a lei, mais precisamente em seu artigo 26, do Código Penal Brasileiro, dessa forma, ao invés de serem punidas injustamente, mulheres com distúrbios mentais seriam tratadas de forma acertada, sendo colocadas em hospitais psiquiátricos para um atendimento adequado. Só não se pode abster-se de ratificar que o infanticídio evidencia irrefutavelmente uma delinquência societária.

Art. 26 do Código Penal - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de Pena:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

CONCLUSÃO

Observa-se que infanticídio é um crime conhecido desde a Idade Antiga, inicialmente se justificou por motivos de honra, deficiências físicas, etc. Somente nos tempos modernos surgiu um abrandamento para as penas nesse delito, o infanticídio é classificado como um homicídio privilegiado, pois está submetido no quadro de alterações hormonais, físicas e psíquicas da parturiente.

Em virtude do estado puerperal, também conhecido como depressão pós-parto, a mulher sofre um desequilíbrio psicológico que mexe com toda a mentalidade da genitora, bem como em seu comportamento, este infortúnio é responsável pela ação que contraria os impulsos da natureza de mãe, em relação a cuidado e proteção, fazendo atuar contra seu filho, e oferecendo riscos contra sua vida. Este crime refere-se quando a mãe mata seu filho durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

É válido ressaltar que este estado deixa a parturiente sem plenas condições de compreender o caráter ilícito de seus atos, e após comprovado seu abalo psíquico na genitora, a mesma responderá pelo delito previsto no artigo 123 do CP, devendo ser processada e julgada. Caso a genitora sofra de perturbações mentais preexistentes, agravadas pela gestação, parto ou puerpério, a mulher não será apenada com base no artigo 123 do CP, mas sim na conformidade do artigo 26 ou parágrafo único do mesmo diploma legal, podendo neste caso, receber uma medida de segurança.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, CESARE. 2005. Dos delitos e das penas. São Paulo. Quartier Latin. p. 101
- JESUS, Damásio Evangelista de. 2012. *Direito Penal*: parte especial. v. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva. p.107.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. 1997. Crimes contra a Pessoa. São Paulo: ed. Saraiva.
- NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. *Código Penal Comentado*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LUZURIAGA, Lorenzo. 1978. História da educação e da pedagogia. Tradução de Luiz Damasco Penna e J. B. DAMASCO, Penna. 10 ed. São Paulo: Editora Nacional. p. 1-2.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 1994. 17 ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra. p.34.

MELLO, DIRCEU de. 1973. Infanticídio algumas questões suscitadas por toda uma existência do delito de discrepâncias e contrastes. Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 292- 297.

VELASCO, Cacilda Goncalves. 1996. Brincar: o despertar psicomotor. Rio de Janeiro.

MECUM, Vade. 2019. Código Penal. ed. Saraiva. São Paulo.

BRASIL, Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado.

A INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO FISCAL NO ÂMBITO FEDERAL

JORDANA MARTINS MONTEIRO:

Graduando(a) do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO: A Execução Fiscal é o principal meio judicial para arrecadação de receitas pelos Entes Federativos – isso significa dizer que o referido instrumento processual é o responsável pela cobrança de certa quantia – sendo dívidas: tributárias ou não. Ocorre que a porcentagem de processos que tramitam nas varas do território nacional tem número significativo e, chama a atenção ao fato de que em torno de 30% (trinta por cento) destes estão pendentes de julgamento. Se por um lado grande porcentagem se refere à pendência de julgamento, de outro se verifica a pequena porcentagem de créditos tributários satisfeitos. Existindo casos em que muitas Execuções Fiscais, em andamento, pertencem ao mesmo devedor e que quase todas as medidas infrutíferas já tomadas em um processo voltam a ser feitas no outro processo, mostrando-se ineficiente e nada econômica. Com isso, percebe-se a importância e a necessidade de um aprimoramento ou fuga do principal meio judicial de satisfação do crédito público. Nesse cenário, buscar-se-á diretrizes já traçadas pela Administração Pública com o fito de esclarecer essa conjectura conturbada do rito executivo tributário. Retirando essa cláusula de “um fim em si mesma”, para ser de fato: “um meio para um fim”.

PALAVRA-CHAVE: Execução Fiscal. Ineficácia. Arrecadação. União Federal.

ABSTRACT: Tax Enforcement is the main judicial means for the collection of revenues by the Federative Entities – that is to say that the referred procedural instrument is responsible for the collection of a certain amount – being debts: tax or not. It turns out that the percentage of law suits that are pending in the courts in the national territory has a significant number, and draws attention to the fact that around 30% (thirty percent) are pending judgment. If, on the one hand, a large percentage is considered pending judgment, on the other hand, the small percentage of tax credits calculate disverified. There are cases in which many tax Foreclosures, in progress, belonging to the same debtor and that almost all the unsuccessful measures have already been recovered in a process turned to be done in the other process, proving to being efficient and not at all economical. With this, one can see the importance and the need for an improvement or escape from the main judicial means of satisfying public credit. In this scenario, we will seek guidelines already outlined by the Public Administration in order to clarify this troubled conjecture of the tax executive rite. Removing this "end in itself" clause, to be in fact: "a means to an end".

KEYWORDS: Tax Enforcement, Ineffectiveness, Collection, Federal Union.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerações sobre o processo tributário. 2. Processo tributário judicial. 3. A ineficácia da execução fiscal. 4. Judiciário em números. 5. Meios extrajudiciais de satisfação do crédito público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O intuito desta pesquisa é estudar a eficácia da Execução Fiscal, apresentando algumas modificações, já existentes, que possam tornar o processo mais célere ou evitar a judicialização, sem a geração de altos custos em vão.

Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116) tem-se que o método de abordagem a ser adotado será o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”.

Dividindo-se os tópicos em: (i) Considerações sobre o processo tributário; (ii) Processo tributário: administrativo e judicial; (iii) A ineficácia da Execução Fiscal; (iv) Judiciário em números; (v) Meios extrajudiciais de satisfação do crédito público e (vi) Conclusão.

Talvez, a execução fiscal tenha, na época do Código de Processo Civil de 1973, alcançado alguma eficiência, contudo, com diversas alterações legislativas e dos próprios costumes da sociedade – com o globalismo, esse meio judicial parou no tempo, e parando, acabara travando a eficiência da recuperação do crédito público.

Com essas premissas, busca-se um resultado para esse problema. O que antes era uma fórmula, hoje é uma incógnita. Se tratando de orçamento público não deve existir incógnita; nessa corrente, hodiernamente, estar-se-á no Congresso Nacional, na Procuradoria da Fazenda Nacional e na Receita Federal a análise de algumas saídas – com propostas e soluções – que serão brevemente apresentadas, dada a relevância e o que elas podem acrescentar para o tema em análise.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO TRIBUTÁRIO

O processo é uma via fundada na resolução, questionamento, análise e decisão dos fatos levantados para apreciação do Estado-Juiz, por meio da Jurisdição. Desde os primórdios da humanidade tem-se a ideia de processo, recordando, temos como referência filosófica à Grécia antiga, após, o Império Romano e assim sucessivamente.

No decorrer dos tempos, tanto o processo e o procedimento ganharam contornos dogmáticos, novos princípios (antigos direitos) foram incluídos para propiciar a paridade de armas, fugindo cada vez mais da visão inquisitorial com o surgimento do contraditório e da ampla defesa, deu-se a oportunidade para o réu defender-se ou mesmo atacar.

Hodiernamente, o processo é encarado como um modelo de segurança jurídica, cláusula pétrea da República Federativa do Brasil, em ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

Quando a Constituição remete aos bens, no âmbito tributário e aduaneiro, lembramo-nos de dois fenômenos: o confisco e a pena de perdimento; o primeiro é uma regra de vedação ao estado da proibição de tributos com efeitos confiscatórios, havendo questionamento doutrinário e jurisprudencial, no Conselho Administrativo da Receita Federal e no Judiciário, quanto às multas, já, o segundo é um procedimento alfandegário de apreensão preventiva dos produtos ou mercadorias em decorrência de alguma irregularidade que configure dano ao erário, letra dos artigos 689 a 701, do Regulamento Aduaneiro Decreto nº 6.759/2009 e legislação esparsa que trate do assunto.

Tem-se em mente a importância e observância do devido processo legal no exercício regular de um direito e da oportunidade da parte afetada se manifestar e compor a tríade dos sujeitos interessados no que está sendo discutido.

No direito tributário. Nunes (2020, pg. 65) a locução “processo tributário”, em sentido lato, abrange tanto os procedimentos tributários para a constituição do crédito tributário quanto o processo administrativo em que se verificam divergências entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública’. E mais a frente o autor pontua que o processo administrativo é normalmente associado à noção de procedimento, conforme anota Celso Antônio Bandeira de Mello. Essa conclusão tem suas bases, certamente, na compreensão de que o processo não é privilégio da atuação jurisdicional.

Na conceituação de processo Machado (2018, pg. 251) pontua que é importante notar que, entre todas essas espécies de processo em sentido amplo, existem algumas nas quais não há a necessária participação ou influência de vários sujeitos no resultado final; aí encontramos as fiscalizações, às análises documentais, visitas da autoridade fiscal, informações, comunicados e demais atividades que não necessitam de manifestação da parte, apenas ciência do ato.

Com essas noções doutrinárias, observamos que, na dicotomia acadêmica pelo fato do Direito Tributário ser espécie do Direito Público, entende-se que a

Administração Pública deve está vinculada aos ditames e liames da legislação, sob pena de configurar abuso de autoridade ou extrapolação da competência caso atue ou autue de maneira discricionária em casos que a lei não concede esse amparo normativo, para ilustrar o Código Tributário Nacional trata do assunto no artigo 142, parágrafo único.

Com isso, nota-se que no curso do exercício da atividade estatal deve-se observar a legislação, no sentido amplo, respeitando os princípios específicos para cada atividade e cada ato.

No processo administrativo fiscal (PAF) regulamentado pela lei nº 9.784, no âmbito federal, encontramos alguns princípios que devem ser incentivados e são eles: a legalidade, a justiça, a segurança jurídica, a isonomia, a razoabilidade, a proporcionalidade, a publicidade, a oficialidade, a busca pela verdade real, o dever de fundamentação e outros, isso apenas no processo administrativo fiscal, sob pena de violação do princípio basilar de um Estado Democrático de Direito: o devido processo legal.

Feita essas considerações que servem de uma brevidade importante, o processo tributário é, via de regra, idealizado com a hipótese de incidência, possuindo aspecto concreto com o fato gerador, nisso gera uma relação ou obrigação tributária do contribuinte para com o ente competente constitucionalmente, formalizada às partes, dar-se-á o lançamento do crédito tributário, após o ato, o contribuinte será notificado para adimplir o débito fiscal, caso não concorde com a aplicação do valor da norma, será oportunizado defesa no processo administrativo fiscal, a depender da discussão, caso o contribuinte se indispuser a pagar será encaminhado para a Procuradoria da Fazenda Nacional o processo administrativo fiscal para constituição do débito em dívida ativa, protesto, e ajuizamento de execução fiscal para recuperação da quantia do crédito público.

Essas etapas e esses procedimentos são variantes, a depender do tributo ou de como se inicia o processo no âmbito administrativo, como dito inicialmente, no caso da pena de perdimento essa regra é modificada, dada a peculiaridade e excepcionalidade da medida.

Passada essa via administrativa, que fora sintetizada para o fim de aprofundamento do tema, segue-se o curso natural.

2.PROCESSO TRIBUTÁRIO JUDICIAL

Segundo Machado (2018, pg. 261):

O processo judicial tributário é a série encadeada de atos por meio da qual o Estado-Juiz presta a tutela jurisdicional, solucionando definitivamente, porque em última instância, os conflitos havidos entre o Estado-Fisco e os contribuintes através da aplicação do direito ao caso concreto. Esse processo é disciplinado por normas jurídicas, cujo conjunto chamamos Direito Processual, e que têm por finalidade: (a) assegurar a efetividade da tutela buscada; (b) permitir a participação dos interessados; e (c) definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos.

Não foge do conceito de processo no geral, o processo na seara tributária tem peculiaridades que o diferencia dos demais ramos do direito, o que torna ainda mais complexa a análise dessa área.

Seguindo a Hierarquia das Normas, encontramos a Constituição Federal como referencial processual, em seguida o Código de Processo Civil, e por fim a legislação esparsa: com a lei de arbitragem nº 9.307/96 e a Lei de Execução Fiscal (LEF) nº 6.830/90, entre outras.

Sem esquecermos os princípios e garantias do direito processual tributário, destacando-se: a razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, acesso à jurisdição, contraditório, ampla defesa, direito de petição, publicidade, dever de fundamentação das decisões, acessibilidade, etc. No tange a acessibilidade é relevante pontuar a aplicabilidade desse princípio ao rito especial da Execução Fiscal, pois, o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.487.772/SE e em diversos julgados afirma que o hipossuficiente pode opor embargos à execução sem garantia do juízo, efeitos do Código de Processo Civil vigente, demonstrando o grau de zelo dando concretude ao princípio da isonomia, norma de segunda dimensão.

No que se refere às ações judiciais de iniciativa dos contribuintes: o Mandado de Segurança, a Ação Declaratória, a Ação Anulatória, a Ação de Repetição de Indébito, a Ação de Consignação em Pagamento e podendo futuramente a aplicação da Arbitragem no processo tributário, tendo em vista o projeto de lei nº 4.257/2019 que será um pouco abordado nesta obra.

Noutra baila, às ações judiciais de iniciativa da Fazenda Nacional, temos: a Medida Cautelar Fiscal e a Execução Fiscal. Em comparação aos contribuintes o Estado possui menos mecanismos de acessar o Judiciário, mas não se engane essa

balança ainda é mais favorável ao fisco, dado rito o aparte do processo administrativo fiscal que deságua, na maior parte dos casos, na Execução Fiscal para satisfazer o crédito público.

Já que chegamos nela, a Execução Fiscal é regida pela lei nº 6830/80, tendo rito especial. Aplicando-se subsidiariamente o CPC, é o meio judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. A fim de delimitar o tema, a análise pauta-se no âmbito federal (União Federal).

Esse Processo Executório possui inúmeras críticas, dentre tantas: (i) a cláusula *solvet et repete*, (ii) um tempo atrás, a impossibilidade de transação em virtude da indisponibilidade do crédito público, (iii) rara aplicação da dação em pagamento, (iv) a inércia da Procuradoria da Fazenda Nacional, (v) a demora em cumprir os requisitos e marcação de data do leilão, praça pública ou pregão, (vi) a demora dos Oficiais de Justiça em citar o executado, (vii) a dificuldade de localização de bens de valor razoável, (viii) indeferimento pedido de penhora de bens de valor ínfimo, (ix) a diferenciação entre prescrição intercorrente, prescrição ao sócio administrador e prescrição do ajuizamento da execução fiscal, (x) os arquivos provisórios que acabam se tornando definitivos, (xi) da aplicação indiscriminada da Portaria PGFN nº 396/2016 para dívidas inferiores à 1 milhão, (xii) da aplicação indiscriminada do redirecionamento ao sócio administrador, (xiii) da negação de alguns juízes em publicar edital de citação, (xiv) das invertidas infrutíferas da PGFN em processos de valor ínfimo, (xv) das suspensões de 20, 30, 90, 180 dias sem esquecer da demora em satisfazer o crédito, e conseqüentemente a extinção do feito pela prescrição intercorrente.

Por essas críticas e outras, muitos consideram a Execução Fiscal como um instrumento ineficaz, muitas dessas críticas possuem respaldo na prática forense, outras nem tanto, visto que nem contribuem para encontrar alguma solução válida para resolver essa trava judicial, que já preocupa por um bom tempo juízes, procuradores e os contribuintes, haja vista, que, todos são afetados por essa legislação.

3. A INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO FISCAL

É um tema antigo, mas bastante atual, a eficácia da execução fiscal envolve não apenas o direito tributário e o financeiro, afeta indiretamente todas as causas em curso no Judiciário, tendo em vista a gama de profissionais, espaço, varas, turmas especializadas, e principalmente, o congestionamento da máquina pública travando a fluência e o cumprimento das metas dos Tribunais e o do acesso à justiça.

Dentre as críticas levantadas no tópico anterior, podemos filtrá-las e três pontos principais: (i) o tempo, (ii) o custo e (iii) os mecanismos. Separando dessa maneira fica mais fácil enxergar algo que parece bastante simples, porém, possui muita complexidade por afetar diretamente o orçamento público e a legislação orçamentária.

André e Helga – no estudo Execução Fiscal: O Colapso de um Sistema – nos apresentam o seguinte dado:

Outro estudo que ajuda na compreensão da relevância do tema foi desenvolvido pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) e divulgado em janeiro de 2012. Intitulado como *Custo unitário do processo de execução fiscal da União*, tal estudo apresentou dados relevantes sobre o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal, concluindo que o tempo médio total de tramitação dos processos de execução fiscal ajuizadas pela PGFN é de 09 (nove) anos, 09 (nove) meses e 16 (dezesesseis) dias, que a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8% e que só é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal que não tenha por objeto a recuperação de valor inferior à R\$ 21.731,45 (vinte e um mil reais, setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos).

Usando como referência o tempo de 09 anos, isso em 2012, nos sugere que a situação não melhorara, tendo em vista a crescente demanda vivenciada ano após ano. Lembrando que essa contagem de anos é uma média, pois, existem casos de processos de 1980 correndo ainda na justiça – que tiveram baixa provisória ou pedido de suspensão e foram esquecidos no decorrer dos anos.

A média é preocupante, além de, e conforme dito acima, existir uma baixa probabilidade de existir (25,8%). Soma-se a equação uma variável denominada prescrição intercorrente, que, nos termos da LEF e do Repetitivo do STJ nº 1.340.553/RS, em letras miúdas, declarar-se-á prescrita a execução passados 5 anos, após a suspensão com ciência da Fazenda Nacional, da diligência infrutífera de localização de bens ou do executado.

Olhando assim, quem ver de fora acha muito tempo, e, na verdade é. No início da Execução Fiscal a Procuradoria da Fazenda Nacional tem acesso aos bens que o devedor declara a Receita Federal, e na oportunidade deve indicar algum bem para constrição judicial ou requerer o bloqueio dos ativos financeiros junto à citação do réu, art. 6º da LEF. Ocorre que, na primeira análise da Procuradoria, muitos dos

processos não possuem bens e em muitos casos os que existem estão com alienação fiduciária, casos assim são bastante comuns.

Nesse ponto encontramos a aplicação da Portaria PGFN 396/2016, conhecida como RDCC – Regime Diferenciado de Cobranças de Créditos – que no seu artigo 20, vemos o seguinte:

Art. 20. Serão suspensas, nos termos do art. 40, caput, da Lei nº 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais ou **cujos débitos sejam considerados irrecuperáveis ou de baixa perspectiva de recuperação, desde que não constem dos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado. (Redação do caput dada pela Portaria PGFN Nº 520 DE 27/05/2019).**

§ 1º Entende-se por garantia inútil aquela de difícil alienação, sem valor comercial ou irrisória.

§ 2º O Procurador da Fazenda Nacional não requererá a suspensão de que trata o caput enquanto pendente causa de suspensão da exigibilidade do crédito, julgamento de exceção de pré-executividade, embargos ou outra ação ou recurso que infirme a certeza e liquidez do crédito e obste o prosseguimento, ainda que provisório, da cobrança judicial.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica às execuções movidas contra pessoas jurídicas de direito público, bem como às execuções nas quais constem, nos autos, informações de falência ou recuperação judicial da pessoa jurídica devedora. **(Redação do parágrafo dada pela Portaria PGFN Nº 422 DE 06/05/2019).**

§ 4º Nas execuções fiscais instruídas com o ANEXO 4, o pedido de suspensão de que trata o caput fica condicionado ao esgotamento das providências e diligências complementares relativas aos indicadores de existência de bens, direitos ou atividade econômica do devedor principal ou co-responsável. **(Parágrafo acrescentado pela Portaria PGFN Nº 376 DE 15/06/2018).**

Sabemos que a aplicação da Portaria nº 396/2016 é no sentido priorizar os processos que possuem mais chance de satisfação do crédito, contudo, a parte negativa dela é deixar para evento futuro, e incerto, a oportunidade de (quem sabe) a PGFN encontrar algum bem do executado, sendo que o tempo que o processo passar suspenso é um espaço ocupado nas gavetas da Justiça sem retorno aos cofres públicos.

Encarando do posto de vista público, cada ano no Judiciário é uma despesa inserida no exercício financeiro desse Poder.

Um estudo técnico realizado pela Câmara dos Deputados em 2016 nos mostra que:

Na Justiça Federal de primeira instância, as execuções fiscais representam 53,6% do estoque total de processos (BRASIL, 2014, p. 246). **O IPEA calculou em 2011 o montante de R\$5.606,67 como custo médio de uma execução fiscal na Justiça Federal Brasileira. Esse valor atualizado pelo IPCA chega a R\$ 7.633,21 em 2016.**

Apenas 15% das execuções fiscais chegam a penhorar dinheiro ou bens. Esse reduzido montante se deve tanto a dificuldades em localizar e citar o devedor quanto na localização de bens penhoráveis.

Apenas 2,6% das execuções fiscais chega a proceder leilões de bens penhorados e meramente 0,2% chegam a um leilão exitoso.

Meados de 2016, o custo médio chegava em R\$ 7.633,21, é um valor considerável, ainda se pensarmos que ao invés do Estado recuperar ele está aumentando a despesa pública.

Passados dois pontos estruturais, resta fazermos considerações sobre os mecanismos, alguns deles já vistos, existem mecanismos pré-executivos e executivos. Nos pré-executivos encontramos: o protesto extrajudicial, o arrolamento de bens e, recentemente (2020) surgiu mais um, a possibilidade de transação tributária com opções: por proposta individual ou por adesão, em se tratando de transação é ululante que as partes devem convencionar o acordo. Nos executivos vemos: a ordem de penhora descrita no artigo 11 da LEF, a penhora sobre o faturamento, a penhora no rosto dos autos entre outras possibilidades que podem ser utilizadas no curso da execução fiscal.

Quando vemos essas opções de satisfação do crédito público, temos a impressão de que é fácil adotarmos qualquer uma das modalidades ou senão todas “uma por uma”, engana-se, pois, em muitos casos, apenas existe o requerimento da restrição dos ativos financeiros, procura-se imóveis ou veículos, caso o resultado seja infrutífero pede-se a suspensão, e repete-se o rito já descrito acima, da Portaria nº 396/2016.

Nesses pontos colocados nessa parte do trabalho, começamos a entender as falhas que nos levam a acreditar na ineficácia da execução fiscal.

4. JUDICIÁRIO EM NÚMEROS

Mas antes que se confunda ineficácia com extinção, pondera-se que a execução fiscal tem sua importância, sendo a última chance da Fazenda Pública em recuperar os montantes de créditos fiscais e não fiscais.

Neste sentido, no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), observamos os seguintes dados do relatório anual – Justiça em Números:

Apesar de as execuções fiscais terem impulsionado as receitas do Judiciário no ano passado, elas ainda são consideradas um gargalo na Justiça por representarem 70% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamentos de 87% em 2019. Isso acontece porque as dívidas fiscais chegam a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Desse modo, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.

Os pontos contabilizados pelo CNJ descrevem perfeitamente as ponderações e descrições realizadas no tópico anterior, de que: a execução fiscal possui sua importância sendo um dos meios de arrecadação, porém, da mesma maneira, possui despesas e causa congestionamento ao Judiciário.

No que fora frisado, nota-se que a principal causa do congestionamento no Judiciário é a Execução Fiscal e, dentro desse núcleo, encontramos a não localização dos executados e a insuficiência de bens para satisfazer o crédito público, conseqüentemente suspendendo o processo executivo, seja nos termos da Portaria nº 396/2016 PGFN, da Portaria nº 75/12 do Ministério da Fazenda (Atual Ministério da Economia), instrumentos normativos utilizados no curso do processo para que a Procuradoria da Fazenda Nacional aproveite melhor os processos com mais chance de amortização e retorno mais rápido aos cofres públicos da União Federal.

Com essas medidas, constata-se que a maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal alcançando 93% (noventa e três por cento), mesmo com as metas do CNJ para os Tribunais, ainda existe dificuldade em diminuir esse número, mas uma melhora já se mostra, conforme vemos que:

O levantamento aponta ainda que houve redução dos processos pendentes de execução fiscal pelo segundo ano consecutivo (-3,3%). Os casos novos também tiveram queda no último ano (-5,1%). A redução do acervo, aliada ao aumento do número de baixados (28,2%), fez com que a taxa de congestionamento fosse reduzida em 2,9 pontos percentuais no ano passado. No entanto, o tempo de giro do acervo desses processos é de 6 anos e 7 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário O levantamento aponta ainda que houve redução dos processos pendentes de execução fiscal pelo segundo ano consecutivo (-3,3%). Os casos novos também tiveram queda no último ano (-5,1%). A redução do acervo, aliada ao aumento do número de baixados (28,2%), fez com que a taxa de congestionamento fosse reduzida em 2,9 pontos percentuais no ano passado. No entanto, o tempo de giro do acervo desses processos é de 6 anos e 7 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente.

Com isso, mesmo que os Tribunais ou Varas agilisassem o trabalho nos processos em cursos, ainda assim, haveria uma pequena diminuição como visto acima, não seria algo que pudesse descongestionar o Judiciário, ao ponto que a mudança ocorreria de maneira sutil.

Observando essas transformações, mesmo que mínimas, o CNJ lançou o programa Resolve Execução Fiscal com o intuito de "implementar medidas de

automação e governança, viabilizando a diminuição do tempo de tramitação processual das execuções fiscais e o aumento de sua efetividade”. Conforme os:

Dados da Justiça em Números 2020 mostram que esses processos representam 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram concluídos. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%, a Justiça do Trabalho por 0,27% e a Justiça Eleitoral por 0,01%.

Para tanto, observa-se que os órgãos federais estão indo ao encontro de medidas que diminuam o congestionamento judicial nas execuções fiscais, medidas como essas e outras são de grandes ajudas, seja a média e em longo prazo, para diminuir a ineficácia da execução fiscal.

5. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

Com o surgimento da MP nº 899/2019 (Contribuinte Legal), convertida na Lei nº 13.988/2020, o Poder Executivo buscou regulamentar o instituto da Transação Tributária, contido no artigo 171 do CTN. Observa-se que o Código Tributário Nacional é de 1966, constatando que a regulamentação ocorrera em 2019, houve um hiato de 53 anos, e durante o período a doutrina tributária questionava-se sobre a aplicação do instituto em face do princípio da indisponibilidade da coisa pública, bem como, a diferenciação da transação no âmbito cível para o direito tributário.

O eminente professor Paulo de Barros nos esclarece esses pontos:

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação.

(...)

Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos quadrantes do direito tributário só se admite a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam. Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo litígio. Querem alguns que

se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros estendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. O diploma legal permissivo da transação trará, certamente, o esclarecimento desejado, indicando a autoridade ou as autoridades credenciadas a celebrá-la.

Com isso regulamentou-se a transação tributária, atuando de maneira similar ao REFIS e aos parcelamentos tradicionais da prática tributária, com algumas peculiaridades deixadas pela Portaria nº 11.956/2019, com as modalidades de: (i) transação por adesão – destinada a devedores com dívidas até R\$ 15 milhões, notificados por Edital e a (ii) transação individual (proposta pela PGFN ou pelo devedor) destinada a grandes devedores com débitos acima de R\$ 15 milhões ou determinados tipos de contribuintes, dependendo de requerimento pessoal.

Ainda no assunto, na modalidade por adesão, os valores abaixo de 60 salários mínimos que estiverem no contencioso administrativo tributário, também podem aderir à transação cumprindo os requisitos delimitados na legislação tributária.

Sabemos que a regulamentação não ocorreu simplesmente por vontade do legislador ou executivo pura e simplesmente, deu-se observando os dados decorrentes da arrecadação e principalmente, porque a execução fiscal não está sendo eficiente aos olhos do Estado, afetando conseqüentemente os cofres públicos.

Além disso, no Congresso Nacional corre o projeto de lei nº 4.468/2020 com a seguinte justificção:

No Judiciário, atualmente, estão em andamento cerca de 100 milhões de processos. Somente na Justiça Federal, as execuções fiscais respondem por algo em torno de 38% de todo o estoque processual.

Para o fisco, os índices de recuperação de valores judicializados, não se mostram compensatórios frente ao esforço empregado nas disputas pendentes de julgamento. Para ilustrar, se recupera judicialmente apenas cerca de 1%1 do estoque da dívida ativa federal (essa dívida chega a R\$ 5 Trilhões, se consideradas também as Estaduais e Municipais). Já para os

contribuintes, as disputas tributárias são longas e implicam cenário de absoluta incerteza e morosidade - disputas fiscais podem levar mais de 20 anos para serem solucionadas, se somados os tempos necessários às fases administrativa e judicial que sucedem a lavratura de autos de infração.

Ao cuidar da Dívida Ativa, o Anexo V da LDO 2020 assim esclarece a situação financeira da União: "O estoque da Dívida Ativa da União, ao final de 2018, alcançou o valor de R\$ 2.181,1 bilhões, representando um crescimento de 9,26% em relação ao exercício anterior. Desse valor, aproximadamente 82%, R\$ 1.783,5 bilhões são tratados como perdas, ou seja, há uma expectativa de recuperação/arrecadação de R\$ 397,6 bilhões com impacto majoritariamente primário. (...)" E Prossegue: "Segundo a PGFN, a partir do histórico de adimplemento, por classe, nos últimos dez anos, as expectativas de recuperação dos créditos das classes "A" e "B" nos próximos dez anos são, respectivamente, 70% e 50%, por conseguinte, os ajustes para perdas são, respectivamente, 30% e 50%. Assim, do saldo de R\$ 2.181.083 milhões, aproximadamente 82%, R\$ 1.783.466 milhões são tratados como perdas, ou seja, há uma expectativa de recuperação/arrecadação de R\$ 397.617 milhões com impacto majoritariamente primário." (p. 50). Mesmo que a PGFN tenha tomado importantes medidas para redução deste passivo, o problema não se alterou quanto às medidas para reduzir a conflitividade.

Mais uma medida buscando evitar a judicialização desnecessária, encontrando outros métodos para satisfazer o crédito público, ao invés da execução fiscal, a fim aperfeiçoar os métodos de arrecadação além de desafogar o Judiciário.

Ainda vemos, no Senado Federal corre o projeto de lei nº 4.257/2019 – buscando modificar a LEF, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Com a seguinte Justificação:

A recuperação do crédito público passou a ser o grande desafio para os governos de todos os níveis da federação. O enorme desequilíbrio das contas públicas da maioria dos entes federados torna urgente a necessidade de que sejam pensadas soluções que desburocratizem os procedimentos atualmente

previstos na legislação para a cobrança da dívida ativa, tornando-a mais efetiva.

Os gastos para tentar vencer esse imenso volume de processos também são altíssimos. O Poder Judiciário custa cerca de 1,3% do PIB nacional, percentual bem mais alto do que o montante despendido por nações vizinhas como a Argentina e o Chile — que gastam 0,13% e 0,22%, respectivamente —, bem como por países desenvolvidos como os Estados Unidos e a Alemanha — 0,14% e 0,32%.

Diante desse cenário, é extremamente relevante que o Congresso Nacional passe a discutir soluções que levem à desjudicialização de demandas, ou seja, soluções que retirem alguns assuntos que hoje, em virtude da legislação vigente, estão desnecessariamente sendo processados pelo Poder Judiciário.

Novamente, a justificação gira em torno de desjudicialização, a fim de acumular esforço para método que tenham mais efetividade ou eficiência.

CONCLUSÃO

Do exposto, foram apresentados e tecidos considerações sobre o estado da Execução Fiscal e como, em maior parte dos casos, esse meio de satisfação do crédito público não contribui para arrecadação estatal.

E no decorrer da apresentação observa-se que os dados levantados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça no Relatório Justiça em Números, servem de base para amostragem do andamento das execuções fiscais nos diferentes tribunais regionais federais, além dos dados da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Receita Federal, guiam na busca de traçar o quanto é eficiente ou ineficiente a Execução Fiscal.

Verifica-se que os custos das Execuções fiscais possuem alto valor e em média passam quase uma década em trâmite nas varas, pendente de solução e julgamento.

A par das informações, o Legislativo busca promover outros meios mais apropriados dependendo da situação, conforme foram mostrados os projetos de leis.

Dada à necessidade e aprimoramento do meio judicial, são totalmente validas as iniciativas apresentadas pelo Executivo e o Legislativo, ajudando o Judiciário e o

Estado em si, afinal quando se trata de orçamento público fica nítido que o Poder é uno, dividindo em três.

Nesse sentido, entendemos que a Execução Fiscal tem sua importância e aplicabilidade, contudo (conforme os dados trazidos em muitos casos) é ineficaz, devendo ser aprimorada ou então evitada, em prol da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

BERNARDO ROCHA E SILVA, Arthur. A Crise da Execução Fiscal. **JUS**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67427/a-crise-da-execucao-fiscal>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

BRESCOVIT, Leandro. Recurso Especial nº 1.340.553 (prescrição intercorrente). O início automático do prazo prescricional. **JUS**, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73375/recurso-especial-n-1-340-553-prescricao-intercorrente-o-inicio-automatico-do-prazo-prescricional>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

CNJ lança soluções tecnológicas para acelerar processos de execuções fiscais. Notícias CNJ. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/judiciario-lanca-programa-para-destravar-processos-de-execucoes-fiscais/>>.

Curso Completo de Direito Processual Tributário / Cleucio Santos Nunes. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BARROS, Paulo de. Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. – 30. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. FERNANDES, Helga Letícia da Silva. Execução Fiscal: o colapso de um sistema. Quanto custa o Brasil, 2019. Disponível em: < <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/execucao-fiscal-o-colapso-de-um-sistema>>. Acesso em: 3 de novembro de 2020.

EMMANUEL BATISTA BARRETO CAMPELLO, André. LETÍCIA DA SILVA FERNANDES, Helga. Execução Fiscal: o colapso de um sistema. Quanto custa o Brasil, 2019. Disponível em: < <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/execucao-fiscal-o-colapso-de-um-sistema>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

EXECUÇÃO FISCAL: EFICIÊNCIA E EXPERIÊNCIA COMPARADA, 2016. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico n. 990 de 05/12/2020 \(ano XII\) ISSN - 1984-0454](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-</i></p></div><div data-bbox=)

daconle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em: 3 de novembro de 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. Brasil gasta milhões para guardar processos judiciais inúteis. Conjur. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-04/segunda-leitura-brasil-gasta-milhoes-guardar-processos-judiciais-inuteis>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho? Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Ano XIII. n.45. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, p.02-03.

HARADA, Kiyoshi. Ineficácia da execução fiscal e o recrudescimento das sanções políticas. JUS, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21043/ineficacia-da-execucao-fiscal-e-o-recrudescimento-das-sancoes-politicas>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

Justiça Federal em números. CNJ. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2020. Pág. 133. Figura 101.

MACHADO, Hugo. Processo tributário / Hugo de Brito Machado Segundo. – 10. ed. rev e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

PGFN propõe medidas para fortalecer a cobrança da dívida ativa da União. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: Ministério da Economia, 2019. Notícias. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/2019/pgfn-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cobranca-da-divida-ativa-da-uniao>>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

Projeto de Lei nº 4257/2019. Senado Federal. 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7984784&ts=1594035701857&disposition=inline>>. Acesso em: 3 de Setembro de 2020.

IMPACTOS AMBIENTAIS DO GARIMPO NO BRASIL E REFORMA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

VANESSA ALVES MORAIS.
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi - UnirG.

SARA RESENDE DE OLIVEIRA¹³⁵

(orientadora)

RESUMO: O Garimpo faz parte do Brasil e está presente na sua história. A descoberta de metais preciosos foi mecanismo propulsor na colonização do país. Atualmente o garimpo no Brasil é visto como fator econômico de crescimento, mas também é marginalizado com o índice crescente do garimpo ilegal que causa destruição ambiental. A discussão sobre o tema “impactos ambientais do garimpo no Brasil e reforma da legislação em vigor”, se faz necessária uma vez que há um projeto de Lei em discussão no Congresso Nacional PL 191/2020, que afetará comunidades indígenas e conseqüentemente toda a sociedade, trazendo uma total transformação legislativa na prática da mineração e do garimpo. A pesquisa objetiva examinar o cenário atual do garimpo no Brasil a luz da Constituição Federal, o conceito e seus encargos, a prática do garimpo em terras indígenas, bem como demonstrar os índices de crescimento do garimpo em especial no estado do Tocantins. Por fim apresentará os danos que poderão ocorrer futuramente frente ao projeto de lei nº 191/2020.

Palavras Chave: Garimpo. Meio ambiente. Indígenas. Legislação.

ABSTRACT: Mining has been in the Brazilian history. The discovery of precious metals boosted the colonization of the country. Currently, mining in Brazil is considered as a growth economical factor, but on the other hand, it is also marginalized as a growing index of illegal mining that causes environmental destruction. The discussion about the topic “mining environmental impact in Brazil and the reform of the legislation in force” is necessary as there is a draft law under discussion at the National Congress, PL 191/2020, which will affect indigenous communities and as a consequence the society at large, bringing a total legislative change in the practice of mining. The study aims to review the current mining scenario in Brazil according to the Federal Constitution, the concept and the burdens, the mining practice in indigenous lands, as well as displaying the mining growth index

¹³⁵ Professora do curso de Direito na Universidade de Gurupi - UnirG.

indicators especially in the state of Tocantins. Finally, future damages that might happen due to the draft law # 191/2020 will be presented.

Key words: Mining. Environment. Indians. Legislation.

Sumário: Introdução. 1. Mineração e Garimpo a Luz da Constituição Federal. 2. Conceito atual do Garimpo e seus encargos. 3. Disposição legal a respeito do Garimpo em terras indígenas. 4. Impactos ambientais do Garimpo. 5. Breves considerações ambientais frente ao projeto de Lei 191/2020. 6. Exposições dos Garimpos legais no país e no Tocantins. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda um breve estudo sobre os impactos ambientais causados pelo garimpo, bem como busca fazer uma análise do projeto de Lei nº 191/2020, o qual visa dar um novo aspecto a exploração mineral do país.

Os primeiros indícios do garimpo no Brasil se deram por volta do século XVII e XVIII, no período colonial. A descoberta do ouro foi celebrada por Portugal, que passava por uma crise econômica na produção da cana-de-açúcar. O ouro descoberto era de Aluvião, ou seja, era encontrado no leito dos rios. Na década de 80 surge a mais nova "Corrida do Ouro" com destino ao Pará, o maior garimpo a céu aberto do mundo, chamado de Serra Pelada.

A história do Brasil está vinculada desde sua descoberta com a exploração mineral, assim como a do estado do Tocantins, onde a coroa portuguesa em busca de ouro desbravou o norte goiano nas décadas de 1730 e 1740, surgindo daí a formação dos primeiros arraiais no território onde hoje é o estado do Tocantins.

Atualmente o garimpo no Brasil é regulamentado pela Lei nº 7805/89, que cria o regime de permissão de lavra garimpeira, onde o Departamento Nacional de Produção Mineral, (DNPM) tem a missão de garantir que o patrimônio mineral nacional seja aproveitado de forma racional e segura em harmonia com o meio ambiente.

A Constituição Federal em seu artigo 231, parágrafo 3º, dispõe que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluindo os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Frente a essas questões a Constituição Federal no seu artigo 225 busca amenizar o impacto ambiental causado pela exploração, trazendo condições de

sustentabilidade, como a recuperação do ambiente degradado. Sendo que o grande obstáculo atual é fazer essa exploração mineral de maneira sustentável.

Serão abordados no presente artigo, como é praticado o garimpo a luz da Constituição Federal, o conceito atual de garimpo e seus encargos, a disposição legal a respeito do garimpo em terras indígenas, danos ambientais decorrentes do garimpo frente ao projeto de Lei nº 191/2020. Trará também a exposição quantitativa de lavras garimpeiras legais hoje no país, bem como os municípios do estado do Tocantins com maiores incidências de garimpos.

Desta forma, vê-se a importância da discussão, vez que gira em torno de um direito fundamental, que é o direito a um meio ambiente equilibrado e preservado para futuras gerações.

Mineração e Garimpo a luz da Constituição Federal.

Um dos principais objetos de proteção elencados na Constituição Federal, diz respeito ao meio ambiente, tendo sua finalidade direcionada a satisfação da qualidade de vida do ser humano, proporcionada pelas condições ambientais, que atende aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A vista disso, leciona o doutrinador Rodrigo Padilha:

Os recursos minerais também são alvos de preocupação. Aquele que explorar os recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica do órgão público competente, na forma da lei.

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente, das obrigações de reparar os danos causados [...] (PADILHA, 2020, p. 912).

A constituição Federal em seu artigo 174, parágrafos 3º e 4º, disciplina que a atividade garimpeira será organizada em cooperativas de garimpeiros levando em consideração a proteção ao meio ambiente e a proteção econômico-social dos garimpeiros. Nesse sentido esclarece a obra de Chaves:

Os dispositivos constitucionais começam pela preferência dada às cooperativas sobre todas as outras formas de organização da atividade, passam pela prioridade das cooperativas na autorização de pesquisa e permissão de lavra das substâncias minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando e terminam

atribuindo competência à União para estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade garimpeira [...] (CHAVES et al., 2001, p. 147).

As jazidas em lavra ou não e todos os demais recursos minerais, para efeito de exploração ou aproveitamento pertencem à União como dispõe o artigo 176 da Constituição, ficando incumbido o poder público de gerenciar os bens em nome do interesse da coletividade, como informa Ferreira, em seu artigo:

Neste prisma, surge a posição do Poder Público que, em decorrência de seu poder-dever e de possuir toda a estrutura e os mecanismos para o exercício do poder de polícia, passa a ser incumbido de gerenciar os bens ambientais, conduzindo sua administração em nome do interesse da coletividade, podendo atuar sobre estes bens, limitando os atributos da propriedade privada. [...] (FERREIRA et al., 2011, p. 114).

CONCEITO ATUAL DO GARIMPO E SEUS ENCARGOS.

A Lei nº 11.685 de 2008, institui o estatuto do garimpeiro, em seu artigo 2º incisos I, II e III, define o garimpeiro, garimpo e os minerais passíveis de garimpagem como sendo:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei entende-se por:

I- Garimpeiro: toda pessoa física de nacionalidade brasileira que, individualmente ou em forma associativa, atue diretamente no processo de extração de substâncias minerais e garimpáveis;

II-Garimpo: a localidade onde é desenvolvida a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que por sua natureza, dimensão, localização e utilização, econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral.

III- Minerais garimpáveis: ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita, wolframita, nas formas aluvionar, eluvional, e coluvial, scheelita, demais gemas, rutilo, quartzo, berilo, muscovita, espodumênio, lepidolita, feldspato, mica e outros, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados, a critério do DNPM (BRASIL, 2008).

Diante disso, como explica Chaves, a pequena empresa de mineração, e a mineração artesanal que é o garimpo se confundem ao longo da história, sendo aplicados ao garimpo grande parte dos planos governamentais relacionados a pequena empresa de mineração. (CHAVES et al., 2001, p. 138 a 146)

Existem alguns órgãos a nível federal que são mais significativos no que diz respeito a fiscalização do setor mineral, elencados na obra de Chaves:

Há quatro órgãos importantes, em nível federal, para o gerenciamento, controle, fiscalização e fomento do setor mineral: Secretaria de Minas e Metalurgia- SMM, Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, e Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais- CPRM (atuando como Serviço Geológico do Brasil), vinculados ao Ministério de Minas e Energia- MME, e o Centro de Tecnologia Mineral- CETEM, vinculado ao Ministério da ciência e tecnologia- MCT (CHAVES et al., 2001, p. 28).

Conforme disposição legal, estabelecida na Lei nº 7805 de 1989, que institui o regime de permissão de lavra garimpeira, para a autorização, dependerá de prévio licenciamento concedido pelo órgão ambiental competente e a permissão será outorgada pelo diretor geral do DNPM, que regulamentará o procedimento para a habilitação.

A permissão vigora por 5 (cinco) anos e a área não pode exceder 50 (cinquenta) hectares, salvo se cooperativas de garimpeiros. Fica assegurado às cooperativas de garimpeiros, prioridade para obtenção da autorização ou concessão para pesquisa e lavra, onde atuem desde que em áreas livres, onde não tem permissão de lavra garimpeira (BRASIL, 1989).

Diante das atuais regulamentações, no que diz respeito a atividade garimpeira, não há menção às ferramentas rudimentares utilizadas ou oposição a exploração industrial de jazidas, como prescreve séries de MANUAIS DE ATUAÇÃO.

A Legislação chega a ser tautológica: define garimpeiro como aquele que extrai substâncias garimpáveis, arrola as substâncias garimpáveis, mantendo o critério de tipologia de minerais, independente das técnicas extrativas, e delinea a ideia de garimpo a partir da localização geográfica do ponto de onde se extraem substâncias garimpáveis com aproveitamento imediato de jazida e independente de pesquisa prévia (BRASIL, 2020, p. 18).

DISPOSIÇÃO LEGAL A RESPEITO DO GARIMPO EM TERRAS INDÍGENAS

A atividade minerária se caracteriza como uma fonte de degradação expressa na Constituição Federal em seu artigo 225, parágrafo 2º, deixando claro o dever de reparação por parte do empreendedor da área degradada. Diante disso, já se presume o impacto ambiental, e se essa atividade for manejada de forma indevida, ficará ainda mais acentuado se em terras indígenas, uma vez que recebem proteção especial em função de sua relevância biocultural (BRASIL,2020).

No artigo 176 da Constituição Federal, está prescrito que somente será autorizado a pesquisa e lavra de recursos minerais por meio de autorização ou sessão da União, mediante o interesse nacional, que estabelecerá na forma da lei sob condições específicas se envolverem essas atividades em fronteira, ou terras indígenas. Da mesma forma o artigo 231, parágrafo 3º, afirma que a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só serão efetivadas com autorização do congresso nacional, ouvidas as comunidades indígenas, assegurando-as a participação nos resultados (BRASIL,1989).

Nesse sentido esclarece Brasil (2020).

[...] a pesquisa e a lavra em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional e na forma de lei, sendo na ausência de tais fatores (autorização do Congresso e regulamentação legislativa), vedada, justamente pelas peculiaridades inerentes aos impactos da atividade sobre meio ambiente e comunidades tradicionais indígenas.

Ocorre que no âmbito infraconstitucional, a regulamentação do exercício de mineração em terras indígenas ainda não existe (BRASIL,2020, p 147).

Não há, portanto, uma norma que regulamente a atividade garimpeira em terras indígenas, ficando uma lacuna normativa, a ser unicamente pautada pelos artigos 176 e 231 da Constituição Federal, que não deixa de ser uma norma com eficácia limitada. Conforme entendimento compõe Brasil (2020).

[...] tratando-se de permissão submetida à " forma da lei", consubstanciando o caráter de eficácia limitada dos dispositivos, dependente a sua aplicabilidade de norma infraconstitucional atualmente inexistente e sem a qual a atividade fica vedada e não permitida.

Portanto, qualquer ato administrativo –e qualquer deliberada omissão administrativa –que vise ou se fundamente na viabilidade de liberação da exploração de atividade garimpeira em terras indígenas é despido de validade, por confrontar-

se ao atual contexto de vedação constitucional á mineração em tais territórios tradicionais (BRASIL,2020, p 151).

IMPACTOS AMBIENTAIS DO GARIMPO

A extração mineral é um dos setores que mais geram riqueza e crescimento econômico, é, portanto, um dos setores mais importantes da economia brasileira. No entanto, é uma das atividades que mais causam impactos socioeconômicos e ambientais negativos.

Atualmente o Brasil é considerado um dos maiores produtores minerais, sendo o Norte o segundo maior produtor no ranking nacional. Diante disso, em se tratando dos impactos ambientais, a região Norte lidera como descreve (Fernades,2014)

[...] A maior concentração de casos está no Sudeste, região onde teve início a atividade mineradora no Brasil, com a exploração do ouro em minas gerais. Logo em seguida aparece a região Norte atualmente considerado a nova fronteira de mineração do país [...]

[...] no que tange a questão ambiental, a poluição dos recursos hídricos lidera os impactos ambientais negativos. Trata-se de um ponto que merece destaque, sobretudo, por ser uma região cuja maior parcela de sua superfície está inserida na bacia hidrográfica do rio Amazonas. Outro impacto negativo muito referido é o desmatamento, agravante degradação ambiental e que repercute em prejuízos não apenas aos ecossistemas locais, mas também a vida humana (FERNANDES; 2014, p 6 a 15)

Em matéria dos tipos de danos ambientais causados pelo garimpo, lista-se na obra de Farias e Coelho (2002) alguns deles que são:

Os impactos ambientais decorrentes dessa atividade são: a) desmatamento e queimadas; b) alteração nos aspectos qualitativos e no regime hidrológico dos cursos de água; c) queima de mercúrio metálico ao ar livre; d) desencadeamento dos processos erosivos; e) mortalidade da ictiofauna; f) fuga de animais silvestres; g) poluição química causada pelo mercúrio metálico na hidrosfera, biosfera e na atmosfera (BRASIL, 2002, p 17)

Atualmente a maior preocupação no que se refere a impacto ambiental causado pelo garimpo, é sem dúvidas a contaminação pelo mercúrio, que recebeu um regramento com base no Decreto presidencial nº 9740/2018, para dificultar a comercialização e o uso dessa substância química.

O mercúrio é uma substância altamente perigosa, mesmo que em poucas quantidades, principalmente no que diz respeito à saúde humana e contaminação da natureza, nesse sentido esclarece Brasil:

Segundo a organização mundial da saúde, o mercúrio embora presente em pequenas quantidades na natureza, é um metal com alta toxicidade, tratando-se de substância perigosa para a vida intrauterina e para o desenvolvimento infantil nos primeiros anos de vida. O elemento é capaz de comprometer o sistema nervoso, imunológico, digestivo, o aparato respiratório, urinário e a visão, afetando, sobretudo, dois grupos especialmente vulneráveis: fetos e trabalhadores expostos sistematicamente a substância, casos dos garimpeiros e trabalhadores e pescadores artesanais em áreas contaminadas. (BRASIL, 2020, p 172)

BREVES CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS FRENTE AO PROJETO DE LEI 191/2020

O projeto de Lei nº 191/2020, regulamenta o parágrafo 1º do artigo 176 e o parágrafo 3º do artigo 231 da Constituição Federal, para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos e geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas.

A exposição de motivos para a criação da Lei informa que, PL 191/2020:

[...] a não regulamentação da matéria, além de insegurança jurídica, traz consequências danosas para o País, tais como: não geração de conhecimento geológico, potencial de energia, emprego e renda; lavra ilegal; não pagamento de compensações financeiras e tributos; ausência de fiscalização do aproveitamento de recursos minerais e hídricos; riscos à vida, saúde, à organização social, costumes e tradições dos povos indígenas; conflitos entre empreendedores indígenas. (EMI N° 00012/2020 MME MJSP)

Atualmente as terras indígenas vêm sendo alvo das explorações ilegais de minério, e é uma realidade que atinge quase todas as terras indígenas do país. Embora a Constituição Federal, garanta o usufruto e a posse permanente dos índios

sobre as terras que estes ocupam, esses princípios não estão sendo efetivamente respeitados, o que gera conflitos entre os garimpeiros ilegais e as comunidades indígenas, bem como os impactos ambientais históricos e sociais nas comunidades (CURI, 2007)

A vista disso no livro Recursos Minerais e Comunidade, há um caso do artigo de Melissa Volpato Curi, onde apresenta a exploração de minério na aldeia indígena situada no parque de Aripuanã entre os estados de Rondônia e Mato Grosso:

A terra indígena Roosevelt é uma das quatro aldeias do parque indígena de Aripuanã, localizado entre os estados de Rondônia e Mato Grosso. A terra indígena, tradicionalmente ocupada pelos índios vem sendo alvo da invasão ilegal de garimpeiros em busca de minérios, especialmente ouro, cassiterita e diamantes. Essas invasões têm gerado diversos impactos socioambientais não só na terra indígena, mas também nos municípios rondonienses que abrigam a maioria dos garimpeiros que foram para a região (FERNANDES, et al., 2014, p 100).

Conforme prevê o Projeto de Lei 191/2020, será realizado um estudo técnico prévio, e no que consiste a atividade minerária, será feito o levantamento geológico com a integração de dados geológicos e geofísicos disponíveis, também será realizada a oitiva das comunidades indígenas para fins de autorização do congresso nacional. O órgão ou responsável pelo estudo técnico irá solicitar a FUNAI, a interlocução entre os índios, para que sejam respeitados usos, costumes e tradições dos povos envolvidos (EMI N° 00012/2020 MME MJSP).

As comunidades indígenas afetadas terão o prazo de até 180 dias para que manifestem o interesse em realizar a garimpagem diretamente ou em parceria com não indígenas. Também estabelece que às comunidades indígenas cujas áreas sejam utilizadas para exploração econômica no que diz respeito a exploração de recursos minerais terão direito a receber 50% da compensação financeira a título de participação nos resultados (EMI N° 00012/2020 MME MJSP).

A PL 191/2020 também prevê a criação de conselhos curadores, natureza privada compostos por indígenas e por responsáveis na gestão dos recursos financeiros, os pagamentos deverão ser depositados na conta do conselho curador. O conselho curador deve prezar pela repartição justa dos recursos e autonomia dos povos envolvidos pelo respeito aos modos tradicionais de organização legitimidade das associações e representativas das comunidades indígenas afetadas (EMI N° 00012/2020 MME MJSP).

EXPOSIÇÃO DOS GARIMPOS LEGAIS NO PAÍS, E NO TOCANTINS

Atualmente, segundo dados disponibilizados pela Agência Nacional de Mineração (ANM), até fevereiro de 2020, existiam cerca de 3.735 (três mil setecentos e trinta e cinco) lavras garimpeiras cedidas em todo o território nacional. As lavras variam entre os minerais:

[...]esmeraldas, diamantes, diamante industrial, ouro, quartzo, cassiterita, tantalita, água marinha, berilo, feldspato, sheelita, topázio, estanho, columbita, turmalina, paládio, prata, ametista, ágata, calcita, gipsita, calcedônia, muscovita, morganita, diopsídio, gema, opala, citrino, barita, rutilo, heliodoro, granada, minério de tungstênio, minério de ouro, amazonita, mica, pegmatito, areia, cascalho, calcita e alexandrita. [...] (ANM, 2020)

Dentre esses minerais, os mais recorrentes em lavra segundo a ANM, são: o ouro, diamante, minério de ouro, esmeralda e quartzo, que podem variar em sua qualidade e pureza do mineral.

Os estados em que se encontra a maior quantidade de lavras garimpeiras cedidas são: Mato Grosso, Goiás, Pará, Minas Gerais e Rondônia.

No Tocantins atualmente existem cerca de 33 trinta e três lavras garimpeiras, ativas, distribuídas entre os municípios:

Pindorama do Tocantins contando com 1 uma lavra de granada; Bom Jesus do Tocantins contando com 4 quatro lavras de minério de ouro; Tupirama contando com 2 lavras minério de ouro e quartzo; Paranã contando com 1 uma lavra de quartzo; Lagoa da Confusão contando com 1 uma lavra de quartzo; Monte Santo do Tocantins contando com 9 nove lavras de esmeraldas; Pedro Afonso contando com 4 quatro lavras de minério de ouro; Araguatins contando com 2 duas lavras de quartzo; Dueré contando com 1 uma lavra de quartzo; São Valério contando com 1 uma lavra de minério de ouro; Natividade do Tocantins contando com 3 três lavras de minério de ouro; Cristalândia contando com 3 três lavras de quartzo; e Chapada de Natividade contando com 1 uma lavra de minério de ouro . (ANM, 2020)

Segundo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, divisão Técnico Ambiental do Tocantins, existem no Tocantins alguns garimpos de pequeno e médio porte, em sua maioria licenciados pelo órgão ambiental competente. No ano de 2019, foi realizada a Operação Pedra Santa, de

combate ao garimpo ilegal, estava prevista para acontecer novamente no ano de 2020 no mês de abril, no entanto, devido à pandemia (covid-19) não foi possível.

Em 2019 no Estado do Tocantins, foram lavrados poucos autos de infração referente a falta de licenciamento ambiental e houve a apreensão de uma pequena quantidade de mercúrio. Os municípios com maiores incidências de garimpos são: Natividade, Chapada de Natividade, Pindorama, Monte Carmo, Almas, Xambioá, Cristalândia e Dianópolis (IBAMA, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta pesquisa, é possível evidenciar que o Brasil é um país herdeiro da tradição do garimpo, que vem desde a época de sua colonização, até os dias atuais. A presença da prática do garimpo no cotidiano brasileiro ainda é alarmante, vez que muitos em busca de uma oportunidade entram na ilegalidade.

No decorrer da pesquisa, constatou-se que não há regulamentação jurídica no que diz respeito ao garimpo em terras indígenas, ficando uma lacuna jurídica, que busca ser sanada pelo projeto de Lei nº 191/2020. Porém a grande problemática do garimpo no que diz respeito a seus impactos em áreas indígenas e reservas ambientais, não foram sanados, continuando, pois, serem degradados e afetados de maneira crescente.

Diante deste cenário de guerra que cresce a cada dia como se ouve nos rádios e TVs, a criação da PL 191 busca a regulamentação de lavra em terras indígenas, e a participação indígena nos lucros, traz ainda mais insegurança as comunidades, uma vez que sem a regulamentação as suas terras já estão sendo alvo de criminosos, ou seja a fiscalização e proteção dessas terras e dessas comunidades não estão sendo efetivas, muito pelo contrário, o número de conflitos cresce bem como os danos ambientais.

De certa maneira a aprovação deste projeto de Lei 191/2020, insere o povo indígena no contexto predatório e explorador, o que pode sem dúvidas representar um retrocesso na preservação do patrimônio cultural e material dos povos indígenas.

Apesar das previsões legais para a prática do garimpo, de maneira a recuperar as áreas degradadas, fazem-se necessárias políticas criminais e sociais, para que a sociedade e o Estado se atentem para a dimensão da problemática em relação a prática do garimpo ilegal, e, desta forma, sejam respeitados os direitos humanos e o meio ambiente e com isso, a dignidade humana das futuras gerações, e principalmente respeitados e preservadas todas as comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério Público Federal. Ministério Público Federal (org.). **Séries Manuais de Autuação**: mineração ilegal de ouro na Amazônia e marcos jurídicos e questões controversas. 7. ed. Brasília, 2020. 262 p. (Manuais de Autuação).

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 11685/2018, de 2008. Lei 11685/2008. Lei. BRASÍLIA, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Texto Constitucional de 1988, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Legislação Federal. Brasil, BRASÍLIA: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Constituição (1989). Lei nº 7805/89 de julho de 1989. Lei 7805/89. **Lei**: Regime de Permissão de Lavra Garimpeira. Brasil, BRASÍLIA: Senado Federal, 18 jul. 1989.

BRASIL. Carlos Eugênio Gomes Farias. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos Ciência Tecnologia e Inovação (ed.). **Mineração e Meio Ambiente no Brasil**. Brasília, 2002. 42 p.

BRASIL. Agência Nacional das Minas. Agência Nacional das Minas Anm (org.). **Ouvidoria ANM**: ppls em vigor no país. PGLs em vigor no país. 2020. DNPM-DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. Disponível em: Ouvidoria@anm.gov.br. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Não Renováveis Divisão Técnico Ambiental-To. Ibama (org.). **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Não renováveis Divisão técnico Ambiental-TO**. 2020. Coordenação Geral de Fiscalização Ambiental. Disponível em: [file:///C:/Users/vanne/AppData/Local/Temp/Temp1_ibama%20resposta.zip/2 SEI 0 2001.011882 2020 14.pdf](file:///C:/Users/vanne/AppData/Local/Temp/Temp1_ibama%20resposta.zip/2_SEI_0_2001.011882_2020_14.pdf). Acesso em: 16 jun. 2020.

CHAVES, Arthur Pinto et al. **Mineração e desenvolvimento sustentável para o Brasil**: mineração e desenvolvimento sustentável para o Brasil. Rio de Janeiro: Maria Laura Barreto, 2001, 225 p

CURI, Melissa Volpato. Aspectos legais da mineração em terras indígenas: aspectos legais da mineração em terras indígenas. **Revista de Estudos e Pesquisas Funai**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007.

EMI N° 00012/2020 MME MJSP. Projeto de Lei nº 191/2020, de 05 de fevereiro de 2020. EMI nº 00012/2020 MME MJSP. **Emi N° 00012/2020 Mme Mjosp.** Brasil, BRASÍLIA.

FARIAS, Eugênio Gomes; COELHO, José Mário. **Mineração e Meio Ambiente no Brasil.** Brasil: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2002. 42 p.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Viridrih et al. Meio Ambiente e Mineração na Constituição Federal. **Cadernos de Direito**, Piracicaba. V. 11, p. 111-124, 2011.

PADILHA, Rodrigo. **DIREITO CONSTITUCIONAL:** Doutrina. 6. ed. rev. e atual. São paulo: Método, 2020. 945 p.

UMA ANÁLISE CINEMATOGRAFICA DO FILME “TED BUNDY: A IRRESISTÍVEL FACE DO MAL” E O TRATAMENTO SOCIAL E JURÍDICO DO *SERIAL KILLER*

MARIA EDUARDA RODRIGUES ALENCAR:

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

FLAVIERE BRENDA TELES DE SOUSA SANTOS¹³⁶

(coautora)

Edjôfre Coelho de Oliveira¹³⁷

(orientador)

RESUMO: Os *Serial Killers* são elementos de fascinação pública, os quais levam a criação de livros e filmes que tentam retratar suas vidas na prática. São conceituados como sujeitos que cometem dois ou mais assassinatos, com caráter perverso, impiedoso, agressivo e impulsivo, revelando um *modus operandi*, identificado pela sua forma de agir e sua assinatura, que é a marca registrada daquele assassino em série. São ainda pessoas de difícil diagnóstico, devido a pluralidade de possíveis causas que o levam a praticar crimes cruéis. O artigo tem por objetivo compreender a problemática social e o trabalho desenvolvido pelo profissional do Direito para lidar e identificar o indivíduo como tal, prevenindo o aumento da violência, a proliferação de homicídios e a reincidência em crimes, contextualizando o transtorno de personalidade antissocial e o filme em questão para assim descrever como os preconceitos e a construção de estereótipos estão presentes no cotidiano humano. Quanto aos aspectos jurídicos, o direito penal está atrelado ao conceito de culpa e de imputabilidade, ignorando as noções de sujeito e responsabilidade, sendo necessária a inserção da psicanálise no âmbito jurídico para que sejam possíveis alternativas além da medida de segurança. Contudo, de que maneira os preconceitos e a construção de estereótipos sociais identificados durante a análise cinematográfica do filme “Ted Bundy: A irresistível face do mal” interferem no tratamento social e jurídico do *Serial Killer*? Através da obra analisada e das referências bibliográficas é possível identificar diversas posições sociais, pois há quem veja como doença mental, como algo a se admirar pela beleza física e pelo conhecimento do protagonista do crime, há quem acredite na manipulação feita pelos mesmos e a posição da vítima, que o vê como monstro e, na maioria das vezes

¹³⁶ Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

¹³⁷ Professor orientador. Mestre em Educação. Docente do Centro Universitário Santo Agostinho..

não consegue encará-lo no julgamento em que é testemunha. Não esquecendo a posição dos profissionais da mente, que muitas vezes nem querem tratar o indivíduo por sua insensibilidade e por não acreditar na inserção do mesmo na sociedade, e a posição dos profissionais de direito em geral, que lidam com um enigma difícil. No mais, é necessária a criação de medidas preventivas, a médio e longo prazo, voltadas a controlar o ambiente social, a desconstrução de estereótipos e preconceitos sociais, e a propositura de uma lei mais atual que verse sobre a devida punição pena juntamente com a medida de segurança para tais indivíduos. Utilizou-se a metodologia de pesquisa qualitativa, assim como, foi realizado o estudo de pesquisa doutrinária, artigos científicos, notícias veiculadas pela imprensa, pesquisa jurisprudencial e estudo de casos para o andamento e conclusão do artigo.

Palavras-chave: *Serial killers*, sociopatia, punição.

Sumário:1.Introdução.2. SERIAL KILLER.2.1.Conceito.2.1.1.Transtorno de personalidade antissocial.2.1.2.As características da Psicopatia.2.1.3.O comportamento padronizado de um *Serial Killer*.2.1.3.1. *Modus operandi* 2.1.3.2. Assinatura.3."Ted Bundy: a irresistível face do mal".3.1. Quem foi Ted Bundy?.3.2.Quem eram as vítimas de Ted Bundy?.3.3.A criminologia e a psicanálise.4.Os aspectos biopsicossociais.4.1.A morfologia .4.2. O ambiente social.4.3.O abuso infantil.5.A sociedade e o serial killer.5.1.O preconceito social e os estereótipos sociais que acompanham o indivíduo.6. A punição para o serial killer.6.1.O controle social penal.6.2.Medida de segurança.7.Considerações finais.8.Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará a conceituação, as problemáticas e sanções para o tratamento social e jurídico dado ao *Serial Killer*, tendo como principal objeto de estudo o filme "Ted Bundy: A irresistível face do mal" e outras bibliografias que irão abordar com ênfase os fatores biopsicossociais, o controle extrapenal relacionado a sociedade e as medidas de segurança adotadas para os homicidas em série.

A expressão "homicida em série" que descreve características particulares de um *Serial Killer* foi utilizada pela primeira vez na década de 1970, por Robert K. Ressler, agente aposentado do FBI, que tinha o hábito de identificar o perfil de assassinos em série e uma certa experiência em captura-los. O Instituto Nacional de Justiça americano, objetivando aperfeiçoar tal definição propôs outro conceito.

O Transtorno da Personalidade Antissocial, como é conhecido pelos especialistas, caracteriza-se pela desconsideração e a violação dos direitos dos outros. Como critérios diagnósticos, tem-se o fracasso em ajustar-se às normas

sociais relativas a comportamentos legais, a tendência à falsidade, a impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro, a irritabilidade e agressividade, o descaso pela segurança de si ou de outros, a irresponsabilidade reiterada e ausência de remorso. (DSM-5, 2014)

Aparentemente pessoas normais, eles têm uma percepção distorcida da realidade, mantendo um *modus operandi* (modo de agir padrão) e deixando sua assinatura registrada na cena do crime, com requinte de crueldade que está ligado a seus desejos inconscientes, seja pelo aspecto sociológico, antropológico ou até mesmo biológico.

Para embasamento deste estudo, escolhemos fazer uma análise cinematográfica do filme “Ted Bundy: a irresistível face do mal”, o filme retrata que na década de 1970 (setenta) um indivíduo ficou conhecido como o terceiro mais procurado pelo FBI, por cometer crimes hediondos contra várias jovens de vários estados, nos Estados Unidos.

Theodore Robert Bundy, mais conhecido com *Ted Bundy*, aparentava ser um rapaz comum como qualquer outro da época, estudante de direito, muito inteligente, de aparência chamativa, conquistava e tinha nas mãos qualquer pessoa que viesse a ter contato com o mesmo, e assim começa sua história na trama cinematográfica.

Ted começa a se relacionar com uma jovem chamada Elizabeth Kloepfer, que já tinha uma filha de 4 (quatro) anos, chamada Tina, e que o mesmo tratava como se fosse sua filha também, porém de acordo com que a história vai sendo retratada, os primeiros casos de jovens desaparecidas ou encontradas mortas de maneira fatal são informados pela polícia local, e assim se dá início a sua perseguição, através de uma denúncia anônima.

Ao tratarmos do controle extrapenal de ante da sociedade e e as medidas de segurança adotadas pela mesma, podemos ver que o quão difícil se torna a vida desses indivíduos para que possam ter um tratamento social e jurídico adequado, e é buscando uma forma de compreensão e de sanar essa arbitrariedade, que iremos expor este estudo.

Essa temática está cada vez mais próxima da realidade cotidiana, em que pessoas morrem todos os dias pelos mais diversos motivos, e pelos mesmos, pessoas matam. Trata-se de discutir pessoas, e não monstros. É importante esclarecer os fatores que levam uma pessoa a praticar atos extremos, como assassinatos. Como também observar a forma que os mesmos acompanham esses indivíduos, tanto no imaginário popular como na seara acadêmica, e podem vir a interferir em seu tratamento social e jurídico.

2. SERIAL KILLER

2.1 Conceito

O termo “assassino em série” (*serial killer*) é relativamente novo, visto que durante o século XX estes indivíduos já existiam, mesmo que não se fizesse referência ao termo que é utilizado atualmente, já que na época os mesmos se encaixavam no gênero homicidas em série. Essa expressão foi utilizada pela primeira vez na década de 1970, por Robert Ressler, agente especial do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), o qual tinha vasta experiência em identificar perfis criminosos pelo fato de já ter entrevistado centenas deles no período de vinte anos de trabalho e ser considerado especialista e pioneiro na elaboração de tais perfis.

Segundo Casoy (2004, p. 14), o primeiro obstáculo na definição de um *serial killer* é que algumas pessoas precisam ser mortas para que ele possa ser definido assim. Alguns estudiosos acreditam que cometer dois assassinatos já faz daquele assassino, um *serial killer*. Outros afirmam que o criminoso deve ter assassinado pelo menos quatro pessoas. Mas será que a diferença entre um *serial killer* e um assassino comum é só quantitativa? Obviamente que não.

Para o FBI, os assassinos em série são pessoas que matam pelo menos em três ocasiões com um intervalo entre cada assassinato. A partir dessa definição é possível identificar uma espécie de compulsão e, também, surge o questionamento sobre sua origem e motivação. Se foi na infância ou durante a *juventude*, ou nos desajustes psicopatológicos do indivíduo, advindo de traumas, abusos ou uma série de motivações que possam ter transformado alguém em um assassino.

Devem ser consideradas todas as minúcias, já que se discute pessoas, facilmente comparadas a monstros e *aberrações* devido a prática de atrocidades, cada uma na sua singularidade, por suas razões, sejam elas: biológicas, psicológicas ou sociais, pois não há uma padronização da mente humana, já que toda pessoa é única. Cada sujeito, cada pessoa, cada cidadão é uma infinidade de possibilidades e cada um internaliza os acontecimentos e fatos de sua vida de maneira particular.

2.1.1 Transtorno de personalidade antissocial

De acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM – V), a característica essencial do *transtorno* da personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como *psicopatia*, *sociopatia* ou *transtorno da personalidade dissociada*. Visto que falsidade e manipulação são aspectos centrais do transtorno da

personalidade antissocial, pode ser especialmente útil integrar informações adquiridas por meio de avaliações clínicas sistemáticas e informações coletadas de outras fontes colaterais.

O transtorno antissocial de personalidade é apresentado como uma “condição psiquiátrica” caracterizada por condutas persistentes de manipulação, exploração ou violação de direitos dos demais, que muitas vezes é encontrada nos comportamentos criminosos. O **Sociopata** é o indivíduo que padece de tal enfermidade. Esta terminologia tem estreita relação com o conceito de psicopatia. Entre as características gerais do sociopata, encontramos a **conduta violenta e impulsiva**, o isolamento do meio social, o caráter elitista e discriminador do agente, entre outros. Pode muito bem ser associado a um crime ou delito, para o já citado *Manual de Psiquiatria* nem todos os sociopatas são delinquentes e nem todos os delinquentes são sociopatas (TENDLARZ, GARCIA, 2013, p. 161).

A psicopatia é um dos diagnósticos mais utilizados quando se estuda assassinos em série. O psicopata age irracional e impulsivamente, sem propósito, sem pesar de consciência, ou qualquer espécie de emoção. São pessoas sem limites, as quais buscam sentir fortes emoções, sem provar do medo, sem temer uma possível punição, ou castigo, e que não aprendem com os erros e nem se amedrontam com as severas penas.

2.1.2 As características da Psicopatia

Os *Serial Killers* apresentam características funcionais diferentes uns dos outros, mas uma das principais e mais comum a todos eles é a falta de empatia pelo próximo e a maneira como são insensíveis. Jamais se colocam no lugar do outro, nem tampouco se solidarizam com a dor que os causam. Veem o outro apenas como meio ou instrumento de alcançar seu objetivo final e a empatia como uma fraqueza.

Não há remorso e nenhuma identificação com a vítima. São frios, egoístas, desumanos e demonstram total indiferença frente ao sofrimento do outro. Essas características o fazem entrar em um isolamento social completo, e em suas ações cotidianas se mostram dóceis, mascarando um comportamento no intuito de conquistar a confiança de suas vítimas. Cometem seus crimes sem pesar, sem remorso e nem arrependimento.

A doutora em psiquiatria forense, Hilda Morana, baseada no estudo de Robert Hare, (2004, p. 265) afirma:

A psicopatia é entendida atualmente no meio forense como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa de comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros. É considerada como a mais grave alteração de personalidade [...].

Inteligentes e manipuladores se utilizam de suas vítimas como objetos descartáveis. Os psicopatas conhecem a ilegalidade de seus atos, mas a punição não os assusta. Têm visões distorcidas da realidade, imaginam-se como deuses, portadores de um poder sobrenatural, que não têm limites e estão acima de tudo e de todos. Costumam reincidir nos crimes ignorando completamente as consequências dos seus atos.

Ted Bundy apresenta essas características durante toda a trama, principalmente o caráter manipulador utilizado com sua companheira Liz quando tenta convencê-la de que a polícia dava seu nome às vítimas e mostravam suas fotos antes da identificação, como em todos os seus julgamentos, o qual chega até ser o seu próprio advogado, fazendo a sua própria defesa, utilizando-se do seu saber jurídico e da sua persuasão para tentar provar uma falsa inocência.

2.1.3 O comportamento padronizado de um *Serial Killer*

Todo indivíduo, em sua particularidade, tem suas características próprias, o que muitas vezes chega a confundir o nosso entendimento do que seria um *serial killer*. Mas, ainda assim, apresentam, cada um à sua maneira, um padrão de comportamento.

Deixando claro que não existe hoje um padrão específico ou característico para podermos identificar homicidas e, principalmente para nos precaver. A tênue separação entre o suposto bem e o suposto mal não pode ser facilmente diagnosticada. Além do mais, padrões e modelos podem atrapalhar investigações e impedir nosso entendimento do comportamento humano (CORREA JUNIOR, 2020, p. 119).

Os homicidas em série não andam por aí marcados, carimbados, não são monstros nem aberrações, não se apresentam com cicatrizes expostas e nem mal aparentados, são pessoas comuns entre todas as outras, com a habilidade de disfarçar sua falta de empatia e simular preocupação afetiva em suas relações cotidianas.

2.1.3.1 *Modus operandi*

Os especialistas em assassinos em série resolveram caracterizar o *modus operandi* dos homicídios e foi preciso diferenciar dois tipos de assassinos, sendo eles: o organizado e o desorganizado. A maioria dos assassinos pertence ao grupo dos organizados, o que possivelmente deve-se à sua inteligência acima da média.

Geralmente solitários, acompanham de perto o trabalho da polícia sobre seus crimes, acreditam ser seres superiores, preparam a cena do crime e dificilmente deixam vestígios de seus crimes. Já os desorganizados são estranhos, esquisitos, mais impulsivos e pouco cuidadosos, atuam em seus crimes sem se preocupar com rastros. Gratificam-se com mutilações e estupros após a morte. Alguns são canibais. Seu ataque é furioso e decisivo, sem contato anterior com a vítima.

O *modus operandi* é o modo pelo qual o assassino traça a escolha das vítimas e comete o assassinato. Pode haver alterações de um indivíduo para outro.

O *modus operandi* é estabelecido observando-se que arma foi utilizada no crime, o tipo de vítima selecionada e o local escolhido. O M.O. é dinâmico e maleável, na medida em que o infrator ganha experiência e confiança. Investigadores cometem graves erros dando muita importância ao M.O. quando conectam crimes (CASOY, 2004, p. 60).

No filme em análise, o protagonista se aproximava na maioria das vezes de mulheres jovens, se mostrando ser alguém vulnerável, com alguma fraqueza, com o intuito de parecer inofensivo. Um exemplo é quando fingia estar com algum membro de seu corpo engessado, pedia ajuda à suas vítimas para que levassem algo ao seu carro, e quando se debruçavam dentro do veículo para deixar o objeto, eram surpreendidas com pauladas ou ataques que as deixasse completamente sem poder oferecer algum tipo de resistência.

2.1.3.2 Assinatura

A assinatura é a marca registrada do assassino, a característica própria que o identifica, que ele deixa em suas vítimas, com algumas nuances, mas de forma evidente.

A “assinatura” é sempre única, como uma digital, e está ligada à necessidade do serial em cometer o crime. Eles têm necessidade de expressar suas violentas fantasias, e quando atacar, cada crime terá sua expressão pessoal ou ritual particular baseado em suas fantasias. Simplesmente matar não satisfaz a necessidade do transgressor, e ele fica compelido a proceder a um ritual completamente individual (CASOY, 2004, p. 61).

Na obra analisada, *Tedy Bundy* costumava arrancar partes do corpo de suas vítimas, um pescoço, um braço, um pedaço de sua pele arrancado com os próprios dentes, por exemplo. Essas práticas o identificavam.

3. “TED BUNDY – A IRRESISTÍVEL FACE DO MAL”

A história de um dos mais famosos *serial killer* que já existiu é um bom instrumento a ser utilizado para descrever as ações e observar o comportamento do assassino em série. Durante todo o filme é possível ter uma noção geral de como agiam, como se comportavam antes, depois e durante seus crimes, como se relacionavam cotidianamente com as pessoas comuns e como eram vistos por essas mesmas pessoas.

No filme, nota-se que o relacionamento de Ted e Liz era um mar de rosas, porém em documentários reais sobre a vida do mesmo, a ex-companheira testemunha agressões diárias em seu ambiente particular, descrevendo momentos de medo os quais ele não conseguia disfarçar sua verdadeira personalidade.

3.1 Quem foi Ted Bundy?

Ted Bundy foi criado por seus avós maternos, pois sua mãe deu a luz muito cedo, aos 15 anos de idade. Já que na época ser mãe solteira era uma atitude desonrosa, os pais dela fizeram com que Ted vivesse com a mãe biológica, Louise, pensando que esta fosse sua irmã mais velha. Na infância presenciou sua avó sofrer agressões físicas e verbais por parte de seu avô por diversas vezes. Aos cinco anos, a verdadeira mãe de Ted, que ele pensava ser sua irmã, resolveu casar-se no intuito de mudar de realidade, levando-o consigo. Ele acreditava também que tinha sido arrancado de seus "pais" para viver com a irmã, e isso lhe causava grande revolta.

Em seu novo lar era considerado inseguro, tímido, solitário e, apesar de ser vítima de *bullying* na escola, era considerado o melhor aluno, dono de uma inteligência brilhante.

O famoso *serial killer* Ted Bundy matava brutalmente colegas com longos cabelos castanhos, meninas parecidas com sua noiva rica que rompeu o relacionamento (CASOY, 2004, p. 17).

É possível que Ted Bundy e os *serial killers* de um modo geral tanto escolham suas vítimas ao acaso, como também que a escolhida tenha alguma característica que represente algum símbolo para eles. No caso específico do protagonista do filme, trata-se de mulheres que o frustraram, como sua mãe biológica, uma ex-noiva, por exemplo.

3.2 Quem eram as vítimas de Ted Bundy?

Para Ilana Casoy (2004, p. 17) como eles praticam o crime numa busca insaciável pelo prazer, deveriam ver suas vítimas como parceiras. Ocorre que, eles preferem vê-las como objetos, buscando o processo de desumanização da vítima e quando ele faz isso à violência cresce grandemente nesse complexo criminológico. Uma vez vendo a vítima sofrer o assassino sente-se muito bem e costumam

demonstrar seu prazer quanto mais percebem a persistência da vítima em resistir, o que acaba por aumentar o tempo que o crime dura.

Conforme relata Vellasques (2008), normalmente, os homicidas em série escolhem vítimas que estão em um estado de vulnerabilidade social, como garotas de programa, mendigos, crianças desaparecidas, trabalhadores imigrantes, pacientes em hospitais, ou pessoas que os criminosos julguem "presas fáceis", como mulheres desacompanhadas, idosos, universitárias, entre outros.

As vítimas de Ted eram mulheres jovens. Quando questionado sobre seus crimes, respondia que tinha ódio do sexo feminino por conta de sua mãe. Escolhia suas vítimas baseando-se na semelhança física delas com sua mãe.

3.3 A criminologia e psicanálise

A criminologia e a psicanálise levam-nos refletir sobre a responsabilidade, a imputabilidade, a culpa e a relação entre o sujeito e o ato criminoso cometido pelo mesmo, rompendo a barreira de sistemas anacrônicos, como o direito penal, que tem uma visão atrasada da situação atual, a medida que não tem respaldo na lei quando se trata da punição dos indivíduos que praticam esse tipo de crime.

O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, no entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão tradicional de doenças mentais. Os Psicopatas em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas o benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos (SILVA, 2008, p. 40).

A psicanálise vem para ser inserida no meio jurídico, para ir frente ao direito penal desfazer a ideia de que o assassino inimputável não poderá ser responsabilizado, assim como reconhecer o assassino, a vítima e o papel não só decisório, mas também controlador que o Estado deve exercer no intuito de pacificar a sociedade e resguardar o direito de todos.

4.OS ASPECTOS BIOPSIKOSSOCIAIS

Muitos pesquisadores divergem tentando comprovar a ligação entre características físicas e psíquicas com o comportamento violento do sujeito, enquanto outros já defendem que o crime violento é uma escolha pessoal racional do indivíduo que pratica atos hediondos, havendo também quem defenda que pode

existir uma mistura de fatores genéticos combinados à situações externas que acabam influenciando o surgimento de um homicida. Os estudos desenvolvidos pelos especialistas no tema têm uma só finalidade: deduzir as causas que explicam as condutas horrendas.

São muitos os motivos que levam uma pessoa a cometer crimes violentos, as razões vão de visões ao sadismo e à busca de prazer sexual pela morte. Por mais que algumas razões sejam estranhas e intrigantes ao leitor, na cabeça do homicida, tais motivos têm sua lógica. Os criminólogos atribuem ao estudo dos motivos uma das mais importantes etapas da instrução criminal (CORREIA JUNIOR, 2020, p. 87).

Quando um assassino em série é capturado, os questionamentos mais incisivos feitos por entrevistadores e investigadores de polícia são justamente as causas, a explicação, a motivação, o que o fez ceifar a vida de outras pessoas de forma sequencial e o porquê que essa decisão foi tomada. Dentre as justificativas estão: o ambiente social, o abuso infantil e a morfologia.

4.1 A morfologia

A biologia e a morfologia tentam explicar, na teoria, a existência desse tipo de indivíduo. Há estudos que buscam decifrar um “gene assassino”, com a certeza de que irão encontrar genes que expliquem os comportamentos violentos, mesmo que não haja comprovação concreta. Fala-se no cromossomo XYY, que possibilita a pessoa fingir uma afeto contrário ao que se sente na realidade, sorrir ao querer morder, ou até mostrar carinho a quem deseja ceifar a vida, reforçando o caráter manipulador.

Depois da década de 70, os estudos genéticos e neurológicos prevaleceram entre as tentativas de se explicar o comportamento humano em um viés endêmico e ontológico. Lóbulos frontais, temporais, as estruturas neurais e o mapeamento genético se tornaram protagonistas dos estudos realizados por especialistas em comportamento violento (CORREA JUNIOR, 2020, p. 123).

São identificadas várias características neuropsíquicas, como: danos no córtex pré-frontal, assim como no hipotálamo e no sistema límbico. Sendo esses aspectos que contribuem para um comportamento violento. Essas características não são perceptíveis em todos os assassinos, pois há *serial killers* os quais nunca foi

encontrada nenhuma sequer alteração cerebral, o que desmonta toda essa teoria o seu caráter dominante.

4.2 O ambiente social

O ambiente social em que viveu o assassino em série merece ser analisado, pois influencia diretamente no comportamento antissocial. Desde criança absorve-se o que se vive, o meio em que se vive, e as atitudes das pessoas com quem se vive.

Na perspectiva social podemos afirmar que o momento, a cultura, os costumes e a estrutura de uma sociedade contribuem, determinantemente, para a constituição de crimes violentos ou não (CORREIA JUNIOR, 2020, p. 125).

A responsabilidade do Estado não é suficiente, faz-se necessário responsabilizar também a sociedade como um todo, para prevenir o surgimento desses indivíduos ou ao menos tentar diminuir a incidência de tantas mortes perversas. Fala-se numa problemática social que precisa agir em conjunto, tanto os profissionais da saúde, do poder judiciário e os responsáveis pela segurança pública.

3.3 O abuso infantil

Entre todas as possíveis justificativas, o abuso infantil é o fator determinante, não anulando a importância das outras motivações. O histórico de violência infantil acompanha a maioria dos *serial killers*, seja ela física, moral ou psicológica, devendo ser levada em consideração como um problema a ser devidamente resolvido.

Castigos excessivos, punições injustas, regras incompreensíveis para a criança, negligência paterna alternada com uma superproteção materna abusiva e sufocante. Tudo isso faz com que a criança crie fantasias para se apartar do mundo de agressão. Este ambiente prejudicará o adolescente ao iniciar sua vida sexual e impossibilitará sua socialização com o grupo o que definitivamente o fará fantasiar mais e criar um mundo próprio (CORREIA JUNIOR, 2020, p. 125).

A grande maioria dos assassinos culpa pais e mães pelo que se tornaram, fazendo descrições exageradas dos maus tratos que sofriam e causando dúvida sobre a veracidade dos fatos. Mas nem toda pessoa que foi abusada se transforma em um assassino em série, reforçando a teoria de que todas as pessoas reagem aos fatos e acontecimentos de maneira individual.

5. A SOCIEDADE E O *SERIAL KILLER*

Segundo dados estatísticos da Organização Mundial de Saúde, feitos em 1998, o número de psicopatas na sociedade é escasso e não ultrapassa 4% da população. A maioria das pesquisas considera um estudo feito por Robert Hare, em 2013, que afirma que apenas 1% da população mundial pode ser diagnosticada de verdade. 20% dessas pessoas estão encarceradas, o que é preocupante.

5.1 O preconceito social e os estereótipos sociais que acompanham o indivíduo

Ao longo do tempo foi construído um fascínio midiático sobre os homicidas em série, o que gerou livros, filmes e documentários com teor lucrativo à respeito dos mesmo, despertando a curiosidade e o interesse da sociedade em tomar conhecimento sobre essas pessoas. Porém, perante um ato concreto, costuma causar reações bem diferentes do sentimento de admiração.

Para Rubens Correia Junior (2020, p.119), os homicidas em séries não são monstros e nem aberrações, mas ainda é assim que uma maioria se refere a eles. São equiparados a criaturas fora do comum por conta dos crimes cometidos, pelos assassinatos, mutilações, parafilias, que assustam e causam indignação, o que acaba trazendo uma série de consequência para os próprios autores dos crimes.

Uma das dificuldades encontradas é em relação ao tratamento hospitalar. O profissional da saúde é, recorrentemente, desencorajado por parte do seu paciente, pelo seu caráter manipulador, pela insensibilidade e falta de empatia em relação aos direitos dos outros, o que faz aquele refletir sobre a impossibilidade da ressocialização do indivíduo por meio do tratamento psicológico.

6.A PUNIÇÃO PARA O *SERIAL KILLER*

O papel da psicanálise é reforçado nesse momento, que faz refletir qual a condenação mais apropriada para esse tipo de indivíduo e o que seria mais justo que acontecesse, e até os efeitos que a não responsabilização traria. O Código Penal Brasileiro, tentando proteger os valores da sociedade, punir e até ressocializar, traz em seus artigos 26, 27 e 28 as hipóteses de isenção de pena para os inimputáveis, e acaba por mostrar alternativas para o que o réu tenha sua pena reduzida.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ted Bundy teve inúmeros advogados que tentavam convencê-lo a confessar seus crimes e alegar demência, na tentativa de diminuir a pena ou pleitear uma medida de segurança. Mesmo sob provas irrefutáveis, Ted não o faz e segue até o fim negando os fatos e se defendendo de todas as acusações com uma explicação mais criativa que a outra. Quando não tem mais defesa, casa-se em juízo com uma de suas testemunhas, Carolin, que aceita seu pedido. Ao fim, Ted confessa pelo menos 30 homicídios na tentativa de adiar a sua execução de pena de morte.

6.1 O controle social penal

A culpabilidade é de suma importância nessa parte final do estudo, devemos compreender que as formas de punições são dívidas para os seres inimputáveis, semi-imputáveis, e imputáveis, nos quais veremos a conceituação e a quem se aplicam cada uma delas. A pessoa caracterizada pelo judiciário como imputável não está isenta de punição, pois esta tem sim capacidade de culpabilidade, então sendo

assim, suscetível a culpa. Sendo evidenciada a insanidade mental na forma de agir, esta não será caracterizada como imputável e sim como inimputável.

O ser inimputável de acordo com o artigo 26 do Código Penal é aquele que, por conta de enfermidade ou deficiência mental, tem a incapacidade de compreender o que é um ato lícito ou ilícito, e por isso são isentos de pena. É necessário identificar se o indivíduo tem total falta de sanidade mental, para que ele seja caracterizado de tal forma ou se é menor de 18 (dezoito) anos como aduz no artigo 27 do mesmo código.

Quando falamos de inimputabilidade, automaticamente devemos nos remeter a semi-imputabilidade, pois assim como o inimputável, esse ser também tem a responsabilidade por seus atos, reduzida, e são amparados pela lei, estando-os sujeitos a uma pena, mas de forma atenuada de um a dois terços, ou então ser substituída por internação em hospital psiquiátrico ou de reabilitação, como preceitua o artigo 98 do código citado acima.

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Direitos do internado

[...]

A punição para o Serial Killer não tem uma característica específica no ordenamento jurídico, ou seja, não podendo ser definido como um ser imputável, semi-imputável ou inimputável, por isso o estatuto se torna obsoleto relacionado a essa questão.

6.2 Medida de segurança

A partir da conduta criminosa é que se pode adotar uma medida de segurança. E segundo o artigo 96 do Código Penal pode-se notar que há dois tipos de medida, sendo essas a internação em hospital psiquiátrico caso seja diagnosticado a deficiência mental ou quando necessário, e/ou a sujeição ao tratamento ambulatorial. As duas medidas tem decurso indeterminado, como mostra os artigos posteriores até o 99 do mesmo código.

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É preciso que seja feita a perícia médica de ano em ano, ou como determinar o juiz da execução penal, para que o indivíduo seja diagnosticado ou que tenha fim sua punição, sendo esta finalizada apenas se o mesmo indicar sintomas de lucidez plena, ou no prazo de 1 (um) ano e 3 (três) meses, assim expõe o 2º parágrafo do artigo 97, do código já citado.

Nem todos os doentes mentais podem ser curados, e os *Serial Killers* estão neste preceito, essa proposta surge do fato de ter um reconhecimento sobre o sujeito homicida e como situar seu crime, referindo-se este o ato psicótico ou crime homicida em sujeito não psicótico.

Para o *serial killer*, ao contrário da passagem para o ato homicida punitivo, uma morte não é suficiente, é necessário estabelecer uma série que, em muitos casos, está produzindo uma aceleração e que só termina quando o próprio sujeito é preso. Em contraste, os assassinos em massa, quanto mais mortes ocorrem, melhor é (CORREIA JUNIOR, 2020, p. 17).

A legislação se atenta com o discernimento do sujeito e o grau de lucidez, para estabelecer a imputabilidade diante de um crime. Já a psiquiatria está envolvida com a motivação e tem como premissa a indagação se esse sujeito é um enfermo mental. E por outro ângulo vem a psicanálise e tenta se firmar como juiz ou determinar a sentença, apresentando para os mesmo várias expressões, sendo estes a agressividade, autodestruição, delírio, ou o prazer ao matar. Dificultando assim uma premissa para qual medida de segurança deve ser adotada a esses seres.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo descrever e contextualizar o filme *Ted Bundy: a irresistível face do mal*, destacando os aspectos da psicopatia e

criminalidade, onde procurou-se identificar as características que identificam um psicopata, o seu comportamento padronizado, a dificuldade encontrada para chegar ao diagnóstico desses indivíduos e as causas que os levam a cometer crimes com tal requinte de crueldade.

Com o intuito de descrever os conceitos e características gerais do *Serial Killer* no aspecto criminológico e social, primou-se mostrar quem eles são, como vivem, a maneira que se relacionam com as pessoas de seu meio e, também com suas vítimas. É perceptível que o caráter manipulador influencia no seu tratamento social, na forma como são vistos de forma geral, como monstros, aberrações e algo fora da realidade atual, concluindo também que mesmo com características comuns, cada um deles têm suas particularidades, que os diferencia.

A partir da análise cinematográfica, foi possível contextualizar os transtornos mentais em termos de classificação e diagnóstico na área da saúde mental fazendo um paralelo com a realidade. Como resultado tem-se que o transtorno de personalidade antissocial, também chamado de psicopatia, é visto diversas vezes presente em Ted Bundy na sua maneira de se expressar, na sua fala ao se defender de acusações, ainda que instruídas de provas, e a insensibilidade demonstrada mesmo após violar o direito de várias jovens lesadas.

Através da análise dos artigos 26, 27 e 28 do Código Penal Brasileiro, observou-se que apesar da regra ser a imputabilidade, que preza pela responsabilização, em casos concretos ocorre a inimputabilidade, concedida aos portadores de doenças mentais, que são equivocadamente encarcerados sem que recebam nenhum tipo de tratamento específico, mesmo porque não há legislação que verse sobre assassinos em série, de forma isolada.

Foi possível também compreender na análise literária de Rubens Correia Junior e cinematográfica do filme "Ted Bundy: A irresistível face do mal" como os preconceitos e a construção de estereótipos estão presentes no cotidiano humano, chegando ao ponto do profissional de saúde mental, muitas vezes, não querer tratar o paciente assassino em série por não acreditar no arrependimento, na vontade de se tratar, melhorar, porque sua característica forte vem a ser a falta de empatia, que o faz desprezar o outro, seus direitos e a sua vida, tornando impossível sua reinserção em sociedade.

Contudo, chega-se ao resultado que o aumento da pena não previne crimes brutais. Faz-se necessária a criação de medidas preventivas, a médio e longo prazo, que busquem controlar o ambiente social do indivíduo desde seu nascimento, sendo essa uma responsabilidade social e não exclusividade do Estado. Assim como também é preciso que seja feito um juízo de revisão das leis penais que tratam da

inimputabilidade dos doentes mentais e a propositura de uma lei que estabeleça o local onde deverão ser tratados, que tratamento devem receber, cada um na sua singularidade, que punição pena devem cumprir e de que maneira podem contribuir para amenizar os danos causados por eles, que são minoria na população mundial, mas que seus atos têm impactos consideráveis na vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. **Vademecum JusPodivm**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. BE

CAZOY, I. **Louco ou Cruel**. São Paulo: Madras, 2004.

CORREIA JUNIOR, R. **Homicidas em série: quem são eles?** Flórianópolis: Tirant lo Blanch, 2020.

MANUAL DIAGNOSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MORANA, H.C.P. Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos da personalidade (transtorno global e parcial). Tese de doutorado. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (2003).

SILVA, A. B. B. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TENDLARZ, S. H.; GARCIA, C. D. **A quem o assassino mata? : o serial killer a luz da criminologia e da psicanalise**. (R. C. Junior, Trad.) São Paulo: Ateneu, 2013.

VELLASQUES, C. T. **O perfil criminal dos serial killers**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Bacharelado em Direito) – Faculdade Integradas, “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2008.

A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS: UMA VISÃO ÉTICA NÃO ANTROPOCÊNTRICA

SAYONARA GARCIA CÉSAR:
Acadêmica do curso de graduação
em Direito da Faculdade Serra do
Carmo - FASEC.

LÍVIA HELENA TONELLA¹³⁸

(orientadora)

RESUMO: Diante das principais leis brasileiras, os animais são primeiramente vistos como bens ou coisas de valor econômico. O primeiro capítulo irá tratar da evolução histórica dos direitos dos animais compilando diversos apontamentos sobre o desenvolvimento do direito ambiental e das leis que mencionavam o animal no decorrer dos séculos. A seguir será ressaltada a relação do homem com o animal na contemporaneidade e como, apesar da evolução do direito e dos costumes, essas criaturas são ainda tratadas a fim de proporcionar uma percepção e contexto dos valores dos animais. Por último, o status legal dos animais, bem como, a disponibilidade de leis e tratados protetivos e punitivos em caso de violação a estes direitos no Brasil. Este estudo será realizado como uma pesquisa bibliográfica e documental com objetivo de explorar alguns conceitos relevantes do novo ramo do direito animal. O presente artigo busca apresentar uma síntese dos direitos dos animais através de uma linha história da evolução desses direitos, ressaltando a proteção da fauna e fornecendo uma compreensão dos direitos dos animais e as consequências de sua violação na prática através de uma visão ética não antropocêntrica e da análise da legislação vigente no Brasil.

Palavras-chave: Tutela. Proteção. Direito animal. Antropocentrismo.

ABSTRACT: In view of the main Brazilian laws, animals are primarily seen as goods or things of economic value. The first chapter will deal with the historical evolution of animal rights, compiling several notes on the development of environmental law and the laws that mentioned animals over the centuries. Next, the relationship between man and animal in contemporary times will be highlighted and how, despite the evolution of law and customs, these creatures are still treated in order to provide a perception and context of the values of animals. Finally, the legal status of animals,

¹³⁸ Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Direito e biologia pela Universidade Estadual de Maringá. Diretora da Fundação do Meio Ambiente de Palmas-TO e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC

as well as the availability of protective and punitive laws and treaties in case of violation of these rights in Brazil. This study will be carried out as a bibliographic and documentary research in order to explore some relevant concepts of the new branch of animal law. This article seeks to present a synthesis of animal rights through a history line of the evolution of these rights, emphasizing the protection of fauna and providing an understanding of animal rights and the consequences of their violation through a non-anthropocentric ethical view.

Keywords: Guardianship. Protection. Animal law. Anthropocentrism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Evolução Histórica dos Direitos dos Animais. 3. Bem-Estar Animal e Bioética: Noções sobre Antropocentrismo, Ecocentrismo e Biocentrismo: 3.1 Relação entre os seres humanos e os animais; 3.1.1 Animais e entretenimento; 3.1.2 Animais para alimentação; 3.1.3 Animais em cultos religiosos; 3.1.4 Animais e experimentação científica. 4. Status Legal dos Animais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito dos animais é um vasto campo de estudo que está a consolidar-se como um novo ramo fundamental do direito moderno na medida que a proteção destas criaturas não mais se atém somente à preservação do meio ambiente, mas o respeito da vida animal em si, digna, livre e preciosa. Apesar da influência do tradicional pensamento cartesiano que retrata o animal como instrumento a disposição do ser humano, percebe-se um grande aumento do movimento pró-fauna nas edições de normas jurídicas recentes.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA) de 1978 proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), da qual o Brasil, dentre outros países, é signatário reconheceu mundialmente que “cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem”. (UNESCO, 1978)

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 foi o marco na proteção normativa e principiológica no que tange o direito ao meio, tendo, inclusive, destinado o Capítulo IV do Título III exclusivamente para esta temática, destacando-se o art. 225 o qual profetiza que “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.” (BRASIL, 1988)

A sensibilidade em relação a política de proteção fauna deve ser fomentada perante o público em geral. Trata-se de uma nova tendência de pensamento em desenvolvimento na qual se faz necessária estudos mais aprofundados sobre o tema. Consequentemente, é o tipo de informação de interesse público vez que, além de se tratar de um bem público, os problemas em relação aos animais desembarcam em ações de nível global. Esta pesquisa se faz, portanto, necessária, para que se possa ampliar a ideia de proteção aos direitos animais que os honre os valores constitucionais e os reflita, nesta geração e nas futuras.

É inegável a validade dos direitos dos animais, apesar disso, tais direitos são pouco respeitados na prática. Além das normas jurídicas, a ética e a moral são elementos essenciais para entender este novo ramo do direito. Para isso este artigo busca fornecer uma compreensão dos direitos dos animais no Direito brasileiro e as consequências de sua violação através de uma visão ética não antropocêntrica, que se inicia com uma síntese da evolução histórica dos direitos do meio ambiente e dos animais; para estudar os animais, sob a perspectiva dos princípios da ética e da moral, a fim de proporcionar uma percepção e contexto dos valores dos animais, para então verificar o *status* legal dos animais, bem como, a disponibilidade de leis e tratados protetivos e punitivos em caso de violação a estes direitos.

Neste estudo, será realizado como uma pesquisa bibliográfica e documental pela análise de leis, jurisprudências aliadas a artigos científicos e doutrinas nacionais e estrangeiros relacionadas ao tema. Para tanto, será utilizada uma abordagem qualitativa para interpretar as informações obtidas no processo utilizando-se o método científico dedutivo.

A presente pesquisa busca ressaltar a relevância da proteção dos direitos do animais não-humanos para respeitadamente estudá-los, não como meros objetos, mas como criaturas vivas e detentoras de direitos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

O desenvolvimento do direito ambiental é recente no ordenamento jurídico brasileiro, assim como, normas específicas para a proteção dos animais, que até pouco tempo, deu-se como mero integrante do direito ambiental. Apesar do seu objeto de estudo e proteção ser tão antigo, o direito animal é uma ciência nova.

Como todos os campos de estudo, os direitos dos animais também passaram por um processo evolutivo, no entanto, ao contrário das outras ciências jurídicas, esse fenômeno não possui fases certas de como e quando ocorreram, sendo por vezes descrito como, "uma mudança no ângulo visual com que o ser humano enxerga o meio ambiente". (RODRIGUES, 2018, p. 58) É impossível dissociar o direito dos

animais do direito ambiental pois, apesar de também ser merecedor de proteção autônoma, a fauna também faz parte do meio ambiente.

Não é recente a relação do homem com os animais, seja como caça, proteção ou companhia, de maneira que “desde priscas eras, o homem esteve voltado para a agricultura e para a pesca, porque assim lograva meios de subsistência”. (MATTOS NETO, 2018, p. 16) Antes da consolidação de um direito ambiental, o que se via, salvo em alguns casos, era a tutela mediante dos bens ambientais (água, fauna, flora, etc.), tendo em vista que o “entorno e seus componentes eram tutelados apenas na medida em que se relacionavam às preocupações egoísticas do próprio ser humano”. (RODRIGUES, 2018, p. 59)

Em épocas remotas, quando ainda habitavam as cavernas, e não dispunham de utensílios e vestuários modernos, os homens se alimentavam da caça e utilizavam-se da pele dos animais para protegerem-se do frio e da chuva. As comunidades autóctones, entretanto, usavam a carne e o couro dos animais para consumo próprio, e não com fins mercantis. Nessa época, tratava-se de uma necessidade do gênero humano, visando à garantia da própria sobrevivência. (XAVIER, 2013, p. 11)

Neste contexto, percebe-se que, por muito tempo, o direito animal esteve inserido apenas como parte integrante do direito agrário, sendo visto como meio de subsistência ou, neste caso, produto comercial, haja vista que “a atividade agrária está intimamente imbricada nas riquezas da natureza, pois a flora, a fauna, a terra, a água, o ar fazem parte do processo produtivo agrário” e mesmo assim, a proteção destes bens desenvolveu-se somente “a partir do Iluminismo, com o surgimento do racionalismo científico, pode-se dizer que o direito agroambiental tem suas origens, segundo é concebido na atualidade”. (MATTOS NETO, 2018, p. 58)

Fazendo uma retrospectiva de nossa história, podemos observar que, a partir do século XVIII, a exploração dos recursos naturais passou a ser feita de forma mais intensa e, com o aparecimento da indústria, adotou-se o modelo de produção em série. A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, conquanto tenha incentivado a produção em massa, inaugurando o modo de produção industrial, abriu alternativas para a confecção de vestuários, produtos e utensílios domésticos feitos de couro sintético, de maneira que, no atual momento histórico, não mais se justifica

o consumo exagerado de produtos de origem animal, nem que animais sejam abatidos para que o couro seja utilizado, nos setores de produção industrial, em roupas, casacos de pele, sapatos, móveis etc. (XAVIER, 2013, p. 11)

No Brasil, desde a época do descobrimento até a segunda metade do século XX, o direito ambiental e o direito animal foram percebidos a partir de uma visão econômica, como objetos secundários e de subserviência ao ser humano, integrantes de seus bens, essa forma de proteção fica bem clara no antigo Código Civil Brasileiro de 1916, na Seção V, ao tratar por exemplo das normas que regulavam o direito de vizinhança. (BRASIL, 1916) Nesse sentido:

Basta uma rápida e aleatória leitura do Código Civil revogado para se perceber, claramente, que a preocupação com os bens ambientais foi de índole exclusivamente individualista, sob o crivo do direito de propriedade e tendo em vista o interesse econômico que tal bem representa para o homem. Tais bens, tidos até então como *resnullius*, passavam a ser vistos como algo de valor econômico e, por tal motivo, mereceriam uma tutela. (RODRIGUES, 2018, p. 59)

Nos anos seguintes, especificamente, de 1950 a 1980, houveram a edição de algumas leis protetivas dos animais, tais como, a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), o Decreto-lei nº 24.64/34 (Medidas de Proteção aos Animais), o Decreto-Lei nº 221/67 (Código de Pesca), a Lei nº 5.197/67 (Código de Caça), Lei nº 6.638/79 (Lei da Vivissecção), Lei nº 7.173/83 (Dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de zoológicos) e a Lei nº 7.643/87 (Lei de Proteção à Baleia), um grande avanço, mas que ainda estava marcado pela “ideologia egoística e antropocêntrica pura”, ou seja, que posiciona o homem no centro do universo, “a diferença é que, agora, a legislação ambiental era balizada não mais pela preocupação econômica, mas pela preponderância na tutela da saúde e da qualidade de vida humana”. (RODRIGUES, 2018, p. 60)

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO, aprovada em 1978 em Paris, representa uma mudança de paradigma na forma de enxergar a relação entre homens e animais. (UNESCO, 1978) Sob sua influência, dentre outras, que ao final do século XX, no início dos anos 80, que surgiram verdadeiras mudanças na legislação ambiental do Brasil, sendo instaurado uma visão não antropocêntrica do meio ambiente, com a promulgação de leis como a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O novo ordenamento jurídico trouxe o atual conceito de meio ambiente, compreendido a partir do biocentrismo e do ecocentrismo, nos quais todas as formas de vida, fauna e flora, são dignas de proteção de forma autônoma. Assim sendo:

É apenas a partir da Lei n. 6.938/81 que podemos falar verdadeiramente em um direito ambiental como ramo autônomo da ciência jurídica brasileira. A proteção do meio ambiente e de seus componentes bióticos e abióticos (recursos ambientais) compreendidos de uma forma unívoca e globalizada deu-se a partir desse diploma. (RODRIGUES, 2018, p. 61)

No século XXI, institui-se a imagem da sociedade de risco, vigente atualmente, cuja obrigação é a de “apresentar soluções adequadas para o conflito entre o desenvolvimento tecnológico e a obrigação de estabelecer limites à própria capacidade de intervenção sobre o meio ambiente”. (TRENNEPOHL, 2019, p. 28) A ideia é que o homem não pode mais usar do meio ambiente como bem lhe aprouver, sendo que, a partir de agora, o crescimento econômico deverá ser compatibilizado com o desenvolvimento sustentável.

3.BEM-ESTAR ANIMAL E BIOÉTICA: NOÇÕES SOBRE ANTROPOCENTRISMO, ECOCENTRISMO E BIOCENRISMO

A etimologia da palavra bioética deriva do grego *bios* que significa vida e *ethos*, relativo à ética, sendo uma ramificação da filosofia e da ética aplicada ao cuidado e proteção da vida e da saúde dos seres. Esta matéria é destinada a cuidar dos conflitos e controvérsias morais que surgem nas interações entre espécies. Neste campo de estudo, o animal surge como ser merecedor de proteção e de direitos, de forma que é através da bioética que se refletirá sobre os limites das ações humanas com as demais espécies animais, garantindo que, sejam tratados com ética e justiça.

Essa construção teórica afirma que se deve analisar o bem-estar animal tendo em mente que são seres sencientes, o que implica que sentem dor, sofrimento, alegria, frustração etc. “A senciência é uma reação emocional às sensações, e faz com que os animais experimentem coisas como: afeição à prole, medo do isolamento e aversão ao tédio” (MELO; RODRIGUES, 2019, p. 6).

Dentro do campo de estudo da bioética existem linhas centrais que buscam explicar a relação do homem e do meio ambiente. São as teorias antropocêntricas, ecocêntricas e biocêntricas. A concepção antropocêntrica é a primeira e mais antiga forma de pensamento e posiciona o homem como o centro do universo. Trata-se de um modelo comum de alguns pensamentos filosóficos e crenças religiosas que

atribuem ao homem a posição no topo da pirâmide, seguidos pelos vegetais na base que serviam aos animais e estes ao homem. Dentre seus defensores pode-se citar Aristóteles, Tomás de Aquino e René Descartes (TONELLA; CONCEIÇÃO; TONELLA, 2016, p. 5-6).

Na visão ocidental, que foi fortemente influenciada pela visão aristotélica, o homem ocupa o topo da pirâmide em razão de sua capacidade intelectual, e, portanto, está acima de todas as outras criaturas. Essa visão corresponde a corrente antropocêntrica. Apesar de, serem criaturas dotadas de inteligência e sentimentos, “a razão parece ser a linha divisória que separa o homem (ser racional) dos animais (seres irracionais), surgindo a celebre frase de Aristóteles: “há milênios, que ‘o homem é um animal político’, por ser dotado de *lógos* (palavra)” (XAVIER, 2013, p.3).

Ainda, cabe ressaltar que no momento histórico em que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente foi redigida, havia grande preocupação com a proteção à fauna e flora, no entanto, também havia a questão do crescimento econômico do país, justificando assim uma visão mais favorável do legislador aos interesses humanos. Esta forma de pensamento sofreu mudanças nos anos posteriores ao constatar-se que as necessidades humanas não são garantias de um futuro ecologicamente sustentável (FIORILLO, 2013, p. 490).

A visão antropocêntrica do direito constitucional presente no art. 224 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diz lei protege o homem e não o animal de maneira que “todo ato realizado com o propósito de garantir o bem-estar humano não caracterizará a crueldade prevista no Texto Constitucional. Dessa forma, ser cruel significa submeter o animal a um mal além do absolutamente necessário” (FIORILLO, 2013, p. 288).

Devido a evolução da relação entre o homem e o meio ambiente e com a agravamento da crise ecológica, surgiram outras teorias que ressaltam a importância da preservação da natureza e de todos os seres que dela fazem parte, são conhecidas por ecocentrismo e biocentrismo. O ecocentrismo de Aldo Leopold, Ramon Bogeá e Rousseau, é uma linha filosófica que representa os valores ambientais em torno da natureza, ao contrário no antropocentrismo. “Ecocentrismo vai além do biocentrismo com sua fixação em organismos, pois ecocentrismo vê as pessoas como inseparáveis da natureza orgânica/inorgânica que as encapsula” (ROWE, 1994).

A visão ecocêntrica preconiza que todos os seres que fazem parte da biosfera, animais, plantas e o homem, inclusive, são partes integrantes e iguais do mesmo

sistema (CALLICOTT, 1987¹³⁹ *apud* TONELLA; CONCEIÇÃO; TONELLA, 2016, p. 7). Esta posição foi fortalecida com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais em 1978, a qual fez constar em seu preâmbulo que:

Considerando que todo o animal possui direitos, considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza; Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies; Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há perigo de continuar a perpetrar outros; Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante; Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais. (UNESCO, 1978)

O argumento ecocêntrico firma-se sob a crença de que apesar da indubitável importância humana, “toda a Ecosfera é ainda mais significativa e consequente: mais inclusiva, mais complexa, mais integrada, mais criativa, mais bela, mais misteriosa e mais velha que Tempo (ROWE, 1994), segundo o autor:

A integridade e a saúde dos todos requerem que suas partes os sirvam. O coração, as artérias, as veias e os corpúsculos do corpo humano conduzem ao seu bem-estar ou à doença e à sua própria morte. Por analogia, a missão da humanidade corpuscular é embelezar e manter a Terra. Caso contrário - e nossa capacidade de contemplar diferentes futuros nos dá escolha - as pessoas serão uma varíola paralisante ou mortal no mundo (ROWE, 1994).

Apesar de alguns autores empregarem ecocentrismo e biocentrismo como sinônimos, suas definições são um pouco diferentes. O ecocentrismo possui uma aceção mais abrangente, apresentando valores filosóficos de que todos os seres bióticos e abióticos possuem a mesma relevância para o meio ambiente. No entanto,

139 CALLICOTT, J. Baird. **Companion to A Sand County Almanac**: Interpretive and Critical Essays. Madison, WI.: University of Wisconsin Press. 1987.

o biocentrismo prega que esta visão de igualdade entre os seres, somente é aplicada aos seres com vida (AMADO, 2014, p. 30).

O biocentrismo se sustenta na existência de mais valor aos seres vivos, independente do homem. Para essa corrente, a vida é única e a natureza possui um valor intrínseco e fundamental. Do biocentrismo nasceu o movimento abolicionista que vai contra a utilização dos animais como instrumento para os homens. Ressalta-se, ainda, que para o ordenamento jurídico brasileiro, os animais não são sujeitos de direito e sim objeto de direito, mas que por serem criaturas vivas possuem um regime jurídico especial, sendo proibido serem alvos de crueldade, sendo crime ambiental praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir e mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, nos termos do art. 32, da Lei 9.605/1998 (AMADO, 2014, p. 30).

Dessas concepções, sobre a ótica da bioética, do antropocentrismo, biocentrismo e ecoturismo deve-se questionar o homem e a sociedade, como seu estilo de vida afeta o meio ambiente. Ou ainda, como os humanos e os animais poderão conviver em harmonia e igualdade no ecossistema. De início, percebe-se que é o meio ambiente é uma questão complexa, na qual se faz necessário analisar a sua proteção sem, necessariamente, privilegiar os interesses humanos para, tão somente, depois integrar todos os seres vivos no mesmo sistema.

Diante da análise dos textos pesquisados, percebe-se que há uma tendência de pensamento em prol do interesse humano sob o animal, e pior, uma resistência em admitir o valor intrínseco da natureza e sua necessidade de proteção, não apenas pelo bem-estar humano, mas por todo o ecossistema. Desta maneira, entende-se que o meio é ambiente deve ser tutelado não apenas porque é do interesse da humanidade em preservar seus recursos para as próximas gerações, mas porque todos os seres vivos são dignos e imprescindíveis para a ordem e saúde global.

3.1 Relação entre os seres humanos e os animais

Os animais têm sido tratados de formas diferentes a depender da sociedade, da cultura e da religião em que estão inseridos. Na Índia, a vaca é celebrada como um animal sagrado pela religião hinduísta sendo considerada uma grave ofensa matá-la. No budismo, o seu principal mandamento diz que não se deve maltratar nenhuma criatura viva, seja humana ou animal. O porco, de acordo com as leis islâmicas, é considerado um animal impuro, sendo proibido consumir sua carne. Na antiga Grécia o filósofo Pitágoras indicava uma alimentação isenta de carne animal (XAVIER, 2013, p. 8). Para algumas religiões africanas, os animais são considerados como oferendas aos orixás (SCHEFFER, 2019, p. 62).

3.1.1 Animais e entretenimento

O uso de animais para diversão não é novidade, no entanto, é recente a discussão sobre os direitos desses seres e suas condições de vida. Não só no Brasil, mas em outros países é comum e permitido por lei usar os animais como atração turística, caças, pesca esportiva, circos e zoológicos. No Brasil, o rodeio, a vaquejada e o laço foram elevados à condição de patrimônio cultural imaterial do país, bem como, como manifestações culturais nacionais pela Lei nº 13.364/2016 (BRASIL, 2016). Há, ainda, outras situações em que os animais foram explorados, por exemplo:

[...]nas rinhas de galo e de cães, práticas cruéis cujos maus-tratos iniciam-se muito antes de os animais entrarem nas arenas. A preparação dos cães para rinhas nos EUA era composta de treinamentos dolorosos, como eletrochoques, explosões de pólvora perto da cabeça dos animais, pimenta e alimentação com altas doses proteicas. Atualmente, os treinamentos também incluem maus-tratos, como espancamento (VIDANIMAL, [s.d.]. Quanto aos galos, são cortadas cristas e barbelas; o bico e as esporas são reforçados com aço inoxidável e, quando não estão em “treinamento”, são mantidos em minúsculas gaiolas para atuar num combate que só termina com a exaustão ou a morte de um dos competidores (LEVAI, [s.d.]) (SCHEFFER, 2019, p. 42-43).

Adiante veja-se também tantos filmes e séries nos quais houve mortes, maus-tratos ou acidentes envolvendo animais:

No filme “Tarzan of the Apes”, 1918, um leão é esfaqueado até a morte pelo protagonista. Durante as filmagens de “Ben Hur”, 1925, muitos cavalos morreram. A maioria das mortes ocorreu na filmagem da famosa cena da corrida de quadrigas. Numa cena do filme “The Silent Enemy”, 1930, um leão da montanha e um urso lutam entre si. Para a produção desse confronto, os dois animais foram mantidos em jaulas durante vários dias, sem comida, e então libertados para disputar a carcaça de um veado. Em “The Charge of the Light Brigade”, 1936, aproximadamente 25 cavalos morreram ou foram mutilados. Devido à brutalidade da cena de batalha, o congresso norte-americano debateu pela primeira vez a crueldade contra os animais em filmagens. Durante as filmagens de “Heaven’s Gate”, 1980, quatro cavalos morreram. Um deles morreu após

ter sido detonado um explosivo entre suas patas. Além disso, houve brigas de galos, decapitação de galinhas e sangria de um boi (PIETRA, 2016). Em "Piratas do Caribe: A Maldição do Pérola Negra", 2003, foram feitas tantas explosões em Petit Tabac, São Vicente e Granadinas, que peixes marinhos da região morreram. Nas filmagens de "As Crônicas de Nárnia", 2005, cavalos também se feriram. Em um só dia, quatorze animais precisaram ser substituídos. Nas filmagens de "O Hobbit: Uma Jornada Inesperada" (The Hobbit), 2012, 27 animais foram mortos. Cavalos usados nas filmagens caíram em buracos, e galinhas, ovelhas e cabras que estavam na fazenda usada para as filmagens vieram a óbito devido à má alimentação e falta de cuidados nos abrigos. Na série "Luck", produzida pela HBO, entre 2011 e 2012, o cavalo usado nas filmagens sofreu ferimentos tão graves na cabeça que foi sacrificado. Depois disso, a série foi cancelada (SCHEFFER, 2019, p. 54).

Percebe-se que em muitos desses espetáculos, os animais são explorados, lesionados e até mortos, ou ainda são espancados e obrigados pelos seus treinadores a sofrer em troca de obediência. As atrações e a beleza mostrada ao público não são sempre o retrato da realidade. De acordo com Scheffer (2019, p. 54) "animais não pediram para participar de filmes. Nem para serem atemorizados, decapitados, explodidos, enjaulados, mutilados ou mortos devido às filmagens. Não lhes fascina o estrelato. Isso é coisa do ser humano".

Existem provas que, o uso dos animais são fonte de entretenimento, veja-se "o sucesso estrondoso do *Cirque du Soleil*, fundado no Canadá em 1984 e que não usa animais em suas apresentações, compreende-se que não há mais justificativa para a utilização de animais em circos" (SCHEFFER, 2019, p. 43). Assim, parece um contrassenso a conduta humana de adotar cães, gatos, e outros animais de estimação, e ainda abater outras espécies de animais para satisfazer seus desejos.

3.1.2 Animais para alimentação

O animal é uma das principais fontes de alimento para a raça humana, é comum ver pinturas rupestres relatando caças em grupos de bois e cervos. No entanto, com o crescimento da população mundial em escala crescente, o aumento da demanda de proteína animal e com o avanço da exploração industrial percebe-se que os animais passaram a ser vistos como meros produtos de consumo.

A argumentação apresentada por alguns pesquisadores para justificar o abate de animais encontra-se assentada em

premissa falsa, visto que os animais, do ponto de vista jurídico, em todas as suas variantes, são injustamente colocados em patamares inferiores e submissos ao homem, e que servem aos trabalhos manuais e satisfação dos apetites dos seres humanos, difundindo-se a ideia de que a alimentação carnívora é essencial à sobrevivência humana, incutindo-se a noção de que, quando se alimenta de carne animal, o ser humano apenas responde a um impulso natural (XAVIER, 2013, p. 3).

Nos locais de criação de animais para alimentação, conhecidos como abatedouros, de acordo com Scheffer (2019, p. 78) “é determinante que os animais dispendam o mínimo de esforço possível para que ganhem peso em pouco tempo e gerem lucro. Isso significa confinamento. E maus-tratos, apesar de considerados legais do ponto de vista jurídico”.

Já a chamada “farra do boi”, continua a ocorrer, apesar de proibida em todo o estado de Santa Catarina desde 1997 por meio do Recurso Extraordinário nº 153.531, do Supremo Tribunal Federal. O boi é perseguido por uma multidão entre ruas de cidades e vilarejos, em matas e praias. É provocado e agredido com pedradas e pauladas, numa barbárie que pode durar dias, até, geralmente, ser morto e ter sua carne distribuída entre os “farristas” (SCHEFFER, 2019, p. 43).

As vidas de frangos e galinhas são ainda mais curtas. São criaturas que, se tidas somente como fonte de alimento, existem apenas para serem comidas, sendo que, muitas vivem amontoadas em galpões, superalimentadas para ganhar peso o mais rápido possível e que depois são abatidas ao atingir a sua cota na produção.

3.1.3 Animais em cultos religiosos

A liberdades de crença e de culto são asseguradas no inciso VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 o qual consta que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. No entanto, a mesma Constituição, em seu art. 225, §1º, VI, prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente e a proteção à fauna (BRASIL, 1988). Ademais, tem-se o art. 32 da Lei nº 9.605/98, que proíbe a prática de maus-tratos aos animais (BRASIL, 1998).

O uso de animais em rituais religiosos como sacrifícios em algumas religiões de matriz africana é largamente praticado no Brasil. No caso do uso de animais em

cultos religiosos não existe regulamentação para evitar o sofrimento destas criaturas, levando seus praticantes a sacrificá-los da maneira que entenderem adequada. Portanto, “podemos dizer que há uma morte mais “regulamentada” – nos matadouros – e outra, nos sacrifícios religiosos, nos quais não há diretrizes” (SCHEFFER, 2019, p. 62-64).

A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificativas públicas não é compatível com dogmas religiosos. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. Tese fixada: ‘É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana’. [RE 494.601, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 28-3-2019, P, DJE de 19-11-2019.]140

Há poucos anos, ouviu-se falar do abate humanitário nos matadouros, que é uma forma mais civilizada e, em tese, sem sofrimento desnecessário de cessar a vida dos animais para alimentação. No entanto, nem todas as situações que envolvem a morte animal seguem ou são reguladas por este preceito.

3.1.4 Animais e experimentação científica

É comum o uso de animais como sujeitos para o desenvolvimento de pesquisas em laboratórios, sendo utilizados para testes de medicamentos e cosméticos e vivisseção, as experiências desse tipo são mais realizadas em macacos, coelhos, hamsters, cães, ratos, sapos e camundongos (XAVIER, 2013, p. 18).

140 Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-8-capitulo-6-artigo-225>. Acesso em: 16 set. 2020.

Na União Europeia, existem cinco liberdades e três conceitos Rs que embasam a legislação sobre animais usados em experiências científicas em laboratórios. As cinco liberdades (5L) cuidam do bem-estar animal, de forma que “todos os animais devem: a) ser livres de medo e estresse; b) ser livres de fome e sede; c) ser livres de desconforto; d) ser livres de dor e doenças; e) ter liberdade para expressar seu comportamento natural” (RAMOS, 2006¹⁴¹ *apud* MELO; RODRIGUES, 2019, p. 9). Em consoante, as bases do conceito do princípio dos 3Rs diz que:

a) deve-se progressivamente reduzir o número de animais em experimentos; b) substituir o uso de animais em experimentos por alternativas sem animais; c) buscar diligentemente a diminuição da dor e sofrimento dos animais através do refinamento dos protocolos experimentais (RAMOS, 2006 *apud* MELO; RODRIGUES, 2019, p. 9).

Atualmente, a Lei 11.794/2008 regulamenta o uso de animais em pesquisas científicas estabelecendo providências para o uso científico de animais, de forma que quaisquer experimentos feitos fora dos parâmetros legais, constitui uma violação à ordem jurídica. Esta lei foi criada para regulamentar o inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

4. STATUS LEGAL DOS ANIMAIS

Como dito anteriormente, a ligação entre homens e animais é antiga, se tornando cada vez mais próxima com os anos, de forma que, em alguns caso, o animal possui *status* de membro da família. Ainda assim, e apesar do aumento da recriminação dos maus tratos contra os animais, os índices de abusos contra estes seres não deixam de subir.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978, em seu preâmbulo e os seus quatorze artigos seguintes, refere-se ao respeito devido as animais como seu semelhante, a prevenção de crimes contra eles, reconhece a necessidade de coexistência entre as espécies, e incentiva a educação, desde a infância, “a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais” (UNESCO, 1978).

Porventura, o art. 64 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) pune com prisão simples de dez dias a um mês ou multa, a conduta de maus tratos aos animais, o qual dispõe que:

¹⁴¹ RAMOS, J. B. Bem-estar animal: a ciência de respeito aos animais. **Informativo IEA**: n. 68, ano XII, jul./ago., 2006.

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. (BRASIL, 1941)

A fauna foi legalmente reconhecida como recurso ambiental pelo art. 3º, inciso V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a qual determina que para os fins desta lei são recursos ambientais, “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. (BRASIL, 1981)

Em consonância, a Constituição Federal de 1988 diz em seu artigo 225, §1º, incisos VI e VII, que cabe ao Poder Público:

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:

VI - promover a **educação ambiental** em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e

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.** (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

No inciso VII, o legislador cuidou de proteger tanto a função ecológica da fauna e sua essencialidade para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas

também se preocupou com o bem estar animal ao vedar, expressamente, a sua submissão a atos de crueldade. De fato, vedar práticas cruéis contra os animais, não possui relação com a função ecológica deles, no entanto, essa inclusão no texto constitucional já revela uma pequena mudança no pensamento legal pois, alinha-se claramente a uma visão biocêntricas do meio ambiente, que respeita todas as formas de vida em sua totalidade (RODRIGUES, 2018, p. 88-89).

Existe também, a Lei de Proteção à Baleia (Lei 7.643/87) proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, sendo penalizada com a pena de "2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 a 100 Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência".

Alguns dos crimes contra a fauna estão previstos no Capítulo V, Seção I, nos arts. 29 a 37 da Lei Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que definiu no art. 32 que será punida com detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa, a pessoa que "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos". (BRASIL, 1998)

A fauna e a flora são bens jurídicos de natureza difusa, são bens públicos, mas não pertencem à União, e devem ser tutelados como direitos multidimensionais, pois atingem todas as pessoas do planeta. Tanto a doutrina quando a lei consideram o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental diferenciado, afastando totalmente a noção patrimonialista dos bens ambientais no Direito Civil de que, por exemplo, ditam que "os animais de caça e pesca podem ser coisas sem dono (*res nullius* ou coisa de ninguém) e sujeitas à apropriação através do instituto da ocupação (CC, art. 1.263/142)". (XAVIER, 2013, p. 15)

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, o animal possui *status* legal de coisa, no sentido expreso de objeto e bem econômico, como se percebe nos arts. 82 e 1.228:

Art. 82. São móveis os **bens suscetíveis de movimento próprio**, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer

142 Art. 1.263 do Código Civil. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.

que injustamente a possua ou detenha. (grifo nosso) (BRASIL, 2002)

O Código Civil divide os bens em duas categorias: bens imóveis e móveis. Bens imóveis são aqueles que “não podem ser transportados de um lugar para outro sem alteração de sua substância (um lote urbano)”. Os bens móveis são os “passíveis de deslocamento, sem quebra ou fratura (um computador)”. E os bens que são “suscetíveis de movimento próprio, enquadráveis na noção de móveis, são chamados de semoventes (um animal de tração)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 118).

Um levantamento realizado pela Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA)¹⁴³ de São Paulo registrou um aumento de 81,5% nas denúncias de maus tratos de janeiro a julho de 2020, em relação a mesma época do ano de 2019. De acordo com as informações divulgadas, 12.581 queixas somente até a metade de 2020, sendo que foram um total de 12.065 do ano todo de 2019 (LOPES, 2020).

Por fim, recentemente, em resposta a crescente indignação contra os males sofridos por estas criaturas, foi promulgada a Lei nº 14.064 (Lei Sansão), de 29 de setembro de 2020, que altera a Lei nº 9.605 (Lei dos Crimes Ambientais), de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato acrescentando o §1º-A ao art. 32 que § 1º-A “quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda” (BRASIL, 2020).

A Lei Sansão foi assim batizada em homenagem a um cão pitbull que teve as duas patas traseiras decepadas por um homem em Confins no Estado de Minas Gerais. Apesar de tardia, é bem vinda a chegada desta lei, que finalmente veio para destacar os direitos e quebrar paradigmas em relação aos animais, e que se mostre como um exemplo que está na hora de deixar ver estas criaturas como propriedade humana para que se possa fazer o que lhe aprouver com elas, e sim como seres vivos que sentem sofrer e fazer *jus* a proteção legal em sua totalidade.

5. CONCLUSÃO

Nos últimos anos, tem se notado uma crescente mudança no tocante aos direitos dos animais, o que comprova a necessidade da evolução da lei diante dos antigos costumes e ideias. Por muito tempo, preponderou-se a noção de que os animais eram meros instrumentos da vontade humana, possuindo pouca

¹⁴³ A DEPA é um serviço via internet à disposição da população para denúncias de crimes ocorridos no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/depa>. Acesso em: 15 out. 2020.

significância no mundo, além da necessidade. O homem via-se como ser supremo e único possuidor de direitos.

Esta visão antropocêntrica reinou absoluta por séculos, com relevantes, mas poucos opositores. Os animais foram, e ainda são vistos de diversas maneiras, como fonte de entretenimento, meio de alimentação, sacrifícios religiosos e experimentos científicos, mas poucas vezes como seres vivos e sensitivos, de rica inteligência emocional e social, que merecem ser respeitados tanto, ou mais, que os humanos.

Este *status* inferior prejudicou o avanço da tutela legal dos seres não humanos, o que limitou significativamente a sua proteção contra violência, abuso e maus tratos. Essa denominação de propriedade, minimiza a importância destes seres vivos, categorizando-os como uma coisa que se usa, goza, maltrata, mata, aluga e vende.

A postura protetiva da fauna sob a visão do biocentrismo é recente no Brasil pois, como dito, sob a perspectiva das antigas leis, o animal era visto, tão somente como uma propriedade de valor econômico do Estado. Apesar disso, percebe-se um certo avanço, mesmo que lento, na legislação que tutela e conserva os direitos dos animais, domésticos ou não.

Por fim, para se que possa continuar avançando substancialmente na garantia dos direitos dos seres não vivos, é imperioso que todos, não somente o Estado, mas também população, passem a atuar com uma consciência coletiva de que os animais são parte igual do planeta, sujeitos de direitos, e não meras ferramentas a serviço da conveniência humana.

6. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. [Ebook]

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 191-A. ed. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. **Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.** Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987.** Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7643.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.** Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020.** Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm. Acesso em: 12 out 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [Ebook]

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil:** volume único. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Ebook]

LOPES, Sofia. **Denúncias de violência contra animais em São Paulo aumentam 81,5% em 2020.** Disponível em: <https://fiquemsabendo.com.br/meio-ambiente/denuncias-violencia-animais-2020/#:~:text=5%25%20em%202020-,Den%C3%BAncias%20de%20viol%C3%AAncia%20contra%20animais%20em,aumentam%2081%2C5%25%20em%202020&text=O%20estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo,mesmo%20per%C3%ADodo%20do%20ano%20passado>. Acesso em: 15 out. 2020.

MATTOS NETO, Antonio José de. **Curso de direito agroambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2018. [Ebook]

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. **Direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro:** um olhar sobre as iniciativas legislativas para a abolição da tração animal. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, [s. l.], 2019. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/ouKM6KUudREfb1K_2019-2-28-13-58-18.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

NASSARO, Marcelo Robis Francisco. **Maus tratos aos animais e violência contra pessoas:** a aplicação da teoria do link nas ocorrências atendidas pela polícia militar do Estado de São Paulo. 1. ed. São Paulo: Edição do autor, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente:** crimes ambientais (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Ebook]

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. [Ebook]

ROWE, Stan J. **Ecocentrism:** the Chord that Harmonizes Humans and Earth. Ecospherics: 1994. Disponível em: <http://www.ecospherics.net/pages/RoweEcocentrism.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. **Diálogos de direito animal.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019. [Ebook]

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. [Ebook]

TONELLA, Livia Helena; CONCEIÇÃO, Eliezer de Oliveira da; TONELLA, Celene.
Filosofia do direito ambiental: os animais enquanto sujeitos de direito. Actio
revista de estudos jurídicos, [S. l.], v. 11, n. 26, p. 120-140, 28 nov. 2016.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.
Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas, Bélgica: Unesco, 1978.
Disponível em:
[http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.p
df](http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf). Acesso em: 9 abr. 2020.

XAVIER, Cláudio. **Direitos dos animais no século XXI:** uma abordagem ambiental,
filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB (ISSN
2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: [http://www.idb-
fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf). Acesso em: 16 de set. 2020.

AS DANOSIDADES AO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES AMBIENTAIS

THIAGO GOMES DA CUNHA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus

RUBENS ALVES

(Orientador)

RESUMO: A pesquisa visa delimitar a atividade de significativo impacto ambiental, a mineração, relacionando-a com as consequências da extração mineral diretamente aos ecossistemas e indiretamente à sociedade, sendo está uma afronta ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O objetivo principal é delimitar a atividade de significativo impacto ambiental da extração mineral como um empreendimento dos entes coletivos, perpassando pelo histórico constitucional sobre o meio ambiente e sua utilização, demonstrando as danosidades ao meio ambiente e sua classificação para com a mineração, expondo os crimes ambientais que podem e são cometidos por esta atividade, e relacionando os danos e crimes com a respectiva atividade. Os resultados foram obtidos conforme a responsabilidade civil, administrativa e/ou penal adquiridas pelas empresas de mineração conforme os danos causados à sociedade, com finalidade de uma tentativa de reestabelecimento do equilíbrio natural e social.

Palavras-chave: mineração; meio ambiente; crimes ambientais; danos ambientais; responsabilidade;

ABSTRACT: The research aims to delimit the activity of significant environmental impact, mining, relating it to the consequences of mineral extraction directly to ecosystems and indirectly to society, being an affront to the fundamental right of the environment ecologically balanced. The main objective is to delimit the activity of significant environmental impact of mineral extraction as an enterprise of collective entities, going through the constitutional history, demonstrating the damage to the environment and its classification to mining, exposing the environmental crimes that can and are committed by this activity, and relating the damage and crimes with the respective activity. The results were obtained according to the civil, administrative and/or criminal responsibility acquired by the mining companies according to the damages caused to society, with the purpose of an attempt to reestablish the natural and social balance.

Keywords: mining; environment; environmental crimes; environmental damage; liability;

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Base constitucional e direitos fundamentais em âmbito ambiental: noções básicas e introdutórias. 2.2. Histórico ambientalista brasileiro nas Cartas Magnas. 2.3. Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. 3. Tipos de crimes ambientais e extensão de seus impactos. 3.1. Desmatamento e degeneração da paisagem. 3.2. Poluição. 3.2.1. Poluição atmosférica. 3.2.2. Poluição e contaminação dos recursos hídricos. 3.2.3. Poluição do solo. 3.2.4. Resíduos sólidos. 4. Responsabilidade ambiental da pessoa jurídica. 4.1. Responsabilidade ambiental civil. 4.2. Responsabilidade ambiental administrativa. 4.3. Responsabilidade ambiental penal. 4.3.1. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

As ações que atingem direta ou indiretamente a natureza aumentaram conforme o desenvolvimento científico e tecnológico, ademais com o crescimento demográfico mundial, onde o homem domina completamente os elementos naturais disponíveis para demasiada produção. "O direito não poderia ficar inerte ante essa triste realidade. Viu-se, assim, o Estado moderno na contingência de preservar o meio ambiente, para assegurar a sobrevivência das gerações futuras em condições satisfatórias de alimentação, saúde e bem-estar" (GONÇALVES, p.61, 2019), assim, nascendo o ramo jurídico do direito ambiental, tutelando o direito fundamental à sadia qualidade de vida baseada em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há inúmeras atividades causadoras de significativo impacto ambiental, como por exemplo a mineração, que invariavelmente afeta recursos irrecuperáveis, podendo ser considerado um ataque direto ao direito difuso que é o meio ambiente (MILANEZ, 2017). O presente artigo busca discorrer como os crimes ambientais não ofendem apenas ao bem jurídico tutelado, mas sim afeta diretamente a saúde coletiva humana e a biodiversidade dos ecossistemas locais e regionais.

2. BASE CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ÂMBITO AMBIENTAL: NOÇÕES BÁSICAS E INTRODUTÓRIAS

2.1 Histórico Ambientalista Brasileiro Nas Cartas Magnas

Conforme análise prévia da historia constitucional brasileira, é observado que até a carta de 1934 não se encontravam elementos que abordavam o meio no qual o ser humano vive com olhares preservacionistas, e assim, demonstrada a inobservância com os aspectos naturais até a primeira metade do século XX, bem

como na carta magna de 1891 se “estipulava a possibilidade de a União legislar sobre minas e terras (...) essa constituição foi a primeira a estabelecer regras para o uso do solo, dando-se início à normatização de alguns elementos da natureza” (SIRVINSKAS, 2018, p.123) e mesmo impetrando sobre esse elemento, não era objeto a sua preservação.

Esse aspecto com visão ambientalista inicia sua gênese com previsões de proteção sobre belezas naturais e dos patrimônios históricos, atribuindo competência da União para legislar sobre minas, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a exploração (art. 5º, XIX) na constituição de 1934. Com uma continuidade constante e explícita nas seguintes constituições de 1937 e de 1946, tem-se, de certo modo, a mesma proteção aos recursos naturais na carta de 1967, porém com ampliação da competência da União para organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações (art. 8º, XII); no entanto, tem-se importante observância para a emenda constitucional n. 1/69 que atribui ao artigo 172 a palavra “ecológico” ao caso de estudo prévio para regulamento de aproveitamento agrícola das terras sujeitas à calamidades e intempéries, estendendo ao proprietário que agir conforme “mau uso da terra” com a impossibilidade de receber auxílios e incentivos dos entes federativos e não obstante acrescenta Luís Paulo Sirvinskaskas:

Isso demonstrou a preocupação do legislador em se antecipar à Conferência de Estocolmo/72, estabelecendo regras com a finalidade de criar um sistema de avaliação prévia relacionada à ecologia e exigir do seu proprietário que fizesse bom uso da terra, proibindo, na própria Constituição, o recebimento de incentivos e auxílios para aqueles que viessem a degradar o solo. (SIRVINSKAS, 2018, p.123)

Em abordagem da constituição cidadã, percebe-se cuidado especial em tratar o termo conceituado como meio ambiente, sendo que o legislador garantiu um capítulo inteiro para o tema mediante a importância mundial tratada. Este é composto por um artigo (225 CRFB) acompanhado de seis parágrafos.

Esta questão específica pode ser dividida em três conjuntos conforme José Afonso da Silva (1998): primeiro em norma matriz, que é o caput do artigo (meio ambiente ecologicamente equilibrado); em segundo as normas -instrumentos que estão inseridos no §1º, I a VII, que servem para o poder público dar efetividade à norma matriz; por último o conjunto de determinações particulares, que trata sobre os objetos e setores, os quais são elementos sensíveis que requisitam imediata proteção e direta regulamentação constitucional, encontrados nos §2º, §4º e §6º. Para entender melhor o Art. 225 da CRFB pode-se separá-lo em partes específicas, bem

como é indispensável compreender que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana, assim como sendo um direito difuso, portanto, indisponível, e, logo, um bem para uso comum do povo.

Não obstante é necessário elencar que o Art. 225 também expressa que o meio ambiente, como um direito difuso, é essencial para à sadia qualidade de vida do homem e deve ser protegido e defendido pelo poder público e pela coletividade para as presentes e futuras gerações.

A expressão “ecologicamente equilibrado” deve levar em consideração, para este equilíbrio, o desenvolvimento (art. 170, VI, CRFB), que leva a entender que essa compatibilização significa considerar as problemáticas ambientais dentro de um contexto contínuo de planejamento, atendendo as exigências de ambos. “(...) isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim um de seus instrumentos, (...), os quais constituem a sua base material” (MILARÉ, 2001, p. 36.) Que nos leva a entender que a lei positivada não instaura um regramento para inalterabilidade do meio natural, mas sim uma harmonia entre os vários bens que compõem a ecologia e o desenvolvimento capitalista nas sociedades modernas, não mais conformadas com o consumo necessário, mas sim com a política consumista de mercado que sistematiza produções desnecessárias em nome do capital econômico.

2.2 Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Como Direito Fundamental.

O poder público visa a qualidade de vida para o cidadão, unindo felicidade ao bem comum e, desta forma, destaca-se o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), não obstante, a qualidade de vida em concordância com proteção ao meio ambiente se constituem do direito à vida, transformando-se em um direito fundamental e, assim, as constituições modernas passaram a protegê-la mais intensamente como uma garantia da coletividade social. Sirvinskas (2018) esclarece sobre ser direito fundamental, mesmo não estando positivado no artigo 5º da Constituição Federal:

Os vinte e seis princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972 foram, na sua totalidade, encampados pelo art. 225 da CF. Esses princípios têm por escopo dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida do homem. Ressalte-se que a sadia qualidade de vida não está explicitamente inserida no art. 5º da CF; no entanto, trata-se de um direito fundamental a ser alcançado pelo Poder Público e pela coletividade. Cuida-se de direito ou interesse

difuso que deve ser protegido para que “todos” possam usufruí-lo.

Houve, inclusive, uma PEC, que tramitou perante a Câmara, (...) que pretendia incluir o meio ambiente entre os direitos fundamentais. A Câmara analisou e arquivou a EC (PEC n. 455/2010), do Deputado Roberto Rocha (PSDB-MA), que incluía o meio ambiente entre os direitos fundamentais, ou seja, direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput, da CF). (...). O senador Cristovam Buarque propôs Projeto de Emenda à Constituição (PEC n. 19/2010) com a finalidade de acrescentar ao art. 6º outro direito, dentre os direitos sociais essenciais, a busca do direito à felicidade, e não o direito à felicidade, propriamente dito. A PEC, em votação simbólica, foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça — CCJ. Isso tem tudo a ver com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito social da busca da felicidade. (SIRVINSKAS, 2018, p. 126)

Neste ponto é relevante colocar que a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Declaração de Estocolmo, 1972) coloca o meio ambiente natural e artificial como essenciais para gozo dos demais direitos fundamentais, ou seja, para garantir-se a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, primeiramente é necessário um meio ambiente ecologicamente equilibrado para o uso comum social. Conforme salienta Paulo Afonso Leme Machado (2013, p.68): “cada ser humano só fluirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado” e para tal direito ter sua prestação efetiva é incumbido ao Poder Público proteger a fauna e a flora, contrariando e evitando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que influenciem para a extinção das espécies (art.225, caput e 1º).

Ademias vale ressaltar que a Constituição abona os tópicos referentes ao meio ambiente como fator essencial para a sociedade, motivado pelo fato da necessidade de preservar valores incomensuráveis economicamente, assim como, pelo fato de se tratar de um princípio constitucional geral que condiciona a atividade econômica, de acordo com o que está enunciado no artigo 170, inciso VI, da CF, que visa o desenvolvimento sustentável.

Seguindo esta linha, vemos que no contexto constitucional, o condão de proteção ao meio ambiente excede simples arranjos espalhados, vez que podemos encontrar trechos que contempla regras referentes ao meio ambiente.

Fora que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, vez que sua natureza jurídica advém dos direitos difusos.

3. TIPOS DE CRIMES AMBIENTAIS E EXTENSÃO DE SEUS IMPACTOS

É configurado um crime ambiental quando ocorre qualquer dano ou prejuízo aos elementos que compõem o ambiente: flora, fauna, recursos naturais e o patrimônio cultural, sendo tais violações previstas na Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), isto é, a referida legislação visa à proteção do meio ambiente, de modo que passa a determinar sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Podemos observar que a referida legislação foi uma conquista positiva, isso porque a normas que regiam matéria sobre o meio ambiente eram esparsas, e ainda podíamos encontrar lacunas.

Outrossim, na conferência RIO +10, realizada em 2002, a mineração foi considerada como “uma atividade fundamental para o desenvolvimento econômico e social de muitos países” (FARIAS, p.5, 2002). Porém, no geral, esta atividade provoca diversos efeitos indesejáveis que podem ser chamados de externalidades, que são os conflitos de uso do solo, alterações ambientais, depreciação de imóveis próximos, geração de áreas degradadas e os transtornos relacionados ao tráfego de pessoas e veículos. Essas externalidades ocasionam conflitos com as comunidades locais, pois o empreendedor não se preocupa com os anseios e dificuldades das comunidades, mas sim com seu lucro a partir do empreendimento (BITAR, 1997). Sendo assim, mesmo considerada uma atividade importante para o desenvolvimento, é de se considerar que as consequências da mineração são, em sua grande maioria, consideradas causadoras de impactos ambientais, mesmo existindo exigências legais para este tipo de projeto empresarial desde 1986, onde devem apresentar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) demonstrando que a atividade deve ser avaliada perante o poder público. Porém, este requisito não obtém efetividade quando demonstram na facticidade contramão à garantia de um desenvolvimento sustentável e respeito aos ecossistemas regionais.

Conforme resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) n° 001 de 1986, temos a conceituação do termo impacto ambiental no art. 1º, que é qualquer alteração das propriedades do meio ambiente causadas por atividades humanas, sendo que a mineração afeta diretamente os incisos deste artigo,

impactando tanto a saúde, a segurança e bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas do meio ambiente e a qualidade dos recursos naturais, sendo que é necessária elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (RIMA) e para seu licenciamento será necessária aprovação do órgão estadual competente, conforme o art. 2º da mesma resolução em seu inciso IX que trata exatamente da extração do minério de ferro.

No âmbito dos impactos, vale ressaltar que a mina não se restringe a poluir somente o ambiente visual e a paisagem do local em que se instala a atividade, mensagem muitas vezes veiculada pelas mineradoras em uma tentativa de minimizar a imagem negativa deste setor industrial. Outro panorama veiculado por estas empresas é de que a atividade em si não é poluidora, mas que sua má prática levaria a poluição, sendo que os impactos ambientais são inerentes ao processo de extração mineral (MILANEZ, p.93, 2017). Dentre esses impactos, vale ressaltar que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e o Ibram (Instituto Brasileiro de Mineração) deixam de mencionar que muitas das atividades que retiraram a cobertura vegetal nativa foram proporcionadas principalmente devido a criação da infraestrutura necessária para a o início de uma atividade mineradora, pois o solo o qual chamamos de fértil na superfície terrestre, para os mineradores é chamado de estéril, pois não há nenhum recurso mineral aproveitável em atividades produtivas e econômicas. Mechi e Sanches (2010) complementam:

Praticamente, toda atividade de mineração implica supressão de vegetação ou impedimento de sua regeneração. Em muitas situações, o solo superficial de maior fertilidade é também removido, e os solos remanescentes ficam expostos aos processos erosivos que podem acarretar em assoreamento dos corpos d'água do entorno. (MECHI e SANCHES, 2010, p.2)

Em geral, podemos caracterizar os problemas oriundos da mineração em quatro categorias de poluição: da água, do ar, sonora e subsidência do terreno (FARIAS, p.15), porém também podemos especificar os impactos em degeneração da paisagem, retirada da cobertura vegetal (desmatamento), poluição e contaminação dos recursos hídricos, perda da fertilidade do solo, interferência na fauna, esgotamento dos recursos naturais, geração de resíduos com disposição inadequada de rejeitos e a consequência de todas estas em conjunto: redução da biodiversidade na região da instalação em questão.

3.1 Desmatamento e Degeneração da Paisagem.

A Lei de Crimes Ambientais traz como crime o desmatamento não autorizado, em geral está associado a outros crimes ambientais como o definido no art. 52, do mesmo dispositivo.

No primeiro momento mostra-se necessário apresentar a definição de desmatamento, sendo que desmatamento é uma palavra de sentido semelhante a desflorestamento, em outras palavras, a ato de derrubar árvores de um terreno ou uma região, desfazendo a formação florestal da área (FERREIRA, 2007).

Temos ainda, o ambientalista Édis Milaré entende o desmatamento como: destruição, corte, abate indiscriminado de matas e florestas, para comercialização de madeira, utilização dos terrenos para agricultura, pecuária, urbanização, qualquer outra atividade econômica ou obra de engenharia (MILARÉ, 2011).

Com base na doutrina majoritária prevalece o entendimento entre os ambientalistas que as composições florestais são pontos basilares do habitat natural, sendo que por consequência das derrubadas de arvores ocasiona um efeito depredador.

Ao que se refere ao termo habitat, ele vem estabelecido pela Convenção da Diversidade Biológica, como lugar ou tipo de local onde um organismo ou população ocorre naturalmente. A perda de habitat é considerada como uma das principais causas da extinção de espécies e redução da biodiversidade (KLINK & MACHADO, 2012).

Não podemos esquecer de mencionar a incidência ocasionada na fauna pelo desmatamento. Maria Luiza Machado Granziera ao conceituar a fauna preleciona que: a fauna é um dos recursos assim definidos na Lei nº 6.938\81 e constitui

toda vida animal em uma área, um habitat ou um estrato geológico num determinado tempo, com limites: espacial e temporal arbitrários. O conjunto da vida animal localizada em um determinado espaço ou em um determinado período de tempo, caracteriza a fauna, o que significa cabível indicar essas duas variáveis – tempo e espaço – para identificar, com exatidão, a que fauna está-se referindo (GRANZIERA, 2009).

Na maioria dos casos a extração mineral no Brasil começa seu processo na primeira camada da superfície do solo, chamadas lavras a céu aberto. Desta forma, é retirado todo o solo fértil (contraditoriamente, para a indústria mineral é considerado estéril, por ter baixo teor de minérios) por meio do desmatamento da área a ser lavrada. Para melhor compreensão, Gudynas (2015) usa a metáfora do membro

amputado para explicar a “amputação ecológica”, querendo estabelecer que quando temos a retirada de um membro, não importa o quão otimizado e moderno seja o tratamento, mesmo assim continuaremos sem esta parte do corpo, desta forma Milanez (2017) aproxima a concepção para a grande indústria mineral:

Seria um processo semelhante de amputação da paisagem. As empresas mineradoras podem usar os melhores métodos de gestão ambiental (recirculação de água, máquinas e equipamentos eficientes, controle de material particulado e programa de recuperação de área degradada); mas quando se fecha a mina, a montanha não está mais lá. No lugar da serra ou do pico, existe um buraco. Assim é modificada toda a paisagem e, com ela, mudam o microclima, a fauna, a flora, a dinâmica hidrológica. A função ecológica que era exercida pela montanha é extinta. Esse impacto, da ausência do material retirado, é inerente à atividade mineral e não pode ser evitado por nenhuma tecnologia de gestão. (MILANEZ, p. 94, 2017)

Desta forma, os impactos relacionados ao desmatamento são gritantes, pois com a retirada da vegetação nativa não há mais o habitat natural direto das espécies que ali convivem e das regiões próximas. Acarretando, assim, diminuição na biodiversidade local e até regional, ademais interferindo nos cursos de águas naturais, convergindo com a maior liberação de gases que provocam o efeito estufa e alterando cursos de água auxiliando para processos erosivos. A alteração da paisagem não é apenas a natural, mas também a urbanística, pois no caso da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) instalada em Congonhas (vila operária de casa de pedra), 30 anos após sua instalação foi necessário a demolição de uma vila, que ali se instalou por conta da necessidade de mão de obra, com mais de 300 casas, praças de esportes, cinema, igreja, hospital e uma população com quase de quase três mil pessoas (RODRIGUES, 2011). Outro caso pode ser visto em Itabira que, para poder aumentar a expansão produtiva das minas da empresa VALE S.A, foram afastados de seus lares diversos grupos operários “como em Vila Sagrado Coração de Jesus, Vila Conceição de Cima e Vila Cento e Cinco, bem como bairros não vinculados à mineradora, como o Aglomerado da Camarinha e a Vila Paciência” (SOUZA, 2007 apud MILANEZ, 2017).

3.2 Poluição

Ao que refere à poluição, vemos que se representa através da degradação da qualidade ambiental, vez que se trata da modificação de seus aspectos naturais. Ressalta-se que o homem é único agente capaz de poluir, considerando tal fato.

Considerando tais fatos, podemos afirmar que inserção elementos exógenos abrevia a qualidade ambiental, que por consequência desequilibra à saúde, à segurança, ao bem-estar da população, à fauna e à flora.

Frente a isso, a legislação brasileira trouxe a definição “poluição”, art. 3º inc. III, da Lei n. 6.938/8, *in versus*:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Assim, vemos que o conceito trago pela legislação compreende tanto a poluição causada na água, terra e ar, quanto a poluição sonora e visual.

A título de conhecimento, vemos que a poluição por gases, líquidos ou sólidos está abarcado pelo referido conceito legal. Leme Machado observa que no conceito são protegidos o homem e sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico por meio das diferentes atividades, alínea b, a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive, os arredores naturais desses monumentos, que também é amparado constitucionalmente nos arts. 216 e 225 da Constituição Federal de 1988(Machado, 2012).

3.2.1 Poluição Atmosférica

Este tipo de poluição que surgiu por consequência da industrialização das cidades, assim como pelo uso de bens de consumo movidos por energia que libera

poluentes na atmosfera. Tal situação impacta diretamente na qualidade do ar que se respira, em virtude da emissão de fumaça, vapor, gás e produtos tóxicos.

Sob outra perspectiva, ainda podemos verificar que a formulação de determinados tipos de elementos químicos também causam agressões à camada de ozônio, de modo que acaba deixando a atmosfera ainda mais vulnerável.

Este tipo de poluição é considerado um grave problema para a saúde pública, onde as principais fontes de emissão são as indústrias, desde meados da revolução industrial, e também os veículos automotores que além do uso particular também servem estas indústrias no transporte de materiais e produtos, “os poluentes gasosos e o material particulado inalável gerados a partir da queima de combustíveis fósseis apresentam efeitos diretos sobre o sistema respiratório, em especial, de crianças e idosos.” (BRAGA et al, 2007).

No caso específico da mineração, conforme Milanez (2017), é mais perceptível a degradação do ar quando existem comunidades próximas às minas, como em Itabira, Brumadinho e Catas Altas (MG). “Às vezes, a poluição atmosférica não é causada diretamente pela lavra, mas pela poeira e pela lama, que são trazidas das minas para as cidades por ônibus, caminhões e automóveis que prestam serviços às mineradoras” (MILANEZ, 2017, p. 95).

Outra forma de poluição do ar pelas mineradoras e relacionado diretamente com a saúde coletiva é sobre a emissão de material particulado em suspensão, as pesquisas sobre qualidade do ar em diversas minas do Brasil demonstra que pequenas vilas próximas de minas tem a qualidade do ar semelhante ao de grandes centros urbanos, como no caso de Itabira (BRAGA et al, 2007), a consequência é a alta de internação tanto de jovens como de idosos, que são mais vulneráveis à essas partículas, “ao longo da segunda metade dos anos 2000, coincidentemente em um período de aumento da extração mineral, as internações voltaram a subir.” (MILANEZ, 2017).

Ademias, vale ressaltar que nem todo tipo de poluição que enseja no cometimento de crime ambiental, sendo enquadrado nos crimes ambientais somente o de “níveis” alto que cause perigo à saúde humana, ou danos à mesma, ou aos animais ou, ainda, significativa perda da flora.

Nota-se que o caput do art. 54 estabelece como crime a poluição que derive danos à saúde humana, por outro lado, o inciso define como crime qualificado a mesma conduta que o caput do artigo define como crime de poluição simples.

A referida norma enseja o aumento da pena quando a poluição atmosférica provocar a retirada, ainda que não permanente, dos habitantes de uma área afetada. Do mesmo modo que a pena máxima é elevada para cinco anos caso houver dano direto à saúde da população.

3.2.2 Poluição e Contaminação dos Recursos Hídricos.

Do mesmo modo, que o abrangente conceito de “poluição” da legislação brasileira abrange a poluição atmosférica, também refugiam a poluição causada na água.

A poluição dos recursos hídricos é conceituado pelo, art. 3º do Decreto n. 50.877 de 29/06/61, como:

“qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas que possa importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais, comerciais, recreativos e principalmente a existência normal de fauna aquática”.

Similarmente, o art. 13, §1º, do Decreto n. 73.030/73, adicionou ao conceito demonstrado a definição de poluição aquática, devido à potencialidade do dano causado à fauna e à flora.

O descarte nos estruturas físicas de águas de elementos orgânicos ou minerais, de fabricações humanas ou livres na natureza, que provocam a degradação do ambiente em razão de sua característica tóxica para o ser humano, à fauna, à flora e ao ambiente como um todo, originou o surgimento da poluição aquática.

Frisar-se que a poluição tem início a contar do momento que verificar-se o prejuízo à saúde, à segurança, ao bem estar, assim como quando for constatada comoção prejudicial à biota.

Vale ressaltar ainda que a água protegida por lei não tem distinção, isto é, a proteção é tanto aquela subterrânea quanto a de superfície estão sob a proteção da legislação, assim sendo possível sofrer ação poluente.

Com isso, temos a Resolução de n. 20/86 do Conama – Conselho Nacional de Meio Ambiente, ela estabelece os níveis aceitáveis de presença de elementos nocivos ao meio ambiente nas águas.

A referida norma também versa sobre índices em todas as classes de águas, assim como faz alusão à presença de outros elementos que não os mencionados na norma transcrita.

Dessa forma, entender-se que a poluição se esculpe a partir do momento em que se estiver diante da violação dos índices, contudo, existe a possibilidade de se houver poluição mesmo que os índices venham a ser respeitados.

Conforme lição de Milanez (2017), em geral, há três principais formas de depredação dos recursos hídricos: elevado consumo de água para iniciar o processo de extração (no caso de beneficiamento do minério); problemas associados a extração, que levam ao rebaixamento do lençol freático, diminuindo o fluxo da água na etapa de extração; e, por fim, o risco de contaminação dos corpos d'água por conta da alta concentração de substâncias tóxicas encontradas nos rejeitos. Além destes, há consumo além do beneficiamento do produto, que é a utilização logística de minerodutos, cujo está se tornando cada vez mais comum no estado de Minas Gerais para aumentar a eficiência do transporte dos produtos da mineração.

Além dos três minerodutos construídos pela Samarco, a Anglo American implantou um mineroduto de 525 km ligando sua mina em Conceição do Mato Dentro (MG) ao Porto do Açu, em São João da Barra (RJ). No estado de Minas Gerais, existem ainda projetos, não implantados, de minerodutos pela Ferrous Resources (480 km) e pela Manabi (511 km). O consumo conjunto de água por esse grupo de minerodutos seria suficiente para abastecer uma população de 1,6 milhão de pessoas (Porto, 2015 apud Milanez, 2017).

Um dos impactos mais significativos em questão da poluição hídrica é sobre o rompimento de barragens de rejeitos, apenas nos últimos anos foram rompidas duas grandes barragens no Brasil, ambas no estado de Minas Gerais, sem contar os acidentes e incidentes no país, que contabilizam ao menos três por ano conforme a Agência Nacional de Águas (ANA), estes outros casos não notificados pela grande mídia não constam com vítimas fatais, mas sim prejuízos ambientais como alagamentos ou suspensão de rejeitos em bacias hidrográficas. As consequências destes desastres são gritantes quando inseridas no âmbito ambiental, como a contaminação de rios por elementos nocivos (metais), elevada mortalidade de peixes, assoreamento, destruição de matas ciliares e interrupção de sistemas de abastecimento público (Zonta e Trocate, 2016).

3.2.3 Poluição do Solo

Outra forma de poluição comum nos dias de hoje é exatamente aquela praticada contra a terra, a qual se reveste de poluição por líquidos ou por sólidos.

A Poluição do Solo ocorre por meio de toda e qualquer mudança em sua natureza, isto é, modificação do solo, ocasionada pelo contato com produtos químicos, resíduos sólidos e resíduos líquidos, os quais causam sua deterioração ao ponto de tornar a terra infecunda ou provocar algum risco a saúde.

Outrossim, vale citar que são diversos fatores que contribuíram com a poluição do solo, mas vale destacar a crescente quantidade de lixo acumulada nos grandes centros urbanos. Assim como a poluição causada por rejeitos perigosos que são aqueles materiais que guardam consigo a especificidade de serem potencialmente danosos à saúde e ao meio ambiente em níveis tais que faz com que mereçam atenção especial.

Vale ressaltar que qualquer poluição ocasionada por rejeitos perigosos se enquadra no que está descrito no art. 56 desta Lei, isto é, é tipificado como crime, razão pela qual somente naquele momento deverá ser estudada.

3.2.4 Resíduos Sólidos

O conceito de resíduos sólidos de Leme Machado, afirma que significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns na água (Machado, 2012).

Já na Resolução 05/93 do Conama, que repete a NBR n. 10.004, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT - "Resíduos nos estados sólido e semi-sólido, resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição".

No referido conceito, assim como indicação expressa da própria Resolução, inclui-se os "lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis, em face da melhor tecnologia disponível".

O aumento populacional das cidades ensejou no crescimento do volume bens consumíveis, que por consequência, também aumentou a produção de resíduos. Devido a quantidade de resíduos produzidos, passou a ser um problema da destinação do lixo urbano uma questão de absoluta importância para a saúde pública.

A problemática acerca da poluição do solo por resíduos sólidos é referente ao depósito a céu aberto. Isso porque, o acúmulo de lixo acarreta a proliferação de ratos, o crescimento e desenvolvimento de germes e parasitas, e a ocorrência de odores em razão da decomposição de elementos orgânicos e da fermentação, o que causa modifica a qualidade do solo, podendo até deixar o solo inútil. E ainda prejudica a utilização daquele solo para a agricultura.

Se configura o crime previsto no art. 54, a ação de jogar lixo em terreno a céu aberto visto que trata-se de uma das modalidades de poluição.

A maneira de prevenir a poluição gerada pelo depósito a céu aberto, é a utilização de aterros sanitários, incineração, transformação em resíduo composto e reciclagem. Contudo, vale ressaltar que as formas de prevenção mencionadas não são eficazes por completo, isso porque de qualquer maneira ocorre a poluição do solo, vez que o impacto ambiental é inevitável, a diferença é que de forma amena.

Os sistemas de tratamento dos resíduos sólidos, na verdade, apenas diminuem o impacto destes resíduos, dando destinação mais apropriada ao lixo que se produz nas grandes cidades.

A incidência da norma penal ocorre exatamente quando a natureza é ofendida pelos lançamentos de resíduos sólidos. Lançamento que seja poluição assim definida no art. 15 da Lei n. 6.938/81 e seja de tal nível que possa causar danos à saúde humana, ou provocar a mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Para efeitos penais o que interessa como caracterizador da atividade de poluir é exatamente a potabilidade da água, vista sob a ótica da sua utilização pela comunidade, não sob o prisma da sua pureza maior.

4. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA

O termo responsabilidade é de grande relevância ao setor jurídico, pois “exprime a ideia de restauração de equilíbrio” (GONÇALVES, p.14, 2019) sendo que toda conduta humana a qual externalize um prejuízo ou dano, acarreta para seu autor a responsabilidade, na tentativa de reparar quem sofreu com a ação ou omissão, a qual estava exposta em uma norma jurídica, com uma indenização a fim de estabelecer novamente o equilíbrio anterior ao dano. Venosa (2012) corrobora com este pensamento, pois preceitua que responsabilidade, em lato sentido, seria o dever de indenizar qualquer dano ocasionado, destarte, qualquer ação de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, está sujeita a responsabilização. Em tempo, reza o doutrinador Venosa (2012, p.1):

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na

qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. (VENOSA, 2012, p.1)

Na mesma obra, o doutrinador ainda preceitua que danos e/ou prejuízos invariavelmente corolariam inquietação social, onde o clamor popular exala reparação. A incumbência cogente da indenização hoje já é muito mais englobante do que era no passado, e vem paulatinamente

Os danos causados pelo homem ao meio ambiente atacam diretamente a saúde pública, ocorrendo uma “verdadeira proliferação de doenças produzidas por agressões aos ecossistemas” (GONÇALVES, p. 61, 2019), sendo assim, o ramo jurídico não pode deixar de fora tais questões quando o Estado moderno tem o objetivo governar e salvaguardar a sociedade a qual depende diretamente do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, se existe o meio ambiente como um bem jurídico tutelado para proteção da vida, saúde e felicidade do homem, existe também a preocupação social e governamental quando há danos ecológicos ou ambientais e, como qualquer outro dano, nasce deste a necessidade de reparação pelo seu autor. Esta reparação está prevista no parágrafo terceiro do artigo 225 da Constituição Federal:

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.

Conforme base normativa da Lei de Crimes Ambientais (lei 9.605/98) podemos englobar a responsabilidade ambiental em três modalidades com base no dispositivo legal do artigo 3º, quais sejam: responsabilidade civil, responsabilidade administrativa e responsabilidade penal. Essa previsão pode ser denominada de “*tríplice responsabilidade do poluidor*” segundo Fiorillo (2010), sendo que o poluidor se encontra exemplificado no inciso IV deste mesmo artigo 3º como “a pessoa física

ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

4.1 Responsabilidade Ambiental Civil.

Em termos de responsabilidade civil, tem-se o diploma legal da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.6.938 de 1981), onde encontra-se consagrado a responsabilidade objetiva do causador do dano e proteção que vai além de interesses individuais, mas também da coletividade, em razão do meio ambiente ser considerado um direito difuso (GONÇALVES, 2019). Tal responsabilidade encontra-se circunscrito no Artigo 14 em seu parágrafo primeiro:

§1 - Sem obstar à aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Desta forma, não há necessidade de comprovação de culpa em *latu sensu* (dolo ou culpa *strictu sensu*), com fundamentação baseada na teoria do risco, pois “a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento” (GOLÇALVES, p. 62, 2019), desta forma, basta apenas o conjunto probatório da ação ou omissão do poluidor, ademais com o nexo de causalidade.

Em casos de ação civil pública (Lei n. 7.347/85) não é discutido, necessariamente, a legalidade do ato, mas sim, principalmente, a potencialidade do dano aos bens ambientais juridicamente tutelados pelo legislador, sendo este a base para sentença condenatória (GONÇALVES, 2019). Essa acepção de ser responsável pela reparação por danos ambientais ou ecológicos advém do princípio do poluidor-pagador (SIRVINSKAS, 2018) onde o poluidor, por responsabilidade, deverá arcar com os prejuízos por ele causados ao meio ambiente da forma mais ampla possível, observando que este princípio não fundamenta base legal para continuar as danosidades ao meio ambiente.

O STJ acolheu, em julgamento de recurso repetitivo, a teoria do risco integral, nos seguintes termos:

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o

fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado (.STJ, 2ª S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014.)

Em outro julgado o STJ trouxe que a responsabilidade civil por danos ambientais como objetiva e solidária, de todos os agentes que obtiveram proveito da atividade que resultou no dano ambiental, “não com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, mas pela aplicação da teoria do risco integral ao poluidor/pagador prevista pela legislação ambiental (art. 14, § 1º, da Lei n.6.938/81), combinado com o art. 942 do Código Civil” (STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 277.167/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14/03/2017, DJe 20/03/2017.)

Vale ressaltar que independentemente da culpa, isto é, quando ocorrer dano involuntário, o poluidor irá responder do mesmo jeito, mesmo porque não se exige previsibilidade ou má-fé de sua parte, pois é suficiente um enfoque causal material. O empreendedor aceita as consequências de sua atividade de risco.

Tal afirmação ocorre embasada nos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do desenvolvimento sustentável e da equidade intergeracional. O sujeito, contudo, não responde se o dano não existir ou se não guardar qualquer relação de causalidade com sua atividade.

Em julgado emblemático sobre o tema, o STJ afirmou que, para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, “equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem” (STJ, 2ª T. REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009).

O nexo de causalidade na esfera da degradação ambiental deve ser comprovado, contudo, esbarra na “dispersão do nexo causal”. Na visão de Benjamin:

O dano ambiental, como de resto em outros domínios, pode ser resultado de várias causas *concorrentes*, simultâneas ou sucessivas, dificilmente tendo uma única e linear fonte. É desafiador relacionar causa e efeito na maioria dos problemas ambientais (efeitos sinérgicos, transporte de poluição a longas distância, efeitos demorados, levando à pulverização da própria idéia de nexo de causalidade). (...) É o império da dispersão do nexo causal, com o dano podendo ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, procurando normalmente o degradador lucrar com o fato de terceiro ou mesmo da própria vítima, com isso exonerando-se. Há certas atividades que, tomadas solitariamente, são até bem inocentes, incapazes de causar, per se, prejuízo ambiental. Mas em contato com outros fatores ou substâncias, esses agentes transformam-se, de imediato, em vilões, por um processo de reação em cadeia. (Benjamin, 1998)

E ainda, para Benjamin, a prova do nexo causal no âmbito ambiental pode ocorrer diversas formas de ser facilitada:

Primeiro, com as presunções de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos “na presença de uma atividade perigosa”, onde, com maior razão, presume-se *iuris tantum* o nexo. Segundo, com a inversão mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas. Terceiro, com a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da a responsabilidade civil alternativa ou baseada em “parcela de mercado”(market share liability) (Benjamin, 1998)

A propósito, o STJ já decidiu que a excludente de responsabilidade civil consistente no fato de terceiro, na seara ambiental, tem aplicação bastante restrita. Assim, “só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano - ato omissivo ou comissivo” (STJ, 4ª T., REsp 1381211/TO, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 15/05/2014, DJe 19/09/2014).

Vale citar que o fato exclusivo da vítima não exime a responsabilização do empreendedor. Apenas exclui a possibilidade daquela de pedir indenização por eventuais danos individuais.

4.2 Responsabilidade Ambiental Administrativa

A responsabilidade ambiental administrativa encontra-se prevista no Art. 70 da Lei de Crimes Ambientais de 1998, que reza: "Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente", conforme a disposição normativa, pode-se aferir que tal é uma regra infraconstitucional em branco, pois tem-se uma necessidade de complementação legislativa em outra norma (MARCHESAN et al, 2010). Deste modo, a responsabilidade administrativa é resultado de uma infração administrativa, sendo elas a inobservância de qualquer uma das normas relativa ao meio ambiente federal, estadual e municipal, assim como as exigências técnicas feitas pelas autoridades competentes em âmbito das regulações e exigências das licenças ambientais (CAMÊLLO, 2008).

Conforme Fiorillo (2010), tal responsabilidade, assim como a civil, também se trata de seu fator objetivo para arcar com tal dano, sendo irrelevante a finalidade da conduta, não importando culpa em *latu sensu* das pessoas físicas e jurídicas que eventualmente se encontrem na condição de poluidoras. Desta forma, podem ser aplicadas advertências, multas, destruição de produto, suspensão de atividades, embargo ou demolição da obra, e restritivas de direitos.

Contudo, é existente o entendimento da Responsabilidade Ambiental Administrativa como subjetiva, em outras palavras, é exigido à demonstração de que a conduta foi cometida pelo transgressor, assim como a prova do nexo causal entre o comportamento e o dano.

Nesse sentido, temos a decisão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que anulou o auto de infração contra a Ipiranga por derramamento de óleo na Baía de Guanabara em um acidente ferroviário, no Rio de Janeiro, em 2005. A decisão foi fundamenta pelo argumento de que não havia sido demonstrada a efetiva participação da empresa no acidente que gerou danos ao meio ambiente.

Isso porque, durante a tramitação do processo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ optou por manter o auto de infração vez que entendeu que a responsabilidade administrativa ambiental seria objetiva.

Tal entendimento foi mantido no STJ pela 1ª Turma. Contudo, em sede embargos de declaração, a 1ª Seção entendeu de forma diferente. O Relator dos

embargos, o ministro Mauro Campbell Marques argumentou que a jurisprudência dominante no tribunal, em casos análogos, é no sentido da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental.

Tendo ele citado o REsp 1.251.697 como precedente, de sua relatoria, no qual explicou que:

“a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem”.

4.3 Responsabilidade Ambiental Penal

Sendo a proteção legislativa ao meio ambiente uma exigência moderna e necessária, o direito criminal busca tutelar este bem difuso em favor dos sujeitos passivos (a coletividade) frente às condutas que o coloquem em risco (FIORILLO, 2010). O direito criminal ambiental tutela especificamente as condutas caracterizadas como mais danosas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “protegendo (...) aquelas parcelas do bem jurídico que, por serem fundamentais, necessitam ser tuteladas por normas que tenham como consequência, acaso apresente a violação do direito, uma pena”. (BELLO FILHO et al, 2001, p.171).

A distinção principal entre ilícito civil e penal se encontra em uma valoração na gravidade do ato praticado, “levando-se em conta a sua repercussão social e a necessidade de intervenção mais severa do Estado” (FIORILLO, p.71, 2010), assim, reservando as sanções de responsabilidade civil e administrativa para casos de menor relevância social. As condutas descritas para se cometer um ilícito penal em âmbito ambiental estão tuteladas não somente na Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), mas também no Código Penal, no Código Florestal, na Lei de Contravenções Penais e nas leis 6.453/77 e 7.643/87.

As penas previstas na Lei n. 9.605/98 serão aplicadas em conjunto com outros dispositivos normativos conforme as normas em branco da primeira, para quem, de qualquer forma, concorrer para a prática dos crimes contra o meio ambiente, aplicando a pena na medida da culpabilidade do sujeito ativo, “bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la” (Art. 2º, Lei n. 9.605).

Nos casos de crimes contra o meio ambiente, conforme lição de Milaré (2002), a Ação Penal é pública e incondicionada, portanto, sendo somente permitida iniciativa exclusiva do ministério público. Assim, destaca-se conforme o desenvolvimento deste presente artigo, a possibilidade de a ré ser uma mineradora (pessoa jurídica de direito privado), conforme disposição constitucional pela responsabilização dos entes coletivos no paragrafo terceiro do artigo 225.

4.3.1 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Crimes Ambientais

Quando abordada a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é comumente encontrada discussões doutrinárias acerca do tema, pois para aferir a responsabilidade de pessoas físicas basta a fundamentação no princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*) aplicada à teoria geral do crime, mas quando relacionadas aos entes coletivos, há posições binárias sobre este arcar ou não com os prejuízos oriundos do dano, tendo em vista a natureza da pessoa jurídica, que por ser desprovida de vontade (um dos elementos para culpabilidade), não poderia praticar fato típico criminoso (CAMÊLLO, 2008). Porém, a Constituição Cidadã, traz consigo a possibilidade de os entes coletivos serem responsáveis por restabelecer o equilíbrio pelos danos causados nos artigos 173, §5º e 225, §3º da Carta Magna.

De notória observação, o artigo 3º da Lei n. 9605/98 afirma que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas, inclusive penalmente, a qual não exclui a das pessoas físicas, que poderão ser autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato criminoso, conforme exposto no parágrafo único deste dispositivo legal. Segundo observação de Camêllo (2008) não tem como se falar em *ne bis idem* (impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato) “uma vez que a pessoa jurídica não possui meios de, sozinha, praticar delito” (p.54). De certo, é importante ressaltar que esse ente coletivo é constituído por entes individuais, que agem em interesse da primeira, praticando condutas tipificadas como dano ambiental.

Em questão das penas aplicáveis aos entes coletivos, deve afastar-se do senso comum de que pena é diretamente relacionada com a privação de liberdade, pois conforme texto normativo do Art. 173, parágrafo 5º da Magna Carta, a pessoa jurídica se sujeitará às punições compatíveis com a sua natureza. De tal forma, privação de liberdade não é compatível com a natureza do ente coletivo, “mas, outras formas de sanção penal estão previstas e, produzem, conforme a espécie, aflição maior na ré que, simplesmente, a privação de liberdade” (CAMÊLLO, p. 62, 2008).

Assim, exemplificando, se a pessoa jurídica é punida com a pena de suspensão parcial ou total de suas atividades ou, então, proibida de contratar com o Poder Público, bem como

dele obter subsídios, subvenções ou doações, isso poderia acarretar a sua falência, o que, para ela significaria a sua “morte”

As penas de multa e restritiva de direitos são, entre as previstas, as que mais se compatibilizam com a natureza das pessoas coletivas. A terceira espécie de sanção, prestação de serviços à comunidade, oferece alguma dificuldade já que seria realizada pelos funcionários da empresa ou por pessoas contratadas para executarem a tarefa imposta à pessoa jurídica, e não por ela própria. (CAMÊLLO, p. 62, 2008).

Entrando no âmbito do reconhecimento da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, vemos a exigência de alguns critérios para que possa ser garantida legitimidade à punição da empresa.

Desse modo, a responsabilização só será cabível se, a infração for praticada no interesse ou benefício da pessoa jurídica, se tal atuação ocorrer na esfera das atividades da empresa, e também se autor material da infração for vinculado à pessoa jurídica e também a prática do delito tenha tido o amparo do grupamento.

O intento do legislador, como se vê, foi punir o criminoso certo e não apenas o mais humilde- ou o “pé de chinelo” do jargão popular. Sim, porque, via de regra, o verdadeiro delinquente ecológico não é a pessoa física- o quitandeiro da esquina, por exemplo-, mas a pessoa jurídica que quase sempre busca o lucro com finalidade precípua, e para a qual poucos se interessam os prejuízos a curto e longo prazos causados à coletividade [...] (MILARÉ, p.468, 2013).

A responsabilidade da pessoa jurídica, no âmbito penal, somente incidirá nos casos em que a infração for executada em prol dos interesses da empresa. Com isso, vale ressaltar que apenas pelo fato do crime ter sido executado com este intuito, independente da satisfação do interesse, assim como da obtenção do benefício, a pessoa jurídica será responsabilizada.

[...] Em síntese, a pessoa jurídica é uma realidade que possui vontade e capacidade de deliberação, devendo-se, então, reconhecer-lhe a capacidade criminal, a ela se aplicando os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade [...] (CAPEZ, 2014, p.75).

Podemos observar que o referido requisito busca impedir a responsabilização penal da empresa, nas hipóteses do cometimento de infrações no interesse exclusivo do próprio agente, em outras palavras, as condutas que cominou a infração beneficia apenas o agente, deste modo é de única e exclusiva responsabilidade do sujeito individual.

A infração deve ser cometida no interesse da entidade ou do beneficiário da entidade. "Interesse" e beneficiário" são termos assemelhados, mas não idênticos. Não teria sentido que a lei, tão precisa em sua terminologia, tivesse empregado sinônimos ao definir ao novo conceito jurídico (MACHADO, 2012, p. 835).

Além do mais, a pessoa jurídica deve ter obtido qualquer vantagem, não apenas econômica, com a prática do delito, de modo que auxiliou, beneficiou a pessoa jurídica de forma eficaz;

[...] Assim, age criminosamente a entidade em que seu representante ou seu órgão colegiado deixa de tomar medidas de prevenção do dano ambiental, por exemplo, usando tecnologia ultrapassada ou impropria à qualidade do ambiente. O interesse da entidade não necessita estar expresso no lucro direto, consignado no balanço contábil, mas pode-se manifestar no dolo eventual e no comportamento culposos da omissão (MACHADO, 2012, p. 835).

Outro critério é que a infração deve ocorrer no âmbito das atividades da empresa, em outras palavras, a conduta do agente deve estar relacionada com a com atividades promovidas pela pessoa jurídica. Do mesmo modo que é imprescindível que o delito cometido seja praticado por alguém que tenha vínculo com a pessoa jurídica.

Disso decorre que é impossível conceber a responsabilização do ente moral desvinculada da atuação de uma pessoa física, que atua como elemento subjetivo próprio, seja a título de dolo ou culpa. A priori, que sempre que constatar a responsabilidade criminal da empresa, ali também estará presente a culpa do administrador que exarou o comando para a conduta antijurídica [...] (MILARÉ, 2013, p. 468).

E por fim, o último requisito, trata-se do fato do autor material da infração tido suporte e utilizado a infraestrutura da pessoa jurídica para a prática do delito.

[...] é a utilização da infraestrutura fornecida pela empresa que propicia o cometimento do crime. Sem a reunião dos esforços de várias pessoas, agrupadas sob o manto da pessoa jurídica, o cometimento do crime não seria possível. É o poder, que se oculta por detrás da pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do grupamento que nos permite dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física (SHECARIA, 1999, p.100).

Com a responsabilização da pessoa jurídica, os tipos de pena aplicados vêm disposto no o art. 21 da Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998 são:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às

pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade (BRASIL, 1998).

Assim, podemos notar que a responsabilidade da pessoa jurídica é um importante componente do direito penal, forma uma base para a proteção do meio ambiente.

5. CONCLUSÃO

Em primeira análise do texto constitucional sobre a tutela ao meio ambiente, foram obtidas conclusões sobre os aspectos preservacionistas nas Cartas Magnas brasileiras, onde somente foram possíveis identificar ao caráter de salvaguardar o ecossistema fielmente após a Constituição Cidadã. Neste caso, de 1988, teve-se uma tutela ao meio ambiente especificada em artigo próprio que da base legal à Política Nacional do Meio Ambiente (PNAMA) e outras medidas normativas que foram sistematizadas para conscientizar e responsabilizar as gerações da época e futuras.

Entretanto, ainda há fatores que tornam as medidas contra danos e crimes ambientais pouco eficazes, cabendo poucas responsabilidades aos respectivos sujeitos ativos de cada caso fático, como por exemplo a constante poluição e degradação aos ecossistemas ocasionadas pela atividade econômica de extração mineral. Desta análise, foi possível estudar a mineração, seus impactos ambientais,

poluições diretas e indiretas e tais responsabilidades que podem ser relacionadas com a extração mineral.

Analisando diretamente a atividade de significativo impacto ambiental, a mineração, mesmo sendo considerada uma atividade fundamental para o desenvolvimento humano enquanto sociedade moderna, ocasionam externalidades que são consideradas impactos para a comunidade local, uma vez que os empreendimentos visam ao lucro individual de cada um de seus acionistas, e não aos anseios dos moradores próximos (FARIAS, 1997).

Portanto, se foram constatadas alterações das propriedades do meio ambiente causadas por atividades humanas, conclui-se que a mineração é uma atividade que gera constantemente impactos ambientais, mesmo com o discurso industrial de que o empreendimento polui justamente com a má administração e que o principal impacto é relacionado com a retirada da cobertura vegetal fértil. Diferentemente do discurso, foram constatadas que a poluição e ataques aos ecossistemas vão além dos mencionados pelas empresas, sendo que genericamente poluem a água, ar e o solo, ademais com poluição sonora, e especificamente causam a degeneração da paisagem, retirada da cobertura vegetal, polui, contamina e diminui os recursos hídricos, reduz potencialmente a fertilidade do solo, causa diretamente interferência na fauna e flora regional, e esgota os recursos naturais locais e regionais. Todos esses em conjunto atuam para a redução da biodiversidade da região em que está instalada a mina, diferentemente da imagem a qual os entes coletivos querem vincular à atividade.

Após o exposto sobre os impactos ambientais constantes gerados pela atividade de extração mineral, foi necessário classificar tal empreendimento em relação aos danos ambientais e sua classificação diante das alterações humanas ao ecossistema, para assim ser compreendido quais responsabilidades devem ser relacionadas ao ente coletivo e seus empreendedores.

As danosidades convergem em duplo sentido em âmbito ambiental, em primeiro as alterações diretas e nocivas ao meio ambiente e, em segundo, os efeitos da primeira para a coletividade que dela usufruem.

Para classificar tal danos com a mineração, foi exposto tanto estes em relação a sua amplitude e em sua extensão, no primeiro caso podem ser definidas como um dano ecológico puro, sendo "caracterizada pela destruição, parcial ou total, de componentes naturais do ecossistema" (SANCHEZ, 2015, p.43), e no segundo momento pelos danos ecológicos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo respectivamente à reparação ou indenização pelo bem lesado e em relação as percas referentes ao meio ambiente como um direito difuso, sendo em ambos os casos uma

afronta indireta à coletividade que tem o meio ambiente equilibrado para uma sadia qualidade de vida como um direito fundamental.

Conforme analisado entre a atividade de significativo impacto ambiental e sua classificação perante os danos ecológicos, é necessário reunir os crimes ambientais referentes ao empreendimento de exploração mineral. Os delitos ambientais são todas condutas nocivas e atentatórias ao equilíbrio do meio ambiente, sendo necessária estarem descritas no diploma legal da lei n. 9.605/98 e suas complementares pelo fato de alguns dispositivos normativos desta lei serem classificados como tipos em branco, necessitando de complemento pelo código florestal, por exemplo. Em crimes contra a fauna, foi possível relacionar diretamente com a atividade, pois os meios necessários para desenvolvimento das espécies (como habitat e recursos fisiológicos) são diretamente afetados pela retirada da cobertura vegetal e contaminação dos recursos hidrológicos, ademais com sua contaminação que impede o desenvolvimento dos espécimes regionais; nos crimes contra a flora, pode-se classificá-los em detrimento da danificação e destruição destes recursos, que também são classificados como tipos normativos em branco comumente complementados pelo código florestal; por último, teve-se a conclusão dos ilícitos de maior incidência pela indústria mineradora, por questão da poluição em termos gerais, sendo a de maior incidência a contaminação de recursos hídricos no processo de extração e manejo de rejeitos pelo beneficiamento do minério, e contaminação do ar pela emissão de materiais particulados ocasionando problemas respiratórios recorrentes em minas próximas de áreas urbanas aumentando a incidência de problemas respiratórios e cardíacos nos mais jovens e idosos de determinada proximidade.

Para finalizar o estudo, foi de suma importância relacionar a atividade, seus danos, impactos e crimes ambientais com a respectiva responsabilização dos entes físicos e coletivos que atingem diretamente o ecossistema e seus dependentes (a comunidade). Tal responsabilidade advém de uma ideia de reestabelecimento do equilíbrio, sendo que um dano ecológico ataca diretamente a saúde pública e o direito à sadia qualidade de vida, resultando uma necessidade de reparação que pode ser diferenciada em três modais: civil, administrativo e penal, dependendo de como se deu a origem da danosidade ambiental e suas consequências respectivas. É necessário ressaltar que tal responsabilidade é objetiva, ou seja, não é necessária comprovação de culpa em *latu sensu*, somente um nexo de causalidade entre a conduta de ação ou omissão com o resultado naturalístico caracterizado como um fato típico.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. – 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. – 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. A tragédia da mineração e do desenvolvimento no Brasil: desafios para a saúde coletiva. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, 2016.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Direito Penal Parte Geral**. 1º edição. São Paulo. Editora Método. 2014.

CAMÊLLO, L. **A responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica nos crimes ambientais**. Dissertação para pós-graduação em Biodireito, Ética e Cidadania, do Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Lorena. 2008.

SANCHEZ, D. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Monografia apresentada à Universidade do Estado do Amazonas. Manaus. 2015.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZONTA, M.; TROCATE, C. (Eds.). **Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP**. Marabá: Editorial Iguana, 2016, v. 2.

MRN – MINERAÇÃO RIO DO NORTE. **Relatório anual de sustentabilidade**. 2014. Porto Trombetas: MRN, 2015.

MILANEZ, Bruno. **Mineração, ambiente e sociedade: impactos complexos e simplificação da legislação**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7936>

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional** - 2º ed. São Paulo, Malheiros, 1998

BITAR, O. Y. **Avaliação da Recuperação de Áreas Degradadas Para Mineração na Região Metropolitana de São Paulo**. Dissertação. Escola Politécnica de São Paulo. Doutorado em Engenharia. São Paulo. 1997.

RODRIGUES, C. C. **Casa de Pedra: sua história, suas histórias**. [s.l.]: Edição Independente, 2011

SOUZA, M. R. G. **Da paciência à resistência: conflitos entre atores sociais, espaço urbano e espaço de mineração**. In: São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007

BRAGA, Alfésio Luís Ferreira et al. Associação entre poluição atmosférica e doenças respiratórias e cardiovasculares na cidade de Itabira, Minas Gerais, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, supl. 4, p. 570-578, 2007.

MECHI, Andréa; SANCHES, Djalma Luiz. **Impactos ambientais da mineração no Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 24, n. 68, p. 209-220, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100016&lng=e n&nrm=iso>. Acesso em: 06 de Outubro de 2020.

MACHADO, Paulo Afonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro** - 21º ed. São Paulo. Malheiros. 2012.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental** - 16º edição. São Paulo. Saraiva. 2018.

FARIAS, Carlos Eugênio Gomes. **Mineração e Meio Ambiente no Brasil**. Relatório preparado para o CGEE, PNUD – Contrato 2002/001604. Disponível em: <https://www.cgEE.org.br/documents/10195/734063/mineracao_e_meio_ambiente_no_brasil_1022.pdf/e86e431e-1a03-48d0-9a6e-98655ea257b6?version=1.0>. Acesso em: 18 de Setembro de 2020.

FERREIRA, A. B. H. 1995. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, Edição de Luxo, Editora Nova Fronteira.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente – **A Gestão Ambiental em Foco (Doutrina, Jurisprudência e Golssário)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. KLINK, C. A.; MACHADO, R. B. 2011. **A conservação do Cerrado brasileiro. Megadiversidade**, vol. 1, nº1. Brasília.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9/1998, p. 5 - 52, Jan.- Mar./1998.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO CIVIL: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO PROCESSUAL

KAROLINE SANTANA BASTOS:

Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO : O exercício abusivo de direitos processuais pode ser compreendido como sendo uma litigância de má-fé, como também as consequências que decorrem de algumas hipóteses que estão previstas no Código de Processo Civil. Assim, o objetivo do presente trabalho foi de avaliar as questões que envolvem a litigância de má-fé no processo civil. O mesmo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica qualitativa do tipo explicativa. Verificou-se que todo processo deve ser direcionado na boa-fé, lealdade, probidade e respeito entre as partes envolvidas. Portanto, as condutas maliciosas, desleais e ímprobos dificultam durante o processo civil. As partes devem colocar em pauta duas condutas, o dever de lealdade processual, e o dever da verdade processual para garantir uma “luta leal” entre as partes. Assim, a litigância de má-fé prejudica todas as partes envolvidas no processo, ficando assim, a cargo do Poder Judiciário coibir e reprimir as condutas maliciosas. Por fim, magistrado precisa reprimir a atuação da parte que vai a juízo sem motivo, com a intenção exclusiva de prejudicar os direitos alheios e angariar recursos financeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Litigância. Má-fé. Processo civil. Responsabilidade.

INTRODUÇÃO

A tendência na atualidade é de cada vez mais ser necessária a qualificação de profissionais habilitados para áreas específicas do Direito, e que estes estejam atualizados e qualificados para atuação na defesa de pessoas, empresas e empreendedores.

No âmbito do processo civil muitas são as demandas na atualidade, sendo que, um conceito amplamente crescente neste âmbito se trata da litigância de má-fé. Pois, o exercício abusivo de direitos processuais pode ser compreendido como sendo uma litigância de má-fé, como também as consequências que decorrem de algumas hipóteses que estão previstas no Código de Processo Civil. Estes são conceitos que se relacionam a abusos de lealdade entre as partes e seus procuradores (SOUZA, 2013).

Mesmo que o Poder Judiciário com toda a sua imponentia neste contexto procura reprimir essas práticas abusivas, garantindo às partes litigantes a aplicação

das normas legais no caso de litígio, e a paz social. Porém, na prática ainda se discute muitos fatos ligados a este conceito de litigância de má fé, e o presente trabalho buscou analisar o comportamento das partes e da legislação pertinente, e dos comentários realizados sobre os aspectos morais e condutas éticas que são base para o comportamento das partes litigantes.

Assim, o objetivo principal deste trabalho foi de avaliar as questões que envolvem a litigância de má-fé no processo civil. Ainda, como objetivos específicos, pretendeu-se: Verificar o conceito de boa-fé e de litigância de má-fé com sua natureza jurídica e caracterização; Analisar os respectivos tipos e requisitos da litigância de má-fé e suas hipóteses legais; Avaliar como as questões que envolvem a litigância de má-fé interferem no processo civil.

Neste sentido, este trabalho procurou entender sobre como funciona a litigância de má-fé, de suas sanções e penalidades previstas na lei processual civil, para verificar as condutas abusivas que desvirtuam o processual que está em andamento.

O trabalho se justifica pela importância social que este problema da litigância de má-fé promove à respectiva parte afetada no processo, ao processo, e ao sistema jurídico como um todo no Brasil. Assim, espera-se que estudos como estes possam estar problematizando o tema em questão para proporcionar uma discussão adequada na sociedade sobre o tema, e assim, sensibilizar as pessoas e profissionais que eventualmente possam estar envolvidos em processos civis, de forma a repensarem a estratégia de uso destes instrumentos processuais que impliquem em procedimentos e ações de má-fé. Ainda, justifica-se pela necessidade de avanço dos conhecimentos referentes ao tema e ainda, a possibilidade de sugerir modificações no âmbito da realidade proposta pelo tema.

Em relação à análise de dados da presente pesquisa, a abordagem utilizada foi a qualitativa. Para Beuren (2014, p. 92), na abordagem qualitativa “concebem-se análises mais profundas em relação ao fenômeno que está sendo estudado”. Quanto aos fins, o presente estudo é classificada como explicativa. De acordo com Gil (2007), esse tipo de pesquisa procura conhecer os fatores que indicam para a sua ocorrência. Ou seja, a pesquisa explicativa, procura mostrar por meio de resultados obtidos o porquê das coisas. Dessa forma, para o desenvolvimento do presente trabalho realizou-se um referencial teórico estabelecido a partir das conclusões e ideias dos autores e obras a serem pesquisadas, sendo constituída no período compreendido entre março a outubro de 2020.

1 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA E SUA CARACTERIZAÇÃO

O instituto da litigância de má-fé foi fundado pelo ordenamento jurídico para reprimir a atuação temerária das partes no processo, perante as condutas maliciosas e ímprobos durante o processo.

Para causar dano a uma pessoa ou a terceiros, geralmente nestes casos a outra pessoa pratica a conduta dolosa ou culposa, de modo então que fica configurada a má-fé processual, para atrasar o andamento do processo, ou para modificar a verdade dos fatos (SOUZA, 2013).

A litigância de má-fé é compreendida como a parte de um processo em que se age de má fé por um dos lados, causando algum dano processual para a parte contrária, e ainda por meio de teorias e pensamentos escusos para vencer ou para prolongar o andamento do respectivo processo. Portanto, a litigância de má-fé é o ato comissivo, que uma parte determina de maneira dolosa e culposa em relação a outra, prejudicando a parte contrária e o Poder Judiciário como um todo (RODRIGUES, 2005).

Segundo Maschietto (2006) a conduta poderá ser maldosa e dolosa, ou seja, o que será exposto nos respectivos casos são os atos de fraudes ou dolo com a tentativa de enganar e tirar proveito processual de uma determinada situação, que não é real ou verídica. O ato processual, nestes casos, ocasiona certas consequências, impedindo que a vontade seja manifestada pela parte responsável aos ônus estabelecidos pela Lei, não podendo o Juiz ignorar a existência deste dano.

De um modo em geral, nas oportunidades que aparecem nesta configuração de litígio de má-fé, também podem aparecer de maneira camuflada, às vestes da defesa do direito dos integrantes da respectiva lide, e que, dessa forma, agridem sem piedade o ordenamento jurídico brasileiro que tenta corrigir o erro, corrompendo com a integridade do processo como instrumento de justa composição do litígio (SOUZA, 2013).

Assim, também se pode entender que a litigância de má-fé é vista juridicamente como a conduta legalmente sancionada daquele que atua em juízo, que se mostra convencido de não ter razão, a fim de prejudicar o adversário, ou criar obstáculos ao exercício de seu respectivo direito (STOCCO, 2002). Desse modo, verifica-se que para corromper os fins do processo e degenerar os elementos da relação substantiva ou dos meios processuais com o fim de o juiz compor defeituosamente o conflito de interesses, se faz presente a litigância de má-fé (CASTRO FILHO, 2010).

Conforme Biscaia (2006) a pessoa que litiga de forma abusiva consequentemente fere o princípio da lealdade processual, conforme atua dolosamente contraditoriamente com os fins de processo judicial. O litigante de má-fé, também pode ser “o advogado, o interveniente, ou qualquer outra pessoa que atue no processo, de forma faltosa com os princípios da boa-fé, causando ou não danos ao processo”.

Portanto, mesmo que os danos das partes envolvidas no processo não forem comprovados, as atitudes e condutas praticadas de má-fé processual causam dano ao Estado e à sociedade, atrasando a prestação jurisdicional, como também tornando a Justiça morosa. Por esta razão, o magistrado precisa reprimir a atuação da parte que vai a juízo sem motivo, com a intenção exclusiva de prejudicar os direitos alheios e angariar recursos financeiros.

Nesse sentido, o ato de definir quando não há ou quando há litigância de má-fé é um conceito doutrinário que trata da conduta subjetiva, devendo ser, configurada pelo magistrado de forma objetiva, com o objetivo de punir o ato lesivo e desleal (SOUZA, 2013).

Desta forma a má-fé processual será confirmada caso acontecer o dolo da parte, de forma a prejudicar a outra parte propositalmente a marcha processual. Portanto, entende-se que a conduta de má-fé é algo praticado por alguém de maneira maliciosa. O legislador, para controlar os abusos processuais, leva em consideração varia hipóteses, hipóteses estas que dão ao magistrado elementos suficientes para que o mesmo analise a existência de atuação precipitada das partes e o dano processual (MASCHIETTO,2006).

De um modo em geral, existem situações que fica difícil controlar o dolo, ficando a cargo de o legislador autorizar a presunção de má-fé através da análise objetiva da ocorrência. Portanto, “deduzir a defesa contra o texto exposto na lei ou pelo fato incontroverso”; ou também por meio de “incidentes infundados” são consideradas duas espécies de litigância de má-fé (MASCHIETTO,2006).

Durante o processo civil a parte se torna responsável pelo mesmo, podendo sofrer as sanções. Assim, os deveres especificados servem de princípios diretores do comportamento das partes no processo. Qualquer conduta que fere a boa-fé, a lealdade, verdade e ética é de responsabilidade das partes que praticarem tal conduta (SOUZA, 2013).

Por outro lado, muitos doutrinadores que tratam da litigância de má-fé não veem nenhuma dificuldade em classificar a natureza jurídica desse instituto, pois, a

litigância de má-fé se caracteriza pelo ato processual, com caráter procedimental (SOUZA, 2013).

Desta forma, a norma que reprime a litigância de má-fé se dá pela penalização da conduta temerária.

1.1 Conceito de boa-fé

Conforme Gazdovich (2013) a palavra boa-fé significa que a pessoa vai agir conforme a lei, ou seja, sem ofensas. Porém, na ética e na moral o princípio da boa-fé também está voltado para a honestidade, e lealdade.

O conceito de boa-fé pode ser expressado pela intenção pura, ou seja, quando a pessoa age de acordo com a lei, e é protegida pela mesma. Portanto, a boa-fé pode ser representada naturalmente pelo indivíduo, através de duas maneiras: objetiva e subjetiva (GAZDOVICH, 2013).

A diferença da boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva é de que a subjetiva é o convencimento individual em conformidade com o direito. Por outro lado, a objetiva é a conduta de cada indivíduo, ou seja, a lealdade de cada um (GAZDOVICH, 2013).

Desta forma, a boa-fé também pode significar: algum tipo e propósito; como também uma convicção errônea e estado de espírito. Portanto, pode-se conceituar que a boa-fé tem duas dimensões: a moral e a jurídica. Pela moral, a boa-fé julga o comportamento de uma pessoa; e pela dimensão jurídica se torna um princípio importante para o direito (GAZDOVICH, 2013).

Conforme Gazdovich (2013) a boa-fé é uma palavra que tem como significado a certeza de agir com amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; sinceridade, lisura. Porém, na ética e na moral a boa-fé significa a lealdade, franqueza, honestidade, o pensar, o dizer e o fazer.

A boa-fé é expressa pela intenção pura, sem o dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, ou seja, quando a pessoa está certa de que está agindo em conformidade com o direito, protegida pelos preceitos legais (SILVA, 1998).

A boa-fé é representada por meio do atributo natural do ser humano. Assim, conforme Martins (1999) a boa-fé pode ser representada por duas formas, a subjetiva e a objetiva:

Boa-fé subjetiva: Significa o estado de consciência ou convencimento individual em conformidade ao direito

aplicável. Subjetiva porque para ser aplicada o intérprete precisa considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção;

Boa-fé objetiva: Significa o padrão objetivo de conduta, de lealdade, transparência.

Desta forma, conforme Gazdovich (2013) verifica-se ainda que a boa-fé também significa:

Estado de espírito: uma pessoa, ao praticar ato comissivo, está certa de que age de acordo com a lei;

Convicção errônea: diz respeito a ignorância desculpável de um vício do negócio ou da nulidade de um ato;

Lealdade ou honestidade: consideração dos interesses alheios, na celebração e execução dos negócios jurídicos;

Propósito: não prejudicar direitos alheios.

Desta forma, a diferença da boa-fé subjetiva com a objetiva é de que a boa-fé subjetiva é um estado, e, a boa-fé objetiva é a regra de conduta, ou seja, um dever de agir conforme os padrões determinados.

1.2 Requisitos da litigância de má-fé

A conduta objetiva conduz o julgador no sentido de reprimir as condutas que se evidenciam contrárias aos interesses processuais e a duração do processo. Portanto, a má-fé é vista por um comportamento humano contrário aos princípios e costumes, pois, a pessoa quando age de má-fé estará prejudicando a outra (SOARES, 2017).

Nesse sentido, verifica-se que a intenção dolosa e indigna no correr do processo é o elemento crucial do litigante de má-fé. Portanto, qualquer pessoa que está envolvida no processo poderá agir como litigante de má-fé, de acordo com estas características (CARVALHO, 2018).

Portanto, as partes têm o direito de movimentar a jurisdição e a aplicação do direito material, sendo que, não se pode buscar o direito ou defesa quando a lei não protege tal pretensão (SOARES, 2017). Assim, o sujeito que pretende condenar ou prejudicar, ou reconhece algum direito em juízo estará praticando a litiga de má-fé, exemplo disso é o ajuizamento de ação para receber dívidas de jogo, que não podem ser exigidas em juízo. Portanto, no momento em que as partes alteram os fatos, conseqüentemente buscam provar algo que não existiu ou que não ocorreu de forma

efetiva, onde, as provas foram buscadas mediante fraude, emulação, erro ou vício (CARVALHO, 2018).

Ainda, segundo Carvalho (2018) as partes quando alteram os fatos podem instruir testemunhas a relatarem fatos que nunca ocorreram, ou seja, buscam reconhecer argumentos deduzidos em pretensão na defesa. Também quando usam o processo para conseguir objetivo ilegal, agindo neste sentido de má-fé.

O legislador busca por reprimir os que usam do processo para obter direito ou vantagem que a norma proíbe. Portanto, litiga de má-fé a parte que opor de forma injustificada o andamento do processo, ou seja, tem somente a pretensão de colocar obstáculos no processo. As manifestações impertinentes e fora do prazo são formas de se opor ao regular andamento do processo (IOCOHAMA, 2006).

Conforme Carvalho (2018) a parte responde por litigância de má-fé se a mesma atuar de forma temerária durante o ato do processo. Portanto, somente age de maneira temerária quem provoca um incidente processual para paralisar ou impedir o processo, também quem pratica ato processual de forma irresponsável, a fim de evitar prejuízos processuais para si.

Interpor dois recursos contra uma mesma decisão é exemplo de ato temerário, ou seja, a primeira decisão se pronuncia sobre o seu não cabimento, já a segunda decisão busca desviar a finalidade da norma a fim de evitar a preclusão (IOCOHAMA, 2006).

Somente vai responder por litigância de má-fé a parte que praticar incidentes inexistentes, ou seja, quem provocar qualquer conduta ativa ou passiva das partes a fim de atrasar a prestação jurisdicional, ou também aquele que paralisar o procedimento principal, e caracterizar como sendo um incidente manifestadamente infundado (CARVALHO, 2018).

Desta forma, responde por litigância de má-fé a parte que interpõe recurso protelatório, ou seja, aquele que não pretende reformar a decisão, mas protelar a preclusão de uma decisão. O recurso protelatório é um recurso destituído com intenção da parte de impedir a execução e o cumprimento da decisão judicial.

2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SUAS HIPÓTESES LEGAIS

Conforme exposto pelo Código de Processo Civil a conduta das partes que participem do processo de forma ardilosa, desonesta e desleal, são mensurados como situações de caracterização como litigância de má-fé, prejudicando o andamento do processo civil, e ofendendo aos juízes, auxiliares da justiça, advogados e membros do Ministério Público (COSTA, 2009).

A má-fé diz respeito ao comportamento humano que são contrários aos princípios e costumes da sociedade. Portanto, a pessoa que age de má-fé, age pensando em prejudicar a outra pessoa. O comportamento do litigante de má-fé é indesculpável quando o mesmo tem intenção dolosa e indigna. Portanto, “deduzir a defesa contra o texto exposto na lei ou pelo fato incontroverso”; ou também por meio de “incidentes infundados” são consideradas duas espécies de litigância de má-fé (MASCHIETTO,2006).

Assim, apresentam-se a seguir as principais situações em que são configuradas as litigâncias de má-fé no processo civil, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso

Uma das grandes preocupações do legislador é de impedir que o litigante não tenha pretensões nenhuma de alegar sua própria defesa, pois, é necessário ter os devidos cuidados em interpretar tal inciso. Portanto, um simples erro cometido pelo litigante não pode ser considerado como má-fé, como por exemplo, um advogado mal preparado para a ação e não consegue averiguar adequadamente o ato praticado (OLIVEIRA, 2000).

Um acórdão emitido pelo STJ quando a litigância de má-fé for constatada, condenando uma empresa construtora, como ré, por ter deduzido defesa contra fato incontroverso. No caso citado acima, os julgadores do caso compreenderam que a má-fé da construtora se caracteriza com a dedução de defesa genérica, que por sua vez nega o vínculo contratual com a autora, insistindo em sua defesa mesmo com as provas cabíveis aos autos (ABDO, 2007).

Neste sentido, pelo entendimento doutrinário, o autor do problema se localiza na causa de pedir e no pedido, e o réu, por outro lado, na contestação. Portanto, um erro poderá caracterizar a má-fé, sendo que, muitas vezes a lei interpreta de forma errada o que o advogado expõe, não ensejando a condenação por litigância de má-fé (BERTAN, 2013).

A pessoa que cria uma ação temerária, com o objetivo de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso está agindo como litigante de má-fé. Portanto, o Código de Processo Civil coloca que: “é obrigação das partes e de todos os que participam do processo, não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que, estas pretensões ou defesas são destituídas de fundamento” (COSTA, 2009).

Desta forma, os profissionais do direito possuem maiores conhecimentos técnicos e jurídicos que as partes, que, muitas vezes descumprem o dever de lealdade, em se tratando dos fundamentos de fato.

Os doutrinadores entendem que as legislações vigentes cuidam muito para não punir qualquer um que apresente defesa contra o fato incontroverso ou texto expresso de lei. Assim, o magistrado interpretará de que maneira o ato foi praticado, ou seja, ele irá isentar quem o praticou, não forma dolosa.

2.2 Alteração da verdade dos fatos

As partes envolvidas no processo devem agir em juízo de acordo com a verdade e a lealdade, ou seja, devem cuidar dos fatos fundamentais à solução do litígio. O litigante de má-fé distorce o exato conteúdo dos fatos, não falando a verdade. Portanto, se o advogado perceber que a parte não está falando a verdade, o mesmo deve desistir da causa, para não agir de má-fé com a outra parte (COSTA, 2009).

2.3 Utilização do processo para conseguir objetivo ilegal

O litigante de má-fé quando usa do processo para benefício próprio, ou seja, para ganhar a causa e proteger seu patrimônio a fim de esquivar as dívidas, fraudará os credores. Portanto, o litigante de má-fé fraudar, é desleal, como também pratica atos contra a dignidade da Justiça. O juiz tem em mãos o poder de prevenir e reprimir a má-fé dos litigantes (COSTA, 2009).

2.4 Oposição de resistência injustificada ao andamento do processo

A resistência do processo pode ser caracterizada conforme as “Atitudes dispostas a dificultar, a embaraçar, a procrastinar o processo”. Assim, o comportamento do litigante poder ser comissivo, ou seja, a parte ausenta-se do domicílio para evitar intimação, provoca retardamento na realização de perícia. Também este comportamento pode ser omissivo, quando a parte não comparece à audiência para que a mesma seja adiada, deixando de cumprir ordem judicial (COSTA, 2009).

2.5 Procedimento temerário em qualquer incidente ou ato do processo

O indivíduo que age de modo temerário, conseqüentemente não irá se esquivar da litigância de má-fé. Portanto, “Age com temeridade a pessoa que, mesmo sabendo tratar-se de um debate infrutífero, insiste em mantê-lo” (COSTA, 2009).

2.6 Provocação de incidentes manifestamente infundados

Aqueles que utilizam de incidentes infundados, o legislador irá punir, pois, o incidente infundado prejudica um fato no processo sem razão e fundamento. A palavra manifestamente significa uma demonstração de que tal incidente não é necessário naquele momento (COSTA, 2009).

2.7 Interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório

O principal objetivo do legislador é de refrear a procrastinação dos feitos, como também reduzir o número de processos em sede recursal. Portanto, a modificação no sistema recursal, eliminando algumas modalidades de recursos, é uma das soluções para controlar a morosidade processual (MEDEIROS, 2004).

Segundo Medeiros (2004) se a condenação em litigância de má-fé for aplicada, conseqüentemente não existiram motivos para excluir qualquer modalidade de recurso prevista no CPC, pois, as partes têm direito ao duplo grau de jurisdição quando são lesadas, porém, os deveres processuais das partes e terceiros, conforme foram sancionadas pela responsabilidade de não cumprimento aos provimentos mandamentais e à não criação de embaraços à sua efetivação.

3 DA RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL AO LITIGANTE DE MÁ-FÉ

Segundo o Código de Processo Civil, responderá por perdas e danos aquele que litigar de má-fé, sendo, autor, réu ou interveniente.

Assim na prática, o juiz verificando ser o caso de litigância de má-fé, cometida por qualquer parte no processo aquele que violar os incisos I, II, III e V do art. 77 responderá pelas perdas e danos que causar (art. 79). Sem prejuízo dessa obrigação, o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé em multa superior a 1% e inferior a 10% do valor da causa, bem como a ressarcir os honorários advocatícios e todas as despesas da parte contrária (GONÇALVES, 2017).

Dessa forma se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa será de até 10 salários mínimos. Em resumo, serão duas as sanções impostas ao ofensor: a de reparar os danos, incluindo honorários e despesas da parte contrária, e a de pagar multa. Se não houver dano nenhum, ainda assim a multa poderá ser imposta, de ofício ou a requerimento (GONÇALVES, 2017).

Nesse sentido como será feita a reparação dos danos? Para (GONÇALVES, 2017) os valores serão fixados pelo juiz, nos próprios autos em que a violação foi cometida. Caso não seja possível mensurá-los, os danos serão liquidados por

arbitramento ou em liquidação de procedimento comum (aquela em que há necessidade de prova de fato novo), mas sempre nos mesmos autos. Tanto a condenação em perdas e danos quanto a multa reverterão em proveito da parte contrária, prejudicada pela conduta violadora.

Portanto de acordo com o nosso sistema jurídico-processual, aquele que provoca um dano processual deve, certamente, responder pelas conseqüências que a lei prevê. Não se trata, pois, de faculdade do magistrado, mas dever seu enquanto representante do Estado no exercício do Poder Jurisdicional.

3.1 Da multa

A multa na regra da Lei 9.668/98. “impõe ao juiz ou ao tribunal o dever de condenar o litigante de má-fé a pagar multa, além da indenização pelos prejuízos por ele causados. A novidade está no acréscimo da multa não excedente a um por cento do valor da causa, que deve ser suportada pelo litigante de má-fé. Não é faculdade do juiz ou tribunal, mas dever de ofício o de impor a multa ao improbus litigator, caso verificada a situação mencionada pela lei. A multa é devida à parte prejudicada e não ao Estado, já que a norma não faz distinção expressa dessa verba ao Estado” (CARPENA,2005).

3.2 Da indenização

“A indenização tem por fundamento o prejuízo experimentado pela parte em face do protelamento no desenrolar da lide (prejuízo à administração da Justiça), ou seja, indeniza-se a injusta procrastinação que o ato malévolo causou, pouco importando que a decisão da lide seja favorável ao agente ou não, uma vez que a indenização se origina do dano ao direito de ter prestação jurisdicional efetiva, nada tendo a ver com o mérito da lide” (CARPENA, 2005).

3.3 Das despesas

“Mesmo que vencedor, incumbe as partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. Depois a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou, conforme exposto acima” (CARPENA, 2005).

3.4 Dos honorários

“Assim como nas despesas, mesmo que vencedor, o litigante ímprobo deverá adimplir com os honorários do advogado da parte adversa, derrotada, proporcional ao trabalho por ela desenvolvido contra a atitude desleal” (CARPENA, 2005).

CONCLUSÃO

Todo processo deve ser direcionado na boa-fé, lealdade, probidade e respeito entre as partes envolvidas. Portanto, as condutas maliciosas, desleais e ímprobos dificultam durante o processo civil. As partes devem colocar em pauta duas condutas, o dever de lealdade processual, e o dever da verdade processual para garantir uma “luta leal” entre as partes.

Assim, é dever de o legislador caracterizar a litigância de má-fé, além de responsabilizar as partes por tais atos, condenando a parte que agiu de forma temerária. A litigância de má-fé retarda o andamento processual, prejudicando muitas vezes a parte contrária.

De um modo em geral, a litigância de má-fé se dá quando ocorre o desrespeito ou ofensa a uma decisão do Poder Judiciário, não podendo ser tolerada, sob pena de desvirtuar o Estado Democrático de Direito. Cabendo então, ao magistrado apenar o improbus litigator, durante a marcha processual.

O litigante de má-fé deve ser condenado a indenização, multa e honorários advocatícios e despesas. Nesses casos, a multa é destinada para punir o litigante de má-fé pela conduta que praticou contra a parte contrária e ao Poder Judiciário. Além da multa, pode ainda o respectivo litigante de má-fé ser condenado ao pagamento de indenização para ressarcir a outra parte que fora prejudicada com o retardamento do processo.

Neste sentido, o litigante de má-fé também é condenado a pagar honorários e despesas gastos pela parte contrária em razão das condutas desleais práticas. É dever de o juiz usar de instrumentos de repressão a atos temerários, abusivos, desleais e antiéticos corretamente, além de punir os que afrontam a justiça dificultando a prestação jurisdicional.

Ainda, mesmo que os danos das partes envolvidas no processo não forem comprovados, as atitudes e condutas praticadas de má-fé processual causam dano ao Estado e à sociedade, atrasando a prestação jurisdicional, como também tornando a Justiça morosa.

Por esta razão, o magistrado precisa reprimir a atuação da parte que vai a juízo sem motivo, com a intenção exclusiva de prejudicar os direitos alheios e angariar recursos financeiros.

Verificou-se ainda que os principais tipos de litigância de má-fé constatados no âmbito do processo civil são: Interposição de recurso com intuito manifestamente

protelatório; provocação de incidentes manifestamente infundados; procedimento temerário em qualquer incidente ou ato do processo; oposição de resistência injustificada ao andamento do processo; utilização do processo para conseguir objetivo ilegal; alteração da verdade dos fatos; dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Desta forma, a litigância de má-fé prejudica todas as partes envolvidas no processo, ficando assim, a cargo do Poder Judiciário coibir e reprimir as condutas maliciosas.

Por fim, diante da complexidade e importância do tema, bem como das respectivas limitações do presente estudo, sugere-se a continuidade dos estudos no futuro, com aprofundamento maior sobre o tema.

LITIGANCE OF BAD FAITH IN THE CIVIL PROCESS: A BRIEF CONTEXTUALIZATION

ABSTRACT

The abusive exercise of procedural rights can be understood as being a litigation in bad faith, as well as consequences that result from some hypotheses that are foreseen in the Code of Civil Procedure. Thus, the objective of the present work was to evaluate the issues that involve litigation in bad faith in the civil process. It was developed through a qualitative bibliographic research of the explanatory type. It was found that the entire process must be directed in good faith, loyalty, probity and respect between the parties involved. Therefore, as malicious, disloyal and unfair behaviors hinder during the civil process. The parties must place two guidelines on the agenda, the duty of procedural loyalty, and the duty of procedural truth to guarantee a "fair fight" between the parties. Thus, litigation in bad faith harms all parties involved in the process, thus leaving it up to the Judiciary to restrain and suppress malicious conduct. Finally, the magistrate needs to repress the performance of the party that goes to court without reason, with an exclusive preference to harm the rights of others and raise financial resources.

KEY-WORDS: Litigation. Bad faith. Civil procedure.

REFERENCIAS

ABDO, H. N. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERTAN, L. **A Litigância de Má-Fé do Empregado e a (IN) compatibilidade com a Justiça Gratuita no processo do trabalho**: Uma Análise Doutrinária e

Jurisprudencial Acerca das Decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho. CRICIÚMA, 2013. Disponível em: <>. Acesso em: 28. Abr. 2020.

BEUREN, I. M.. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade:** teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BISCAIA, R. L. **Litigância de má-fé no Processo do Trabalho e a Condenação Solidária do Advogado.** 2006, 125 f., Dissertação. Curso de Pós-graduação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CARVALHO, I. C. **A Responsabilidade Processual Do Advogado Nas Hipóteses De Litigância De Má-Fé DO CPC 2015.** Cacoal – RO 2018. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/2287/1/ILZA%20COTRIM%20DE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 27. Abr. 2020.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil.** Academia de Direito Processual Civil. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena%284%29-%20formatado.pdf>> Acesso em 14 de junho de 2020

CASTRO FILHO, J. O. de. **Abuso do direito no processo civil.** 2ª ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960 apud Paulo Fernando de Britto Feitoza, 2010.

COSTA, L. E. **A responsabilidade do Advogado por Litigância de Má-fé no Processo Civil.** JUSBRASUL, 2009. Disponível em: <vertonadvprof.jusbrasil.com.br/artigos/121935594/a-responsabilidade-do-advogado-por-ligitancia-de-ma-fe-no-processo-civil>. Acesso em: 28. Abr. 2020.

GAZDOVICH, R. **A litigância de má-fé.** Âmbito jurídico, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-litigancia-de-ma-fe/>>. Acesso em: 27. Abr. 2020.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

IOCOHAMA, C. H. **Litigância de Má-Fé e Lealdade Processual.** Curitiba: Juruá, 2006.

LAKATOS, E. M. & MARCONI, M. A. **Metodologia científica.** 2 a. ed., São Paulo, 2010.

MARTINS, C. J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MASCHIETTO, L. **A litigância de má-fé na Justiça do Trabalho e a análise da responsabilização do advogado.** 2006 235 f. Dissertação Curso de Pós-graduação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MEDEIROS, G. A. **Judiciário Turbinado.** 3 de setembro de 2004. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29686,1>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

OLIVEIRA, A. L. I. M. de. **Litigância de má-fé.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, V. M. R. Litigância de Má-Fé e Os Recursos Protelatórios no Processo de Conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.

SILVA, D. P. **Vocabulário Jurídico.** Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES, C. H. **Litigância de má-fé no novo código de processo civil.** Publicado em: 2017 Disponível em: < <http://www.rkladvocacia.com/litigancia-de-ma-fe-no-novo-codigo-de-processo-civil/> > . Acesso em 26 maio 2018.

SOUSA, T. C. **A Litigância De Má-Fé E Suas Consequências No Processo Civil.** Fortaleza 2013. Disponível em: < http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27270/1/2013_tcc_tcsousa.pdf >. Acesso em: 27. Abr. 2020.

STOCO, R. **Abuso do Direito e Má-fé Processual** (Aspectos Doutrinários). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NATUREZA JURÍDICA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA

ANA TAYLA SOUZA ALEIXO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

DÁRIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: Este artigo objetiva analisar cientificamente o amparo legal para que o policial civil possa confeccionar o Boletim de Ocorrência (BO), pois, trata-se, de um documento oficial que formaliza a "*notitia criminis*", onde os fatos são fielmente registrados com os seus principais dados. O objeto da pesquisa será de natureza exploratória, onde foi realizado através de fonte bibliográficas, ou seja, mediante pesquisa bibliográfica e artigos científicos. Tendo como referência o artigo do Geraldo do Amaral Toledo Neto "O delegado de polícia e seu juízo de valoração jurídica" e o artigo publicado na Revista Jurídica de Alexandre Augusto Fonseca Bologna "Lei 12.830/13 – A autoridade Policial como carreira jurídica", pois faz uma abordagem jurídica sobre o tema e a Emenda Constitucional do Amazonas nº 108 de 18.12.2018.

PALAVRAS-CHAVE: Boletim de Ocorrência, Polícia Civil, Inquérito Policial

ABSTRAT: This article aims to scientifically analyze the legal support so that the civil police can prepare the police report (BO), because it is an official document that formalizes the "*notitia criminis*", where the facts are faithfully recorded with their main data. The object of the research will be exploratory in nature, where it was carried out through bibliographic sources, that is, through bibliographic research and scientific articles. Having as reference the article by Geraldo do Amaral Toledo Neto "The police chief and his judgment of legal valuation" and the article published in the Revista Jurídica of Alexandre Augusto Fonseca Bologna "Law 12.830 / 13 - Police authority as a legal career ", because makes a legal approach on the subject and the Amazonas Constitutional Amendment nº 108 of 12/18/2018.

KEYWORDS: Police Report. Civil Police, police inquiry

SUMÁRIO: Introdução. 1. Histórico sobre a Polícia Brasileira. 2. Atuação da Polícia Civil Amazonense. 3. Boletim de Ocorrência. 4. Comissão Parlamentar de Inquérito. 5. Investigação Criminal pelo Ministério Público. 6. Inquérito Policial. 7. Termo Circunstanciado de Ocorrência. 8. A Diferença de Inquérito Policial e Termo Circunstanciado de Ocorrência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Boletim de Ocorrência (BO) é um instrumento capaz de informar à autoridade policial determinado fato, seja ele crime ou não. Sua principal função é a comunicação de crime, para que a polícia tome as providências cabíveis na busca de provas para apuração da infração penal. Portanto vale ressaltar a natureza jurídica e a importância do Boletim de Ocorrência no âmbito do 9º DIP.

Este artigo foi realizado através de fontes bibliográficas, ou seja, mediante pesquisa bibliográfica e, ao mesmo tempo documental. Quanto ao objetivo dessa pesquisa é analisar cientificamente o amparo legal para que o policial civil possa confeccionar o Boletim de Ocorrência (BO).

O objeto deste estudo nasceu das observações de sua autora, como estagiária na 9ª Delegacia de Polícia Civil do Estado do Amazonas.

Diante do exposto, este artigo será apresentado inicialmente um breve histórico de como surgiu a Polícia Brasileira, a ideia de Polícia no Brasil surgiu por volta de 1500, quando D. João III adotou o sistema de capitanias hereditárias, outorgando uma carta régia a Martim Afonso de Souza para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço de ordem pública, como melhor entendesse, em todas as terras que ele conquistasse

Identificar a atuação da Polícia Civil Amazonense. A polícia judiciária tem como suas atribuições investigar os delitos registrados através do BO, colher provas, autoria e materialidade delitiva para formulação de inquérito policial, peça importante para informação para que o ministério público promova na justiça, a responsabilidade do autor. Assim versa a Emenda Constitucional do Estado do Amazonas nº108 de 18.12.2018, art. 115,I: as funções da Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares e demonstrar qual a finalidade do Boletim de Ocorrência, o BO pode ser entendido como o clamor da sociedade em busca de justiça, pois muitas vezes o cidadão que ocorre a um órgão policial, muito antes de querer apurar a autoria do feito, quer apenas ser ouvido e que as suas declarações sejam tomadas a termo para surtir os efeitos legais.

1.HISTÓRICO SOBRE A POLÍCIA BRASILEIRA

A ideia de Polícia no Brasil surgiu por volta de 1500, quando D. João III adotou o sistema de capitanias hereditárias, outorgando uma carta régia a Martim Afonso de Souza para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço de ordem pública, como melhor entendesse, em todas as terras que ele conquistasse. Registros históricos mostram que, em 20 de novembro de 1530, a

Polícia Brasileira iniciou suas atividades, promovendo Justiça e organizando os serviços de ordem pública. Segundo Raimundo P. Ponte Filho;

A palavra Polícia é de origem grega (politeia), e passou para o latim (politia), com o mesmo sentido: "governo de uma cidade, administração, forma de governo". No entanto, com o passar do tempo, assumiu um sentido particular, "passando a representar a ação do governo, enquanto exerce sua missão de tutela da ordem jurídica, assegurando a tranquilidade pública e a proteção da sociedade contra as violações e malefícios".

O modelo de polícia medieval português era composto de: Alcaide-Mor, juiz com atribuições policiais, Alcaide Pequeno, responsáveis por diligências noturnas, com visando prisões de criminosos e homens que juravam cumprir os deveres de polícia, chamavam-se de Quadrilheiros.

Segundo o autor anteriormente mencionado de 1808 a 1827 houve grandes mudanças e inovações as funções policiais e judiciárias permaneceram acumuladas; mas com a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, a organização policial foi descentralizada. Em 1841, a Intendência Geral de Polícia foi extinta, criando-se o cargo de Chefe de Polícia, ocupado até 1844 por Euzébio de Queiroz Coutinho Matoso Câmara. A lei de 03 de dezembro de 1841 proporcionou uma mudança radical, com a criação, em cada província e também na Corte, de uma Chefatura de Polícia. Nela, o Chefe de Polícia passou a ser auxiliado por delegados e subdelegados de Polícia.

Assim menciona o Delegado de Polícia do Amazonas Raimundo P. Pontes Filho em seu artigo relata que; o regulamento nº 120 de 1842 definiu as funções da polícia administrativa e judiciária. Promulgada a Lei nº 2033/1871 norma que dispõe sobre organização judiciária no Brasil, regulamentada pelo Decreto nº 4824/1871 normatiza a separação da polícia, em relação ao judiciário, passando a ser distinta polícia e justiça de uma mesma organização e proporcionando inovações que perduram até hoje, como a criação do Inquérito Policial.

Outro ponto importante foi a instituição do Decreto 1 de 15 de novembro 1889, artigo 5º conferiu aos estados membros autorização para dispor de medida para manutenção da ordem e da segurança pública, defesa e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos quer nacionais quer estrangeiros e o artigo 8º concedeu autonomia aos estados para organizar uma guarda cívica. Segue a narrativa do Delegado Raimundo P. Pontes Filho:

O Estado do Amazonas criou, em 1922, por meio da Lei nº 3.052, a Polícia Judiciária de carreira. Esse é o marco histórico que formalmente instituiu a Polícia Civil e suas carreiras no Amazonas. Antes disso, mantinha-se uma estrutura de Polícia Civil herdada ainda da fase imperial, contudo, já no modelo de Chefatura de Polícia, ocupada por membro oriundo do Poder Judiciário

Seguindo a fala do ilustre Delegado de Polícia Raimundo P. Pontes Filho, o cargo de Chefe de Polícia foi extinto em 1970 e, em 1971, a Emenda Constitucional estadual nº 03 estabeleceu a organização da Polícia Civil e criou o Conselho da Polícia Civil e determinou o provimento da carreira de Delegado de Polícia por Bacharel em Direito, aprovado em concurso público, pois até então o provimento de cargos e das funções de policiais civis era efetuado por meio de mera nomeação e contratação pela administração pública.

2. ATUAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL AMAZONENSE

Neste item irá abordar grandes inovações frente a atuação da polícia civil a partir do registro do boletim de ocorrência. Nesse sentido, colaciona-se a posição do Delegado Raimundo P. Pontes Filho:

O decreto nº 2291 de 12 de maio de 1972, regulamentando as disposições da Lei nº 1013 de 23 de abril de 1971, estruturou organicamente a Polícia Civil amazonense, instituindo a Delegacia Geral de Polícia e definindo suas delegacias especializadas, distritos policiais, delegacias regionais no interior, delegacias municipais e algumas divisões de apoio, como a arquivo e registro criminais e a divisão de polícia técnico-científica.

Nesse mesmo sentido ressalta-se a Constituição Brasileira de 1988, a função de polícia judiciária é exercida, a nível nacional pela polícia federal, e a nível estadual pelas polícias civis, como reza o art. 144, § 1º, Inc. IV e 4º:

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:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

IV - Exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Santos salienta que, o conceito de autoridade policial inserido no art. 69 da Lei 9099/95 é interpretado segundo os preceitos da Constituição Federal de 1988, para quem esta função é exercida pelo Delegado de polícia.

Esse mesmo autor afirma que, o § 5º art. 144 define a competência da Polícia Militar nos seguintes termos: “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. O § 4º desse mesmo artigo define a competência da Polícia Civil, apregoando que: “as polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto militares”.

De acordo com a verbalização de Costa e Bevilacqua, a atividade de Polícia Judiciária compreende dois tipos de trabalho: o documental, que caracteriza o policial burocrata, que se dedica às funções administrativas e elaboração dos procedimentos policiais, e o operacional, que simboliza o polícia linha de frente. Nessa vertente, o artigo 2º, caput, da Lei 12.830/13, que assim prevê o seguinte, *verbis*,

Art. 2º - as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado.

Assim relata a Emenda Constitucional do Estado do Amazonas nº108 de 18.12.2018, art. 115, I: as funções da Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, excetos policias militares. Tourinho Filho (2003) conceitua;

O inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, afim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Ressaltando que a função de Delegado de Polícia é obrigatória a formação de nível superior em Direito, é tão importante quando o promotor ou juiz, de acordo com a Emenda Constitucional do Estado do Amazonas nº108 de 18.12. 2018;

Art. 115, inciso 3º Aos Delegados de Polícia integrantes de carreiras jurídicas do Estado, é assegurada a isonomia com as demais carreiras jurídicas e a independência funcional no exercício do cargo.

Os profissionais lotados nas Delegacias Amazonense, são pessoas que prestaram concurso público, conforme Emenda Constitucional nº 108, art. 115 § 2º as carreiras dos integrantes da Polícia Civil, serão estruturadas em quadros próprios, dependendo o respectivo ingresso, em caso em cargo inicial, de aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, realizado pela academia de Polícia Civil do Estado.

3. BOLETIM DE OCORRÊNCIA

De acordo com o posicionamento de Roberto Mauro de Souza Tristão, o boletim de ocorrência se presta, fundamentalmente, a levar à autoridade de polícia judiciária (Polícia Federal e Polícia Civil) a notícia de infração penal (crime ou contravenção), bem como a outros órgãos, públicos ou particulares, o relato sobre os fatos que tenham demandado a intervenção da polícia, cuja solução subsequente esteja afeta a esses órgãos.

Confirmado por Costa e Bevilacqua que, a peça mais importante de um procedimento policial é o BO, pois é por meio dele que uma notícia antes não divulgada torna-se pública para fins investigativos. O BO pode ser entendido como o clamor da sociedade em busca de justiça, pois muitas vezes o cidadão que acorre a um órgão policial, muitos antes de querer apurar a autoria do feito, quer apenas ser ouvido e que as suas declarações sejam tomadas a termo para surtir os efeitos legais.

De acordo com o artigo 5º, § 3º do CPP, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Conforme o dicionário jurídico, acrescentando que ocorre quando a autoridade policial tem conhecimento, espontâneo ou provocado, sobre um fato delituoso. Será espontânea (notitia criminis de cognição imediata) quando este conhecimento ocorre através das atividades policiais rotineiras. Será provocada (notitia criminis de cognição mediata) quando a autoridade policial toma conhecimento da infração penal através de um expediente escrito. Por sua vez, a notitia criminis de cognição coercitiva ocorre quando a autoridade policial toma

conhecimento do fato delituoso mediante a apresentação do indivíduo preso em flagrante. Temos, por fim, a notitia criminis inqualificada, que é vulgarmente conhecida como denúncia anônima.

Pontuando, ainda o artigo 5º, parágrafo 6, CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Vale ressaltar o Código Penal, art. 340, decreto da Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Comunicar falso crime a quem é inocente, para que seja investigado e processado é crime.

De acordo com Hagen, o público que acorre a uma Delegacia é variado, somando vítimas de crimes graves e violentos, pessoas que desejam registrar brigas entre vizinhos e indivíduos com problemas psíquicos, por isso, quando do registro do BO, o policial efetua uma espécie de classificação do que é lhe comunicado, selecionando os indícios que culminarão no registro de ocorrência. Nesse cenário, a transcrição, pelo policial, da oralidade do comunicante, gera o histórico de BO (p. 149).

Verbalizando Franciscon, assim, a finalidade do BO é registrar a ocorrência policial e notificar as providências tomadas, ou seja, a descrição da ocorrência e de seu atendimento pelos órgãos policiais.

Continuando Franciscon, toda ocorrência policial tem um teor de ocorrência criminal ou não-criminal, adquirindo certo valor fundamental, ou seja, o valor de interpretação técnica do órgão policial responsável pela lavratura do BO.

Franciscon ressalta que, o teor da ocorrência registrada é tecnicamente interpretado pelos valores do policial que atende a ocorrência. A interpretação técnica de valores funcionais dependerá do preparo do policial na doutrina técnico-profissional ditada pela vocação de sua corporação.

Ressaltando que um dos objetivos do BO é mapear a quantidade e os tipos de crimes que ocorrem em determinado local, para montar estratégias de prevenção e combate à criminalidade. Confirmado por Roberto Mauro de Souza Tristão;

O registro do BO tem como finalidade, também, o desenvolvimento de estudo estatísticos, que têm significativa importância na elaboração dos planejamentos das atividades de polícia preventiva

Apenas as partes envolvidas no BO que podem ter acesso, são eles: vítima, agente, defesa, autoridade policial, juiz e etc.. Há padrões que devem seguir para produção de BO, o policial deve transcrever o fato de forma mais fiel possível, para obter êxito na elucidação do fato. Contudo, é necessário que o cidadão tenha objetividade na narrativa do fato ocorrido. O Estado, ao tomar conhecimento da

prática de uma infração penal, deve apurar os fatos a fim de que os autores possam ser identificados e punidos. De acordo com a constituição federal é atribuição da Polícia Judiciária, isto é, à Polícia Civil e à Polícia Federal, a apuração da prática de crimes e contravenções penais. A partir da investigação preliminar que deverá dar andamento e poderá assumir as seguintes formas:

- CPI - Comissões Parlamentares de Inquéritos;
- PIC - Investigação criminal pelo Ministério Público ou
- IP – Inquérito Policial;
- TCO - Termo Circunstanciado de Ocorrência.

4.COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI

Vale ressaltar a verbalização de Caio e Silva de Moura, o estabelecimento de um quorum específico pela Constituição Federal, além de garantir a efetiva deflagração das CPIs quando requeridas por 1/3 dos membros da Casa Legislativa, também impediu que tais comissões pudessem ser criadas por um número de parlamentares muito pequeno, o que certamente acabaria por desvirtuar a finalidade pretendida pela constituinte ao instituí-las. Confirmado pelo art. 58 § 3º da Constituição Federal, o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

5.INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Farei uma breve dissertação sobre as duas vertentes da investigação criminal direta realizada pelo Ministério Público: a primeira se posiciona contrária, a segunda é favorável que o mesmo possa realizar investigação e procedimento investigatório criminal.

Segundo o entendimento de Rodrigo Rodrigues Moreira apud Nélío Roberto Seid Machado, que é contra a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Nessa forma de raciocínio, o autor consigna o argumento de que o Parquet

não tem atribuição de investigação criminal, por sua própria vontade. De acordo com art. 129 da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público;

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

De acordo com entendimento do Rodrigo Rodrigues Moreira apud Renato Brasileiro de Lima que assevera favoravelmente a investigação criminal direito pelo Parquet. Nesse sentido, o professor envolve o argumento de que não há violação ao sistema acusatório:

[...] não há falar em violação ao sistema acusatório, nem tampouco à paridade de armas, porquanto os elementos colhidos pelo Ministério Público terão o mesmo

tratamento dispensado àqueles colhidos em investigações policiais: serão de mera informação preliminar, apenas a servir de base para a denúncia, devendo ser ratificados judicialmente sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para embasamento da eventual condenação de alguém.

6. INQUÉRITO POLICIAL

Vale salientar o que dizem Tancredi e Chitero, inquérito policial é caracterizado como um procedimento administrativo persecutório, informativo, prévio e preparatório da ação penal. Tem como objetivo reunir os elementos necessários para alcançar a materialidade e indícios de autoria de um crime.

Ressalta ainda as autoras, o inquérito policial é puramente de natureza administrativa, com caráter informativo e preparatório para a ação penal. Não tem a presença do juiz, pois é regido através das regras do administrativo no geral.

Para que tenha uma veracidade dos fatos, obedecendo os limites da legalidade previsto em lei, faz-se necessário que se faça uma investigação minuciosa, evitando erros, não podendo deixar qualquer dúvida acerca do delito, devendo o policial manter sigilo sobre o mesmo, assim versa o art. 20, parágrafo único do CPP.

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes. (Redação dada pela Lei nº 12.681, de 2012)

No entendimento de Marcio Adriano Anselmo, o inquérito policial tem, duas origens: a notícia de um crime (seja ela de origem interna ou externa) ou uma prisão em flagrante, formalizado pelo auto de prisão em flagrante e dividem-se em atos: atos iniciais (que marcam o nascimento do inquérito policial), atos de instrução (que são voltados para o seu desenvolvimento até o indiciamento) e, por fim, como ato final, o relatório, que marca seu encerramento.

7. TERMO CIRCUNSTACIADO DE OCORRÊNCIA

Na percepção de Frederico Cattani, colocar *a termo* significa registrar, ou seja, nada mais do que “colocar no papel”, oficializar o que foi dito, documentar. Por sua vez, *circunstanciado* é quando se enumeram todas as circunstâncias, de forma detalhada, minuciosa, pormenorizada. E *ocorrência* seria uma referência ao fato ilícito-típico acontecido.

Continuando o autor, logo, Termo Circunstanciado de Ocorrência nada mais é, em sua origem, do que a autoridade policial registrar e documentar os fatos que lhe são narrados pelos envolvidos e por testemunhas de uma ocorrência.

Segundo o MAJOR PMSE Vivaldy Cabral Santos, a partir da Lei 9.099/95 a fase policial de persecução penal pode consubstanciar-se na lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência, em se tratando de notícia criminis ou constatação de flagrância nos delitos definidos como “infrações penais de menor potencial ofensivo”, havendo assim dispensabilidade do inquérito policial. Vale ressaltar o entendimento do Trimolet,

A função do TCO é registrar os fatos que caracterizaram as infrações penais de menor potencial ofensivo. Deverá conter os dados do autor, da vítima, descrevendo as peculiaridades do caso como local, hora e as informações necessárias para elucidar os fatos. Tem ainda que demonstrar as provas existentes, como vídeos, fotos ou qualquer outro objeto, devendo ainda indicar as testemunhas que presenciaram o fato.

Reiterando Trimolet, quando o delegado de polícia lavra o termo circunstanciado de ocorrência, ele delibera sobre alguns pontos técnicos a depender do caso concreto. É no TCO que o delegado estabelece qual a tipificação do crime, se existe concurso de crimes e apreende objetos porventura existente. O delegado pode inclusive requerer o exame pericial se julgar necessário, o que demonstra a importância da qualificação do agente que lavrará o termo circunstanciado.

8.A DIFERENÇA DE INQUÉRITO POLICIAL E TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA

Na explicação de Cesar Augusto Pereira de Castro Júnior sobre inquérito policial pode-se dizer que apurar uma determinada infração penal é colher informações a respeito de um fato criminoso, ouvir testemunhas, apreender objetos, realizar perícias etc., com o objetivo de se descobrir o real autor de um crime. Isto significa que a autoridade policial deve desenvolver a necessária atividade com o objetivo de se descobrir o verdadeiro autor do fato infringente da norma, uma vez que sem se conhecer quem o teria cometido não se poderá promover a correspondente ação penal.

Confirmado por Daniela Coelho, o inquérito é o mecanismo utilizado pela autoridade policial para elucidar a prática de infrações penais e sua autoria (art. 4º CPP). A expressão "infrações penais" engloba tanto crime/delito como as contravenções penais tendo em vista a ideia de infrações penais.

Pode ser instaurado:

1. de ofício, por portaria da autoridade policial;
2. pela lavratura do auto de prisão em flagrante;
3. mediante representação do ofendido ou seu representante legal;
4. por requisição da autoridade judiciária ou de membro do Ministério Público.

No entendimento de Cesar Augusto Pereira de Castro Júnior, o Código de Processo Penal dita as normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o inquérito policial (arts. 4º ao 23º), porém a ausência do contraditório regular e o poder discricionário exercido pelo delegado de polícia são suficientes para descaracterizá-lo como processo.

Em relação ao TCO, é um documento que serve para registrar acontecimentos de delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, os crimes de menor importância, que tem por finalidade documentar o que foi falado para autoridade policial que faz o registro da ocorrência, com penalidade de até dois anos de encarceramento ou multa. Assim afirma o art. 69, parágrafo único da Lei 9099/95.

Art. 69, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002)

No entendimento de Frederico Cattani, o Termo Circunstanciado de Ocorrência não pode ser confundido com o Inquérito Policial, pois desse se diferencia em seu rigor sobre formalidades a serem atendidas. Difere-se em grau e complexidade do Inquérito Policial, ainda que ambos tenham a finalidade de

prestar informações sobre um fato penalmente relevante, tem por principais características ser de elaboração imediata e de conteúdo mitigado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como o título “natureza jurídica do boletim de ocorrência”, emoldurou-se como objetivo dessa pesquisa analisar cientificamente o amparo legal para que o policial civil possa confeccionar o Boletim de Ocorrência (BO).

Para chegar nesse ponto e responde-lo cumprindo o seu objetivo, foi necessário percorrer um longo caminho. Primeiro, mostrou-se em volta do tema, inicialmente foi necessário fazer um breve histórico sobre a criação da polícia brasileira, que desde o descobrimento do Brasil em 1500 vem sofrendo grande mudanças e inovações, acentuando a concretização da solidez da instituição policial.

Posteriormente, houve a apresentação do entendimento da atuação da polícia amazonense, tendo como amparo legal a Constituição Federal de 1988. E finalmente foi realizado a fundamentação legal para confecção do boletim de ocorrência, com os seguintes sub-itens: comissão parlamentar de inquérito, investigação criminal pelo ministério público, inquérito policial, termo circunstanciado de ocorrência e a diferença de inquérito policial e termo circunstanciado de ocorrência. Assim sendo, acredita-se que muitas das vezes o boletim de ocorrência mau elaborado é um dos impedimentos para solucionar crimes. Onde muitas das vezes pode ser entendido como clamor da sociedade em busca de justiça, pois muitas vezes o cidadão que acorre a um órgão policial, quer apenas ser ouvido e que as suas declarações sejam tomadas a termo que surta efeitos legais. Portanto é necessário que o ato de lavrar o boletim gera consequências, sendo pautado sempre de boa-fé.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Emenda Constitucional nº 108 de 18.12.2018, acessado em 15 de Maio de 2020.

ANSELMO, Márcio A. Passo a passo dos Atos Praticados no Inquérito Policial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/passo-passo-atos-praticados-inquerito-civil>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 10 de Mai de 2020.

BRASIL Lei 12.830/13 – Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035310/lei-12830-13>

CATTANI, Frederico. Termo Circunstanciado: para compreender e diferenciar de inquérito policia, disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/643644551/>

COELHO, Daniela. Tudo sobre Inquerito Policial. Disponível em: <https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br>

COSTA,, Maria Izabel Plath. BEVILACQUA, Cleci Regina. Histórico do Boletim de Ocorrência Policial: Principais características macroestruturais. Simpósio Internacional de Gêneros Textuais: Caxias do Sul, 2009: ISSN 1808-7655.

FILHO, Raimundo P. Ponte. Disponível no site da Polícia Civil do Estado do Amazonas, acessado 20 de maio de 2020.

FRANCISCON, Marcelo Jorge. A importância do Registro Digital das Ocorrências Policiais Militares, Clube de Autores, São Paulo, 2009.

HAGEN, Acácia Maduro. O trabalho Policial: estudo da Policia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo:IBCRIM, São Paulo: 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas S. A. – 2001

MOURA, Caio e S. A criação das comissões parlamentares de inquérito. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/a-criacao-das-comissoes-parlamentar-de-inquerito>.

MOREIRA, Rodrigo R. A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e o Procedimento Investigatório Criminal, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/Rev-Elet-MP-RN_n.11.07.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, MAJOR PMSE VIVALDY C. Lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Policia Militar de Sergipe nos Delitos de Perturbação do Sossego.

Disponível em: <http://www.pm.se.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/artigo-cientifico.pdf>

SANTOS, Nero M. A aceitabilidade do policial militar quanto à lavratura do termo circunstanciado de ocorrência nas ocorrências de menor potencial ofensivo atendidas pela polícia militar do Amazonas (pmam), disponível em:

<http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/182>

TANCREDI. C.H, CHITERO.A.L.P. Inquérito Policial no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56705/inquerito-policial-no-brasil>

TOLEDO NETO, Geraldo do Amaral. O delegado de polícia e seu juízo de valoração jurídica. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 82,23 set. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4298>>..

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Editora Saraiva. 8ª edição - 2006.

TRIMOLET, Otávio A. B. P. Termo Circunstanciado de Ocorrência Realizado pela Polícia Militar: Aspectos Críticos e Dogmáticos Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/33918/1/Ot%C3%A1vio%20Augusto%20Braccarense%20-%20TCC>

TRISTÃO, Roberto M. de S. O Boletim de ocorrência sob aspecto da dêxis da base espacial como processo de instauração e manutenção de referência. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br>

O CONTROLE E DESCONTROLE DOS CONTROLES INTERNOS E EXTERNOS, INTRODUZIDOS PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FRANCISCO FEITOSA DE ARAÚJO:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

LARISSA EMANUELA DE ARAÚJO COSTA¹⁴⁴
(Coautora)

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA¹⁴⁵
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa evidenciar a importância dos Controles Internos e Externos, introduzidos pela Constituição Federal de 1988, exercidos sobre a Administração Pública brasileira, bem como as implicações da ausência ou ineficiência desses controles para a sociedade e para a essa mesma Administração. Para tanto, ora reportando-se ao Controle Interno, ora ao Controle Externo, ora sobre ambos, já que eles se diferenciam, basicamente, pelo raio de atuação, discorreu-se sobre conceitos, origem, evolução histórica, legislação pertinente, normas e mecanismos de transparência das atividades públicas. Diante dos fundamentos e fatos, até então percorridos, pode-se concluir pela perfeição desses controles. Contudo, com o intuito de expor as deficiências dos Sistemas de Controles, a título exemplificativo, mostrou-se casos de corrupção e de ineficiência ocorridos no setor público, cujas consequências são igualmente danosas ao erário e, por conseguinte, a sociedade. Ressaltou-se, porém, que tais eventos, não mitigam a importância dos mencionados controles, pelo contrário, só reforçam a importância deles, haja vista que são mecanismos relativamente novos no país, contudo, imprescindíveis ao bom funcionamento da Administração Pública, na sua missão de atender as demandas da sociedade brasileira. Neste contexto, realizou-se uma revisão sistemática de algumas doutrinas sobre o assunto, bem como a realização de pesquisas documentais em relatórios dos diversos Tribunais de Contas da federação, da Controladoria Geral da

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

145 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

União – CGU e de outras instituições relacionadas às atividades de controle no setor público.

Palavras-chave: Controle Interno. Controle Externo. Administração Pública.

ABSTRACT: The objective of this article is to emphasize the importance of Internal and External Controls, presented in the federal constitution of 1988, exercised over the Brazilian public administration and the consequences created by the lack or inefficiency for the society and to the same administration. For this assignment, referring to Internal Control, External Control or both, since they have their differences between each other regarding their range, was discussed about conceits, origin, historical evolution, relevant legislation, rules, and transparency mechanisms in public activities. Due to the facts presented so far, it could be concluded that these controls are perfect. However, aimed at exposing the shortcomings of Controls Systems, by way of illustration, it was shown cases of corruption and inefficiency in the public sector. The consequences for these occurrences are just as prejudicial to the exchequer and society. Stood out that these events do not mitigate the importance of the controls mentioned before. Instead, they just reinforce their significance, considering that these mechanisms are relatively new to the country. The controls are also essential for the good functioning of the public administration, in its mission to attend to the demands of Brazilian society. In this context, a systematic revision was made about some doctrines on the subject along with the documental researches in reports of Court of Auditors of the federation, General Inspectorate of the Union — TOS, and other institutions related to the activities of control in the public sector.

Keywords: Internal Control. External Control. Public Administration.

Sumário: 1. Introdução – 2. Controles da Administração Pública: 2.1 A origem e a razão de ser dos controles da Administração Pública; 2.2 Controle Interno; 2.3 Controle Externo; 2.4 Legislação referente aos controles internos e externos; 2.5 Transparência das contas públicas. 3. Descontrole dos controles: 3.1 A fragilidade dos controles diante da corrupção; 3.2 A responsabilidade dos entes federativos pela fiscalização dos seus atos. 4. Rumos dos controles internos e externos na atual administração pública brasileira: 4.1 Do Controle Interno; 4.2 Do Controle Externo. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, a sociedade, no exercício do controle social que lhe compete, tem-se mostrado bastante vigilante quanto ao funcionamento da Administração Pública, tanto no sentido de torná-la capaz de

atender as suas demandas quanto no sentido de repelir as velhas práticas de corrupção que permeiam toda a máquina administrativa brasileira.

Desse modo, de acordo com Slomski (2007, p. 15), a controladoria compreende “a busca pelo atingimento do ótimo em qualquer ente, seja ele público ou privado”. Entende-se, aqui, como “ótimo”, o alcance de um resultado acima do esperado pela entidade.

Assim, o presente estudo tem como temática central a análise da atuação ou omissão das Controladorias e Tribunais de Contas, órgãos responsáveis pelos controles internos e externos, respectivamente, visto que se reconhece a importância de tais órgãos para o bom funcionamento da Administração Pública brasileira, assim como o grande avanço que significou a sua criação para o Controle e fiscalização dos gastos públicos. Ademais, analisa-se, também, a atividade de controle da Administração Pública no que tange a grandeza da sua relevância, da estrutura de funcionalidade e das suas possíveis irregularidades.

Diante dessa temática, indaga-se: **as atuações dos órgãos de controle cumprem a sua função de garantir a eficiência e eficácia na aplicação dos recursos públicos ou há um descontrole?**

Assim, a fim de responder a essa problemática, tem-se como objetivo geral: analisar a atividade dos Órgãos de Controles Internos e Externos da Administração Pública Brasileira, bem como as consequências da ação, omissão, descontrole ou negligência da sua atuação, após a Constituição Federal Brasileira de 1988. Para tanto, como objetivos específicos, busca-se: revisar a bibliografia em Direito Administrativo no que tange aos Controles Internos e Externos, fundamentalmente sob a análise da Constituição Federal de 1988; realizar levantamentos de casos no Piauí e no Brasil, referentes a Controle Interno e Externo; e, relacionar os casos analisados à luz da Constituição Federal de 1988 sobre Controle, identificando possíveis irregularidades/falhas/omissões.

Para tanto, no que tange a metodologia, realizou-se uma revisão sistemática de algumas doutrinas sobre o assunto, bem como a realização de pesquisas documentais em relatórios dos diversos Tribunais de Contas da Federação, da Controladoria Geral da União (CGU) e de outras instituições relacionadas às atividades de controle no setor público. Do contato com esses materiais, sentiu-se necessidade de rever e incluir-se nos estudos a legislação que dá sustentação à atividade de Controle, e por certo, daria maior credibilidade aos resultados obtidos.

Consciente dessas definições, analisou-se as legislações acima mencionadas e a partir dessa análise se percebeu a importância de se acrescentar um tópico que tratasse da transparência das contas públicas no âmbito das atividades de controle.

Dessa forma, apresentado os controles internos e externos da Administração Pública, seus conceitos, origem, evolução histórica, o funcionamento da atividade de controles e a legislação que rege o assunto, resta mostrar a outra face da moeda. Em outros termos, como o próprio título do artigo sugere, este estaria incompleto se não fossem abordadas situações de fragilidade dos sistemas de controles da Administração Pública no Brasil.

Nesse sentido, lembrou-se casos de corrupção, amplamente noticiados, e situações que evidenciam a negligência da Administração Pública na condução da *res publica* - Momento em que se demonstrou que a ineficiência na condução da máquina administrativa pública pode causar danos ao erário tão significativos quanto àqueles decorrentes da corrupção entre os agentes públicos e os privados.

Com efeito, tais eventos não desmoralizam os sistemas de controles existentes no Brasil, pelo contrário, evidenciam a importância de se aperfeiçoar o funcionamento destes controles, especialmente, o Sistema de Controle Interno, tendo-se em conta que a Controladoria-Geral da União, órgão de maior expressão do Controle Interno brasileiro, somente em 2003, foi criada.

Neste cenário, relata-se o surgimento de soluções administrativas que objetivam melhorias nas diversas áreas de atuação do ente público, especialmente na parte que toca controles interno e externo. Nesse esteio, as controladorias administrativas governamentais têm fundamental importância. Slomski (2001), define as controladorias como o órgão administrativo responsável pelo funcionamento de todo o sistema de informações, visando orientar os gestores para um efetivo resultado.

Ademais, inicia-se esse estudo com a crença de que os Sistemas de Controle Interno e Externo sobre a Administração Pública brasileira são de vital importância para a sociedade e para o engrandecimento da própria Administração, atuando segundo os princípios da regulação e da legalidade com vistas a assegurar e otimizar o uso dos recursos públicos, subsidiando os agentes públicos na condução da máquina administrativa e, por conseguinte, atender satisfatoriamente as demandas da coletividade.

2.CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A ORIGEM E A RAZÃO DE SER DOS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da Administração Pública, nas palavras de Di Pietro (2005, p. 62), define-se como “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, buscando a garantia dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

No Brasil, desde os primórdios da República, lentamente, vem-se desenvolvendo mecanismos de controle das atividades da Administração Pública, principalmente sobre aquelas que são diretamente relacionadas às questões patrimoniais.

Assim, segundo Silva (2004), o Brasil, desde 1922, expressa precaução com o controle dos recursos públicos. Aquela época, o controle interno operava com a inspeção e legitimação das informações sob os princípios da formalidade e legalidade. No entanto, esse controle não tinha como finalidade a avaliação dos agentes públicos na atuação da prestação dos serviços, mas sim em atender aos órgãos de fiscalização externa.

Entretanto, a partir da Constituição Federal de 1988, a sociedade, exercendo o controle social, tem cada vez mais reclamado o funcionamento eficaz das instituições de controle da Administração Pública, tanto para obtenção de resultados que lhe seja favorável quanto para responsabilizar os agentes públicos, políticos, administrativos ou mesmo o particular pela má gestão, corrupção e toda sorte de danos causados à população decorrentes da incapacidade intelectual e, na maioria das vezes, moral desses atores em cuidarem dos bens que são de todos, tais como, saúde, educação, segurança, transportes, a fazenda pública e tantos outros bens essenciais à vida da coletividade.

A margem do debate político, visto tratar-se de uma outra discussão, chama-se a atenção à reflexão sobre a importância dos controles institucionais referentes a execução das políticas públicas realizadas pela Administração Pública brasileira, especialmente quanto a qualidade e utilidade finalísticas desses controles.

É nesse cenário que desponta a importância das instituições de controle. Elas estão presentes nas 03 (três) esferas de poder, mas variam em função da abordagem realizada, se jurídica, executiva ou legislativa. Indo além, elas podem ser um controle interno ou externo, sendo interno, quando o órgão controlador pertence a mesma

esfera de poder; e, externo, quando o órgão controlador não faz parte da esfera de poder cujo órgão controlado pertence.

Não menos importante é o controle social, bem mais abrangente e revelador do grau de democracia do país. Tal controle, talvez por ser genérico e não estruturado, muito se vale do controle institucional para fazer as interveniências que seja mais conveniente à coletividade em determinadas situações.

Todavia, em razão das limitações deste artigo, priorizou-se tratar dos controles institucionais realizados na mesma esfera de poder (interno) e aquele realizado por um órgão administrativo externo à esfera de poder controlada.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a Constituição da República de 1988 trouxe bastante luz ao aparelhamento e funcionamento da moderna máquina estatal ao instituir e submeter à Administração Pública a diversos mecanismos de controles internos e externos visto que a eficácia e eficiência desses controles são determinantes ao Estado Democrático de Direito afirmado por essa mesma Constituição.

Na continuidade, o Controle Interno ou Poder de Autocontrole tem por fundamento o poder-dever que a Administração Pública tem de anular seus próprios atos quando eivados de vícios que afrontam os princípios e normas que regem o funcionamento dos seus órgãos, tanto da administração direta quanto da indireta.

Em 2003, o Governo Federal criou a Controladoria-Geral da União (CGU) como órgão central de controle interno do Poder Executivo, com a responsabilidade de assistir, direta e imediatamente, à Presidência da República nos assuntos relacionados à defesa do patrimônio público, ouvidoria, controle e transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção. Desde então, esse modelo de controle foi adotado por todos os Estados da federação, pelas principais cidades e está em implantação em centenas de municípios brasileiros.

Quanto ao Controle Externo, cabe lembrar que o controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, em regra, é externo. Porém, em razão da natureza jurídica desse controle, aqui, trata-se do controle externo a cargo do Parlamento, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas do respectivo ente da federação.

Isto posto, o Controle Externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), foi oficialmente instituído pela primeira Constituição republicana, no ano de 1891. No entanto, somente com o advento da Constituição de 1988, por conta de suas expressas competências constitucionais, é que a Corte de Contas assumiu a condição

de “fiscal” do funcionamento da Administração Pública, porquanto cabe a ela exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos da administração direta e indireta, no que tange à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O constituinte de 1988, para dar efetividade aos referidos sistemas de controles e focado nos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, coloca o dever de prestar contas e tantos outros, não menos importantes, expressos ou implícitos na Constituição Federal, ou seja, aparelhou e disponibilizou aos órgãos de controle diversos mecanismos que possibilitaram a realização de controles prévios, simultâneos e posteriores à execução dos atos e fatos praticados pelos agentes da Administração Pública no Brasil.

Nesse sentido, Almeida, Parisi e Pereira (1999, p. 371) asseguram que “a controladoria administrativa, é responsável por coordenar os esforços dos demais gestores, em direção a otimizar o resultado organizacional, através de tecnologias de gestão”. Em razão desses fatos e, principalmente, de uma legislação amplamente favorável é que esses órgãos de controles internos e externos, respectivamente, Controladorias e Tribunais de Contas, são imprescindíveis para o controle da Administração Pública, tanto no sentido de proteger e defender os interesses da sociedade, mediante ações de controle e assessoramento que em muito otimizam a gestão da *Res publica* quanto no sentido de vigilância e permanência do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Passa-se, então, a análise específica de cada um desses controles, primeiro o interno e depois o externo, para melhor compreensão de sua funcionalidade.

2.2 CONTROLE INTERNO

Segundo Castro (2011, p. 110), “a finalidade dos controles internos administrativos é garantir o cumprimento das metas e evitar a ocorrência de impropriedades e irregularidades, utilizando-se de princípios, técnicas e instrumentos próprios”.

Nesse mesmo espírito, pode-se conceituar o Controle Interno como uma atividade institucional realizada na mesma esfera de poder, cujo fundamento é o poder-dever que a Administração Pública tem de anular seus próprios atos quando eivados de vícios, que afrontam princípios e normas que regem o funcionamento dos seus órgãos, tanto da administração direta quanto da indireta.

São muitas as ações do controle interno no âmbito da Administração Pública, a exemplo da aprovação, revogação, homologação ou invalidação dos atos administrativos, mais conhecidos como fiscalização hierárquica. Essas ações visam organizar, conferir, orientar, corrigir e regularizar as atividades administrativas exercidas pelos agentes de esferas hierarquicamente inferiores da administração pública. Trata-se de um dever de chefia, realizado de ofício, em caráter contínuo e permanente que deve visar os melhores resultados.

O controle interno, também, se manifesta com frequência por meio dos recursos administrativos, na forma de Representação, Pedido de Reconsideração, Reclamação, Recursos Hierárquicos e outros que visam resguardar interesses individuais e/ou coletivos. Esses instrumentos são utilizados para provocar a reavaliação de decisão anterior tomada no âmbito da Administração Pública interna que possa ter lesado o direito de outrem. Assemelham-se a uma decisão judicial, pois visam assegurar a democracia, o Estado de Direito e a proteção aos direitos individuais.

Existem muitos outros controles internos utilizados rotineiramente na Administração Pública, além dos acima mencionados. No entanto, neste estudo, cuida-se do controle interno institucional, aquele realizados por instituições públicas, especializada, cuja origem e atribuições estão bem definidas no artigo 74, da Constituição Brasileira de 1988, a saber:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão

ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Como se percebe, o constituinte de 1988 estabeleceu as diretrizes e bases do controle interno institucional quando impôs aos entes federativos a obrigação de manterem “de forma integrada, sistema de controle interno”.

Nesse sentido, cumprindo-se o mandamento constitucional, foram instituídos na União, a Controladoria Geral da União (CGU); nos Estado-Membros e Município, as Controladorias, em alguns, com outros nomes, mas todos com as mesmas finalidades: exercer o controle da administração pública do respectivo ente, nos termos do artigo constitucional, acima transcrito.

Essas instituições têm a importante missão de exercerem o controle prévio, concomitante ou posterior à execução dos atos e fatos realizados pela Administração Pública. Evidentemente, o controle prévio ou preventivo, é prioritário, visto que ele possibilita detectar, antecipadamente, possíveis e indesejáveis irregularidades que poderiam se concretizar quando da execução do ato administrativo; já o controle concomitante é exercido ao mesmo tempo em que as ações administrativas são executadas; e o controle posterior, também conhecido como controle repressivo, dá-se após a realização da atividade administrativa, muitas vezes sob a forma de auditoria.

Conforme as circunstâncias e o momento de realização do controle, se prévio, concomitante ou posterior à execução dos atos e fatos administrativos, a atuação do órgão controlador consistirá, basicamente, nas seguintes atividades:

- Orientação dos gestores sobre as diversas matérias correlatas ao desempenho da função administrativa;
- Monitoramento permanente das atividades planejadas e executadas;
- Fiscalização das atividades realizadas pelos órgãos e entidades;
- Correção de eventuais irregularidades detectadas concomitantemente ou após a realização das diversas atividades administrativas; e
- Avaliação e gerenciamento dos riscos existentes nas diversas unidades administrativas.

Pelo exposto, fica de fácil percepção que o cumprimento e o desdobramento dessas normas constitucionais, alusivas ao controle interno, possibilitam uma gama

de benefícios aos gestores e a Administração Pública e, por conseguinte, a sociedade em geral.

Assim, diante de tantas e tão nobres atribuições, percebe-se, facilmente, que os cumprimentos dessas normas constitucionais alusivas ao controle interno alcançam todas as ações desenvolvidas pela Administração Pública. Além disso, em razão da natureza fiscalizatória da atividade de controle, no sentido de proporcionar economia de recursos, zelo, eficiência e eficácia na prestação de serviços públicos à sociedade, o controle interno possibilita uma gama de benefícios aos gestores e a Administração Pública e, por conseguinte, a sociedade em geral.

2.3 CONTROLE EXTERNO

Existem diversos mecanismos de controle na estrutura de cada Poder, a exemplo do Sistema de Controle Interno, do Controle Hierárquico, do Controle Finalístico e do Controle Externo. Contudo, destes, se destaca o último, por força da dedicação constitucional atribuída à atividade.

Dessa maneira, o Controle Externo, de que se cuida, pode ser definido como uma atividade de fiscalização sobre a Administração Pública em geral, realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), uma instituição constitucionalmente ligada ao Congresso Nacional, especializada em analisar os atos e fatos relacionados à gestão das diversas contas dos diversos órgãos dessa mesma Administração, com vistas a manter a regularidade da origem e aplicação dos recursos públicos.

Corroborando com esse entendimento, Lima (2011, p. 201) explana que o objeto do Controle Externo são os atos administrativos em todos os Poderes constituídos, nas três esferas de governo e atos de gestão de bens e valores públicos.

A simples interpretação do conceito e a definição do objeto do Controle Externo, explicitado no parágrafo anterior, nos diz que a atuação da Corte de Conta tem por fim verificar a ocorrência ou não do regular funcionamento da máquina estatal administrativa, quanto aos aspectos contábeis, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, dos órgãos da administração direta, indireta e de quaisquer pessoa que se utilize de recursos públicos, no que tange à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Assim, por força da Constituição Federal de 1988, as competências dos Tribunais de Contas dos Estados e do Tribunal de Contas da União são idênticas, divergindo apenas quanto à jurisdição, eis que aos primeiros cabem à Administração estadual e municipal, já ao último, a União.

É importante entender que referida regra, decorrente do princípio da simetria constitucional, foi rigidamente copiada pelos Estados-Membros, de modo que atualmente todos esses entes federativos contam com uma estrutura de controle externa.

Por fim, comprovando-se a importância desse mecanismo de controle para nosso país, cabe transcrever os escritos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, quando manifestando-se sobre o modelo da Administração Pública brasileira, magistralmente, resumiu tudo que pode ser dito sobre as Cortes de Contas:

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 7/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da Administração Pública, Direta e Indireta (CF, art. 34, VII, “d”). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizatória outorgadas aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes – explícitos ou implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos (STF, SS nº 1308-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1998).

Ainda no entendimento, cabe, também, trazer outra descrição do Ministro:

(...) os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para

os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Percebe-se que, o Ministro destaca o importante papel do agente público no desenvolvimento da sua atividade de controle, na medida em que deve ser executada com o esmero que exige a própria lei no destaque dos seus princípios, impondo ao agente uma postura de decoro e moralidade pela exigência de resultados exitosos.

2.4 LEGISLAÇÃO REFERENTE AOS CONTROLES INTERNOS E EXTERNOS

São muitas as normas que tratam direta e/ou indiretamente dos Sistemas de Controle em razão da Administração Pública. Todavia, em decorrência das limitações deste estudo, aqui, fala-se das mais significativas às atividades públicas.

Os órgãos de controle e o poder fiscalizatório social foram amplamente contemplados na Constituição da República de 1988. A Seção "IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária" da Carta Magna, por exemplo, dedica quase uma centena de dispositivos às questões dos Controles Internos e Externos em razão da Administração Pública.

Em outra dimensão, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei Complementar nº 101/2000, baseada no planejamento, transparência, controle e responsabilidade dos agentes públicos, impôs regras que possibilitam estabelecer o equilíbrio às contas públicas. Tal regramento visa assegurar mecanismos de controle governamental para detectar e evitar ocorrências de erros, desvios, ilegalidade ou fraudes.

Em mesmo sentido, Soares Junior (2015), destacou a relevância social da Lei de Responsabilidade Fiscal na prevenção de desastrosas administrações atribuídas a certos gestores públicos. Administrações estas que se desenharam como realidade frequente na última década anterior a criação da LRF, que consolida, nesse contexto, muitos princípios basilares na gestão fiscal, além de introduzir normas rígidas de responsabilização dos gestores ímprobos.

Nesta lei, ressaltou-se a importância do Sistema de Controle Interno, inclusive, atribuindo-lhe corresponsabilidades pelos Relatórios de Gestão Fiscal, Relatório Resumido de Execução Fiscal e respectivos anexos, cujo conteúdo a todos revelam a movimentação de recursos do ente federativo, bem como o desempenho dos gestores à frente da Administração Pública.

No que tange ao Controle Externo, são muitas as referências da LRF à Corte de Contas, a exemplo do artigo 59, que determina ao Poder Legislativo exercer diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas e do órgãos de controle

interno de cada Poder e do Ministério Público, a fiscalização e o cumprimento das normas de finanças públicas.

Encontram-se importantes disposições sobre o papel dos Sistemas de Controles, também, na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), a exemplo do *caput* do artigo 113, cuja norma determina que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos, por ela regulamentados, sejam realizados pelo Tribunal de Contas e Controle Interno do ente federativo competente.

Ainda nesse mesmo artigo, no parágrafo segundo, obrigam-se os órgãos ou entidades da Administração Pública, que tenham propostas e editais de licitação, mesmo que já publicado, a adotarem as medidas corretivas, recomendadas pelos órgãos de Controle Externo e Internos.

Por fim, como ora exposto, são muitas as normas que de algum modo submetem a Administração Pública aos mecanismos de controle institucional, em regra, realizados por servidores concursados, bastante especializados e treinados em harmonizar o desempenho dos gestores públicos com a legislação a que estão vinculados.

2.5 TRANSPARÊNCIA DAS CONTAS PÚBLICAS

Acerca da transparência das contas públicas, Reis *et al.* (2002, p. 13) define que “tão importante quanto os limites para as despesas e dívidas ou as regras para seus cumprimentos é que elas sejam amplamente conhecidas e corretamente divulgadas”.

Nesse sentido, o legislador constituinte de 1988, ciente da importância da transparência na condução da máquina administrativa, fez constar na Constituição Federal diversas normas, implícitas e explícitas, que impuseram deveres de transparência da Administração Pública e, ao mesmo tempo, determinou ser um direito de todos, obter dessa mesma administração “informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, como preceitua o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição, desde que não comprometessem a segurança da sociedade e do Estado.

No campo infraconstitucional, é oportuno se voltar à Lei de Responsabilidade Fiscal, eis que a transparência na Administração Pública, como já dito, é um dos pilares desta lei. Não é por acaso que ela dedicou o Capítulo intitulado “Da transparência, controle e fiscalização” para tratar de providências que assegurassem transparência na gestão fiscal.

Para tanto, a Lei Complementar nº 101/2000 regulamentou a obrigação de se elaborar e fazer publicar a escrituração e consolidação das contas, o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal, bem como, a realização das prestações de contas e da fiscalização da gestão fiscal.

No que tange aos sistemas de controles institucionais, é evidente que para ter mais eficiência e efetividade as ações desenvolvidas pelo controle interno devem se assegurar de que os atos governamentais realmente sejam transparente.

Mostrou-se interessante, portanto, a criação de canais de comunicação e interação da sociedade com as unidades administrativas do Poder Público, com o fim de permitir o acompanhamento e monitoramento permanente das ações do governo, legitimando-os ou corrigindo eventuais desvios da administração em relação a legislação cuja vinculação é inegociável.

Como o sistema de controle interno percorre os vários setores da Administração Pública, ele é o órgão que melhor aglutina o conhecimento dos processos, informações, estratégias e resultados cuja publicidade é fundamental ao controle social, o que ocorre mais eficazmente quando essas informações são divulgadas em canais de comunicação disponíveis a toda a sociedade.

Pensando nisso, a Controladoria Geral da União (CGU) lançou, em novembro de 2004, o Portal da Transparência, um sítio eletrônico de acesso livre onde o cidadão pode encontrar informações sobre como o dinheiro público é utilizado, além de se informar sobre assuntos relacionados à gestão pública do Brasil.

Essa importante ferramenta de comunicação trouxe mais transparência sobre o destino do dinheiro público, ademais, tem incentivado o controle social e, conseqüentemente, proporcionado o fortalecimento da democracia brasileira, visto que, agora, qualquer cidadão pode conhecer os programas e ações do governo federal antes de sua execução, bem como o volume de recursos transferidos aos entes estaduais, municipais, ao Distrito Federal e às organizações não governamentais beneficiadas pelas transferências de valores.

Nesse mesmo sentido, por força da Lei nº 9.755/1998, foi criado a *homepage* Contas Públicas, administrada pelo Tribunal de Contas da União, na qual qualquer pessoa com acesso à internet pode realizar consultas e obter diversas informações sobre os gastos públicos, inclusive sobre as transferência e utilização desses mesmos recursos.

Com efeito, por conta dessas iniciativas e por força da própria legislação, hoje, todos os entes federativos são obrigados a terem canais eletrônicos de comunicação,

disponibilizando aos cidadãos informações sobre as origens e aplicações dos recursos gerenciados pela Administração Pública, regra que só favorece todas as espécies de controle sobre as atividades administrativas.

3. DESCONTROLE DOS CONTROLES

A atividade administrativa pode ser nociva à sociedade tanto pela prática da corrupção, como pela precária atuação dos seus agentes. Assim, como explicitado no tópico anterior, a existência das instituições de controle e as diversas formas de abordagens desses controles são essenciais ao bom funcionamento da máquina administrativa brasileira.

Todavia, isto por si só não garante que a atuação da Administração Pública será eficiente, legal, legítima, econômica, e enfim, atenderá aos demais princípios que a regem. Por isso, com o fim de demonstrar a fragilidade dos Sistemas de Controle, faz-se duas abordagens, as quais mediante a exposição de casos concretos, demonstram-se situações de corrupção e um caso de negligência na atividade pública, que tal qual os casos de corrupção causam enormes prejuízos ao erário.

3.1 A FRAGILIDADE DOS CONTROLES DIANTE DA CORRUPÇÃO

No Brasil, infelizmente, a corrupção se faz presente em todas as áreas e grupos sociais. Em decorrência desta triste realidade, a fiscalização das instituições, que recebem recursos públicos para exercerem suas atividades, bem como a prestação de contas destas instituições aos órgãos de controle, é vital para se minimizar a quantidade e os efeitos da corrupção na Administração Pública.

Provavelmente, o maior escândalo de corrupção do Brasil seja a Lava Jato, uma mega operação de investigação, que evidenciou as fragilidades dos sistemas de controles da Administração Pública, principalmente, quando se trata de uma relação promiscua entre políticos e empresários.

Não tão atuais quanto a Lava Jato, mas que chamam atenção pela quantidade de agentes públicos envolvidos, e pelo volume de recursos desviados, apontam-se ainda os seguintes casos:

- **Máfia dos Sanguessugas (2001 a 2006):** Um grande esquema formado por políticos, assessores, empresários e servidores públicos, os quais desviaram mais de R\$ 110 milhões de reais do orçamento destinados à saúde pública, mediante a compra de ambulâncias com preços superfaturados (MPF-RJ, 2017).

- Caso Furnas (2008): Trata-se de superfaturamento na construção das hidrelétricas Batalha e Simplício pela estatal Furnas Centrais Elétricas, cujos prejuízos ao erário foram de R\$ 600 milhões de reais (TCU, 2011).
- Operação Navalha (2004): Uma quadrilha formada por um ex-governador, servidores e agentes públicos que causaram prejuízos de aproximadamente R\$ 160 milhões, mediante a manipulação ilícita de recursos de emendas parlamentares destinadas a obras públicas (STJ, 2012).

Como se observa, apesar da existência de órgãos de controle como a **Controladoria Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU), responsáveis direto pela** fiscalização das entidades que recebem recursos públicos, é bastante comum a explosão de escândalos financeiros - casos de corrupção, que envolvem instituições importantes à sociedade.

3.2 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS PELA FISCALIZAÇÃO DOS SEUS ATOS

O Tribunal Regional da 1ª Região (TRT-RJ), em 23/07/2020, condenou o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Duque de Caxias, por responsabilidade subsidiária referentes a débitos trabalhistas em favor de uma trabalhadora de uma empresa terceirizada, que prestava serviços àqueles entes federativos.

A Corte Trabalhista entendeu que o ente público, tomador dos serviços, ao negligenciar a fiscalização do contrato administrativo em seus aspectos laborais, responde de forma subsidiária pelas verbas não pagas pela empresa interposta.

Na ocasião, entre outros fundamentos, invocou-se o inciso V, da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que atribuiu aos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responsabilidade subsidiária, constatando-se conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente, no que tange a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Como se percebe, no caso em exposição, os efeitos da atuação negativa ou negligente do Estado, tal qual a corrupção, podem causar danos financeiramente idênticos ao erário. Dessa forma, fica evidente que os casos de corrupção, apontados no item anterior, e a negligência carioca no cumprimento de sua missão demonstram fragilidades dos controles da Administração Pública.

Todavia, deve-se compreender que esses controles são relativamente novos em nosso país, haja vista que o Controle Interno é de 2003 e o Controle Externo, apesar

ser originário da antiga República, até a Constituição de 1988, exercia um controle eminentemente patrimonial.

4. RUMOS DOS CONTROLES INTERNOS E EXTERNOS NA ATUAL ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A vulnerabilidade dos Controles da Administração Pública Brasileira, apontada no tópico anterior, fica demonstrada nos vários escândalos de corrupção amplamente divulgados pela imprensa nacional.

Esse fato pode evidenciar a ineficiência da máquina administrativa em relação aos gastos do dinheiro público e a fiscalização destes. Demonstra-se, assim, a valorosa necessidade de fortalecimento do controle social, que tem importante papel nesse contexto, cuja vigilante atividade acontece tanto na forma de fiscalizar a aplicação de recursos como de exigir sua adequada destinação.

Nesse contexto, enfatiza-se a institucionalização de espaços de participação da comunidade no cotidiano do serviço de saúde, através da garantia da participação no planejamento do enfrentamento dos problemas priorizados, execução e avaliação das ações, processo no qual a participação popular deve ser garantida e incentivada (BRASIL, 2006).

No entanto, apesar do quadro pessimista anteriormente desenhado, a própria criação dos sistemas de controle aponta para uma evolução promissora. Esse avanço se deve a busca de soluções administrativas que objetivam melhorias nas diversas áreas de atuação do ente público, especialmente o âmbito dos controles interno e externo, como adiante explicitado.

4.1 DO CONTROLE INTERNO

Segundo o Conselho Nacional de Controle Interno (CONACI), órgão representativo das instituições de Controle Interno no Brasil, em pesquisas realizadas por este, no ano de 2018, para fins de levantamento, conhecimento e estudo das diversas carreiras e estruturas de controles existente no país, aproximadamente 67,00% (sessenta e sete por cento) dos órgãos de controle interno possuem carreira específica para a área de Controle Interno.

Parece pouco, no entanto, o mesmo levantamento, realizado em 2012, constatou que somente 58,00% (cinquenta e oito por cento) das instituições que faziam o Controle Interno da Administração Pública possuíam servidores especificamente selecionados para o exercício desta atividade.

Nesta nova fase, a valorização destas instituições é bastante visível, manifesta-se em ações que podem ser comprovadas em números, pois, dos 26 Estados e o Distrito Federal, apenas 06 (seis) destes, desde 2012, não realizaram novos concursos para o setor.

Ainda, segundo o CONACI, no mencionado levantamento, em 72,00% (setenta e dois por cento) dos órgãos de controle interno existentes no país, foram identificadas políticas de capacitação ou educação continuada, evidenciando-se a preocupação com a necessidade contínua de capacitação dos servidores.

Cumprе alertar que essas informações se referem a União, Estados e Distrito Federal, eis que no Brasil, inexistе uma relação oficial das estruturas de Sistemas de Controles Internos municipais, geralmente, identificadas como CGM – Controladoria Geral do Município.

Todavia, a título de exemplo, valendo-se de um levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí, em 2019, cuja finalidade era diagnosticar e mapear a realidade dos Sistemas de Controle Interno das Prefeituras Municipais do Estado, até o ano de 2018, obteve-se as seguintes informações:

- 60% dos municípios piauienses contam com apenas um único servidor como apoio técnico nas Unidades de Controle Interno (UCI) das prefeituras e apenas 17,9% contam com sistema de gestão informatizado;
- 84% das prefeituras piauienses declararam ter formalmente instituída a sua unidade de controle interno, mas apenas 50% dos municípios (111 prefeituras) apresentaram lei específica de criação e regulação dos seus Sistemas de Controle Interno. Nas demais, a estrutura foi criada por lei administrativa junto com outras secretarias de maneira independente ou mesmo dentro de alguma outra estrutura;
- 68,3% das unidades que declararam ter orçamento próprio, 45% participam de fiscalizações com outros órgãos de controle, entretanto, apenas 14,3% declararam adotar normas técnicas em suas atividades, possuir regimento interno e adotar manuais com procedimentos preestabelecidos;
- 88,4% dos dirigentes entenderam como imprescindível melhorias na capacitação dos agentes envolvidos nas atividades de controle enquanto 71,4% apontam para a necessidade de ampliação do apoio técnico para a execução dos trabalhos; e,
- 37% das UCIs realizam planejamento anual de suas atividades enquanto apenas 46% analisam com frequência os controles de riscos adotados pelas unidades administrativas.

Como se percebe, pelos números, apesar de ainda incipiente, os Sistemas de Controle Interno nos municípios piauienses é uma realidade. Neste contexto, considerando-se que o Estado do Piauí é um dos mais pobres do Brasil, conclui-se que os demais Estados tenham Sistemas de Controle Interno, pelo menos, no mesmo patamar dos municípios piauienses.

Por fim, cabe lembrar que Controle Interno se tornou uma realidade institucional em 2003, quando o Governo Federal, atendendo a uma diretriz constitucional, criou a Controladoria-Geral da União (CGU) como órgão central de controle interno do Poder Executivo e que desde então este sistema vem se expandindo por todas as unidades da federação.

Diante deste cenário de evolução, acredita-se que em breve o Brasil terá uma máquina administrativa com atuação muito próxima daquilo que a sociedade, dela, espera, em decorrência da forte presença do Sistema de Controle Interno.

4.2 DO CONTROLE EXTERNO

A atuação do Tribunal de Contas, responsável pelo Controle Externo da Administração Pública brasileira, ao longo de décadas tem se fortalecido e se notabilizado, certamente pela sua importante missão institucional.

Instituição bastante prestigiada pela Constituição Federal de 1988, os Tribunais de Contas "tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes" (STF, SS nº 1308-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1998).

Diferentemente dos Sistemas de Controles Internos, os Tribunais de Contas gozam de uma independência constitucional, cuja contrapartida é uma demanda maior pela sociedade.

É neste contexto, para atender ao controle social, que as modernas Cortes de Contas vêm empreendendo novas técnicas e metodologias de fiscalização de políticas públicas, focadas na qualidade e alcance de resultados.

Como já explicitado, as questões a serem enfrentadas pelas instituições de Controle Externo são, se não as mesmas, idênticas às do Controle Interno. Contudo, em razão da maior independência e, por conseguinte, maior demanda social, o Controle externo tem-se mostrado mais célere, mais abrangente e mais eficiente no cumprimento de sua missão institucional.

Por essa razão, tal qual o outro Sistema de Controle, diante do cenário de evolução, acredita-se que em breve o Brasil terá uma Administração Pública com atuação muito próxima daquilo que a sociedade, dela, espera em razão da forte presença do Controle Externo.

5.CONCLUSÃO

As formas de Controle Interno e Externo no Brasil vêm desde o período colonial. Naquela época já se mostrava uma preocupação com a aplicação dos recursos públicos. Entretanto, o controle interno tinha a finalidade de verificar a legitimidade das informações sob a égide dos princípios da legalidade e moralidade. Dessa maneira, seu aperfeiçoamento se deu ao longo dos anos, com a criação das Controladorias e de Leis que permitem seu melhor funcionamento.

Os controles internos e externos, exercidos respectivamente pelas Controladorias e Tribunais de Contas, são imprescindíveis para o controle da Administração Pública, tanto no sentido de proteger e defender os interesses da sociedade quanto no sentido de vigilância e permanência do Estado Democrático de Direito brasileiro. Essa constatação advém da natureza fiscalizatória das atividades de controle, no sentido de proporcionar economia de recursos, zelo, eficiência e eficácia na prestação de serviços públicos à sociedade.

Apesar dessa importante função dos controles, verifica-se a partir da divulgação do levantamento documental e bibliográfico, realizado com essa pesquisa, uma explosão de escândalos financeiros e casos de corrupção que afetam diretamente a qualidade dos serviços prestados e principalmente prejuízos milionários ao erário.

A presente pesquisa apura que essas falhas de fiscalização e descontrole dos Controles Internos e Externos abrangem todo território nacional e as diversas esferas dos Poderes. Aponta ainda, que fatores relacionados a deficiência ou falta de técnicos, de estrutura, de infraestrutura das Unidades, de independência dos órgãos controladores e de transparência dos gastos públicos, que rotineiramente envolvem a Administração Pública e seus agentes, são responsáveis por essas falhas e descontroles nesse Sistema.

Diante da grandeza desse tema, é de relevante valia a realização de outras pesquisas relacionadas a ele sobre aspectos que não tenham sido aqui contemplados, devido a pertinência e importância do assunto para a sociedade em geral, tendo em vista a dinâmica das leis e da estrutura governamental.

Com esta percepção, consciente da importância dos Controles Internos e Externos enquanto órgão de fiscalização e assessoramento da Administração Pública,

conclui-se que o bom andamento dos serviços públicos e da aplicação dos recursos públicos está intimamente ligada ao desempenho eficiente e eficaz das atividades de Controle. Reconhece-se, também, o significativo avanço que foi para a sociedade brasileira a criação e legalização desses órgãos pela Constituição Brasileira de 1988, na busca de moralizar os gastos públicos. Outrossim, atestou-se falhas e descontroles nesses Sistemas, relacionadas a corrupção, desvio de dinheiro e gestões fraudulentas. Ademais, a evolução desse Sistema dependerá primordialmente da construção de uma sociedade consciente e vigilante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lauro Brito de; PARISI, Claudio; PEREIRA, Carlos Alberto. Controladoria. p. 369-381. In: CATELLI, Armando (Coord.). **Controladoria: uma abordagem da gestão econômica – GECON**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. **Investigações exitosas realizadas pelos Ministérios Públicos brasileiros**. Natal: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, 2013.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 51 ed. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2017.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 2000.

_____. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br>. Acesso: agosto/2020.

_____. **Lei n.º 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 1990.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 1993.

CASTRO, Domingos Poubel. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CONACI. Conselho Nacional de Controle Interno. **Diagnóstico da Organização e do Funcionamento: Perfil**, Brasília-DF: CONACI, 2013.

DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOARES JUNIOR, Francisco Valmir Dias. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) como instrumento de suma importância na contabilidade aplicada ao setor público: uma análise junto a contabilistas públicos brasileiros. **XV Colóquio Internacional de Gestão Universitária** – CIGU, Mar Del Plata: Argentina, 2015. ISBN: 978-85-68618-01-1.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MPF. Ministério Público Federal. Procuradoria da República do Rio de Janeiro. **Processo AÇÃO CIVIL PÚBLICA/IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA nº 0001501-59.2010.4.02.5104 (2010.51.04.001501-7)**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Gothardo Lopes Netto e outros. Volta Redonda: 2017.

MUDE. **Corrupção no Brasil: conheça os maiores escândalos da história**, 2018. Disponível em: <http://mude.org.br/2018/04/24/corruptao-no-brasil-maiores-escandalos/>. Acesso em: agosto/2020.

REIS, Kátia Marilda Rodrigues dos; SANTOS, Lúcia Maria Barbosa dos; RIOS, Maria Conceição Dantas. **Transparência na Gestão Pública**. 2002. 32 f. Monografia - Curso de Pós-Graduação em Contabilidade Pública, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2002.

SILVA, Simão Pereira da; WAKIM, Vasconcelos Reis; WAKIM, Elizete Aparecida de Magalhães. A transparência da gestão pública dos municípios do vale do Mucuri

(MG): uma síntese do Déficit de *Accountability*. **Revista Brasileira de Contabilidade**, n. 205, 2014, p. 12-29. ISSN: 2526-8414.

SILVA, Lino Martins da. **Contabilidade governamental**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SLOMSKI, Valmor. **Manual de Contabilidade Pública**: um enfoque na contabilidade municipal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de contabilidade pública**: um enfoque na contabilidade municipal. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Controladoria e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2007.

STF. Supremo Tribunal Federal. STF – SS: 1308 RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 09/10/1998, Data de Publicação: DJ 19/10/1998 PP-00026. Jusbrasil. **Jurisprudência**. Disponível em: scge.pe.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/Apostila-Curso-IA_CM-Versao_Revisada.pdf. Acesso em: julho/2020.

TCE-PI. Tribunal de Contas do Estado do Piauí. **Ranking do TCE/PI revela falta de apoio técnico e de estrutura no controle interno dos municípios do Piauí**, 2020. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/ranking-do-tce-pi-revela-falta-de-apoio-tecnico-e-de-estrutura-no-controle-interno-dos-municipios-do-piaui/>. Acesso em outubro/2020.

TCU. Tribunal de Contas da União. **TCU: 008920078**. Relator: Ubiratan Aguiar, Data de Julgamento: 06/07/2011. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/316477522/897020078/inteiro-teor-316477559>. Acesso em: novembro/2020.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331 do TST. _____. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**, 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: setembro/2020.

REFLEXOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 948, DE 08 DE ABRIL DE 2020, SOBRE O DIREITO CONSUMERISTA DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA

JOAQUIM VIEIRA: Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁴⁶

FLÁVIO AUGUSTUS DA MOTA PACHECO¹⁴⁷

(orientadores)

RESUMO: Cuida-se, o presente artigo é resultante de pesquisa bibliográfica que, através do método dedutivo, aponta os reflexos imediatos provocados pela pandemia de covid-19, além de analisar as medidas regulamentadas durante o período de pandemia aplicáveis às relações de consumo. Destaca-se, no presente artigo, as medidas voltadas para serviços de turismo e cultura, em especial, pela Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020, que dispõe sobre cancelamento de serviços, reservas e eventos dos citados setores. Partindo-se desse ponto, faz-se, então, uma reflexão sobre os possíveis impactos que tal Medida Provisória gerará nas normas consumeristas já firmadas no ordenamento brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor; Cultura; Pandemia de Covid-19; Turismo.

ABSTRACT: The present article is taken care of as a result of bibliographical research that, through the deductive method, points out the immediate reflexes caused by the pandemic of covid-19, in addition to analyzing how regulated measures during the pandemic period applicable to consumer relations. In this article, the measures aimed at tourism and culture services stand out, in particular, by Provisional Measure No. 948, of April 8, 2020, which provides for the cancellation of services, reservations and events of the aforementioned sectors. Starting from this point, a reflection is then made on the possible impacts that such a Provisional Measure will generate in consumer standards already signed in the Brazilian system.

146 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas no MPE/TO, Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT/TO. Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: Wellington.gomes@catolica-to.edu.br

147 Graduado em Administração de Empresas pelo Centro de Ensino Superior do Paraná, Mestre em Administração pela Faculdade Cenecista de Varginha e Doutor em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: flavio@catolica-to.edu.br

KEYWORDS: Consumer Protection Code; Culture; Covid-19 pandemic; Tourism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 - A REAÇÃO INTERNACIONAL À CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA PROVOCADA PELA PANDEMIA DE COVID-19. 2 - A INTERFERÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO NA GERÊNCIA DA CRISE NOS SETORES DO TURISMO E CULTURA. 2.2 - A Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020. 2.3 - Liberação de Recursos Extraordinários ao Ministério do Turismo. 2.4 - Retomada gradativa do setor hoteleiro e selo Turismo Responsável. 3 - A

INTRODUÇÃO

Considerando a atual conjuntura de crise sanitária mundial, nota-se uma drástica mudança nos hábitos da população. É fato que tal mudança ocorreu de forma compulsória, como prevenção de contágio pelo vírus Sars-CoV-2, porém é necessário se fazer considerações acerca do impacto desses novos hábitos nas relações jurídicas.

Em situações excepcionais como a que presentemente se vive, as normas procedimentais aplicáveis às relações jurídicas tornam-se demasiado gravosas e ineficientes diante das necessidades de readaptação social nascidas com a pandemia. Faz-se imprescindível, portanto, a adoção de medidas urgentes que garantam a segurança jurídica e salvaguardem a economia.

Colocando sob enfoque a esfera consumerista, destaca-se uma tendência mundial no sentido da edição de medidas voltadas para regulamentar tais procedimentos durante o período excepcional que se vive. Cuida-se de uma intervenção estatal para amortecer o impacto na economia, tanto de fornecedores, quanto de consumidores.

Sobreleva-se, portanto, a Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020, como instrumento legal apto a reger as relações entre fornecedor e consumidor diante de cancelamentos e adiamento de eventos e serviços turísticos, assim como de devolução de valores, durante este período em que o isolamento social é obrigatório e a economia inspira cuidados.

À vista disso, faz-se necessário acarear se os novos hábitos de consumo se manterão no pós-pandemia e, em caso afirmativo, se os procedimentos regulamentados pela referida normativa permanecerão no âmbito do turismo e cultura. Portanto, por meio de pesquisa dedutiva e bibliográfica, o presente trabalho busca analisar se as regulamentações propostas pelo Governo Federal produzirão efeitos temporários ou permanentes ao longo do tempo de sua aplicação, bem como se abrangerão todas as nuances das referidas relações.

1. A REAÇÃO INTERNACIONAL À CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA PROVOCADA PELA PANDEMIA DE COVID-19

No dia 11 de março de 2020, o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Ghebreyesus, anunciou a caracterização da COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (SAÚDE, 2020), como uma pandemia, que, de acordo com o Dicionário Priberam significa “surto de uma doença com distribuição geográfica internacional muito alargada e simultânea” (PRIBERAM, 2020). À época do pronunciamento de Tedros, que ocorreu em Genebra, na Suíça, existiam mais de 118 mil casos em 114 países, além de apenas 4,2 mil óbitos no mundo todo (SAÚDE, 2020).

Especificamente para as Américas, se previa três formas nas quais a contaminação poderia ser mais significativa, através de:

[...] clusters de casos após importações; grandes surtos em ‘locais fechados’, como asilos, prisões, campos militares, reuniões de massa; e transmissão comunitária em massa, que é mais provável de ocorrer durante a temporada de gripe. (ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE, 2020, online).

No Brasil, segundo o site Sanarmed (2020), naquela data, haviam apenas 52 casos confirmados de COVID-19. Sendo que, destes, quarenta e seis eram importados e seis por transmissão local. Oito estados brasileiros já tinham confirmado casos: Alagoas, Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal.

A partir da declaração de pandemia, houve intensa movimentação dos países com vistas a implementar medidas assecuratórias não só em questão de saúde, mas também sociais e econômicas. Observa-se que as principais medidas dizem respeito à proteção da renda das famílias, da produção e do emprego e à garantia aos suprimentos.

Tais ações visam promover certa estabilidade nas relações econômicas e jurídicas, evitando que se tornem demasiado gravosas e ineficientes enquanto durar o cenário desta situação excepcional de pandemia. Aqui, serão destacadas as relações consumeristas voltadas ao lazer, tendo em vista que os eventos e atividades costumeiros de turismo e cultura foram obrigatoriamente suspensos ou restringidos em todo o mundo, colocando em risco a subsistência desses setores em cada país.

No Brasil, o Governo Federal editou o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, para reconhecer o estado de calamidade pública no país, e socorreu-se de

diversos fundos pré-existentes para permitir redução de taxas de juros, injeção de capital para possibilitar empréstimos à empresas e famílias sob melhores condições, programas de proteção ao emprego e renúncia às metas fiscais. (BRASIL, 2020)

Em atenção às relações consumeristas de lazer, destaca-se a Medida Provisória de nº 948, de 08 de abril de 2020, que prevê três alternativas ao cancelamento de serviços como pacotes turísticos e eventos: remarcação, disponibilização de crédito na compra de novos e/ou outros serviços e eventos e possibilidade de acordo com o consumidor para a restituição de valores — que deverão ser reembolsados, com correção monetária, no período de 12 meses do fim da pandemia. (BRASIL, 2020)

Seguindo na linha das medidas assecuratórias da economia, na América Latina, destaca-se a Argentina, que expandiu a emergência pública em saúde por um ano através do Decreto de Necessidade e Urgência nº 260, de 12 de março de 2020, anunciou o direcionamento de 640 bilhões de pesos argentinos para enfrentamento da pandemia — este valor equivale à 2% do Produto Interno Bruto (PIB) daquele país, segundo aponta o site Infomoney (2020).

Daquele valor, 30 milhões foram destinados ao Fundo de Desenvolvimento para a Convocação Nacional de Concessão de Apoio Econômico aos Espaços Culturais, que objetiva “apoiar financeiramente os espaços culturais afetados pela emergência sanitária, contribuindo parcialmente para a sustentabilidade operacional”¹⁴⁸. Tais subsídios serão liberados em observação às diretrizes da Resolução SC nº 2329/08, que determina a apresentação de projetos culturais ou artísticos, que especifiquem a aplicação dos recursos o financiamento.

Partindo para o continente europeu, a Alemanha aprovou um plano de resgate para proteger sua economia durante a pandemia de cerca de 1,1 trilhão de euros, o que equivale a, aproximadamente, um terço da riqueza total produzida pelo país em um ano. Tal plano cria um fundo de garantias para as dívidas das empresas, injeta valores em bancos para promover empréstimos e aumenta o orçamento federal para auxílio às pequenas empresas e aos assalariados (UOL, 2020).

Uma nova lei alemã foi editada para alterar a Lei Introdutória ao Código Civil Alemão, mitigando as consequências da pandemia no direito dos contratos de eventos. O novo acréscimo no Código prevê que, se o evento recreativo não puder ocorrer devido à pandemia do COVID-19, o titular de um bilhete para o evento terá direito a um voucher no valor do que foi pago para uso futuro, assim também como o operador que adquiriu licença de uso de local para o evento poderá utilizá-la com a

148 Versão original: “*apoyar económicamente a los espacios culturales afectados por la emergencia sanitaria, contribuyendo parcialmente con su sostenimiento operativo*”.

data limite de 31 de dezembro de 2021. (BUNDESGESETZBLATT JAHRGANG, 2020, *online*).

No Reino Unido, foram anunciados 330 bilhões de libras, que representa 15% de seu Produto Interno Bruto (PIB), para empréstimos às empresas. Além disso, o Governo Britânico fechou acordos com bancos para garantir liquidez aos mercados e lançou programa de isenção tributária e subsídios para empresas. Para mitigar os efeitos da pandemia de COVID-19 na economia em todos os países que fazem parte de sua jurisdição (ESTADÃO CONTEÚDO, 2020, *online*).

O Governo Britânico anunciou, ainda, que aliviaria as chamadas “taxas de negócios” das empresas dos setores de varejo, turismo e lazer na Inglaterra: estes empreendimentos estão isentos de pagá-la durante o ano fiscal de 2020 a 2021 (MINISTRY OF HOUSING, 2020). Além disso, facultou aos titulares de bilhetes para eventos de caridade que foram cancelados doar o valor do ingresso à essas instituições para evitar que elas tenham que lidar com os custos dos cancelamentos (CUSTOMS, 2020, *online*).

Já em Portugal, o governo anunciou um pacote de 9,2 bilhões de euros — 4,3% do Produto Interno Bruto (PIB) — que consiste em estímulo fiscal para empresas, garantias de crédito e pagamentos à programas sociais para ajudar os trabalhadores. Para o país, que tem sua economia praticamente dependente do turismo, o impacto da desaceleração provocada pelo COVID-19, tem sido muito significativo, como aponta notícia veiculada pela Agência Brasil (2020).

O Governo Português foi mais abrangente nas medidas adotadas quanto à cultura e lazer: disponibilizou um apoio financeiro à editoras e livrarias, com a contrapartida da disponibilização de um conjunto de obras de seus catálogos, cancelamento e reagendamento de espetáculos — nesse caso não precisa acontecer no mesmo local e sem direito à reembolso de valores aos titulares dos ingressos, liberação de vouchers no valor dos ingressos, instituição de Linha de Apoio de Emergência ao Setor das Artes que liberou 1 Milhão de euros para desenvolvimento de projetos artísticos (CULTURA COVID, 2020, *online*).

Nota-se, portanto, uma certa similaridade entre as medidas adotadas para preservação do setor cultural e de lazer destes países elencados, com as discrepâncias naturais conforme as particularidades e importância desses setores para a economia nacional.

2. A INTERFERÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO NA GERÊNCIA DA CRISE NOS SETORES DO TURISMO E CULTURA

Diante do cenário de crise econômica que se anunciou junto à crise sanitária e as necessárias medidas de isolamento da população, governos de todo o mundo tiveram que agir rapidamente para mitigar o impacto que a paralisação de diversos serviços causaria economicamente em suas nações. Um dos setores que sofreu fortes abalos logo nos primeiros dias da declarada pandemia foi o setor do entretenimento, que abrange o turismo e a cultura.

Tal setor é diretamente responsável pelo bem-estar geral da população, tornando possível o acesso à eventos musicais, artísticos e de aventura, pacotes de viagens, alimentação, dentre outros. Trata-se de um seguimento bastante sensível aos fenômenos mundiais, demonstrando já ter sentido os efeitos do alastramento dos casos da COVID-19 muito antes da declaração de pandemia anunciada pelo Dr. Tedros Ghebreyesus, diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020.

No Brasil, diversos sites de notícias, dão conta de cancelamentos de viagens para vários países. Afirma o executivo Marcos Arbatman, ainda no final de fevereiro, que:

Para o ramo de turismo tem sido catastrófico. Já tem gente cancelando viagens para a Europa por causa dos casos de coronavírus na Itália e na Grécia. Tem gente cancelando até viagem para os Estados Unidos, embora não tenha nenhum caso de mortalidade lá. (ARBAITMAN, 2020, online).

A Associação Brasileira de Agências de Viagens, traz dados de que no mês de março houve uma taxa de cancelamentos de viagens de 85% (ABAV, 2020). No mesmo sentido, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo apontou que “na primeira quinzena de março, o volume de receitas do setor de turismo brasileiro caiu 16,7% em relação ao mesmo período do ano passado. Isso representa uma perda equivalente a R\$ 2,2 bilhões. (CNC, 2020, *online*).

A Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020

Perante esses dados, o Governo Federal tomou diversas medidas preventivas para abrandar o impacto da crise econômica no turismo e cultura. Dentre elas, destaca-se a Medida Provisória de nº 948, publicada em 08 de abril de 2020, que apresenta novas regras para o cancelamento e para o reembolso de eventos e pacotes turísticos.

Nos termos da referida Medida Provisória:

Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor. (BRASIL, 2020, online)

A própria Medida indica o prazo em que o consumidor deve solicitar o cancelamento de serviços, reservas e eventos ao prestador de serviço, sem que ocorram custos adicionais, taxas ou multas: noventa dias. O prazo a que se refere essa hipótese será contado a partir da data em que a Medida entrou em vigor, ou seja, a partir do dia 08 de abril de 2020. (BRASIL, 2020)

O prestador de serviços, como visto, não está obrigado ao reembolso. Esta desobrigação, entretanto, só será permitida se o prestador de serviços assegurar que: ou haverá remarcação das reservas e dos eventos cancelados; ou, será disponibilizado crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços da mesma empresa; ou, que um outro acordo seja formalizado com o consumidor (BRASIL, 2020, Art. 2º, I, II e III).

Tanto para a remarcação dos serviços, reservas e eventos, quanto para o uso do crédito ou abatimento na compra de outros serviços, há o prazo de doze meses, estes contados a partir da data de encerramento do estado de calamidade pública. Tal estado foi reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 e produzirá seus "efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República". (BRASIL, 2020, Art. 1º).

Os artistas e profissionais já contratados para realização dos eventos, também não terão obrigação de reembolsar imediatamente os valores dos serviços ou cachês. Imprescindível é que, nesse caso, seja observada a remarcação do evento, dentro do mesmo prazo citado no parágrafo anterior: de doze meses a contar do encerramento do estado de calamidade pública. Caso não prestem os serviços contratados dentro do prazo previsto, o valor recebido deverá ser restituído integralmente. (BRASIL, 2020)

Nas hipóteses de reembolso de valores referidos na Medida, o total a ser devolvido passará por correção monetária, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). O prazo permanece de doze meses, contados a partir do encerramento do estado de calamidade pública. (BRASIL, 2020)

O disposto nessa Medida Provisória será aplicado a:

[...] prestadores de serviços turísticos e sociedades empresárias a que se refere o art. 21 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008¹⁴⁹; cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet. (BRASIL, 2020, Art. 3º, online).

Válido destacar o que diz o Art. 5º:

As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 2020, Art. 5º, online).

Tal disposição informa que as sanções previstas no referido Art. 56 da Lei nº 8.078/1990, mais conhecida como Código do Consumidor, não surtirão os efeitos elencados nos incisos de I a XII, como segue:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V - proibição de fabricação do produto;

VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII - suspensão temporária de atividade;

VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

149 Lei Geral do Turismo

X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI - intervenção administrativa;

XII - imposição de contrapropaganda. (BRASIL, 1990, Art. 56, online)

Isso se dá pelo fato da ocorrência de caso fortuito ou força maior que, segundo o Código Civil Brasileiro, "verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir" (BRASIL, 2002, Art. 393, p. ú, *online*). Enquanto o caso fortuito trata dos eventos não previsíveis, o caso de força maior equivale aos fatos humanos ou naturais, que até podem ser previstos.

O enfoque consiste no fato de que, em ambos os casos não há possibilidade de serem evitados. A pandemia causada pelo Sars-CoV-2, o coronavírus, consiste em exemplo claro da ocorrência de caso fortuito ou força maior, já que, apesar da possibilidade de ter sido prevista pela ciência, seus efeitos transformaram-se rapidamente em uma crise sanitária sem precedentes em magnitude e que, até então, não pôde ser evitada.

Em razão disso, o Código Civil, em seu Art. 393, dispôs que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". (BRASIL, 2002, Art. 393, *online*). Aplicável, portanto, às relações consumeristas regidas pela Medida Provisória nº 948/2020.

Liberação de Recursos Extraordinários ao Ministério do Turismo

Outra medida adotada pelo Governo Federal foi lançada através de Medida Provisória nº 963, de 07 de maio de 2020. Por meio desta, ocorreu a liberação do valor de R\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), a título de crédito extraordinário à unidade de Recursos sob Supervisão do Fundo Geral de Turismo (FUNGETUR), órgão do Ministério do Turismo, criado pelo Art. 11, da Lei nº 1.191/1971.

Através da página oficial do FUNGETUR no Portal do Ministério do Turismo, o referido Fundo trata-se de um "instrumento de política de investimentos voltado para a melhoria da infraestrutura turística, fornecendo a base para dinamizar a vocação turística das regiões" (BRASIL, 2020). Para as medidas tomadas em resposta à pandemia, a página aponta:

I - Redução do teto de encargos financeiros para projetos (obras civis) e capital de giro isolado, baixando de 6% e 7% para até 5% a.a. + INPC;

II - Aumento da carência para capital de giro isolado, passando de 6 para até 12 meses, com a suspensão do pagamento de juros por até 6 meses durante o período de carência, devendo o saldo ser capitalizado;

III - Aumento do prazo de financiamento para capital de giro isolado de 48 para 60 meses;

IV - Extensão das linhas de crédito para todos os portes: Empresário individual (MEI), micro, pequenas, médias e grandes empresas;

V - Suspensão dos limites impostos a aplicação dos recursos do Fundo, permitindo a aplicação de 100% no capital de giro;

VI - Para antigos Financiamentos (todas as linhas de crédito) com contratos vigentes na fase inicial de carência poderão ampliar sua carência em até 6 meses e suspender pagamentos de amortizações por até 6 meses, diluindo a atualização do valor total financiado no prazo remanescente do contrato;

VII - Elevação do teto para financiamento de capital de giro isolado de R\$ 1 milhão para R\$ 30 milhões;

VIII - Possibilidade de credenciamento de agentes financeiros privados. (FUNGETUR, 2020, online)

De acordo com matéria divulgada no Portal do Ministério do Turismo (NASCIMENTO, 2020, *online*), tal montante é destinado ao financiamento da infraestrutura turística nacional e tem como objetivo apoiar as empresas do setor durante o cenário de crise causada pela pandemia. Na mesma matéria, de 29 de maio de 2020, O Ministério do Turismo informa que a primeira parcela, equivalente a R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) já foi liberada e disponibilizada nas instituições financeiras credenciadas ao FUNGETUR.

O acesso aos recursos está disponível às “sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados”, conforme os termos do Art. 21, da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008 (BRASIL, 2008), e devem estar cadastrados no sistema de cadastro de pessoas físicas e jurídicas que atuam no setor de turismo (Cadastur). O Ministério do Turismo lista, na referida matéria, quem pode ter acesso ao crédito:

[...] acampamento turístico, agências de turismo, meios de hospedagem, parques temáticos, transportadora turística, casas de

espetáculos e equipamentos de animação turística, centro de convenções, empreendimento de apoio ao turismo náutico ou à pesca desportiva, empreendimento de entretenimento e lazer e parques aquáticos, locadora de veículos, organizador(a) de eventos, prestador de serviços de infraestrutura de apoio a eventos, prestador especializado em segmentos turísticos, além de restaurantes, cafeterias e bares. (BRASIL, 2020, online)

Em entrevista concedida à Roberto Castro, no Portal do Ministério do Turismo, o ministro do Turismo, Marcelo Álvaro Antônio, afirma que “a expectativa é de que 80% do R\$ 5 bilhões seja destinado aos empreendimentos de micro, pequeno e médio porte. Os 20% restantes poderão ser acessados por empresas de grande porte”. (ANTÔNIO, 2020, *online*). Os critérios de aplicação dos recursos observarão o disposto na Portaria nº 75/2015, do Ministério do Turismo.

Retomada gradativa do setor hoteleiro e selo Turismo Responsável

Para mitigar os impactos da pandemia e providenciar que os setores turístico e cultural tenham um retorno gradual à atividade, o Ministério do Turismo lançou o Plano de Retomada do Turismo Brasileiro. Tal Plano tem como pilares os protocolos de segurança e higiene, que obtiveram o aval da Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (NASCIMENTO, 2020).

De acordo com matéria divulgada no Portal do Ministério do Turismo (MACIEL, 2020), foi realizada uma pesquisa com empresários do setor de hospedagem, através do Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB), que indicou “que três em cada quatro empresários do setor de hospedagem devem retomar suas atividades nos próximos dois meses”. A matéria se referiu aos meses de junho e julho de 2020.

Tal pesquisa indica a reação do setor hoteleiro à crise gerada pela pandemia. Sobre a retomada do setor com o Plano de Retomada do Turismo Brasileiro, o ministro do Turismo afirmou:

Já vemos o retorno gradual de alguns segmentos do turismo brasileiro, como o aéreo e a reabertura de algumas cidades pelo país. Nada mais justo que a hotelaria, também, entre nesse planejamento para o seu retorno, tomando todos os cuidados possíveis para a segurança e saúde dos hóspedes e funcionários. (ANTÔNIO, 2020, online)

A primeira etapa do Plano, foi o lançamento do selo Turismo Responsável – Limpo e Seguro, com o objetivo de incentivar o consumo de pacotes turísticos e eventos garantindo ao turista que os estabelecimentos assegurarão o cumprimento dos

“requisitos de higiene e limpeza para prevenção da Covid-19” (TURISMO, 2020, *online*).

Assim como o FUNGETUR, o selo é disponibilizado gratuitamente e, para se ter acesso a ele, os interessados devem estar inscritos no Cadastro de Prestadores de Serviços Turísticos, o Cadastur (NASCIMENTO, 2020). De acordo com a página oficial do selo, podem aderir:

I – Meios de hospedagem;

II – Agências de Turismo;

III – Transportadoras Turísticas;

IV – Organizadoras de Eventos;

V – Parques Temáticos;

VI - Acampamentos Turísticos;

VII – Restaurantes, Cafeterias, Bares e similares;

VIII – Centros ou Locais destinados a convenções e/ou feiras e a exposições e similares;

IX – Parques Temáticos Aquáticos e empreendimentos dotados de equipamentos de entretenimento e Lazer;

X - Marinas e Empreendimentos de apoio ao turismo náutico ou à Pesca Desportiva;

XI - Casas de Espetáculos e Equipamentos de Animação Turística;

XII - Organizadores, Promotores e Prestadores de Serviços de Infraestrutura, locação de equipamentos e montadoras de feiras de negócios, exposições e eventos;

XIII - Locadoras de veículos para turistas;

XIV - Prestadores de serviços Especializados na realização e promoção de diversas modalidades dos segmentos turísticos, inclusive atrações turísticas e empresas de planejamento, bem como a práticas de suas atividades;

XV - Guias de turismo. (TURISMO, 2020)

O selo também foi planejado de forma a possibilitar que os consumidores dos serviços denunciem os casos de descumprimento dos protocolos através de um QR Code¹⁵⁰ disponibilizado junto a ele (NASCIMENTO, 2020). A penalidade para o descumprimento dos protocolos é a revogação do selo (TURISMO, 2020).

3.A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 948/2020

De acordo com o que defende a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (BRASIL, 1990, *online*).

Nas relações consumeristas, a responsabilidade de prevenção e reparação de danos recai sobre o fornecedor do produto ou serviço. Concernente a isto, o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê hipóteses e procedimentos a forma com a qual o fornecedor será responsabilizado e reparará o consumidor na medida do dano em que sofreu.

As previsões existentes no Código de Defesa do Consumidor, nas Seções II e III, dizem respeito à responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, entre os arts. 12 e 17, e ao vício do produto ou serviço, em seus arts. 18 a 25. Há, também, previsão de sanções administrativas, como multas e outras penalidades, a serem aplicadas ao fornecedor, conforme seu Artigo nº 56.

Acontece que o Código de Defesa do Consumidor não faz referência a hipóteses de ausência do serviço ou sua inexecução, como também não se trata de recusa do fornecedor ao cumprimento da oferta de produtos e serviços adquiridos pelo consumidor, conforme o Art. 35, do CDC. Isso porque não “se cuida de recusa — ato voluntário — do fornecedor, mas de impossibilidade sem culpa — fato não imputável a este”, conforme aponta Quintelha (2020, *online*).

Ainda segundo Felipe Quintelha (2020), mais adequado à questão, seria a aplicação do instituto da resolução da obrigação, descrita no Art. 248, do Código Civil Brasileiro. Tal fato se daria, levando em consideração que a prestação do fato se tornou impossível por inviabilidade de se preservar a segurança e a saúde de consumidores e fornecedores diante do cenário pandêmico.

150 Código QR é um código de barras bidimensional que pode ser facilmente escaneado usando a maioria dos telefones celulares equipados com câmera. Esse código é convertido em texto, um endereço URI, um número de telefone, uma localização georreferenciada, um e-mail, um contato ou um SMS.

Nesse caso de impossibilidade da prestação do serviço, o Código Civil comanda que "se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação". (BRASIL, 2002, Art. 248, *online*). Em sendo assim, não haveria de se falar em responsabilidade do fornecedor, nem mesmo de reparação de danos ao consumidor.

Válido destacar que a Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020, apontou que tal impossibilidade no cumprimento dos contratos de prestação de serviços turísticos e culturais foi originada por incidência de caso fortuito ou força maior relativos à pandemia como:

Art. 5º As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 2020, online)

Nesse sentido, Delmondes e Mello (2020) apontam:

[...] a importância e valorização que a MP deu ao princípio da autonomia da vontade e da função social do contrato, ambos tipificados no art. 421, do Código Civil, bem como ao princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, ambos esculpidos no parágrafo único do mesmo artigo. (DELMONDES E MELLO, 2020, online)

Isso porque, em primeiro lugar, a Medida Provisória nº 948/2020 sustenta a autonomia da vontade das partes ao prescrever que o fornecedor não está obrigado ao ressarcimento dos valores pagos pelo consumidor, desde que possibilite, facultativamente, ao consumidor:

I - Direito a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados;

II - Disponibilize o valor investido como forma de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas;

III - Outro acordo a ser formalizado com o consumidor. (BRASIL, 2020, Art. 2º, incisos I ao III, online).

Por fim, destaca-se que a própria Medida Provisória afasta a aplicação de multas ou outras penalidades aos fornecedores, incluindo o cenário pandêmico como uma forma de excludente de responsabilidade dos mesmos pela referida impossibilidade de prestar os serviços. Trata-se, portanto, de justa reverência dos princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é considerado internacionalmente como o pioneiro na codificação das normas consumeristas, em que pese estas consistirem em um compilado de legislações extranacionais adaptadas ao Direito Brasileiro e à realidade da nação. Não obstante, com as constantes mudanças nas formas de consumo, muito ainda se inspira nos direitos estrangeiros para regulamentar tais transformações, não sendo difícil, portanto, identificar certa simetria na aplicação das normas correspondentes em diversos países.

Entretanto, considerando que o planeta atravessa a pior crise sanitária dessa geração e, mesmo considerando previsões genéricas no ordenamento jurídico de medidas a serem adotadas em termos de economia e Estado, fato é que o cenário é muito mais aterrador do que se esperava. Pode-se, inclusive, observar outras duas crises que advieram como consequência da causada pelo vírus Sars-CoV-2, comumente conhecido como coronavírus: a crise econômica e a crise comportamental.

Crise comportamental na medida em que se verifica a necessidade da adoção de posturas que resguardem a saúde da população – algumas de forma compulsória como medida de contenção do alastramento do vírus, a exemplo do isolamento social. Assim também, o dia-a-dia de grande parte dos brasileiros mudou drasticamente, reivindicando uma adaptação na maneira em que se dá o exercício de sua atividade laboral, a apreciação de sua liberdade e a manifestação de seus hábitos de consumo.

Dito isso, surgiu então a imprescindibilidade da interferência do Estado no sentido de salvaguardar, para além da saúde da população, a economia nacional – tanto da crise externa, quanto do colapso interno –, sem deixar de dar destaque às relações sociais, que se depararam com uma maior carência de segurança jurídica diante da situação excepcional. Afinal, entre a previsão no direito positivado do Estado de Calamidade Pública, e seus desdobramentos, e a vida real sob este cenário, há uma pujante discrepância.

Diante de tais ponderações, e considerando que dos novos hábitos surgiram também novos moldes de relações de consumo, o Direito vigente, tanto material quanto processual, perdeu parte de sua eficácia, tendo em vista que sua aplicabilidade

prescinde de um estado de ordinariedade habitual. Vislumbra-se, portanto, que o ordenamento consumerista brasileiro passou — e ainda passará — por transformações permanentes, seja no sentido de sofrer acréscimos, seja no sentido de uma completa modificação em seu ordenamento, até que a pandemia efetivamente seja controlada e as relações de consumo estabilizem.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. BUNDESGESETZBLATT JAHRGANG. **Gesetz:** zur abmilderung der folgen der covid-19-pandemie im veranstaltungsvertragsrecht und im recht der europäischen gesellschaft (se) und der europäischen genossenschaft (sce). zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE). 2020. Teil I Nr. 22, ausgegeben zu Bonn am 19. Mai 2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_Covid19_Veranstaltungsvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 03 jun. 2020.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOUÇAS, Cibelle. **Coronavírus:** agências de turismo registram alta em cancelamento de viagens. Agências de turismo registram alta em cancelamento de viagens. 2020. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/02/26/coronavirus-agencias-de-turismo-registram-alta-em-cancelamento-de-viagens.ghtml>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art56. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020.** Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TURISMO. **Legislação do FUNGETUR.** Disponível em: http://www.turismo.gov.br/images/Fungetur/2020/Compilado_de_Legislacao_1.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

CASAGRANDE, Vinícius. **85% das viagens são canceladas em 1 mês, e agências temem onda de falências.** 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/todos-a-bordo/2020/03/21/coronavirus-situacao-empresas-de-turismo.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

CULTURA COVID 19. **EU TENHO UMA ESTRUTURA.** 2020. Disponível em: <https://www.culturacovid19.gov.pt/eu-tenho-uma-estrutura/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

DELMONDES, João Paulo Sales; MELLO, Lucas Nasser de. **Coronavírus e a MP 948/20 dos eventos e turismo:** um socorro para os artistas e empresários em tempos de pandemia. Um socorro para os artistas e empresários em tempos de pandemia. 2020. Migalhas Jurídicas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324569/coronavirus-e-a-mp-948-20-dos-eventos-e-turismo-um-socorro-para-os-artistas-e-empresarios-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 30 maio 2020.

FUNGETUR. **Quem Somos.** Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/fungetur.html>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Reino Unido anuncia pacote de 330 bilhões de libras em empréstimos.** Exame. Disponível em: <https://exame.com/economia/reino-unido-anuncia-pacote-de-330-bilhoes-de-libras-em-emprestimos/>. Acesso em: 26 maio 2020.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivaneta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 05 jun. 2020.

MINISTÉRIO DO TURISMO. **Ministério do Turismo apresenta protocolos sanitários para a retomada do setor.** 2020. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/ultimas-noticias/13543-minist%C3%A9rio-do-turismo-apresenta-protocolos-sanit%C3%A1rios-para-a-retomada-do-setor.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MINISTÉRIO DO TURISMO. **Ministério do Turismo empenha R\$ 500 milhões para financiar empresas do setor.** 2020. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/13532-minist%C3%A9rio-do-turismo-libera-r%-500-milh%C3%B5es-para-financiar-empresas-do-setor.html>. Acesso em: 05 jun. 2020.

MINISTERIO DE CULTURA. **Resolución 260/2020.** Legislación y Avisos Oficiales. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227697/20200411>. Acesso em: 07 jun. 2020.

MINISTÉRIO DO TURISMO. **Selo Turismo Responsável Segurança para o consumidor e incentivo para o turismo brasileiro.** Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/seloresponsavel/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE. **Américas devem se preparar para responder a casos importados, surtos e transmissão comunitária da COVID-19.** 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6118:diretora-da-opas-as-americas-devem-se-preparar-para-responder-a-casos-importados-surtos-e-transmissao-comunitaria-do-covid-19&Itemid=812. Acesso em: 05 jun. 2020.

PADILHA, Estéfane. **Metodologia de pesquisa científica:** domine de uma vez esse processo. Disponível em: <https://blog.doity.com.br/metodologia-de-pesquisa/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PRIBERAM. **Significado de Pandemia.** Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/pandemia>. Acesso em: 06 jun. 2020.

QUINTELLA, Felipe. **Considerações sobre a Medida Provisória (MP) nº 948.** 2020. Gen Jurídico. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/09/medida-provisoria-948/>. Acesso em: 20 maio 2020.

REINO UNIDO. CUSTOMS, Hm Revenue &. **Refunding tickets for cancelled charity events during coronavirus (COVID-19).** 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/processing-ticket-refunds-for-cancelled-charity-events-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic>. Acesso em: 09 jun. 2020.

REINO UNIDO. MINISTRY OF HOUSING, COMMUNITIES & LOCAL GOVERNMENT. **Check if your retail, hospitality or leisure business is eligible for business rates relief due to coronavirus (COVID-19)**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/check-if-your-retail-hospitality-or-leisure-business-is-eligible-for-business-rates-relief-due-to-coronavirus-covid-19>. Acesso em: 07 jun. 2020.

REUTERS. **Veja medidas econômicas adotadas pelos países devido à pandemia do coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/03/25/veja-medidas-economicas-adotadas-pelos-paises-devido-a-pandemia-do-coronavirus.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

RIBEIRO, Artur Tavares Vilas Boas; PLONSKI, Guilherme Ary. **A MATRIZ DE AMARRAÇÃO DE MAZZON EM UM CONTEXTO DE VALIDAÇÃO DE EMPRESAS NASCENTES DE BASE TECNOLÓGICA**. 2016. III EMPRAD – São Paulo – SP – Brasil – 24, 25 e 26/04/2016. Disponível em: <http://sistema.emprad.org.br/arquivos/110.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SANAR SAÚDE. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 05 jun. 2020.

SAÚDE, Organização Panamericana da. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 06 maio 2020.

TELLES, Renato. A efetividade da matriz de amarração de Mazzon nas pesquisas em Administração. **Revista de Administração**, São Paulo, bimestral, v. 36, n. 4, p. 64-72, out. 2001.

TODA MATÉRIA. **Método Dedutivo**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/metodo-dedutivo/#:~:text=Dessa%20maneira%2C%20usa%2Dse%20da,pautada%20na%20doutrina%20do%20silogismo>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TOMAS ARIAS. **Da Argentina ao México**: como a América latina está respondendo à crise do novo coronavírus. Como a América Latina está respondendo à crise do novo coronavírus. XP Política. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/p-anorama-politico/da-argentina-ao-mexico-como-a-america-latina-esta-respondendo-a-crise-do-novo-coronavirus/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

TUMELERO, Naína. **Tipos de pesquisa:** da abordagem, natureza, objetivos e procedimentos. da abordagem, natureza, objetivos e procedimentos. 2019. Mettzer. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/tipos-de-pesquisa/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

UOL. **O plano histórico da Alemanha para defender a economia do coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/03/25/o-plano-historico-da-alemanha-para-defender-a-economia-do-coronavirus.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

WALDERSEE, Victoria; GONCALVES, Sergio. **Portugal anuncia 9,2 bilhões de euros para combate ao coronavírus.** 2020. Lisboa. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/portugal-anuncia-92-bilhoes-de-euros-para-combate-ao-coronavirus>. Acesso em: 02 jun. 2020.

A REFORMA TRABALHISTA E O TRABALHO DA GESTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE

VIVIAN SARAIVA BARROSO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: A pesquisa abordará acerca da reforma trabalhista e o trabalho da gestante em ambiente insalubre. Tem como objetivos: analisar a proteção da gestante com a chegada da reforma trabalhista no ambiente de trabalho, demonstrar os avanços da mulher no mercado de trabalho, verificar as alterações acerca da proteção da gestante na reforma trabalhista e explicar as dificuldades encontradas pelas gestantes no ambiente insalubre. A problemática da pesquisa é: Quais as violações previstas na reforma trabalhista acerca do direito fundamental de proteção ao trabalho da gestante?. Historicamente verifica-se que a mulher sempre lutou para que se firmasse no mercado de trabalho através de seu merecimento e comprometimento, conquistando direitos e espaço, porém, o sistema jurídico não previa ainda os mesmos direitos que eram positivados aos homens. A lei que regulamenta a Reforma Trabalhista apresentou a possibilidade da empregada gestante trabalhar em locais insalubres, com a possibilidade de ser afastada, apenas mediante apresentação de atestado médico. Porém, a legislação anterior positivava acerca do afastamento da gestante em qualquer grau de insalubridade. Essa questão tem sido motivo de diversos questionamentos no ordenamento jurídico e por isso, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5938. A reforma proposta é vista por uma parte dos doutrinadores como uma afronta aos princípios básicos da legislação, defendem ainda a ideia de retrocesso dos direitos trabalhistas, principalmente no que se refere aos direitos da gestante.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Gestante. Insalubre. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The research will address labor reform and the work of pregnant women in an unhealthy environment. Its objectives are: to analyze the protection of pregnant women with the arrival of labor reform in the workplace, to demonstrate the advances of women in the labor market, to verify changes regarding the protection of pregnant women in labor reform and to explain the difficulties encountered by pregnant women in the environment unhealthy. The research problem is: What are the violations foreseen in the labor reform regarding the fundamental right to protect the work of pregnant women?. Historically, it appears that women have always fought to establish themselves in the labor market through their merit and commitment, gaining rights and space, however, the legal system did not yet provide the same rights that were positivized to men. The law that regulates the Labor Reform

presented the possibility for the pregnant employee to work in unhealthy places, with the possibility of being removed, only upon presentation of a medical certificate. However, the previous legislation was positive about the removal of the pregnant woman in any degree of unhealthiness. This issue has been the subject of several questions in the legal system and, therefore, it was the object of Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 5938. The proposed reform is seen by part of the indoctrinators as an affront to the basic principles of the legislation, they also defend the idea of retrocession of labor rights, mainly with regard to the rights of pregnant women.

KEYWORDS: Job. Pregnant. Unhealthy. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará acerca da reforma trabalhista e o trabalho da gestante em ambiente insalubre. Tem como objetivos: analisar a proteção da gestante com a chegada da reforma trabalhista no ambiente de trabalho, demonstrar os avanços da mulher no mercado de trabalho, verificar as alterações acerca da proteção da gestante na reforma trabalhista e explicar as dificuldades encontradas pelas gestantes no ambiente insalubre.

A problemática da pesquisa é: Quais as violações previstas na reforma trabalhista acerca do direito fundamental de proteção ao trabalho da gestante?.

Um meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável é um direito fundamental. Neste sentido, a preocupação com a saúde dos trabalhadores e com o ambiente onde trabalham, surgiram diversas leis que visam proteger os mesmos dos riscos atinentes a um meio ambiente desfavorecido.

Ao que se refere a luta das mulheres pela positivação de direitos que as protejam, os direitos conquistados são considerados um grande avanço. Logo, a previsão da reforma trabalhista que estabeleceu que as mulheres gestantes podem trabalhar em local insalubre, em grau mínimo e médio, desde que não apresentem um atestado médico proibindo esse trabalho, tem sido considerada pela doutrina como uma grande afronta à história pela conquista de direitos, pois o *trabalho em condições insalubres, pode desencadear danos à saúde do trabalhador e, principalmente quando está gerando outra vida.*

A vida é um direito basilar do ser humano, sendo dever do Estado zelar para sua efetividade desde o momento da concepção.

O ideal é que qualquer empregado, seja homem ou mulher, não tivesse que trabalhar em condições de insalubridade, pelo prejuízo à saúde que pode desencadear. No entanto, estabelecer que seja permitido trabalhadoras grávidas a exposição de agentes nocivos, fere os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, em relação à maternidade, à gestação e à saúde do nascituro.

A Lei n. 13.467/2017 relativizou essa possibilidade, levando-se em conta a base constitucional, não deve ser considerado constitucional tais previsões, por resultar em grandes prejuízos à classe de mulheres gestantes trabalhadoras.

Portanto, a pesquisa torna-se relevante por desencadear uma discussão e análise da luta das mulheres por direitos pautados na igualdade e respeito, cuja proteção do trabalho da mulher gestante foi objeto retrocesso social no texto da reforma trabalhista.

1.BREVE HISTÓRICO SOBRE A PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER GESTANTE

Historicamente verifica-se que a mulher sempre lutou para que se firmasse no mercado de trabalho através de seu merecimento e comprometimento.

Porém, verifica-se que essa luta não foi e nem tem sido fácil, ainda mais em se tratando de um sistema patriarcal que se instalou no Brasil, reforçado pela visão que a Igreja Católica coloca na época, como de mulher submissa.

Neste contexto, Priore (*apud* Luz, 2012) citou que:

O sistema patriarcal instalado no Brasil colonial sistema que encontrou grande reforço na Igreja Católica que via as mulheres como indivíduos submissos e inferiores, acabou por deixar-lhes, aparentemente, pouco espaço de ação explícita. Mas insisto: isso era apenas mera aparência, pois, tanto na sua vida familiar, quanto no mundo do trabalho, as mulheres souberam estabelecer formas de sociabilidade e de solidariedade que funcionavam, em diversas situações, como uma rede de conexões capazes de reforçar seu poder individual ou de grupo, pessoal ou comunitário.

Durante anos a mulher foi sendo preparada para ser mãe, dona de casa, boa esposa, e trabalhar com as atividades do lar, cuidando de seus filhos e marido, sendo desde cedo criadas como se fossem frágeis e dependentes de homens.

Com a evolução da sociedade e do trabalho, as mulheres foram se firmando no mercado de trabalho, conquistando direitos e espaço, porém, o sistema jurídico não previa ainda os mesmos direitos que eram positivados aos homens.

Durante a Revolução Industrial verifica-se que os donos das indústrias preferiam até as mulheres pelo fato de aceitarem salários inferiores do que dos homens, sendo que era realizado as mesmas atividades.

Segundo Martins (2015, p. 670), as mulheres se sujeitavam a essa realidade para não perder o emprego, além do mais, suas jornadas de trabalho alcançavam entre 14 a 16 horas por dia, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis.

Dentre as conquistas históricas, destaca-se que a Organização Internacional do Trabalho, OIT, em 1919, criou as convenções n. 3 e 4, referentes à mulher trabalhadora, promovendo a igualdade das condições de trabalho como forma de diminuir as diferenças socioeconômicas existentes.

A Constituição de 1934 provocou grande impacto na sociedade, pois, estabeleceu não só a licença maternidade de três meses com remuneração integral em seu art.170, §10, mas também um divisor de águas em relação aos direitos da mulher garantindo-lhe o direito ao voto, bem como a proibição de trabalho insalubre a mulher (BRASIL, 1934).

Quanto a Constituição de 1937, Martins (2015, p. 672), menciona que “proibia o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 137, k), além de assegurar assistência médica e higiênica à gestante, prevendo um repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário”.

Apresenta-se ainda que, a Carta de 1937 herdou alguns direitos da Constituição anterior, entretanto omitiu a garantia de emprego da gestante, o que possibilitou a edição do Decreto Lei 2.548 que reduziu em 10% o salário da mulher (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 caracterizou-se como norma democrática, concedendo diversos direitos trabalhistas a mulher, voltando a vedar a diferença salarial por motivo de sexo (art. 157, XI), assegurando descanso a gestante antes e depois do parto, com garantia dos salários (art. 157, X), benefícios previdenciários em caso de maternidade (art.157, XVI) (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 além de manter vários direitos estabelecidos anteriormente, bem como garantiu o direito de aposentadoria da mulher aos 30 (trinta) anos de labor, assegurando o salário integral.

A atual Carta da Republica foi omissa no que concerne a proibição do trabalho da mulher em condições insalubres. Apesar de a Constituição deixar brechas para existência de algumas lacunas na legislação infraconstitucional, em seu art. 7º, inciso XX, assegurou a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (MAIOR; COLY, 2014).

Além do mais, a CF/88, assegurou a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (art. 7º, XVIII), que vai desde a gravidez até cinco meses após o parto (art.10, alínea b, do ADCT), quando anteriormente era de apenas 84 dias (BRASIL, 1988) (MARTINS, 2015, p. 673).

Nos dias atuais, mesmo que a participação feminina no local de trabalho ainda seja inferior, a renda da mulher na contribuição familiar tem ganhado posição de destaque. Isso é tão relevante, pois, menciona-se que no período de 20 anos, o percentual, quanto a relevância da renda familiar para sua família, cresceu 24,7%, alcançando em 2002 o percentual de 27,3%. Dentre tais famílias, 65,1% são compostas unicamente pela mulher, sem cônjuge, e filhos, que apesar de ganharem pouco, constituem fonte de riqueza, conhecimento e poder.

Ao realizar uma análise sobre a remuneração da mulher e do homem, tem-se que no ano de 2002, a renda média da mulher era de R\$ 505,00, enquanto que a do homem era de R\$ 719,00, resultando numa diferença em 70,2% do salário masculino. Além disso, existem mais mulheres do que homens que ganham até 2 salários mínimos, e o quadro é inverso quando a renda é superior a 5 salários. E ainda, 90% das mulheres ocupadas também exercem serviços domésticos (NETO, 2011).

Constata-se, ainda que ao longo da história, várias são as formas de se verificar a discriminação que as mulheres enfrentam em seus ambientes de trabalho, sendo pela maternidade, estado civil, filhos, assédio, entre outras.

Portanto, para Delgado (2017, p. 839), as Constituições anteriores traziam a não discriminação em seu bojo. Entretanto, destaca que foi a Constituição Federal de 1988 que eliminou do direito brasileiro a prática discriminatória contra mulher ou que pudesse restringir o mercado de trabalho.

Dentre as formas de discriminar as mulheres, tem-se a maternidade, pois, se apresenta como uma das dificuldades em se contratar mulheres que são mães, pois acredita-se que prejudicaria a concentração e dedicação.

Dessa forma, resta claro que a normas jurídicas vem se aperfeiçoando no tocante a proteção e regulamentação dos direitos do trabalho da mulher, porém, ainda tem que enfrentar: a precarização, a terceirização e a diferença de salários entre homens e mulheres, que tem sido fortemente perpetuado na indústria e comércio em geral.

1.1 A Estabilidade Provisória e a Proteção a Maternidade

A Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 391 ao 401, prevê normas que protegem o trabalho da mulher, bem como a mulher gestante, e seu filho.

Com a confirmação do estado de gravidez a lei assegura a estabilidade provisória, com fulcro em proteger a saúde da mãe do bebê evitando a dispensa imotivada. Neste sentido, o art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, de forma bastante objetiva, assevera que "fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto", assim como dispõe também o artigo 391-A da CLT, o qual prevê: "A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória [...]" (BRASIL, 1943).

Com o intuito de proteger a trabalhadora gestante, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), editou a Súmula 244, que prevê:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Antigamente o inciso III desta Súmula, previa a inexistência de estabilidade provisória da gestante nos casos em que seu contrato de trabalho fosse de experiência, porém, ao longo dos anos, surgiram julgados com decisões diferentes, tendo como base de fundamentação o princípio da dignidade da pessoa humana, pois se tornava muito mais prático para o empregador contratar mulheres com esse tipo de contrato, pois, caso engravidassem, poderiam ser dispensadas de forma arbitrária ou sem justa causa.

Segundo Martinez (2012, p. 597), a estabilidade no emprego é entendida como “a fórmula de proteção caracterizada pela vedação à rescisão por iniciativa patronal. Por meio dela o empregado fica impedido de desliar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo”.

Isso significa dizer que, o empregador não poderá dispensar a empregada gestante, evitando que sejam praticadas arbitrariedades e que esta mulher fique desamparada no período em que mais precisa de uma renda.

Quanto ao período de comunicação, o art. 392, § 1º da CLT afirma que a empregada deve, por meio de atestado médico, notificar o seu empregador a respeito da data do início do seu afastamento do emprego, o qual poderá ocorrer “entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste”. O § 2º do mesmo artigo afirma que “os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico”. O § 3º dispõe que, mesmo na hipótese de parto antecipado, a mulher terá direito à licença maternidade pelo prazo de 120 dias (BRASIL, 1943).

Porém, conforme ainda destaca Martinez (2017, p. 813):

“A licença maternidade de urbanas, rurícolas ou domésticas será de 180 (cento e oitenta) dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário maternidade previsto no art. 71 da Lei 8213 de 24 de julho de 1991, em igual dimensão”.

Necessário se faz esclarecer que essa estabilidade não é absoluta, como nos casos em que verificará a dispensa com justa causa. No entanto, se o empregador demitir uma empregada sem justa causa, será considerado culpado e deverá indenizar.

Contudo, além dessas proteções, outras foram se positivando, como: transferência de função, mediante apresentação de atestado médico, devido as

condições de saúde, dispensa de horário de trabalho para a realização de consultas médicas, possibilidade de rompimento de contrato, mediante atestado médico, em caso de prejudicar a gestação, ainda é assegurado à gestante, a licença maternidade e dois períodos de descanso para amamentação, com duração de meia hora cada, até que seu filho complete seis meses de idade, proibição quanto a diferença de salários, exercícios de função e critérios de admissão, dentre outros (BRASIL, 1943).

Essa proteção à gestante que a lei concede é questão de ordem pública e assim, indisponíveis. E, caso a empregada gestante comunicar sobre sua gravidez durante o período do aviso prévio, tem direito a garantia de seu emprego.

2 LICENÇA-MATERNIDADE E SALÁRIO MATERNIDADE

A licença maternidade está no rol de direitos fundamentais, previsto no artigo 7º da CF/88. Segundo Bachur e Manso (2011, p. 34), a Licença à Maternidade possui caráter trabalhista enquanto o salário-maternidade possui natureza jurídica previdenciária.

Na licença à maternidade, está estabelecido em lei que a empregada faz jus a um repouso de 120 dias. No entanto cabe ressaltar que a Lei n. 11.770 de 2008 criou o “Programa Empresa Cidadã”, que se destina à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

O artigo 1º desta referida lei recebeu redação dada pela Lei n. 13.257/2016, passando a prever que:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo:

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do

primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

A licença-maternidade, está positivada nos arts. 392, 393, 394, 394 – A e 395, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual o período referente a licença recebe proteção quanto ao emprego e salário, além do que, considera-se como tempo de serviço para efeitos de férias, recolhimento de FGTS e até mesmo em relação a aposentadoria.

Caso ocorra a mutabilidade do salário da empregada, deverá observar o que dispõe o artigo 393 da CLT, o qual prevê que deverá ser “calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava” (BRASIL, 1943).

Considera-se ainda conforme os termos do art. 392, §§ 1º e 2º, da CLT, que a empregada pode notificar o seu empregador sobre a data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e sua ocorrência, além do mais, os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, sendo que, tais questões devem ser solicitadas na empresa mediante atestado médico (BRASIL, 1943).

Quanto ao salário maternidade foi incluído como prestações da Previdência Social a partir da edição da Lei nº. 6.136, de 7 de novembro de 1974, abrangendo as seguradas empregadas. Posteriormente, a Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, em seu artigo 71, estabelece que “salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias”, assim como previsto na legislação trabalhista (BRASIL, 1991).

Posteriormente, foi incluída como proteção à maternidade pela CF/88, conforme o artigo 7º, incluindo no rol de seguradas as empregadas tanto urbanas quanto as rurais, trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas.

O salário maternidade estende-se ainda à segurada que adotar ou obtiver uma guarda judicial de uma criança, conforme dispõe o art. 71-A, da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991).

Trata-se ainda de um benefício que é custeado pela Previdência Social, ou seja, apesar de em alguns casos o benefício ser pago diretamente pela empresa, esse valor será compensado, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, consoante disposição do art. 72, §1º, da Lei 10.710/03 (BRASIL, 2003).

Portanto, salário-maternidade trata-se de um benefício previdenciário, conforme já mencionado, com o objetivo de que a gestante tenha uma renda durante o período em que estiver em casa dedicando-se a maternidade, que pode ser pago com valor superior ao teto dos salários benefícios pagos pela Previdência Social.

3. A GESTAÇÃO EM AMBIENTE INSALUBRE CONFORME A LEI N. 13.467/2017

A lei que regulamenta a Reforma Trabalhista apresentou a possibilidade da empregada gestante trabalhar em locais insalubres, com a possibilidade de ser afastada, apenas mediante apresentação de atestado médico.

O artigo 394-A da CLT que passou a prever o seguinte:

"Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º.....

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.” (NR)

Porém, a legislação anterior positivava acerca do afastamento da gestante em qualquer grau de insalubridade. Passando-se a ser afastada, no momento, apenas em relação ao chamado grau máximo de insalubridade e, em atividades insalubres de graus médio ou mínimo, a trabalhadora será afastada do local somente se apresentar atestado de saúde que recomende isso durante a gestação (RODRIGUES, 2017).

Essa questão tem sido motivo de diversos questionamentos no ordenamento jurídico e por isso, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5938, o qual, por maioria dos votos o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente, para declarar inconstitucionais tais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foram inseridos pela Reforma Trabalhista, que admitia a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses.

Essa questão deve ser analisada com o máximo de atenção pelos legisladores, pois o trabalho em ambiente insalubre pode causar sérios danos ao nascituro. Segundo Paumgarten (2013, p. 1486):

A noção de que o organismo materno não protege totalmente o desenvolvimento embrionário de influências ambientais adversas, que prevalece desde a tragédia da talidomida, faz com que mulheres grávidas sejam, via de regra, afastadas de exposições a agentes físicos e químicos potencialmente nocivos no local de trabalho.

De acordo com o Relator, o Senhor Ministro Alexandre de Moraes iniciou seu posicionamento em relação a ADI n. 5938 (2019), destacando que:

A norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, todos da Constituição Federal); violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Portanto, o entendimento que prevaleceu sobre a votação foi de que a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança (STF, 2019).

O local insalubre apresenta as seguintes condições de forma intensa: frio, ruído, calor, radiação, vibração ou agentes químicos, entre outros, e o empregado está sujeito a exercer suas funções nesses locais, sendo que o tempo de exposição pode ocasionar problemas em sua saúde de forma rápida ou a longo prazo.

O artigo 192 da CLT, dispõe justamente sobre o exercício das atividades em ambientes que extrapolam os limites de insalubridade, de forma que em sua ocorrência “assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo” (BRASIL, 1943).

O adicional de insalubridade é, portanto, uma forma de compensar o empregado pela exposição que irá lhe causar um dano, mesmo que seja a longo prazo, e também, uma forma para que o empregador elimine ou que se evite ao máximo o tempo de exposição de seu funcionário.

Quanto a exposição da gestante no ambiente de trabalho insalubre, Melo (2017) questiona-se se será mesmo garantida a proteção para a mulher e do feto, pois o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança no trabalho e não ir examinar o local de trabalho e, nesse caso, como será expedido um atestado médico sem conhecimento do local.

De forma que se um médico afirmar mediante atestado que sua paciente pode trabalhar em condições de insalubridade, sem comprometer sua saúde em conjunto com a do feto, estará assumindo uma responsabilidade, em âmbito civil e penal.

Por isso, observa-se o princípio da proteção, com o intuito de proteger a parte mais frágil da relação trabalhista. E contudo, conforme a fundamentação do Ministro Alexandre de Moraes em seu voto cita ainda que: “a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança” (BRASIL, 2019).

4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS PARA AS GESTANTES NO AMBIENTE DE TRABALHO INSALUBRE

A Reforma Trabalhista que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi proposta com a finalidade de adaptar a legislação às novas relações de trabalho que surgiram ao longo dos anos, afim de que fosse gerado novos empregos. No entanto, a nova previsão não alcançou o que se esperava, pois, a informalidade tem crescido relevantemente nos últimos anos.

De acordo com Penha (2018) sobre essa situação destaca que:

O número de desempregados caiu 3,6% no terceiro trimestre deste ano na comparação com o mesmo período do ano passado. Essa redução, porém, foi puxada pela informalidade e pelo aumento na quantidade de empreendedores. O número de trabalhadores informais aumentou 5,5% no último ano, com 601 mil pessoas entrando no mercado informal de trabalho. A parcela de pessoas que trabalham por conta própria também apresentou crescimento de 2,6%, o que representa 586 mil pessoas.

A reforma proposta é vista por uma parte dos doutrinadores como uma afronta aos princípios básicos da legislação, defendem ainda a ideia de retrocesso dos direitos trabalhistas, principalmente no que se refere aos direitos da gestante, conforme já mencionado.

Ao longo da história, a mulher sempre lutou para que seu lugar no mercado de trabalho fosse reconhecido, promovendo a igualdade prevista no artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988, entre a mulher e o homem, com o objetivo de que se elimine as proibições e discriminações (RENZEL, 2012, p. 63).

Quanto as proteções e disposições constitucionais referente ao retrocesso em matérias de direitos humanos, Flávia Piovesan (2011, p. 76) cita que:

Da obrigação da progressividade da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos sociais e culturais enunciados no Pacto.

Em todo contexto da pesquisa, destaca-se o princípio da vedação do retrocesso social, em que de acordo com Delgado (2017, p. 97), trata-se de um princípio que impede a “estabilização de normas e institutos que prejudiquem o patamar civilizatório conquistado. Ou seja, impossibilita a criação de normas jurídicas que possibilitem o retrocesso social”.

Os direitos conquistados pelas mulheres foram consequência de uma intensa luta social que durou ao longo dos anos, os quais devem ser preservados e protegidos, evitando a flexibilização de direitos.

Portanto, o julgamento da ADI 5938 foi uma grande resposta para a referida previsão advinda da reforma. A ministra Rosa Weber, em seu voto, ainda citou sobre o histórico legislativo dos direitos trabalhistas das mulheres no Brasil e no mundo, que de acordo com seu posicionamento, trata-se de uma proteção ao trabalho da gestante cuja primeira norma advinda nesse sentido possui a 96 anos, e, ainda caracterizou a norma que estabelece a possibilidade do trabalho da gestante em ambiente insalubre, como um retrocesso social, citando-se ainda que:

A maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º “impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a

concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família” (STF, 2019).

De maneira que, o trabalho da gestante e lactante em um local de trabalho salubre é um direito, para que não ocorra dano a sua saúde, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, resta evidente que o trabalho da gestante em ambientes insalubres é inegavelmente prejudicial não só para as trabalhadoras, mas principalmente, ao feto e para a criança em fase de amamentação (MARTINEZ, 2012, p. 248).

Bomfim (2017), comenta a respeito dos direitos suprimidos pela reforma trabalhista:

O conteúdo do Projeto de Lei, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.

Dessa maneira, os direitos antes positivados que envolvem princípios fundamentais relacionados a mulher gestante, devem ser observados, preservados e assegurados quanto a sua permanência no ordenamento jurídico para que não atinja de forma negativa os direitos humanos e os princípios basilares do Estado.

CONCLUSÃO

Durante muitos anos, ao longo de toda história humana, verifica-se que a mulher sempre foi tratada de forma diferenciada pela sociedade e dentro da classe familiar. Nesse contexto, a mulher sempre lutou para que fossem colocadas em posição de igualdade e respeito.

Uma das grandes conquistas no âmbito trabalhista refere-se aos direitos da gestante, em que protegem a mulher e garante uma estabilidade provisória em seu emprego. Além deste direito, pode-se citar outros como: transferência de função, mediante apresentação de atestado médico, devido as condições de saúde, dispensa de horário de trabalho para a realização de consultas médicas, possibilidade de rompimento de contrato, mediante atestado médico, em caso de prejudicar a

gestação, ainda é assegurado à gestante, a licença maternidade e dois períodos de descanso para amamentação, com duração de meia hora cada, até que seu filho complete seis meses de idade, proibição quanto a diferença de salários, exercícios de função e critérios de admissão, dentre outros.

Porém, toda a luta das mulheres em relação à conquista de tais direitos, fora questionada pela lei que estabeleceu a Reforma Trabalhista, a qual apresentou a possibilidade da empregada gestante trabalhar em locais insalubres, com a possibilidade de ser afastada, apenas mediante apresentação de atestado médico.

Enquanto que a legislação anterior positivava acerca do afastamento da gestante em qualquer grau de insalubridade, a reforma trouxe essa previsão. Com isso, diversos questionamentos no ordenamento jurídico foram suscitados, passando a ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5938, o qual, por maioria dos votos o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente, para declarar inconstitucionais tais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foram inseridos pela Reforma Trabalhista, que admitia a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses.

Desde a implementação da reforma diversas discussões a respeito de sua finalidade têm sido levadas em consideração, pois a mesma não tem alcançado o seu grande objetivo que era de combater o alto índice de desemprego, ao contrário, as pesquisas têm demonstrado que a quantidade de trabalhadores informais tem crescido nos últimos anos, sendo considerada alguns dispositivos como o que se refere a gestante e o trabalho em local insalubre, como um grande exemplo de retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1934.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1946.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):** Decreto Lei 5.452. Promulgado em 1º de maio de 1943.

_____. **Lei 12.873/13.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 / ato_2011-2014/2013/lei/l12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2013/lei/l12873.htm) > Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Lei 10.710/03.** Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+1+da+Lei+10710%2F03> > Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.213/1991.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8213cons.htm > Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Lei nº. 6.136/1974.** Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6136-7-novembro-1974-357013-norma-pl.html> > Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **ADI 5938. 2019.** Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938EmentaeVOTO.pdf> >. Acesso em 05 nov. 2020.

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática.** Editora Lemos e Cruz, 2011.

BOMFIM, Vólia. **Breves Comentários às principais alterações proposta pela reforma trabalhista.** 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/> >. Acesso em: 20 Set. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso Direito do Trabalho.** 13º Ed. São Paulo: LTr, 2017.

LUZ, Alex Faverzani, FUCHINA Rosimeri. **A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho.** Anais... Seminário Nacional de Ciência Política da UFRGS. II. 2012.

MAIOR, Leandro Tomaz da Silva Souto; COLY, Sarah Cecília Raulino. **A Proteção do Trabalho da Mulher,** 2014. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI198919,91041-A+protecao+do+trabalho+da+mulher> > Acesso em: 18 set. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** Editora Atlas S.A. São Paulo, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão. **Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre**, 2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre> > Acesso em: 24 set. 2020.

NETO, René da Fonseca e Silva. **Proteção ao trabalho da mulher**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19185>>. Acesso em 27 Out. 2020.

OIT. **Organização Internacional do Trabalho**. 1919. Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm>. Acesso em 04 nov. 2020.

PENHA, Daniela. **Em um ano, reforma trabalhista aumenta informalidade e enfraquece sindicatos**. Repórter Brasil. 2018. Disponível em < <https://reporterbrasil.org.br/2018/11/em-um-ano-reforma-trabalhista-aumenta-informalidade-enfraquece-sindicatos/>>. Acesso em 08 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, **Leandro**. O que muda para grávidas e lactantes com a reforma trabalhista, 2017. Disponível em < <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/ajuda/noticia/2017/11/o-que-muda-para-gravidas-e-lactantes-com-a-reforma-trabalhista-9977674.html> > Acesso em: 24 set. 2020.

STF. **STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres**. 2019. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>>. Acesso em 05 nov. 2020

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A REFORMA TRABALHISTA: DE QUE FORMA OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PODEM SER POTENCIALMENTE LESIVOS AO EMPREGADO?

WELLI LAÍS FERREIRA DE PAULA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O texto tem o objetivo de abordar a respeito da prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho, de maneira que se pretende abordar, primeiramente, conceitos básicos e introdutórios que serão tidos como chave para o entendimento do presente trabalho: a diferenciação entre prescrição e decadência, o conceito de prescrição, a maneira que a prescrição atua como instrumento de segurança jurídica do estado e, mais a frente, a respeito de que maneira a prescrição intercorrente atua dentro do direito do trabalho, além de seus impactos no caso dos trabalhadores. Para a confecção do presente trabalho, utilizou-se de revisão de literatura de viés qualitativo, feita a partir do método dedutivo. Concluiu-se que os direitos do trabalho não deveriam ser abarcados pela ideia de relativização, uma vez que existe proibição constitucional ao retrocesso de direitos sociais. Nesse sentido, os direitos sociais do trabalho também estariam abarcados por este mandamento constitucional, vez que retirar direitos dos trabalhadores como fez a Reforma Trabalhista, portanto, seria de viés até inconstitucional

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The text has the objective of addressing the intercurrent prescription in the scope of the work process, in a way that it is intended to address, first, basic and introductory concepts that will be considered as key to the understanding of this work: the differentiation between prescription and decay, the concept of prescription, the way that prescription acts as an instrument of legal security for the state and, further on, about how intercurrent prescription acts within labor law, in addition to its impacts on workers. For the preparation of this study, we used a literature review of qualitative bias, made from the deductive method. It was concluded that labor rights should not be encompassed by the idea of relativization, since there is a constitutional prohibition against the setback of social rights. In this sense, the social rights of labor would also be covered by this constitutional mandate, since withdrawing workers' rights as the Labor Reform did, therefore, would be even unconstitutional bias

KEYWORDS: Prescription; Labor Law; Labor Reform

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Prescrição como instrumento de segurança jurídica do Estado: 2.1. Conceito, 2.2 Diferenciação da decadência, 2.3 Análise da prescrição no direito do trabalho, 2.4 Controvérsias jurisprudenciais; 3. Prescrição intercorrente e a reforma trabalhista; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabemos que os direitos não são relativos: existem algumas flexibilizações desse ponto de vista legal para que se possa resolver os conflitos que ocorrem por conta desses direitos constituídos.

Essa limitação ocorre até para que se possa ter segurança jurídica quanto aos atos de particulares e os atos do Estado, de maneira que os particulares e o Estado saberão – ao menos em tese – até quando podem entrar com suas demandas judicialmente.

A limitação da prescrição ocorre em todos os ramos do direito e no âmbito do direito do trabalho, essa realidade não é diferente. A lei e os entendimentos jurisprudenciais demonstram em que casos ocorrem (ou não) determinados direitos, a depender do caso em específico e da análise do juiz.

Sobre a prescrição dentro do direito do trabalho, havia grande controvérsia entre os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior do Trabalho até antes da Reforma Trabalhista, instituída em 2017.

Essa controvérsia pairava sobre a possibilidade de ocorrer a prescrição intercorrente, tema que será abordado por este artigo, ao qual terá sua relevância exposta a seguir.

A Reforma Trabalhista foi interessante para elucidar esta controvérsia, porém muitos juristas não a veem de forma muito positiva, por entenderem que a relativização de direitos conquistados a base de muitas lutas por parte dos trabalhadores não poderia – ou deveria – ser relativizado para agradar os empresários, os empregadores.

Como vimos, a Reforma Trabalhista, instituída pela lei nº13467/2017 cessou uma controvérsia nos tribunais sobre a possibilidade de haver ou não a aplicação da prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho.

Cessar a controvérsia, no entanto, não significa ter encerrado o debate jurídico a respeito dessa disposição: alguns juristas acreditam que esta é uma posição

acertada feito pela reforma trabalhista; outros acreditam que ela não tem tantos pontos positivos.

Assim, pretende-se fazer uma reflexão crítica a respeito deste instituto, percorrendo uma análise histórica para verificar de que forma era feita a prescrição anteriormente, o que mudou e pesar esses entendimentos.

Pretende-se que a contribuição desta pesquisa venha por meio bibliográfico, mas que também enriqueça o debate da sociedade a respeito dessa questão, ajudando a promover o pensamento crítico.

2.Prescrição como instrumento de segurança jurídica do Estado

A prescrição, como veremos, é importante fonte de direitos por parte da coletividade, uma vez que ela limita a capacidade da persecução jurisdicional a um período determinado por lei.

Assim, entende-se que é necessária a sua implantação, até para que exista segurança jurídica a todos: desde a pessoa física, a pessoa jurídica e os entes estatais, é necessário que haja esta garantia processual.

Isso porque seria inadmissível, pelo menos em tese, que alguém fosse cobrado por uma dívida ou ação que fez a 50, 60 anos atrás.

Seria impossível, até lembrar com todos os detalhes daquela situação objeto da lide, o que faria com que a lide fosse temerária.

Nesse sentido, passaremos a discussão propriamente dita do instituto da prescrição, trazendo também sua diferenciação da decadência e após isso entraremos no assunto propriamente dito do presente trabalho.

2.1 Conceito

A prescrição configura-se pela perda do direito em decorrência do seu não exercício durante certo tempo.

O direito pode ser exercido pacificamente, e normalmente o é. Quando há resistência ao seu exercício, indispensável é removê-la e, se o titular descarta no sentido de remover a resistência, acaba perdendo o direito pela ocorrência da prescrição.

É um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita.

Dentro do direito do trabalho, há prescrição e interrupção da prescrição trabalhista. As modalidades de prescrição são a bienal e a quinquenal, sendo que essas modalidades de prescrição estão dispostas na Constituição Federal de 1988:

art. 7º. são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...)

(...)

XXIX- ação quanto a créditos resultantes da relação de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.

Em relação a interrupção da prescrição, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que, ainda que a ação trabalhista esteja arquivada, possui a interrupção da prescrição apenas em relação aos pedidos idênticos. A partir da interrupção, é aberto novamente o prazo de 2 anos para o ajuizamento de nova demanda.

Este entendimento é extraído a partir da Súmula 268, disposta a seguir:

SUMULA 268 – a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos. Com a interrupção abre-se novamente o prazo de 02 anos para ajuizar nova demanda.

Mesmo com a regra aqui disposta a respeito da prescrição, cabe salientar que, em casos de pedidos de FGTS, a prescrição é trintenária. O fundamento está na lei no. 8.036/90, art. 23, parágrafo 5º e art. 55 do Dec. N. 99.684/90; a prescrição é trintenária, ou seja, de 30 anos, em um primeiro momento.

Em nov/14, no ARExt n. 709212/DF, o Plenário do STF discutiu novamente a questão desse prazo aplicável para a cobrança das contribuições ao FGTS não depositados tempestivamente pelos empregadores e tomadores de serviço e fixou que o prazo prescricional é de 5 anos, previsto no art. 7º, XXIX da CF/88.

Com isso ficaram superadas as sumulas 362/TST e 210/STJ; respeitado o prazo de 02 anos, que se inicia com o término da relação de emprego (sendo exigível somente os últimos 5 anos).

Assim, o TST alterou a Sumula do 362 (*efeito ex nunc*):

Sum 362 TST. FGTS PRESCRIÇÃO (nova redação) – Res 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT 12, 15 e 16.06.2015.

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra não-recolhimento de contribuição do FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato.

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro : trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos a partir de 13.11.2014 (STF-/ARE: 709212/DF).

Feitas estas considerações a respeito da prescrição, cabe passarmos a discussão a respeito da diferenciação da prescrição para a decadência, objetivando demonstrar ao leitor sua clara necessidade de uso, que se diferencia do instituto da decadência por alguns fatores importantes.

2.2 Diferenciação da decadência

Sabe-se que a lei nos dá direitos e a possibilidade de cobrá-los judicialmente, porém o prazo para o fazermos não é infinito: existem lapsos de tempo máximos em que podemos exercer os nossos direitos, para que a persecução do Estado tenha fim em algum momento.

Nesse sentido, entendemos a prescrição e a decadência como sendo garantias processuais para as pessoas, pois a ideia é que você não seja processado por algo que não lembra mais se realmente o fez, por ter sido passado muitos anos desde o ato até o processo.

Quando falamos em prescrição, muitas pessoas a confundem com outro conceito muito importante dentro do direito processual: a decadência. Sobre isso, cabe fazer algumas considerações e demonstrar o que as diferencia.

A decadência é a perda de um direito potestativo. Nunes (2014) conceitua decadência como “a perda de um direito potestativo pelo decurso de prazo fixado em lei ou em contrato. Direito potestativo é aquele que é exercido unilateralmente pelo sujeito, independentemente da vontade do outro”.

Note-se a importância do termo “contrato” quando falamos em prescrição. É importante frisarmos o brocardo jurídico de que o contrato faz lei entre as partes.

Logo, se foi combinado que a decadência do direito seria em tempo menor ou maior, essa disposição valerá.

É claro que vai depender da análise jurídica do juiz em uma eventual lide em que o prazo legal para decadência seja menor que o prazo contratual para que essa disposição possa valer na devida relação, porém é importante entendermos essa possibilidade – principalmente quando falamos em direito do trabalho, onde há possibilidades de negociação entre trabalhador e empregador.

A prescrição seria a perda do direito de ação. Franklin (2010) esclarece a regra geral do Código Civil e o fundamento da prescrição:

Tomando como regra geral, o Código Civil regula o instituto da prescrição, estabelecendo em seu artigo 189 que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos. 205 e 206”.

O fundamento da prescrição repousa, segundo Silvio Rodrigues

“[...] no anseio da sociedade em não permitir que demandas fiquem indefinidamente em aberto; no interesse social em estabelecer um clima de segurança e harmonia, pondo termo a situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, venham a ser propostas ações, reclamando direitos cuja prova de constituição se perdeu no tempo” (RODRIGUES, apud JORGE NETO; CAVALCANTE, 2008, p.893).

Sobre a pretensão, Lucena (2018) esclarece que é o poder jurídico de exigir de forma coercitiva um direito seu, sendo que o seu exercício é limitado por lei:

Pretensão é o poder jurídico conferido ao credor de, coercitivamente, exigir o cumprimento da prestação. Este poder jurídico nasce quando o seu direito à prestação é violado, de acordo com a teoria da actio nata. O exercício desse direito é limitado pela lei, que estabelece um lapso temporal em que o credor poderá buscar sua prestação. Após o transcurso desse prazo, morre sua pretensão jurídica

Nesse sentido, Brito (2015) elucida a partir de quando ocorre a prescrição e em razão de que isso acontece:

Geralmente, o prazo prescricional começa a contar a partir do momento em que o direito foi violado. Contudo, em razão do princípio da actio nata se afirma que, na verdade, a prescrição terá início no momento em que o lesado tem conhecimento de que o direito foi violado, pois até então não poderia reclamar de algo que sequer sabia.

No âmbito do direito do trabalho, a decadência ocorre em raros casos. Porém, isso não significa dizer que é impossível que ela aconteça: pode ocorrer por meio de um acordo entre as partes em situações de convenção coletiva de trabalho, por exemplo.

Já a prescrição ocorre conforme disposto em lei. Dentro do direito do trabalho, há prioridade para aprendermos sobre os prazos prescricionais que constam na Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, XXIX: "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho". (NUNES,2014)

2.3 Análise da prescrição no direito do trabalho

Atualmente, existem várias divisões doutrinárias a respeito da prescrição, mas o direito do trabalho preocupa-se com a prescrição extintiva. Segundo Franklin (2010), essa importância se dá por conta da quantidade de análises jurisprudenciais e legais a respeito deste tema:

No direito trabalhista, tem maior importância a prescrição extintiva, uma vez que em torno desta já se produziram diversos preceitos normativos, além da jurisprudência ter elaborado o mais diversificado número de fórmulas interpretativas sumuladas; ao passo que a prescrição aquisitiva é de pequena aplicação, podendo ter efeitos na alteração subjetiva do contrato empregatício (sucessão trabalhista), lançando um novo empregador no pólo passivo da relação de emprego (DELGADO, 2008).

Em relação a prescrição, Picollo (2017) entende que ela pode ser total ou parcial dentro do direito do trabalho:

A prescrição é a perda da pretensão de exigir um direito de outrem pelo decurso do tempo. O Direito do Trabalho prevê dois tipos de prescrição: i) a total/bienal: ocorre quando o

empregado tem um prazo de dois anos para ingressar com eventual ação trabalhistas, contados do término do contrato de trabalho; ii) a quinquenal/parcial: o empregado poderá pleitear direitos dos últimos cinco anos anteriores

Não existem muitos materiais a respeito do histórico da prescrição dentro do direito do trabalho, porém estas duas divisões as quais foram trabalhadas são as principais dentro da discussão a respeito da prescrição.

2.4 Controvérsias jurisprudenciais

O tema está recheado de controvérsias jurisprudenciais, principalmente por se tratar de temática relativamente nova ao direito do trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, que tem por função precípua a guarda da Constituição, não teria, em tese, a competência para julgamento de ações trabalhistas, haja vista o seu caráter de justiça especial.

Há, no entanto, a competência para julgamento destas demandas se versarem sobre alguma coisa inconstitucional, justamente por ter a função precípua da guarda da Constituição.

Nesse sentido, cabe salientar que, para o STF, o direito do trabalho admite prescrição intercorrente: SUMULA 327. O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente. (vide sumula 114, TST).

Já o Tribunal Superior do Trabalho é instância constitucionalmente reconhecida como a autoridade máxima para julgamento de demandas trabalhistas. O artigo 111-A da Constituição Federal, por meio do parágrafo 3º, dispõe que: "Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões".

Nesse sentido, a própria Constituição Federal entende que, dentro da competência trabalhista, as decisões do TST são cabíveis, de maneira que não cabe a outros tribunais a tentativa de sobrepujar a sua competência em detrimento da existência de outro Tribunal Superior, tal como o Supremo Tribunal Federal também o é.

Cabe aqui salientarmos que, para o Tribunal Superior do Trabalho, notadamente conhecido como autoridade máxima em decisões dentro de sua

competência, não há que se falar, dentro da justiça do trabalho, em aplicação da prescrição intercorrente.

Este entendimento pode ser visualizado por meio da Súmula 114, TST:

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SUMULA 114 TST: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Sumula 114. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Ainda que suscite debates, ressalta-se novamente a competência dada por viés constitucional ao TST, de maneira que a interpretação legal oriunda da interpretação do Supremo Tribunal Federal poderia, portanto, ser posta como secundária frente ao entendimento de autoridade máxima da justiça competente – a Justiça do Trabalho.

3.Prescrição intercorrente e a reforma trabalhista

A prescrição intercorrente é aquela que surge durante o decorrer da ação. Nesse sentido, podemos depreender que a prescrição intercorrente se trata da perda do direito de ação no curso do processo, que geralmente ocorre por motivo de falta de cumprimento de determinação judicial por parte do exequente no curso da execução.

O exequente, de maneira geral, é o trabalhador, haja vista que o Direito do Trabalho tem por demandas mais recorrentes aquelas interpostas pelos trabalhadores contra os empregadores, geralmente em decorrência de verbas como salários e horas extras não pagos, por exemplo, direitos estes muito importantes para a manutenção do empregado e de sua família, vez que só possui a sua força de trabalho para venda.

Abaixo temos o artigo 11-a, disposto dentro da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), com a redação dada pela lei n. 13467/17 (Reforma Trabalhista):

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de 02 anos.

§ 1º. A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º. A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Nesse sentido, o artigo 11-a traz a definição do prazo ao qual a prescrição intercorrente corre dentro do processo do trabalho, que é de 2 anos, além de trazer outras providências, as quais são trabalhadas a seguir.

O parágrafo primeiro do artigo supracitado traz que “A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”. Assim, a partir do momento em que o empregado deixa de cumprir uma determinação colocada pelo juiz, a prescrição intercorrente começa a contar.

Já o parágrafo segundo do mesmo artigo traz que “A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição”. Assim, não seria necessário que o interessado a requeresse: é possível a sua decretação de ofício pelo magistrado.

Sobre a suspensão de prazos, a reforma de 2017 trouxe o artigo 775-a e 776, os quais veremos abaixo:

Art. 775-A. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput deste artigo.

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

Art. 776 - O vencimento dos prazos será certificado nos processos pelos
escrivães ou secretários.

Antes da reforma trabalhista, a lei nº 13467/2017, existiam divergências entre o Superior Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho em relação a possibilidade da prescrição intercorrente.

Segundo Barba Filho (2020), hoje a controvérsia a respeito da aplicação da prescrição intercorrente está sendo diminuída e aos poucos encerrada.

Para demonstrar seu ponto de vista, Barba Filho (2020) traz algumas hipóteses trazidas pela doutrina, em que até mesmo doutrinadores que defendiam ferrenhamente ao trabalhador e seus direitos, reconhecem a aplicação da prescrição intercorrente em algumas hipóteses dispostas pelo direito trabalhista brasileiro:

Verdade seja dita, contudo, mesmo Godinho Delgado admitia pelo menos uma hipótese de prescrição intercorrente, em atenção ao disposto no art. 884, § 1º, da CLT, nas situações em que o exequente do processo abandonasse, de fato, a execução por um prazo superior a dois anos por exclusiva omissão sua. Carlos Henrique Bezerra Leite, a seu turno, entendia aplicável ao processo do trabalho a prescrição intercorrente, argumentando que a previsão contida no art. 884, § 1º, da CLT, ao prever a prescrição como matéria de defesa nos embargos só poderia estar aludindo à prescrição intercorrente, eis que inviável debater prescrição de pretensão que já foi acolhida e cujo deferimento já transitou em julgado. Mauro Schiavi também admitia a prescrição intercorrente, embora em raras hipóteses, asseverando que a prescrição intercorrente se aplica ao processo do trabalho, após o trânsito em julgado, nas fases processuais em que a iniciativa de promover os atos do processo dependem exclusivamente do autor, como na fase em que o reclamante é intimado para apresentar os cálculos e se mantém inerte pelo prazo de dois anos. Já na execução propriamente dita, por exemplo, a não apresentação pelo reclamante dos documentos necessários para o registro da penhora, no prazo de dois anos após a intimação judicial, faz gerar a prescrição intercorrente. Wagner Giglio defendia a aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho, comungando com o entendimento de que efetivamente a existência da execução ex officio não eliminava totalmente as hipóteses em que o prosseguimento da execução dependeria de ato da parte, como nas hipóteses de liquidação por artigos ou ainda sujeitas à condição imposta à parte pelo magistrado em sentença

Como podemos ver, uma das preocupações por parte da doutrina era justamente que esta aplicação fosse temerária para com os direitos do empregado,

não sendo, no entanto, os direitos do empregado considerados como “estáticos”, algo que não se poderia mexer.

Assim, cabe conceituarmos mais propriamente a respeito da prescrição intercorrente. Nesse sentido, Larocca (2019) conceitua a prescrição intercorrente como “aquela que ocorre no curso do processo, motivada pela inércia da parte autora (ou exequente) e foi introduzida no âmbito do Direito do Trabalho pela reforma trabalhista”.

Sobre a prescrição intercorrente, são necessárias algumas observações. A primeira delas é a respeito da posição de juristas sobre essa nova modalidade: a de ocorrer mesmo durante o decurso do processo.

Como vimos anteriormente, alguns juristas acreditam que essa modalidade de prescrição que foi inserida e prejudica o trabalhador, uma vez que este pode deixar de movimentar o processo por conta de algum vício, como a coação psicológica por parte do empregador, por exemplo.

Além disso, pode ter problemas pessoas que por algum motivo o façam atrasar o decurso do processo, logo o trabalhador sairia prejudicado.

Ademais, ainda se fala na controvérsia de o artigo 11-a inserido pela reforma trabalhista fere o entendimento em que não entendia cabível a prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho, encabeçado pelo TST.

A ideia é que por ter sido feito anteriormente por um tribunal especializado no assunto, a ideia teria uma certa prioridade em relação a outras decisões. Logo, a controvérsia trata-se de um aparente conflito de competências, no qual foi escolhido o mais favorável ao empregador.

Outros acreditam que a aplicação do referido artigo seria uma forma de incentivo a empresas, em que por terem um pouco mais de direitos a seu favor no âmbito da justiça do trabalho (um dos motivos de maior possibilidade de fracasso das empresas geralmente é o nível de processos trabalhistas vencidos) poderiam ser encorajadas a gerar mais empregos e conseqüentemente mais renda, mesmo que para isso fossem sacrificados alguns direitos do trabalhador.

A reforma trabalhista, no geral, teve esse efeito. Ela gerou muitas controvérsias, principalmente a respeito dessa retirada de direitos considerada por alguns juristas.

Mesmo que tenha trazido alguns pontos positivos ao trabalhador, a relativização demasiada do princípio da proteção ao empregado pode trazer muitos impactos negativos aos trabalhadores, de maneira que, hoje, muitos trabalhadores têm medo de entrar na Justiça do Trabalho e perder, tendo que arcar com todos os custos.

Além disso, a partir da ideia da aplicação da prescrição intercorrente, este trabalhador também começa a ter seu prazo contado ainda que dentro de um processo, o que, cada vez mais, contribui com a ideia de que haverão prejuízos para este trabalhador quando da entrada de sua causa dentro da Justiça do Trabalho.

Enquanto leigo, o trabalhador muitas vezes não tem noção do impacto de suas ações dentro do processo na justiça do trabalho. Esta questão também se refere a sua atuação no âmbito da execução, que é justamente onde começa a ocorrer a prescrição intercorrente, segundo a nova disposição trazida justamente pela Reforma Trabalhista.

Questiona-se: a quem há o benefício direto da prescrição intercorrente poder ser decretada, inclusive, de ofício pelo juiz, ainda que não requerida pelo executado? A resposta parece óbvia, vez que uma das questões que mais polemizou a respeito da edição da CLT foi, justamente, a aparente concessão de “privilégios” aos já privilegiados, ou seja, aos detentores dos meios de produção – os empregadores.

Não se tem o objetivo deste texto como uma espécie de “demonização” dos empregadores; porém, é importante entendermos que os impactos trazidos pela Reforma Trabalhista ao empregado são impactos que retiram direitos de hipossuficientes, de maneira que há retirada de direitos importantes a aqueles que dele necessitam, como a obtenção dos salários e horas extras não pagos, para que o trabalhador possa honrar seus compromissos – que, a esta altura, já estariam atrasados – e auxiliar no seu sustento e de sua família.

Não seria razoável, assim, a edição de normas que prejudicam a coletividade em detrimento dos interesses empresariais, que embora sejam muito fortes em nosso país e no mundo, não devem sobrepujar os interesses da maior parte da população, que é composta de trabalhadores que não tem muito conhecimento a respeito das normas jurídicas, nem da Consolidação das Leis do Trabalho e, muito menos das suas garantias constitucionais dadas aos direitos sociais do trabalho, que são a eles inerentes em decorrência de sua condição enquanto trabalhadores.

Assim, seria necessário revisar alguns fatores tais como a aplicação da prescrição intercorrente, mas faremos considerações finais a respeito deste tema na conclusão, tópico seguinte a este.

5. CONCLUSÃO

É certo que a Reforma Trabalhista, que veio com o propósito de modernizar a legislação trabalhista, adequando-a a realidade do trabalho atual, não trouxe muitos direitos e vantagens ao trabalhador.

Muito pelo contrário: por meio dela, houve inúmeros ataques a seus direitos, sendo que houve, principalmente, a relativização de um dos mais importantes princípios do direito do trabalho em relação ao empregado: o princípio da proteção.

Nesse sentido, assuntos como a prescrição intercorrente foram implantados no decorrer da implantação da nova legislação, tema que será abordado mais profundamente no próximo parágrafo.

A prescrição intercorrente é, ainda, tema polêmico dentro do direito do trabalho. Isso porque não existe consenso a respeito da sua aplicação, exatamente por existirem controvérsias entre os maiores tribunais do Brasil: o Tribunal Superior do Trabalho – TST e o Supremo Tribunal Federal – STF.

Seja como for, enquanto há os tribunais superiores “brigam” entre si para verificar quem tem mais controle sobre a interpretação da lei, inúmeros casos de trabalhadores perdendo seus direitos por ocorrências graves dentro de seus ambientes de trabalho, vão ocorrendo todos os dias.

É certo que a lei está posta para ser interpretada perante os tribunais superiores. Em sendo a lei nova menos benéfica ao trabalhador, esta não deveria ser aplicável em sua totalidade de dispositivos ao ferir direitos muito importantes do trabalhador.

Segundo Lima e Costa (2020), “A Constituição Federal de 1988, quando prevê expressamente os direitos sociais (arts. 6º a 11) e a obrigação do Estado brasileiro em assegurar sua concretização (arts. 193 a 232 - Título VIII Da Ordem Social), visa garantir que tais direitos jamais retrocedam no tempo, assegurando o avanço das garantias conquistadas pela sociedade no decorrer da história”.

Nesse sentido, os direitos sociais do trabalho também estariam abarcados por este mandamento constitucional, vez que retirar direitos dos trabalhadores como fez a Reforma Trabalhista, portanto, seria de viés até inconstitucional.

Espera-se que, por meio do presente trabalho, possa haver a reflexão por parte dos operadores do direito e a capacidade de militar sempre pelos direitos de seus clientes, uma vez que a lei muda a partir das alterações sociais, e quando a

sociedade efetivamente não permite que exista esses retrocessos ao direito do trabalho, faz valer direitos constitucionais a todos impostos.

6. REFERÊNCIAS

BARBA FILHO, R D. **Prescrição intercorrente e declaração de ofício da prescrição no processo do trabalho pós reforma.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122553/2017_barba_filho_roberto_prescricao_intercorrente.pdf?sequence=1

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

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

BRASIL. **Lei nº 13.467.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

BRITO, A L. **O que é prescrição?** JUSBRASIL, 2015. Disponível em: <https://annelbrito.jusbrasil.com.br/artigos/265493155/o-que-e-prescricao>

FRANKLIN, G L. **Considerações a respeito da prescrição no direito do trabalho.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/consideracoes-a-respeito-da-prescricao-no-direito-do-trabalho/>

LAROCCA, Y. **Reforma Trabalhista: Como Ficou a Prescrição no Âmbito Trabalhista?** Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/como-ficou-a-prescricao-trabalhista>

LIMA, G G; COSTA, M O M. **A Reforma Trabalhista e o princípio da vedação ao retrocesso social: impactos do parágrafo único do artigo 611-b da clt sobre os trabalhadores.** Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/download/22432/20413/40216>

LUCENA, R M R V. **Aplicação de ofício da prescrição após a reforma trabalhista.** JUSBRASIL, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65251/aplicacao-de-oficio-da-prescricao-apos-a-reforma-trabalhista>

MARTINS, S P. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** LTR, São Paulo, 2019.

NASCIMENTO, A M. **Curso de Direito do Trabalho.** Saraiva, São Paulo, 2018.

NUNES, J S. **Noções de Prescrição e Decadência no Direito do Trabalho.**

JUSBRASIL, 2014.

PICCOLO, N. **Reforma Trabalhista: Prescrição, férias e horas "in itinere"**. Disponível em: <https://nataliapiccolo.jusbrasil.com.br/artigos/485444973/reforma-trabalhista-prescricao-ferias-e-horas-in-itinere>

PINHEIRO, O A B. **Prescrição Intercorrente No Processo Do Trabalho: Uma Análise Crítica Do Entendimento Adotado Pela Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/prescricao-intercorrente-no-processo-do-trabalho-uma-analise-critica-do-entendimento-adotado-pela-reforma-trabalhista/>

SOUZA, J N. **Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho**. Saraiva, São Paulo, 2018.

NORMATIZAÇÃO DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO

TAINARA ALVES CARDOSO: Bacharelanda no Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC, estagiária da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

RENATA MALACHIAS SANTOS MADER¹⁵¹

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata sobre as modalidades de divórcio no Brasil, sendo elas: divórcio judicial litigioso, divórcio judicial consensual e divórcio extrajudicial, e sobre uma nova modalidade de divórcio, o denominado “divórcio impositivo”, que surgiu no Estado do Pernambuco no ano de 2019, como uma inovação e desburocratização do sistema judiciário. O divórcio impositivo consiste na parte interessada em ver o seu divórcio averbado na certidão de casamento, dirigir-se ao Cartório de Registro Civil das pessoas naturais onde o seu casamento foi registrado, e ali, perante o oficial, manifestar a sua vontade, sendo desnecessária a assinatura do outro cônjuge. Porém, essa inovação trouxe polêmicas, e o Conselho Nacional de Justiça proibiu todos os Estados de utilizarem o divórcio impositivo, informando que compete à União a legitimidade para legislar sobre o assunto. Sobre este tema, existe um projeto de lei em andamento no Senado Federal, sob o nº 3.457 de 2019, que busca a regulamentação do divórcio impositivo.

Palavras-chave: Divorcio Impositivo; Projeto de Lei 3.457.

ABSTRACT: The present article deals with the divorce modalities in Brazil, which are: litigious judicial divorce, consensual judicial divorce and extrajudicial divorce, and about a new divorce modality, the so-called “tax divorce”, which appeared in the State of Pernambuco in the year of 2019, as an innovation and reduction of bureaucracy in the judicial system. The mandatory divorce consists of the party interested in seeing their divorce registered in the marriage certificate, going to the Registry Office of the natural persons where their marriage was registered, and there, before the official, expressing their will, being unnecessary the other spouse's signature. However, this innovation brought controversy, and the National Council of Justice prohibited all States from using tax divorce, stating that the Union has the legitimacy to legislate

¹⁵¹ MADER, Renata Malachias Santos. Advogada e Professora no curso de Direito da Faculdade de Serra do Carmo. E-mail: prof.renatamader@fasec.edu.br

on the matter. On this topic, there is a bill in progress in the Federal Senate, under No. 3,457 of 2019, which seeks to regulate tax divorce.

Keywords: Tax Divorce; Bill 3,457.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Divórcio no Brasil; 2.1 Noções Conceituais; 2.2 Divórcio Judicial Litigioso; 2.3 Divórcio Judicial Consensual; 2.4 Divórcio Extrajudicial Consensual; 3. Provimento das Corregedorias Gerais de Pernambuco e Maranhão; 3.1 Projeto de Lei nº 3.457 de 2019; 3.2 Conselho Nacional de Justiça; 3.3 Pontos positivos do divórcio impositivo; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade tratar sobre o divórcio no Brasil, e o denominado divórcio impositivo, que surgiu no meio jurídico através do provimento nº 6 do Tribunal de Justiça do Pernambuco, publicado em 14 de maio de 2019. O Tribunal de Justiça do Maranhão também aderiu à norma em provimento publicado sob o nº 25 em 20 de maio de 2019.

O divórcio impositivo surge como uma inovação que permite a dissolução do vínculo conjugal de forma unilateral no cartório de registro civil, onde se deu o casamento. Dessa forma, para que o ato jurídico seja válido, basta que um dos cônjuges compareça no respectivo cartório, acompanhado de um advogado.

Deste modo, ficam de lado outros pontos controvertidos, tal como a partilha de bens, alimentos para o cônjuge ou qualquer outra questão que esteja pendente.

Todavia, o mencionado provimento, prevê que tal modalidade de divórcio não abarca os casos em que o casal possua filhos menores ou incapazes, pois nessa situação a intervenção do Ministério Público e poder judiciário são obrigatórios, nos termos das normas que regulamentam a matéria.

Diante disso, o presente artigo irá abordar sobre três modalidades vigentes de divórcio no Brasil, sendo eles: divórcio judicial consensual, divórcio judicial litigioso, divórcio extrajudicial consensual, bem como analisar, ainda, os pontos que precisam ser ponderados sobre o tema divórcio impositivo e o projeto de Lei nº 3.457 de 2019, que visa a regulamentação do "divórcio impositivo".

2. DIVÓRCIO NO BRASIL

2.1 Noções conceituais

O divórcio é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio conforme consta no Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

[...]

IV- pelo divórcio.

[...]

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 2002)

O mencionado instituto afigura-se como simples exercício de direito potestativo de ambos os cônjuges, sendo desnecessário perquirir os fatos e fundamentos que motivaram o pedido de divórcio, uma vez que o desejo do cônjuge em dissolver o casamento é motivo suficiente, não sendo mais, inclusive, exigido o biênio temporal para a decretação do divórcio direto, ou a autorização do outro cônjuge, pois se trata de direito potestativo.

Logo, evidenciada a falência do casamento, havendo insuportabilidade e/ou insustentabilidade da vida em comum, até porque esta não existe *in casu*, sendo possível decretar o divórcio, sem maiores investigações acerca dos motivos que levaram a parte a ingressar com a ação.

No vigente ordenamento jurídico a ação de divórcio trata-se de uma ação personalíssima, competindo aos cônjuges o pedido de divórcio, porém, é possível

que sejam representados por procurador com poderes especiais, outorgado o mandato por escritura pública, conforme consta no artigo 1.582 do Código Civil:

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão (BRASIL, 2002).

O divórcio provoca modificação no estado civil dos cônjuges, passando a novo estado civil, isto é, o de divorciados. No Brasil, atualmente, vigoram três tipos de divórcio, sendo eles: divórcio judicial consensual; divórcio judicial litigioso; e o divórcio extrajudicial consensual.

Vale ressaltar que, quando houver processo de divórcio em curso, e um dos conjugues vier a falecer, extingue-se o processo e o(a) cônjuge sobrevivente torna-se viúvo, por se tratar de ação intransmissível conforme o artigo 267, inciso IX do Código de Processo Civil.

É importante frisar que em caso de uma nova relação conjugal, o então divorciado, enquanto houver pendências em relação a partilha dos bens do casamento anterior, deverá realizar o novo vínculo matrimonial em separação obrigatória de bens, conforme o artigo 1.641, I, c/c e o artigo 1.523, do Código Civil brasileiro.

Ademais, após a homologação do divórcio, caso ocorra o arrependimento do casal e o desejo pela reconciliação, os mesmos terão que se casar outra vez. Não existe a possibilidade de “reaproveitar” o casamento alvo do divórcio.

Insta ressaltar, ainda, que a sentença que decreta o divórcio, como todas as proferidas em ações que dispõem de eficácia desconstitutiva, produz efeitos a partir do trânsito em julgado (BERENICE, 2016, p. 354).

Por fim, destaque-se que, quando o divórcio for efetivado no estrangeiro, sendo os cônjuges brasileiros, ou ainda que apenas um deles seja brasileiro, de acordo com o Provimento nº 53/2016 de 16 de maio, da Corregedoria Nacional de Justiça, a sentença estrangeira de divórcio não depende da homologação de qualquer autoridade judicial brasileira.

Vejam os que diz o artigo 1º do provimento nº 53/2016, da Corregedoria Nacional de Justiça:

Art. 1º. A averbação direta no assento de casamento da sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, bem como da decisão não judicial de divórcio, que pela lei brasileira tem natureza jurisdicional, deverá ser realizada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais a partir de 18 de março de 2016.

§ 1º. A averbação direta de que trata o caput desse artigo independe de prévia homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça e/ou de prévia manifestação de qualquer outra autoridade judicial brasileira.

§ 2º. A averbação direta dispensa a assistência de advogado ou defensor público.

A mencionada desnecessidade de homologação da sentença estrangeira, reitere-se, se dá no caso de divórcio consensual simples ou puro, pois, caso haja qualquer disposição sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens (divórcio consensual qualificado), continua indispensável a homologação da sentença pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.2 Divórcio Judicial Litigioso

Segundo LÔBO (2018, p. 147), “o divórcio judicial litigioso se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação ou sobre algumas ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas”. Isto é, de modo geral os cônjuges divergem sobre alimentos, sobre a guarda dos filhos menores, e sobre a partilha de bens, sendo este último o principal fator de discussões.

O divórcio litigioso é uma modalidade que deve ser utilizada em último caso, em razão de ser bastante burocrático e lento, além de ser uma modalidade que, com certeza, abarca maior número de desvantagens para ambas as partes.

Entretanto, por vezes, é inevitável, já que as partes precisam chegar a um consenso acerca de vários pontos que discordam, e o ordenamento jurídico não lhes oferecem outra opção quando se encontram nesta situação de desavença acerca de pontos cruciais.

Antes de mover a ação de divórcio judicial litigioso, poderá requerer a parte, “comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade (CC, artigo 1.562)”. (GONÇALVES, 2016, p. 278)

Outrossim, nos processos de divórcio litigioso é recomendado que seja estimulado a conciliação nas ações de família, podendo o (a) magistrado(a) designar uma audiência de conciliação prévia para a tentativa de realização de acordo, nos termos do artigo 694 do Código de Processo Civil:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação (CPC, 2015).

Importante destacar, ainda, que é obrigatória a presença do Ministério Público quando a ação envolver interesse de incapaz, conforme preleciona o artigo 178, inciso II, e o artigo 698, do Código de Processo Civil:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

II - interesse de incapaz;

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo (CPC, 2015).

Quando qualquer dos cônjuges desejar o quanto antes a alteração do status de casado, “[...] é juridicamente possível que o casal obtenha o divórcio mediante simples medida liminar, enquanto ainda tramita o procedimento para o julgamento final”. (BERENICE, 2016, p. 357), e, caso exista alguma controvérsia sobre filhos ou partilha de bens, o processo prossegue quanto a estas questões.

Nesta modalidade, mesmo que o réu não seja encontrado, o juiz deverá decretar o divórcio, pois, não depende da concordância do outro, sendo que, trata-se de um direito do indivíduo que não deseja mais conviver com outra pessoa.

Ainda quanto a decisão antecipada de certas questões, “[...] a lei admite o que passou a ser chamado de sentença parcial (CPC 356). Nada mais do que a apreciação de algumas das demandas cumuladas, prosseguindo a ação quanto aos demais” (BERENICE, 2016, p. 357).

No mais, interessante ressaltar que, na prática, o divórcio litigioso, tende a ser finalizado por média três meses, os demais pedidos cumulados na ação (partilha de bens, guarda, alimentos) podem fazer o processo perdurar por anos.

2.3 Divórcio Judicial Consensual

O divórcio judicial consensual é usual nos casos em que haja filhos menores, pois, ainda que os cônjuges estejam de acordo sobre todas as questões essenciais, deverá ser realizado por via judicial.

Quando os termos do divórcio estão acertados, o advogado ou defensor público, acompanhado da outorga de poderes pelas partes, apresentará judicialmente a petição inicial que abrange os termos do acordo elaborado.

A necessidade de recorrer ao Poder Judiciário “[...] justifica-se pelo fato de os interesses das crianças e adolescentes serem considerados como indisponíveis, inclusive em relação aos pais, merecendo a vigilância do Ministério Público”. (LÔBO, 2018, p. 148)

Quando pleiteado em juízo, dependerá de pedido expresso, em conformidade com o artigo 731 e s. do Código de Processo civil. Dispõe o mencionado dispositivo:

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658 (BRASIL, 2015).

“Também é possível obter o divórcio consensual no bojo de uma ação de divórcio litigioso, sob a forma de transação extintiva, quando as partes resolvem,

espontaneamente ou por provocação do magistrado, conciliar os seus interesses [...]”.
(CHAVES e ROSENVALD, 2017, p. 418)

É importante mencionar que, em se tratando de divórcio consensual, os cônjuges podem abdicar a partilha dos bens para momento superveniente, mantendo o patrimônio comum em condomínio, conforme consta no artigo 1.581 do código civil, vejamos:

Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Em qualquer período, os ex-cônjuges, querendo, podem demandar sobre a partilha do patrimônio, ou, não sendo possível, podem requerer seja realizada uma alienação judicial dos bens.

No tocante à sentença que homologa o divórcio consensual ou recusa a homologação do acordo, esta é definitiva, dela cabendo apelação voluntária, não havendo a lei estabelecido recurso *ex officio* (GONÇALVES, 2016, p.276).

Nesta modalidade de divórcio, o Ministério Público somente possui legitimidade para recorrer quando a sentença homologa pedido de divórcio consensual em que há interesse de incapaz (CPC/2015, art. 178, II).

Por fim, destaque-se, comumente, que todo o procedimento poderá ser resolvido em uma só audiência, (audiência de conciliação), e, após a sentença, expede-se o mandado de averbação da sentença ao Cartório de Registro Civil onde foi realizado o casamento.

2.4 Divórcio Extrajudicial Consensual

O divórcio extrajudicial consensual é realizado mediante escritura pública lavrada em cartório de notas. É o que preceitua o artigo 733 do Novo 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 (BRASIL, 2015).

Conforme consta no artigo 733, do Código de Processo Civil, quando houver nascituro ou filhos incapazes, não será possível realizar o procedimento de forma extrajudicial, devendo o requerimento ser resolvido judicialmente.

Se por ventura, for omitida eventual gravidez ou mesmo a existência de filhos incapazes, o instrumento público padecerá de nulidade absoluta.

Vale destacar, ainda, que a nova norma processual estendeu o procedimento para a extinção consensual de união estável, o que é louvável, dada a ampla ocorrência dessa modalidade de entidade familiar. (STOLZE, 2018, p. 1404)

O artigo 731 do Código de Processo Civil elenca:

I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Ainda acerca do tema, "Registre-se que, na forma do § 2º do art. 733 do CPC/2015 389, a assistência de advogados (ou defensor público) é obrigatória para a lavratura da escritura pública, o que se entende como medida de proteção da livre autonomia da vontade das partes interessadas" (STOLZE e PAMPLONA, 2017, p.1.269).

A obrigatoriedade do advogado possui relevância imensurável, pois, o advogado não só verificará todos os trâmites do procedimento de divórcio, bem como analisa toda documentação, além disso terá um papel muito importante na orientação das partes.

Uma informação importante é que, quando as partes se declararem pobres, deverão ser assistidas por um Defensor Público, tendo o legislador assegurado a essas pessoas a gratuidade da separação e divórcio extrajudicial, conforme consta na Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007 do Conselho Nacional de Justiça.

Vale mencionar que não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório, sendo possível a representação por procurador legal com poderes específicos para tanto, afinal, "[...] isso possibilita que casais que estejam fora do País se divorciem por escritura pública. E a solução não poderia ser diferente, eis que se o casamento pode ser contraído por procuração, igualmente deve ser dissolvido dessa forma." (TARTUCE, 2017, p.154)

Quanto à documentação necessária para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, o artigo 33 da Resolução nº 35 de 24/04/2007 informa que são os seguintes:

- a) Certidão de casamento;
- b) Documento de identidade oficial e CPF/MF;
- c) Pacto antenupcial, se houver;
- d) Certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver;
- e) Certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos;
- f) Documentos necessários a comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

Quanto ao procedimento, o advogado ou defensor público, deverá elaborar petição que irá conter a manifestação da vontade das partes, e será entregue ao cartório. O cartório irá conferir os documentos, e repassar a guia de recolhimento de tributos, e, porventura, não sendo possível assinar o documento no mesmo dia, deverá ajustar uma melhor data para assinatura da escritura pública.

Os cartórios demoram em média uma semana, o prazo depende bastante da quantidade de divórcios pendentes no tabelionato correspondente.

Segundo STOLZE e PAMPLONA (2018, p. 1399), “por tudo isso, pensamos que o divórcio judicial, analisado em seguida, deva ser, em verdade, uma via de exceção, reservado a situações especiais, para que, com isso, se possa incentivar o acesso mais simples, rápido e direto à forma administrativa de dissolução do vínculo”.

Esta modalidade de dissolução de vínculo matrimonial “[...]é um avanço de cidadania, no reconhecimento de que, pelo menos para se divorciar ou se separar, os sujeitos não precisam mais da fiscalização estatal, sendo efetivos protagonistas de suas vidas e patrimônios (STOLZE e PAMPLONA, 2018, p. 1400).

Neste mesmo sentido, conforme bem observa CHAVES e ROSENVALD (2016, p.424): “Sem dúvida, esse permissivo de divórcio perante autoridades administrativas (não judiciais) constitui notável avanço da legislação brasileira, importando, seguramente, em maior efetividade, além de desafogamento das assoberbadas prateleiras”.

Por fim, deve-se salientar que a escritura pública independe da homologação judicial e é indispensável que as partes averbem o divórcio perante o Cartório de Registro Civil em que ocorreu o casamento, e a partilha, quando for o caso, no Cartório de Registro de Imóveis, conforme o artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece expressamente:

§ 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.

Portanto, estando os ex-cônjuges acordados quanto a partilha de bens, e não havendo filhos menores, a melhor escolha é o divórcio extrajudicial.

3. PROVIMENTO DAS CORREGEDORIAS GERAIS DE PERNAMBUCO E MARANHÃO

O instituto do divórcio impositivo surgiu de dois provimentos: o primeiro foi o Provimento nº 6 do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em 14 de maio de 2019, e o segundo foi o Provimento nº 25 do Tribunal de Justiça do Maranhão, em 20 de maio de 2019.

Por meio destes provimentos, as Corregedorias de Justiça dos Tribunais mencionados, estabeleceram, basicamente, que a parte interessada em ver o seu divórcio averbado na certidão de casamento, deve-se dirigir ao Cartório de Registro Civil das pessoas naturais onde o seu casamento foi registrado, e lá perante o oficial manifestar a sua vontade.

Para tanto, deve estar acompanhada de um advogado ou defensor público, e após manifestada sua vontade de divorciar-se, o oficial notificará a parte contrária em 05 (cinco) dias, efetivada a notificação, o oficial averbará o divórcio à margem do registro de casamento e, a partir de então, ambos os cônjuges, e principalmente aquele que deseja se divorciar, estarão devidamente divorciados.

É considerável mencionar que neste ato a parte declarará se existem bens a partilhar, o que não significa que a partilha acontecerá neste ato, e sim que declara estar, nos termos da lei, procedendo ao seu divórcio sem a prévia partilha de bens, que deverá ser feita *a posteriori*.

Logo, ali, tão somente ocorrerá a desconstituição do vínculo matrimonial. Os assuntos referentes à partilha de bens, guarda de filhos, alimentos de menores, dentre outros, poderão ser tratados perante o Poder Judiciário, de forma litigiosa ou

consensual, ou mesmo através de um divórcio administrativo ou divórcio extrajudicial.

A ideia foi a desburocratização do divórcio administrativo. O problema é que essa ideia ainda encontra empecilhos legais, como por exemplo, o fato da matéria ser de competência exclusiva da União, e os Estados não podem legislar sobre registros públicos, ainda mais por meio de provimentos do Tribunal de Justiça.

Além disso, compete privativamente à União, conforme previsto no artigo 22, I, da CF, legislar sobre processo civil, e, somado a isto, conforme se deduz claramente do artigo 733, do CPC, o divórcio extrajudicial somente poderá acontecer quando os cônjuges estiverem de comum acordo e não houver filhos menores, ou seja, havendo litígio acerca de qualquer detalhe do divórcio, é necessário recorrer ao Poder Judiciário.

Ainda em 2019, foi proposto um projeto de lei visando a regulamentação do divórcio impositivo, do qual trataremos no subtópico a seguir.

3.1 Projeto de Lei Nº 3.457 de 2019

Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 3.457, de 2019, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG), que acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências.

O texto do projeto de lei foi elaborado pelos diretores nacionais do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Flávio Tartuce e Mário Delgado, com a participação de José Fernando Simão e Jones Figueirêdo Alves.

Segundo Flávio Tartuce, a ideia é inserir um novo dispositivo no Código de Processo Civil, o art. 733-A, conforme o texto:

Na falta de anuência do outro para a lavratura da escritura, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais, qualquer dos cônjuges poderá requerer, diretamente no Cartório de Registro Civil em que lançado o assento do seu casamento, a averbação do divórcio, à margem do respectivo assento.

O projeto de lei possui intenção de simplificar os procedimentos para o divórcio administrativo, sempre que um dos cônjuges divergir sobre o pedido de divórcio.

Com o acréscimo do art. 733-A, surge uma nova modalidade de divórcio administrativo, que não depende de escritura pública e que pode ser postulado diretamente ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma unilateral por qualquer dos cônjuges, ainda que com a oposição do outro: o chamado “divórcio impositivo” ou divórcio unilateral.

Acredita-se que o projeto de lei avance, e com excepcional atenção do Congresso Nacional quanto à sua imperiosa celeridade e pertinência, diminuindo as formalidades que ainda perduram no nosso ordenamento jurídico brasileiro, e facilitando a vida da população.

Eventuais mudanças no texto do projeto poderão ser feitas no âmbito do processo legislativo, inclusive quanto a novas recomendações de alteração do texto que vier a surgir.

Com todos os argumentos expostos, é notório que o projeto de lei visa estabelecer medidas de simplificação para a sociedade brasileira, mais agilidade, menor custo, sempre respeitando as garantias fundamentais, conforme reafirma o Senador Rodrigo Pacheco, responsável pelo projeto de lei.

3.2 Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, indefiniu em todo o país o “divórcio impositivo”. Em decisão o Ministro Humberto Martins, enfatiza que o divórcio impositivo é matéria de direito processual civil, direito civil e registros públicos, desta forma sendo atribuição exclusiva para legislar sobre a matéria é da União.

“Se houver conflitos de interesses, impor-se-á a apreciação pelo Poder Judiciário por expressa previsão legal. Essa é a solução escolhida pelo legislador federal. Outras há, inclusive em países estrangeiros, que podem ser melhores, mais atuais ou até mesmo mais eficazes. Nenhuma delas, porém, obteve o reconhecimento do Congresso Nacional brasileiro. Só por essa razão, de nada lhes adiantarão todos esses supostos méritos”, disse o ministro.

Esta decisão do corregedor Humberto Martins, contempla todos os tribunais do país, a fim de que, foi expedida a Recomendação nº 36/2019 da Corregedoria a fim de que todos os tribunais de Justiça do país se abstenham de editar normativas que regulamentem a averbação de divórcio por declaração unilateral de um dos cônjuges ou, na hipótese de já terem editado atos normativos de mesmo teor, que providenciem a sua imediata revogação.

“Além do vício formal, o Provimento n. 06/2019 da CGJ/PE não observa a competência privativa da União e nem o princípio da isonomia, uma vez que estabelece uma forma específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento de semelhante teor”, considerou o ministro Humberto Martins.

Diante disso, conclui-se que o Conselho Nacional de Justiça é desfavorável a implementação do divórcio impositivo em todo o país, de forma que, o recomendável é aguardar a aprovação do projeto de Lei nº 3.457 de 2019 que tramita no Congresso Nacional.

3.3 Pontos positivos do divórcio impositivo

Os pontos positivos que abrangem o tema são diversos, pode-se mencionar, por exemplo, o caso em que um dos cônjuges encontra-se em local incerto e não sabido, ou até mesmo desaparecido há mais de 10 anos, não podendo o outro divorciar-se para casar-se novamente, ou até podendo divorciar, porém, esperando o poder judiciário, que em razão de diversas burocracias, poderá durar meses e até anos para a decretação do divórcio por edital.

Por outro lado, se destacam as situações de violência doméstica, em que a comunicação entre as partes é impossível e deve ser evitado, tornando-se urgente e imperiosa a decretação do divórcio do casal.

Além disso, muitas vezes não é possível a concretização de negócios em decorrência do estado civil, como quando um dos cônjuges adquire uma casa do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida, na qual precisa da anuência do outro cônjuge para o financiamento junto à Caixa Econômica Federal, e toda essa questão tem um curto prazo para entrega de documentos, que se for aguardar o poder judiciário para conseguir uma averbação do divórcio, há grande probabilidade de perder o benefício do financiamento.

O fundamento para o instituto do divórcio impositivo, encaminha-se a ideia de que o ser humano tem direito a sua liberdade, bem-estar e celeridade na autonomia de suas escolhas, sendo assim, o Estado não poderia intervir na escolha dos cônjuges que pretendem formalizar a separação, com o intuito de assegurar legalmente seus direitos.

Vale ressaltar que não existe prejuízo, quer para o outro cônjuge, quer para os filhos menores, pois o divórcio direto por averbação fica restrito à dissolução do vínculo.

Sendo assim, o “divórcio impositivo” deve ser associado como uma chance de avanço social, bem como uma forma de auxílio ao Poder Judiciário, pois, evita um prolongamento desnecessário da situação de casados, entre os ex-cônjuges. Ademais, os casos de divórcio litigioso, principalmente aqueles que a discussão maior não envolve a partilha de bens, mas o vínculo em si (um dos cônjuges se nega a divorciar-se), significaria grande desafogamento do Poder Judiciário, visto que a situação poderia ser resolvida extrajudicialmente.

Por fim, importante registrar que a modalidade “divórcio impositivo” concilia-se com o princípio da dissolução do vínculo conjugal, princípio da não-intervenção da liberdade, princípio da proporcionalidade/razoabilidade, princípio da celeridade e economia processuais, sendo estes também motivos suficientes para aceitação desta “inovação judiciária”.

4. CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, pode-se afirmar que as modalidades consensuais de divórcio são formas de agilizar as demandas judiciais, verifica-se que o divórcio impositivo é uma forma de desburocratizar a dissolução do casamento, referindo-se como um grande avanço em relação até mesmo ao divórcio cartorário, sendo um rito mais célere e simples.

Por meio do divórcio impositivo, o Poder Judiciário poderia abster-se a discutir somente questões acerca de pensão alimentícia, guarda de menores, proteção dos filhos menores e incapazes, dentre outras, em virtude da ruptura do vínculo matrimonial que já estaria propriamente determinado/elucidado.

O projeto de Lei nº 3.457 de 2019 que autoriza e regulamenta o “divórcio impositivo” certamente respalda-se em um termo na busca de soluções extrajudiciais para a prática de atos jurídicos.

Com todo o exposto, percebe-se que a forma de divórcio administrativo, conhecido como “divórcio cartorário”, é bastante vantajoso para os cônjuges, pois, a demanda poderá ser resolvida em média em até 07 (sete) dias, sendo que as demais modalidades de divórcio são de no mínimo 03 (três) meses, podendo o litígio, por vezes, demorar anos.

Por todo o analisado, verifica-se que o denominado “divórcio impositivo” veio para trazer mais agilidade e desburocratização do processo e o barateamento de custo, o que o consagra, de fato, como um avanço que merece ser regulamentado o mais breve possível pelo Poder Legislativo.

5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a Lei sobre o casamento civil. Coleção de Leis do Brasil – 1890. Edição federal. vol. 1,1890.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. **Provimento nº 53, de 16 de maio de 2016**. Corregedoria Nacional de Justiça. http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Provimento_53_2016_CNJ.pdf Acesso em 28 out. 2020.

BRASL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 197. Brasília, 1997. p. 3. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula197.pdf Acesso em 22 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

Divórcio Impositivo. IBDFAM. **Divórcio impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado**; texto foi elaborado por membros do IBDFAM. Disponível em: [https://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+a+presentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM#:~:text=O%20senador%20Rodrigo%20Pacheco%20\(DEM,pre sen%C3%A7a%20ou%20anu%C3%Aancia%20do%20outro](https://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+a+presentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM#:~:text=O%20senador%20Rodrigo%20Pacheco%20(DEM,pre sen%C3%A7a%20ou%20anu%C3%Aancia%20do%20outro) Acesso em 28 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**; família. 9. ed. rev. e atual - Salvador. ed. Jus Podivm. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Filho, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. volume único. São Paulo. ed. Saraiva.2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6: Direito de família.

LOBO, Paulo. **Direito civil 5 – famílias**. ed. Saraiva, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788547229108/>. Acesso em: 21 set 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: ed. FORENSE, 2018.

SENADO FEDERAL. PACHECO, Rodrigo. **Projeto de lei nº 3457, de 2019.** Acrescenta o art. 733-A á Lei nº 13.015 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em:
<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7964616&ts=1572358707969&disposition=inline> Acesso em 17 set. 2020.

TARTUCE, Flavio. **Direito de família.** 12.ed.rev. Rio de Janeiro. ed. Forense.2017.

OS PSICOPATAS E AS SANÇÕES PENAIS A ELES APLICADAS À LUZ DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

LARISSA MONTEFUSCO DA CRUZ CECILIO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: A pesquisa é voltada para o estudo acerca dos psicopatas e as sanções penais que são aplicadas à luz do Código Penal Brasileiro. Compreende os seguintes objetivos: Analisar o indivíduo classificado como psicopata, tratando sua imputabilidade e o modo como é tratado pelo sistema penal brasileiro, demonstrar a diferença entre imputabilidade e inimputabilidade, buscando esclarecer o perfil do agente psicopata, verificar como esse indivíduo é tomado pelo direito penal e qual seria a melhor maneira de aplicar-lhe a punibilidade e, explicar as dificuldades encontradas para se definir punição mais adequada para os portadores de transtorno de personalidade no sistema penal brasileiro. O estudo possui como problemática: Imputável ou Semi - Imputável? Como os psicopatas que cometem crimes são tratados no sistema penal Brasileiro? Definir uma pessoa como psicopata requer uma análise realizada por profissionais, pois, envolve muita complexidade, por tratar-se de pessoas extremamente inteligentes, que conseguem enganar e ludibriar com facilidade as pessoas. Alguns acham que os psicopatas possuem um aspecto físico indecoroso, com traços de criminosos, porém, em sua maioria possuem uma bela aparência, são bons profissionais, inteligentes e podem ocupar posição de destaque na sociedade. As medidas de segurança aplicadas aos psicopatas, são espécies de sanções penais, que possuem um caráter curativo, que em tese, não possui um prazo limite para que o indivíduo fique separado da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatas. Sanções. Penais. Código.

INTRODUÇÃO

A pesquisa é voltada para o estudo acerca dos psicopatas e as sanções penais que são aplicadas à luz do Código Penal Brasileiro. Compreende os seguintes objetivos: Analisar o indivíduo classificado como psicopata, tratando sua imputabilidade e o modo como é tratado pelo sistema penal brasileiro, demonstrar a diferença entre imputabilidade e inimputabilidade, buscando esclarecer o perfil do agente psicopata, verificar como esse indivíduo é tomado pelo direito penal e qual seria a melhor maneira de aplicar-lhe a punibilidade e, explicar as dificuldades encontradas para se definir punição mais adequada para os portadores de transtorno de personalidade no sistema penal brasileiro.

O estudo possui como problemática: Imputável ou Semi - Imputável? Como os psicopatas que cometem crimes são tratados no sistema penal Brasileiro?

O aumento da criminalidade e a execução de penas cruéis, fez com que a sociedade observasse a presença de psicopatas, depositando no Estado a perspectiva de imposição de penas que afastassem ou eliminassem a continuidade na execução de crimes.

A psicopatia sempre desafiou a Justiça, principalmente no sentido de se definir quem são os psicopatas, por serem, em sua maioria, indivíduos que não aparentam um distúrbio ou doença, bem como decidir como deveram ser punidos.

Antigamente, as pessoas que hodiernamente se enquadram no perfil de um psicopata, eram considerados como bruxos ou simplesmente doentes que precisavam ser banidos da sociedade.

Atualmente, relata-se que se trata de um distúrbio mental, pois, sabe-se que o portador da personalidade psicopática possui um funcionamento mental perturbado.

A grande parte dos atos humanos estão condicionados à estrutura cerebral e sociológica dos indivíduos, e, os atos praticados pelos psicopatas, por mais que cruéis sejam, ainda é considerado e por vezes equiparado na execução do processo como se fossem realizados por indivíduos comuns, o que corre o risco de ser aplicar uma pena e depois de cumprida volte para o convívio em sociedade, colocando outras pessoas em risco.

Dessa maneira, é necessário, o entendimento das autoridades em relação a esses tipos de pessoas, sendo que deve se ter à disposição, profissionais capacitados para que seja realizado um diagnóstico correto. Portanto, o direito penal, acima de tudo, deve levar em consideração as particularidades do infrator tanto no que se refere a culpabilidade, quanto no que tange à aplicação da pena.

Contudo, a pesquisa torna-se relevante, quanto a análise jurídica a respeito dos psicopatas e a legislação vigente quanto as sanções que podem ser aplicadas, ainda mais, que os últimos anos tem sido marcado com inúmeras violências, caracterizadas pela crueldade e insensibilidade do executor.

1 CONCEITO DE PSICOPATIA

De acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IVTR), a psicopatia também é denominada como transtorno de personalidade antissocial, cujo termo advém da junção entre os radicais gregos *psykhé* (alma) e *pathos* (doença, sofrimento).

Quanto a origem da psicopatia, Silva (2008) apresenta que:

Uma breve revisão da história da humanidade é capaz de revelar duas questões importantes no que tange à origem da psicopatia. A primeira delas se refere ao fato de a psicopatia sempre ter existido entre nós. [...] A segunda questão aponta para a presença da psicopatia em todos os tipos de sociedades, desde as mais primitivas até as mais modernas. Esses fatos reforçam a participação de um importante substrato biológico na origem desse transtorno. No entanto, não invalidam a participação significativa que os fatores culturais podem ter na modulação desse quadro, ora favorecendo, ora inibindo o seu desenvolvimento.

Foi no fim do século XVIII, que a psicopatia ganhou de fato discussões entre os psicólogos e psiquiatras, quando começaram a estudar “a relação de livre arbítrio e transgressões morais”, com o intuito de verificar se determinadas pessoas eram capazes de compreender a execução e consequência de seus atos (SÁNCHEZ GARRIDO, 2008, p. 92).

Trata-se de um distúrbio psicológico, em que o indivíduo apresenta comportamentos antissociais e criminosos, por isso não possuem características que contribuam para o convívio social, pois, os atos praticados contem geralmente violência e manipulação.

Estudos comprovam que as alterações comportamentais destes indivíduos estão relacionadas com anomalias no sistema límbico (a área do cérebro responsável por processar as emoções), enquanto que a área cognitiva tem um pleno funcionamento, por isso possuem uma inteligência com índices acima da média (SANTOS, 2018, p. 22).

De acordo com Silva (2015, p. 56), a psicopatia possui níveis de gravidade, classificados em: leve, moderado e grave. Os que possuem nível leve são aqueles em que aplicam golpes e pequenos roubos. Já os que se enquadram nos níveis moderado e grave, são os mais cruéis, que cometem atos bárbaros.

No entanto, na visão de Ballone (2008):

A psicopatia não é uma enfermidade mental porque as doenças desse grupo estão bem delimitadas. Além disso, os doentes mentais não têm consciência de seus atos por não possuírem compreensão da realidade, já que sofrem, em sua maioria, processos de alucinação. Os psicopatas, ao contrário, compreendem a realidade, mas não conseguem evitar a prática de certos atos, como se sua razão fosse sufocada pela sua emoção.

Quando se fala em psicopatas, geralmente relaciona-se com indivíduos que sentem prazer em matar, conhecidos como *seriais killers*.

Silva, (2008, p. 60) ainda acrescenta que existem, basicamente, três correntes acerca do tema psicopatia e seu conceito. A primeira considera a psicopatia como uma doença mental. A segunda a considera como uma doença moral, enquanto que a terceira corrente considera a psicopatia como transtorno de personalidade.

De acordo com o doutor em psicologia, Trindade (2010, p. 160), cita que:

A psicopatia não é um transtorno mental da mesma ordem da esquizofrenia, do retardo ou da depressão, por exemplo. Não sem críticas, pode-se dizer que a psicopatia não é propriamente um transtorno mental. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade, pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade.

Os psicopatas são capazes de realizar qualquer ato para satisfazer os seus desejos, no entanto, existem indivíduos que são classificados desta forma, mas que nunca desenvolveram uma atitude violenta, outros podem realizar apenas um crime durante sua vida inteira e ainda assim serem denominados de psicopatas.

Em 1941, o psiquiatra americano Hervey M. Cleckley (2008, p. 87), do Medical College da Geórgia, descreveu que:

“A psicopatia consiste num conjunto de comportamentos e traços de personalidade específicos. Encantadoras à primeira vista, essas pessoas geralmente causam boa impressão e são tidas como “normais” pelos que as conhecem superficialmente”.

De acordo com Santos (2018, p. 19) o psicopata chama atenção pelo seu charme superficial, sua capacidade de atração, é uma figura encantadora com um brilho e carisma imenso, é realmente uma pessoa muito interessante e atraente.

Existem estudos realizados por psiquiatras, psicólogos, neurologistas e outros que defendem que os psicopatas apesar de serem seres humanos, não seriam assim considerados, por serem desprovidos de emoções ou qualquer tipo de sentimento (HARE, 1973, p. 90).

No âmbito internacional, o ditador alemão, Adolf Hitler foi considerado um dos maiores psicopatas da história humana, por ter ordenado o extermínio de milhares de negros, judeus, homossexuais e ciganos.

No âmbito nacional, vários indivíduos foram considerados psicopatas, como por exemplo o caso de João Acácio Pereira da Costa, conhecido como o Bandido da Luz Vermelha, foi um ladrão, que obrigava as vítimas a cozinharem para ele, estuprava e as vezes assassinava. Outro psicopata que ficou conhecido nos anos 90, foi o motoboy Francisco de Assis Pereira, também conhecido como o "Maníaco do parque", estuprou, torturou e matou aproximadamente 11 mulheres no parque do estado, situado na região sul da cidade de São Paulo.

De acordo com Soeiro (2010, p. 25):

A psicopatia é um dos transtornos de personalidade mais estudados, considerando que causa forte impacto negativo na sociedade. Vários estudos apontam que a psicopatia se manifesta em um conjunto de condutas cujos fatores podem ser de ordem biológica, personalidade e ambientais.

Definir uma pessoa como psicopata requer uma análise realizada por profissionais, pois, envolve muita complexidade, por tratar-se de pessoas extremamente inteligentes, que conseguem enganar e ludibriar com facilidade as pessoas.

Dessa maneira, o Estado necessita criar normas efetivas para diagnosticar e tratar esses indivíduos da melhor maneira, pois são pessoas que possuem a capacidade de apreender o mundo.

2 CARACTERÍSTICAS DOS PSICOPATAS

Conforme já mencionado, os psicopatas são pessoas inteligentes que sabem convencer os outros da forma como desejam, além disso, apresentam as

características de: amáveis, frios, cautelosos, atraentes, possuem uma grande facilidade em mentir, são divertidos, aparentam comportamento dócil, porém, são extremamente calculistas, desconstituídos de sentimentos afetivos, total ausência de empatia, ou seja, são capazes de compreender o outro e os seus sentimentos.

Se acordo com a Organização Mundial de Saúde (1993, p. 199), na Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, apresenta como características dos psicopatas:

[...] indiferença aos sentimentos alheios; a atitude flagrante e persistente de irresponsabilidade e desrespeito perante normas, regras e obrigações sociais; a incapacidade de manter relacionamentos, ainda que não haja dificuldade em estabelecê-los; a baixa tolerância à frustração, bem como um baixo limiar para descarga de agressão, incluindo violência; a incapacidade de sentir culpa e aprender com a experiência e punição; e a propensão em culpar os outros ou oferecer racionalizações plausíveis para o comportamento que levou o indivíduo ao conflito com a sociedade.

Alguns acham que os psicopatas possuem um aspecto físico indecoroso, com traços de criminosos, porém, em sua maioria possuem uma bela aparência, são bons profissionais, inteligentes e podem ocupar posição de destaque na sociedade, são pessoas que não levantam nenhuma suspeita, por isso se torna tão difícil diagnosticar.

Segundo a Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional - SBIE (2016), o psicopata vê a sociedade de forma alterada, pensa em si mesmo e na busca de seus prazeres através da prática de crimes. Defende-se que suas características diferem de indivíduos para indivíduos, tendo como uma das principais, o fato de mentir, de forma que manipulam as mentes através da facilidade que tem em manipular as pessoas pela conversa e capacidade intelectual que possuem.

Os psicopatas são pessoas que pensam somente em si que não conseguem ter sentimento por ninguém e muito menos manter um relacionamento amoroso, pois não conseguem controlar seus impulsos, são egocêntricos.

Acrescenta ainda o autor Silva (2008, p. 48) que os psicopatas possuem uma diferença que os colocam em um lugar distante dos outros indivíduos, que é de não possuem consciência:

Muitos seres humanos são destituídos de responsabilidade ética que deveria ser a base essencial de nossas relações emocionais com os outros. Sei que é difícil de acreditar, mas algumas pessoas nunca experimentam ou jamais experimentarão a inquietude mental, ou o menor sentimento de culpa ou remorso por desapontar, magoar, enganar ou até mesmo tirar a vida de alguém.

Trata-se de pessoas que não tem emoções, possuem um comportamento dúplice, fazem o que for necessário para alcançar seus objetivos.

Desconhece-se se esse transtorno decorre de um problema genético, ou se adquire com o tempo ou pelas circunstâncias em que foram criados, pois não se preocupam com o que é moral ou amoral.

Segundo Assumpção (2011, p. 14), cita que “os psicopatas se destacam, sobretudo, pela superficialidade da emoção, pela natureza vazia e transitória de qualquer sentimento de afeto que possam alegar e por uma insensibilidade surpreendente”.

Essas pessoas são conhecidas como *seriais killers*, mesmo fazendo um tratamento psiquiátrico, irão continuar realizando crimes, pois isso os satisfazem.

Casoy (2012, p. 18) definiu o *serial killers* como:

Indivíduos que cometem uma série de homicídios durante algum tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre esses homicídios. O intervalo entre um homicídio e outro os diferencia dos assassinos de massa, indivíduos que matam várias pessoas em questão de horas.

Os *seriais killers* não planejam escolher suas vítimas, ao praticar o ato, verificam as que demonstram ser mais vulneráveis. Para o psicólogo Robert Rieber (*apud* Hare, 2013, p. 59):

Os psicopatas veem as pessoas praticamente como objetos, que devem ser usados para sua própria satisfação. Os fracos e vulneráveis de que eles mais zombam, são seus alvos preferidos, e todos os fracos para os psicopatas, são também idiotas e pedem para serem explorados.

Portanto, os psicopatas ou *seriais killers* são pessoas egocêntricas, agem com astúcia e manipulam com êxito suas vítimas.

3 PSICOPATAS E A CRIMINALIDADE

Desde o início da civilização, sempre houve a necessidade da criação de um sistema de regras e sanções para que regulamentasse a vida e convivência na sociedade. Neste contexto, surgiu o código penal, cuja finalidade foi de positivizar sobre as definições de crimes e penas que seriam aplicadas, tornando-se um meio de reprimir condutas (OLIVEIRA, 2011, p. 44).

Portanto, Capez (2015, p. 53) predispõe que a finalidade do Direito Penal é a “proteção de valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade [...]”.

Um dos elementos do conceito de crime é a culpabilidade, o qual segundo Greco (2012, p. 371), conceitua-se como:

[...] culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica.

Prado (2010, p. 76), afirma que “a culpabilidade diz respeito ao indivíduo capaz de responder pelas consequências de seus atos. É a busca da proporcionalidade entre a pena e o delito”.

A imputabilidade penal está prevista nos artigos 26 a 28 do Código Penal. Quanto a análise da criminalidade e o psicopata, deve-se observar que há três graus acerca da imputabilidade os quais são: Imputabilidade total, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade.

Quanto a imputabilidade, trata-se da capacidade de determinar a conduta de um indivíduo, no sentido literal da palavra, seria: “atribuir algo a alguém”, constituindo um dos três elementos da culpabilidade, além do dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa.

Segundo Masson (2012, p. 440):

A teoria psicológica, ou sistema causal-naturalista, idealizada por *Franz Von Liszt* e *Ernst Von Beling*, aponta a

imputabilidade como o principal elemento da culpabilidade, a qual é compreendida como o vínculo psicológico entre o sujeito e o fato típico e antijurídico praticado. Tal capacidade do sujeito de entender a ilicitude das condutas e agir com a devida conformidade possui, como espécies, o dolo e a culpa, sendo essas as formas concretas de revelar o vínculo psicológico.

A imputabilidade distingue-se da responsabilidade, pois enquanto que a primeira trata de quem consegue ter consciência do fato e ato que está fazendo, a responsabilidade é a consequência de quem não agiu como deveria ter agido, devendo se responsabilizar por isso.

Para Bitencourt (2011, p.378) a imputabilidade é para aquele sujeito que não tem capacidade de culpabilidade, por não possuir sanidade mental ou maturidade não, pode ser julgado penalmente pelos atos que cometeu.

No entanto, o Código Penal Brasileiro, não definiu o que vem a ser imputabilidade em seus artigos, porém, apresenta os critérios (biológico, psicológico e o biopsicológico), que conduzem a “inimputabilidade” (MACEDO, 2018, p. 47).

Fazendo uma análise do que nosso código penal, em seu artigo 26, sobre inimputabilidade penal em caso de doença mental:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento [...].

Redução de pena

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento [...].

Contudo, a psicopatia deveria ser entendida pelo ordenamento como doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto para poder ser reconhecida a inimputabilidade.

No entanto, não é desta forma que a psiques dos psicopatas é entendida, pois, deveria se analisar se durante a realização do crime ou fato, qual estado de sua capacidade ou incapacidade se encontrava.

O mesmo Código Penal, em seu artigo 41, prevê que um condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido à hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou a estabelecimento adequado.

NUCCI (2008, p. 45) descreve estes locais como “lugar equivalente ao regime fechado das penas privativas de liberdade, onde o internado não tem liberdade para ir e vir e é constantemente vigiado”.

Contudo, a imputabilidade exige que o sujeito tenha o entendimento de que o ato que cometeu é ilícito, isso por apresentar uma capacidade psíquica que seja capaz de compreender a antijuridicidade do que praticou.

Quanto a inimputabilidade, que se constitui em uma das causas de exclusão da culpabilidade prevista no caput do art. 26 do CP, de acordo com Nucci (2015, p. 271), consiste na “impossibilidade do agente do fato típico e antijurídico de compreensão do caráter ilícito do fato ou de se comportar de acordo com esse entendimento, uma vez que não há sanidade mental ou maturidade”.

Dessa maneira, trata-se da impossibilidade de responsabilizar alguém pelo ato que praticou, aplicando-se a este, medidas de segurança, “baseada no juízo de periculosidade, diverso da culpabilidade, tal medida de caráter especial possui finalidade terapêutica” (NUCCI, 2020, p. 402).

Portanto, segundo a psiquiatra Silva (2013, p. 10) assevera de modo esclarecedor que:

[...] o psicopata não é um doente mental da forma como nós o entendemos. O doente mental é o psicótico, que sofre com delírios, alucinações e não tem ciência do que faz. Vive uma realidade paralela. Se matar, terá atenuantes. O psicopata sabe exatamente o que está fazendo. Ele tem um transtorno de personalidade. É um estado de ser no qual existe um excesso de razão e ausência de emoção. Ele sabe o que faz, com quem e por quê. Mas não tem empatia, a capacidade de se pôr no lugar do outro.

Neste contexto, os psicopatas, geralmente, são considerados semi-imputáveis no Brasil, por possuir a redução da capacidade de entender a ilicitude de seu ato, apesar de ser desprovido em fazer um julgamento moral dos seus atos.

Os tribunais também possuem o mesmo entendimento, de que são considerados semi-imputáveis por entenderem a ilicitude de seus atos, porém, não possuem empatia e controle emocional.

O doutrinador Bitencourt (2011) cita alguns entendimentos:

Diminuição da capacidade dos psicopatas: “Os psicopatas podem ser considerados enfermos mentais, e tem sua capacidade de discernimento reduzida, o que atrapalha seu julgamento com relação a atos criminosos, e dessa forma, pode ser enquadrado nos termos do atual artigo 26 do CP” (RT 550/303) (TJSP).

Diminuição da capacidade de personalidade psicopática: “A personalidade psicopática nem sempre indica que o agente sofreu abuso sexual, embora suas ações estejam bem próximas da transição do psiquismo e de psicoses funcionais” (RT 495/304) (TJSP).

Diminuição da capacidade de personalidade psicótica: “Com relação a personalidade psicopática pode-se afirmar que moléstias mentais não são responsáveis pelas ações do agente, elas estão relacionadas a perturbações de cunho mental, e por isso, quando o agente for punido deve ter sua pena reduzida” (RT 462/409/10) (TJMT).

No entanto, por outro lado, ao ser identificado que esses indivíduos possuem capacidade de consciência da ilicitude praticada, então poderão ser responsabilizados penalmente. Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2012, p. 78) aduzem:

Embora se fale, no caso, de semi-imputabilidade, semirresponsabilidade ou responsabilidade diminuída, as expressões são passíveis de críticas. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma consciência da ilicitude da conduta, mas é reduzida a sanção por ter agido com culpabilidade diminuída em consequência de suas condições pessoais. O agente é imputável, mas para

alcançar o grau de conhecimento e de autodeterminação é lhe necessário maior esforço. Se sucumbe ao estímulo criminal, deve ter-se em conta que sua capacidade de resistência diante dos impulsos passionais é, nele, menor que em sujeito normal, e esse defeito origina uma diminuição da reprovabilidade e, portanto, do grau de culpabilidade. [...] Os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato.

Assim sendo, para verificar a anormalidade psíquica, os intitulados psicopatas devem passar por exames de insanidade mental, para que seja avaliado seus sentimentos, e se durante a execução do crime ou ato ilícito agiu desprovido de sentimentos.

4 PSICOPATAS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança aplicadas aos psicopatas, são espécies de sanções penais, que possuem um caráter curativo, que em tese, não possui um prazo limite para que o indivíduo fique separado da sociedade, embora o artigo 75 do Código Penal disponha que:

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O agente que realizar um fato típico e ilícito, porém, não possuir nenhum tipo de consciência, será considerado inimputável, o qual deverá ser absolvido pelo juiz em consonância com no art. 26, caput, do Código Penal, o qual prevê: "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (BRASIL, 1940).

Como o tempo máximo para ficar preso é de 40 anos no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado não pode manter presa uma pessoa passando esse

limite, mesmo que sua pena ultrapasse esses anos, pois, não é constitucional a prisão perpétua.

Neste contexto, Bitencourt (2011, p. 785) apresenta uma posição contrária ao dispor que:

“Sustentamos que em obediência ao postulado que proíbe a pena de prisão perpétua dever-se – ia, necessariamente, limitar o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a trinta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (art. 75 do CP).”

Porém, o Código Penal determina, nos §§ 1º e 2º do art. 97, que a internação ou tratamento ambulatorial será realizada por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade (BRASIL, 1940).

A respeito da medida de segurança, Greco (2015, p. 659) cita que:

“Ao inimputável que pratica um injusto penal o Estado reservou a medida de segurança, cuja finalidade será levar a efeito o seu tratamento. Não podemos afastar da medida de segurança, além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva especial, pois, tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito”.

Um dos casos que ganhou grande repercussão nacional, foi em relação a prisão de Francisco da Costa Rocha, conhecido como “Chico Picadinho”, o qual esquartejou duas mulheres e, depois de quarenta anos, cumprindo sua pena na penitenciária de Tremembé, no Vale do Paraíba, foi transferido para uma unidade indicada pela Secretaria de Saúde Mental do governo de São Paulo, para que passe por exames psiquiátricos de forma frequente, tendo como base para seu recolhimento a “interdição civil”, sob a justificativa de que o indivíduo não possui a capacidade de administrar sua própria vida e bens.

A referida decisão foi realizada pela Magistrada Sueli Zeraik de Oliveira Armani, da 1ª Vara de Execuções Criminais de Taubaté, o qual decidiu por embasar-se no limite estabelecido para que uma pessoa fique presa.

Assim sendo, resta evidente que não há tratamento reconhecido eficaz a respeito dos psicopatas, pois, a medida de segurança que poderia ser uma forma

de proporcionar um tratamento diferenciado, tem sofrido questionamentos sobre a sua violabilidade de direitos, pois se são pessoas que não terão cura, logo, as medidas aplicadas não terão fim, ferindo assim a base principiológica do sistema que é a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Aqueles que possuem um comportamento diferenciado, contendo prazer em ferir o outro, sem empatia, egocentrismo exacerbado, individualista, desprovido de emoções, compaixão, consciência moral ou ética, podem ser considerados psicopatas.

O indivíduo considerado psicopata possui a capacidade de entendimento preservado, além de serem extremamente inteligentes, articulados, amáveis, dóceis, pessoas de boa aparência, em geral, com imensa capacidade em ludibriar as pessoas.

Contudo, a psicopatia está relacionada com a insensibilidade de seu portador, além da ausência de consciência moral e ética. Trata-se de pessoas que não tem emoções, possuem um comportamento dúplice, fazem o que for necessário para alcançar seus objetivos.

Quanto a análise da criminalidade e o psicopata, deve-se observar que há três degraus acerca da imputabilidade os quais são: Imputabilidade total, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade.

Os psicopatas são considerados como indivíduo semi-imputável tanto pelo entendimento majoritário quanto aos entendimentos dos Tribunais. Trata-se de pessoas que não possuem total capacidade de discernir o caráter ilícito da conduta, logo, essas pessoas fazem jus a uma redução da pena aplicada ou substituição desta pela medida de segurança.

As medidas de segurança surgiram para que esses indivíduos se mantivessem separados da sociedade, trata-se, portanto, de sanções penais, o qual possui caráter curativo com a utilização de um acompanhamento especializado, para que entenda o ato praticado e que não venha mais cometer, embora, isso seja difícil de acontecer.

No entanto, como a quantidade de tempo que um indivíduo pode cumprir que é de 40 anos, em relação a aplicação de medidas de segurança não possui um limite estabelecido. Dessa maneira, entende-se que tais medidas sejam uma espécie de prisão perpetua, o que fere os princípios brasileiros, os quais

ferem os princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

PSYCHOPATHES AND CRIMINAL SANCTIONS TO THEM APPLIED IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE

ABSTRACT: The research is focused on the study of psychopaths and the criminal sanctions that are applied in light of the Brazilian Penal Code. It comprises the following objectives: To analyze the individual classified as a psychopath, treating his imputability and the way he is treated by the Brazilian penal system, to demonstrate the difference between imputability and non-imputability, seeking to clarify the profile of the psychopathic agent, verifying how this individual is taken by the law criminal law and what would be the best way to apply punishment and explain the difficulties encountered in defining the most appropriate punishment for people with personality disorder in the Brazilian penal system. The study has the following problems: Imputable or Semi - Imputable? How are psychopaths who commit crimes treated in the Brazilian penal system ?. Defining a person as a psychopath requires an analysis carried out by professionals, because it involves a lot of complexity, because they are extremely intelligent people, who can easily deceive and deceive people. Some think that psychopaths have an unseemly physical aspect, with traits of criminals, however, most of them have a beautiful appearance, are good professionals, intelligent and can occupy a prominent position in society. The security measures applied to psychopaths are types of criminal sanctions, which have a curative character, which in theory, does not have a time limit for the individual to be separated from society.

KEYWORDS: Psychopaths. Sanctions. Penalties. Code.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Eduardo Farsette Vieira. Psicopatia. **A Psicologia na Esfera Criminal**. 2011. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/EduardoFarsetteVieiraDAssumpcao.pdf>. Acesso em 09 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume I, parte geral: (arts. 1ª a 120)**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: Louco ou Cruel?**. 14. Ed. São Paulo: Ediouro, 2012.

BALLONE, G. J, **Personalidade Psicótica**. 2008. Disponível em < <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>>. Acesso em 04 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HARE, Robert D. Psicopatia: teoria e pesquisa. Tradução de Cláudia Moraes Rêgo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos, 1973.

HARE, Robert D. Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução: Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MACEDO, Gabriela Canto de. **A Responsabilidade Penal dos Portadores de Psicopatia**. Florianópolis, 2018. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/192597/A%20RESP%20PENAL%20DOS%20PORT%20PSICOPATIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08 nov. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado Parte Geral**. Vol. 1. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume I. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1072p. ISBN 978-85-203-3212-2.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA e STRUCHINER. **Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista**. Entrevista concedida a DINIZ, Laura. 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993.

SÁNCHEZ GARRIDO, Francisco José. Fisonomia de la psicopatía. Concepto, origen, causas y tratamiento legal. N. 2. Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2008.

SANTOS, Jessica Medeiros Neres dos. **Psicopatas Homicidas e o direito Penal**. 2018. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=8885> Acesso em 12 Out. 2020.

SILVA. Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Principium, 2015.

SILVA, Ana Beatriz B. **Psicopatas não sentem compaixão**. Revista Época. 2013. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/REVISTA/epoca/0,,emi15657-15295,00-ana+beatriz+barbosa+silva+psicopatas+nao+sentem+compaixao.html>. Acesso em: 04 Out. 2020.

SBIE. **Sociedade Brasileira de inteligência emocional**. 2016. Disponível em < SBIE. Sociedade Brasileira de inteligência emocional. 2016.>. Acesso em 09 nov. 2020.

SOEIRO, Cristina & GONÇALVES, Rui Abrunhosa, **O estado de arte do conceito de psicopatía**. 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

O CUSTO DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE CONCESSÃO DE PATENTES NO BRASIL

JÚLIA CASSIANE MOREIRA GOMES:
Bacharelanda do Curso de Direito pela
Universidade de Gurupi - UnirG

ANTÔNIO JOSÉ ROVERONI¹⁵²

RESUMO: O objetivo desse estudo é analisar o moroso e burocrático procedimento de concessão de patentes que o Brasil enfrenta. Para tanto, antes é necessário apontar como o sistema que abriga as patentes, ou seja, a propriedade industrial, é importante no desenvolvimento econômico e social do País. Seguindo para quais os meios disponíveis de proteção da propriedade industrial vigentes em nossa legislação. A próxima etapa tem como foco o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, mostrando como o processo de concessão de patentes é vagaroso, principalmente se comparado a outros Institutos de Proteção da Propriedade Industrial ao redor do mundo. Será tratado, também, a respeito do plano de combate ao *backlog* e como esse novo projeto tem lidado com o extenso número de pedidos de patentes pendentes e como essa proposta foi recebida judicialmente.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Industrial. Patentes. INPI. Morosidade. Custo.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the lengthy and bureaucratic procedure to grant patents in Brazil. For such purpose, it is necessary to clarify how the system hosts the patents, it means, the industrial property, which is important for the economic and social development of the country, and then after that, which available protection means are given by our legislation. The next phase has the focus on the Brazilian National Institute of Industrial Property in order to present how slow the patent granting process is, mainly when compared to other institutes of industrial property protection worldwide. It is also discussed the Patent Backlog Combat Plan, how this new project has dealt with the large number of patent pending applications and how the proposal was accepted legally.

Keywords: Industrial Property. Patents. INPI. Length. Cost.

Sumário: Introdução. 1. A Importância Da Proteção Da Propriedade Industrial. 2. Formas De Proteção Da Propriedade Industrial. 3. O Instituto Nacional De Propriedade Industrial. 3.1. O Problema Da Morosidade No Processo De Concessão De Patentes. 3.2. Projeto De Transformação Digital Dos Serviços Do Inpi. 3.3. Plano

152 Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG.

De Combate Ao Backlog. 3.4. Manifestações Acerca Do Plano De Combate Ao Backlog. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema de proteção inventiva vem desde muito incentivando o desenvolvimento tecnológico da humanidade, de modo que a primeira lei de patentes a qual se tem registro foi aprovada em Veneza em 1479. Á vista disto, é inegável a dimensão da influência que as invenções possuem na evolução da sociedade, foi Nikola Tesla, um dos inventores mais prestigiados da história, quem disse, ao escrever sua biografia, que “o desenvolvimento progressivo do homem é vitalmente dependente da invenção. Ela é o produto mais importante de seu cérebro criativo.”

A Propriedade Industrial representa um pacto implícito entre o seu detentor e o Estado, onde este último permite ao primeiro a exploração exclusiva de sua criação, enquanto recebe em troca inovação tecnológica, representando um grande avanço na sociedade. Essa exploração exclusiva proporciona um grande incentivo a pesquisa, considerando que não haveria vantagem em determinada empresa investir em um invento que não lhe proporcionasse retorno financeiro viável, já que outras empresas também poderiam usufruir das vantagens financeiras resultantes, sem, no entanto, ter tido o ônus do desfalque inicial do investimento em tecnologia e especialistas.

No Brasil, a legislação contempla a proteção da Propriedade Industrial através da Lei n. 9.279/96, a qual abrange os direitos e obrigações relativos a patentes de invenção e modelo de utilidade, marcas e desenhos industriais. Tendo como finalidade o cumprimento satisfatório do que dispõe a Lei, o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), tem competência legal para executar às prerrogativas pertinentes aos citados meios de proteção a propriedade industrial, além versar sobre serviços referentes à Indicações Geográficas, Programas de Computadores e Topografia de Circuitos Integrados.

No entanto, não obstante a visível necessidade da proteção eficiente da Propriedade Industrial, o INPI tem em sua posse extensa lista de pedidos de patentes que se encontram aguardando tramitação, devido ao vasto prazo de análise para concessão. Esse acúmulo de pedidos não resolvidos é o que se chama de *backlog*. Alguns especialistas, como BARBOSA (2013, p. 2), ao tratar da definição de *backlog*, consideram a falta de ação dos examinadores o fator responsável pelos pedidos ficarem mais tempo pendentes do que o pretendido. O fato é que a exacerbante demora no prazo de concessão de patentes no Brasil se mostra consideravelmente

desproporcional, principalmente se comparado ao prazo de concessão de outros países.

1. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O avanço científico responsável pelo progresso social está intimamente ligado ao campo das invenções, abrangendo áreas como a saúde, transporte e comunicação, o que, além de melhorar consideravelmente a qualidade de vida dos seres humanos individualmente considerados, contribui para o desenvolvimento econômico da sociedade ao estimular a concorrência entre empresas, criando empreendimentos, empregos e, conseqüentemente, impulsionando a criação de novas tecnologias e inovações.

Os países que direcionam sua atenção de forma mais prudente à proteção da propriedade industrial, principalmente no tocante a patentes e marcas, como resultado impulsionam o progresso. O enriquecimento de um sistema eficiente de proteção efetiva pode ser capaz de diluir a estagnação econômica de um país. Pois, de acordo com Robert Sherwood:

Um sistema de propriedade intelectual que proteja a inovação e a expressão criativa pode ser visto como uma condição prévia para a criação e o uso de tecnologia nova, que acelera o crescimento econômico e auxilia o desenvolvimento. Sob este ponto de vista, o sistema de proteção à propriedade intelectual pode ser considerado como uma parte valiosa da infraestrutura de um país.(1992, p. 16)

Desta maneira, a sociedade se mostra extremamente beneficiada pelas vantagens advindas da propriedade industrial, onde pode-se citar o agronegócio que, além do desenvolvimento proporcionado por máquinas e ferramentas agrícolas, se mostra favorecido na indústria das sementes no referente aos híbridos,(CARVALHO, 2006), o que abrange o milho, por exemplo, responsável por grande parte da produção agrícola no Brasil.

Todavia, ao observar os benefícios de uma eficiente proteção inventiva, é possível também perceber os prejuízos gerados quando essa proteção é ignorada. Jannuzzi e Vasconcellos trazem a realidade no problema na saúde em uma breve comunicação.

A demora na análise dos pedidos de patentes, conhecida como *backlog*, pode estender o prazo de vigência das patentes concedidas e retardar a entrada de medicamentos genéricos

no mercado. Essa extensão de vigência, que deveria ser excepcional, tornou-se corriqueira: 38% das cartas-patentes expedidas para pedidos depositados em 1997, 85,5% para pedidos depositados em 1998 e praticamente 100% das patentes concedidas para medicamentos depositadas no Brasil após 1999.

De acordo com os pesquisadores supracitados, considerando uma lista de 8 medicamentos, o Estado somou um prejuízo de 2 bilhões de reais em acúmulo de compras centralizadas regulares do Ministério da Saúde, isso em vista da possibilidade de existência medicamentos genéricos no mercado.

2. FORMAS DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para que essa proteção seja efetivada no Brasil, a propriedade industrial encontra respaldo na Lei n. 9.279/96. Os direitos e obrigações correspondentes a propriedade industrial são assegurados mediante a patente de invenção e modelo de utilidade e o registro da marca e desenho industrial

No tocante às patentes, a Invenção é retratada como “ato original do gênio humano” (COELHO, 2018, p 115). À vista disso, a invenção é a criação original, desconhecida até o momento, não se caracterizando como mera melhoria de item já existente. O modelo de utilidade, por outro lado, pode ser caracterizado como uma complementação de utilidade do produto já inventado. Porém, ainda assim, “goza de proteção autônoma em relação à da invenção cuja utilidade foi melhorada”. (COELHO, 2018, p 116).

Para que uma invenção ou modelo de utilidade possa ser patenteado é necessário que seja dotado de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. O prazo máximo de validade da patente de invenção é de 20 anos, enquanto a patente de modelo de utilidade é de apenas 15 anos, contados da data do depósito do pedido. A lei estabelece, ainda, um prazo mínimo de duração ao direito de dispor da patente, sendo este prazo 10 anos para a invenção e 7 anos para o modelo de utilidade.

A marca pode ser conceituada como “todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros similares de procedências diversas”. (JUGMANN; BONNET, 2010, p 21). Então, seja qual for o nome ou o sinal capaz de ser associado a uma mercadoria, produto ou, até mesmo, uma prestação de serviço institui a marca, desde que seja capaz de estabelecer uma identificação entre o consumidor e o que se pretende oferecer.

O registro da marca é válido por 10 anos, podendo ser prorrogado por prazos iguais e sucessivos, quantas vezes se julgar necessário a requerimento do titular. A marca, para cumprir os requisitos do registro deve possuir novidade relativa, ou seja, as expressões linguísticas ou signos presentes neste direito industrial devem novos em relação a identificação dos produtos ou serviços. Ademais, é indispensável que a marca não corresponda em exatidão a marca notoriamente conhecida.

O desenho industrial possui o objetivo de tornar o produto inconfundível ao consumidor, atuando no ornamentando de objetos através de características tridimensionais, como a forma do objeto, ou até mesmo bidimensionais, por meio de linhas e cores, transformando-o em algo novo e original.

O desenho industrial, como em, praticamente, todas as áreas da propriedade industrial, também pressupõe a existência da novidade, como requisito para o registro, no estado da técnica. Da mesma forma, a originalidade é um requisito indispensável para o registro do desenho industrial, se distinguindo da novidade na medida em que esta se trata de algo novo "tecnicamente" considerando, enquanto a originalidade traz a inovação em sentido estético.

3. O INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) é uma Autarquia Federal ligada ao Ministério da Indústria e do Comércio, que possui a finalidade de executar as normas que regulam a propriedade industrial no âmbito nacional.

O atual INPI foi criado em 1970 pela lei n. 5.548, porém as primeiras regulamentações sobre propriedade das invenções e das marcas de comércio são datadas de 1809. A primeira patente de invenção foi assinada por D. Pedro em 1822, onde foi instituído direitos conferidos pelo instituto para uma máquina de descascar café.

Em 1923 era criada a primeira instituição voltada exclusivamente para o tema, o DGPI (Diretoria-Geral da Propriedade Industrial). O DGPI foi extinto em 1931, dando lugar ao último antecessor do INPI, o DNPI (Departamento Nacional da Propriedade Industrial), que trouxe consideráveis inovações para a instituição, como outros tipos de patentes, além das de invenção e vedação à concorrência desleal.

3.1. O Problema da Morosidade no Processo de Concessão de Patentes

Certamente é sabido a importância de uma efetiva proteção da Propriedade Industrial no contexto econômico e social de um país. Porém, o incentivo a atividade inventiva mostra-se debilitado hoje no Brasil devido ao alto lapso temporal no processo de concessão de patentes, criando um ambiente de insegurança jurídica,

na contramão do que o sistema de patentes deveria proporcionar em relação à inovação tecnológica e o conseqüente progresso econômico.

Para colocar o problema em perspectiva é necessário analisar o tempo em que outros institutos de proteção a propriedade industrial ao redor do mundo utilizam para conceder uma patente. O tempo de espera para concessão de patentes no EPO (*European Patent Office*) em 2013, por exemplo, foi de aproximadamente de 40 meses, enquanto o USPTO (*United States Patent and Trademark Office's*) apresentou um lapso de 30 meses e o JPO (*Japan Patent Office*) apenas 25 meses. Neste mesmo ano o prazo para a concessão de patentes no Brasil extrapolava a marca de 120 meses. Enquanto, neste mesmo período, haviam mais de 30 mil depósitos de patentes no INPI, o número de concessões sequer chegava a 5 mil.

Dentre as razões persistentes pelas quais a morosidade desse processo se mantém no Brasil, pode citar-se, além da ausência de meios e ferramentas mais modernas, o *deficit* de funcionários responsáveis pelo exame de pedidos de patentes no INPI. Atualmente o INPI possui mais de 600 cargos vagos. O número de examinadores é, de maneira certa, desproporcional se comparado ao número de pedidos pendentes, como observado no quadro abaixo.

BACKLOG DE PATENTE POR EXAMINADOR E PRAZO MÉDIO DE CONCESSÃO NO CONTEXTO INTERNACIONAL (2013) ¹⁵³

INSTITUTOS NACIONAIS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL	EXAMINADORES	PEDIDOS PENDENTES	PENDÊNCIA/ EXAMINADOR	PRAZO MÉDIO DE CONCESSÃO (ANOS)
USPTO	7.928	595.361	75,09	2,40
JPO	1.701	196.732	115,65	1,95

¹⁵³ GARCEZ, MOREIRA. O backlog de patentes no Brasil: o direito à razoável duração do procedimento administrativo. Scielo, v 13. n 1. AN-ABR 2017. Tabela elaborada partir de dados obtidos do IP5 Statistics Report (2013) e DIRPA/INPI (2014).

EPO	4.107	377.994	92,03	3,00
INPI	192	184.224	959,50	10,80

O atraso proporcionado pela morosidade do INPI proporciona um desequilíbrio no mercado, na medida que ao não existir uma variedade de produtos oferecidos os preços dos produtos já existentes sofre uma alta. Entretanto, ao tratar do problema, é necessário um olhar metódico, para que o aumento da agilidade não reduza a eficiência.

3.2. Projeto de Transformação Digital dos serviços do INPI

Considerando que um dos motivos para a prolongada morosidade enfrentada pelo INPI consistia na carência de tecnologias digitais envolvidas, a autarquia tem se empenhado em desenvolver projetos que visem a prestações dos serviços oferecidos pela internet.

Uma das razões para o atraso no processo de concessão de patentes pode ser de responsabilidade do próprio depositante, considerando que algumas etapas do processo dependem de sua manifestação. Desta maneira, vigora desde de 2013 o sistema *e-patentes*, que permite ao usuário acessar as informações referentes a pareceres e documentos, fazendo com que a manifestação exigida no art. 36 da lei 9.279/ 96 seja feita de forma mais ágil pelo depositante.

Além do mais, o INPI, visando facilitar e ampliar os trabalhos prestados pela internet, apresentou um projeto em 2017, que tem por base a transformação digital dos serviços do instituto. O projeto é realizado em parceria com a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, a Secretaria de Governo Digital e a Secretaria Especial de Modernização do Estado. O Plano PI Digital, realizado em 24 etapas, fez com que mais de 93% dos serviços públicos prestados pelo INPI fossem disponibilizados digitalmente, incluindo serviços como:

Acesso aos sistemas eletrônicos de emissão da Guia de Recolhimento da União, pagamento das retribuições, peticionamento eletrônico e acompanhamento processual, até a entrega do serviço solicitado pelas publicações da Revista da Propriedade Industrial ou outra ferramenta tecnológica.

O plano, além de proporcionar ao cidadão mais acesso à informação pela abertura de dados no ambiente virtual, de forma inegável, irá reduzir consideravelmente a burocratização do INPI.

3.3. Plano de combate ao Backlog

O Brasil necessita de um ajuste moderno na ceara econômica por meio do fortalecimento dos instrumentos protetivos da propriedade inventiva, levando em consideração a sua vasta importância neste campo do corpo social, e a circunstância fragilizada e incerta em que o sistema se encontra atualmente, razão a qual os órgãos responsáveis buscam maneiras de combater o problema.

Primeiramente, cumpre analisar o trâmite do processo e Exame do pedido. O fluxo inicial se inicia com o depósito do pedido perante o INPI, logo após, esse pedido será mantido em segredo por 18 meses, podendo esse prazo ser adiantado a requerimento do depositante, ao passo que findo o período o pedido será publicado. O depositante ou outro interessado deverá requerer o exame do pedido de patente em até 36 meses a partir da data do depósito, sob pena de arquivamento. Depois de finalizado o exame, a decisão que defere ou indefere o pedido de patente será proferida.

Esse íterim, como observado, pode chegar a até 10 anos. Essa ríspida constatação é reconhecida pelo legislador, que dispôs ao editar o art. 40 da lei n. 9.279/96:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

É possível perceber que apesar de o *caput* do artigo estabelecer prazo geral para a vigência da patente a partir da data de depósito, o parágrafo único prevê a possibilidade de o processo administrativo conter intempestividade ao durar mais de dez anos, garantindo, desta maneira, prazo de vigência mínimo a contar, agora, da data de concessão.

Seja como for, se a Lei concede ao criador o privilégio de exclusividade por 20 anos, fica evidente então que, não por culpa do inventor, mas da burocracia estatal, o seu direito líquido e certo está sendo concedido apenas pela metade.

Com o objetivo de reduzir a burocracia e morosidade, Dirpa (Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografia de Circuitos Integrados) juntamente com o INPI inaugurou um projeto que busca reduzir o número de pedidos de patente de invenção com exame requerido e que estão ainda irresolutos.

É importante salientar que um dos motivos que fazem com que o processo de concessão de patentes seja tão moroso é a busca de anterioridade responsável pela verificação da inexistência do produto que se busca patentear. É um procedimento complexo, pois consiste em uma apuração tecnológica de pesquisas realizadas tanto em âmbito nacional como internacional.

O projeto consiste em duas Resoluções datadas de julho de 2019, que empenham-se em resolver os 149.912 pedidos de patente vigentes pendentes em 1º de agosto de 2019. A Resolução 240 “disciplina a exigência preliminar do pedido de patente de invenção pendente de exame, sem buscas realizadas em Escritórios de Patentes de outros países, de Organizações Internacionais ou Regionais”, enquanto a Resolução 241 “disciplina a exigência preliminar do pedido de patente de invenção pendente de exame, com o aproveitamento do resultado das buscas realizadas em Escritórios de Patentes de outros países, de Organizações Internacionais ou Regionais”.

Visando aprimorar o exame mediante a emissão de relatórios de busca de anterioridades padronizados, foram instituídas exigências preliminares por meios dos despachos 6.22 e 6.21, aplicáveis a pedidos de patentes depositados até 31 de dezembro de 2016. O despacho 6.21, em conformidade com a Resolução nº 241/19, trata de relatórios de busca limitados aos documentos já citados em outros países. Enquanto o despacho 6.22 é compatível com a Resolução nº 240/19 e versa sobre relatórios de buscas onde é possível fazer referência a documentos identificados em busca nacional. Os referidos despachos trazem ainda a exigência de “que o depositante adéque o pedido e/ou apresente argumentações quanto aos requisitos de patenteabilidade conforme os documentos citados no relatório de busca.”

O plano visa reduzir o *backlog* em 80% até 2021. Os dados disponibilizados pelo INPI mostram que o projeto está efetivamente cumprindo com o objetivo apresentado, levando em conta que, em outubro de 2020, o número se limita à 86.477.

3.4. Manifestações acerca do Plano de Combate ao Backlog

As associações AFINPI, SINDISEP-RJ e ANPESPI¹⁵⁴ impetraram um Mandado de Segurança, com pedido liminar, em desfavor do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial em razão das Resoluções 240 e 241, por conterem, de acordo com os impetrantes, normas inconstitucionais e ilegais.

Em suma, os impetrantes alegaram que as normas violariam o princípio da legalidade, na medida que a Lei obriga o servidor público a elaborar relatório de busca e emitir um parecer conclusivo sobre o pedido de patente, violariam também o princípio da impessoalidade, pois o administrador estaria tratando de forma desigual parte dos administrados ao permitir-lhes que examinassem as patentes em menor tempo, porém em menor qualidade, além do princípio da eficiência, já que a qualidade reduzida pelo menor tempo imposto para a concessão de patentes provavelmente acarretará aumento da litigiosidade judicial sobre direitos patentários. Alegaram também que tais resoluções estariam lesionando as regras de remuneração pelo desempenho dos servidores,

Ao fim, requereram concessão de medida liminar "*inaudita altera pars*", para que a Autoridade Coatora restabelecesse o "*status quo ante*", no sentido de abster-se de suprimir as etapas inerentes ao procedimento de análise e confecção de relatório de busca de anterioridade previsto na Lei 9.279/96.

No entanto, o pedido de liminar contido no mandado foi indeferido por decisão da juíza federal Márcia Maria Nunes de Barros, da 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Na decisão liminar, além de afastar as alegações referentes à violação dos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, tratou, de igual modo, a remuneração pelo desempenho dos servidores.

Ademais, tendo em consideração que a juíza do caso em análise, na decisão liminar, expôs a necessidade de amplo convencimento, incompatível com juízo preliminar, a questão será melhor analisada em fase de sentença. Portanto o processo, atualmente, aguarda sentença definitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado, é notório a importância da Propriedade Industrial, sendo este um fator imprescindível para o desenvolvimento econômico de um país. Dessa forma, é mais do que necessário que haja uma proteção estatal eficiente para que o campo da invenção seja mais protegido e, conseqüentemente, mais produtivo,

¹⁵⁴ AFINPI (Associação Dos Funcionários Do Instituto Nacional Da Propriedade Industrial), SINDISEP-RJ (Sindicato Intermunicipal Dos Servidores Públicos Federais Dos Municípios Do Rio De Janeiro), ANPESPI (Associação Nacional Dos Pesquisadores Em Propriedade Industrial).

considerando que, desta maneira, o estímulo devido a essa área não se mostraria desvantajoso ao colocar em perspectiva a morosidade excessiva encontrada no atual INPI.

A razoável duração do processo, inclusive no âmbito administrativo, é um direito garantido a todos por meio de emenda a constituição, e ao dispor de um prazo de 10 anos para a análise de uma pretensão, evidentemente, coloca esse direito em risco, gerando insegurança jurídica, que vai de desencontro ao progresso econômico almejado.

O INPI tem um longo caminho a percorrer, porém o primeiro passo já foi dado. Os projetos intentados pela autarquia que visam reduzir o extenso número de patentes pendentes de aprovação já encontram-se em funcionamento e, ao que tudo indica, logrando êxito na esfera administrativa, tendo em conta que mais de 60 mil pedidos já foram analisados.

Cuidando de combater o empecilho do *backlog*, o país estará livre para planejar alternativas que visem incentivar o processo inventivo, não apenas no campo de patentes, mas em relação a toda propriedade industrial, podendo depois disso, estruturar políticas públicas que visem trazer para o país inovações tecnológicas que fortaleçam o estímulo a invenção em empresas e instituições de ensino superior.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **A inexplicável política pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial**. Denis Borges Barbosa, ago. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/inexplicavel_politica_publica.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

Brasil. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l9279.htm>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

CARVALHO, S. M. P; FILHO, S. L. M. S; PAULINO, S. R. **Propriedade Intelectual e Dinâmica de Inovação na Agricultura**. *Revista Brasileira de Inovação*, Campinas, SP, vol 5, nº 2, p. 315-340, jun de 2006. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648932>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo Manual de Direito Comercial: direito de empresa/ Fábio Ulhoa Coelho**. - 30. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GARCEZ JÚNIOR, S. S. MOREIRA, J. J. S. **O backlog de patentes no Brasil: o direito à razoável duração do procedimento administrativo.** Rev. direito GV. vol.13 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201708>>, Acesso em: 03 de setembro de 2020.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Plano de Combate ao Backlog.** Disponível em <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/plano-de-combate-ao-backlog-1/plano-de-combate-ao-backlog>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

Instituto da Propriedade Industrial. **Plano PI Digital.** Disponível em:< <https://pi-digital.github.io/overview/>> Acesso em 7 de outubro de 2020.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Resolução INPI/PR nº 240**, de 03 de Julho de 2019.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Resolução INPI/PR nº 241**, de 03 de Julho de 2019.

JANNUZZI, A. H. L; VASCONCELLOS, A.G. **Quanto custa o atraso na concessão de patentes de medicamentos para a saúde no Brasil?** SCIELO. Rio de Janeiro, Vol.33 no.8, 21 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csp/2017.v33n8/e00206516/>>, Acesso em 16 de setembro de 2020.

JUNGMANN, D. M.; BONETTI, E. A. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário.** Brasília: IEL, 2010.

SHERWOOD, Robert. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico.** São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1992.

TESLA, Nikola, 1856-1943. **Minhas invenções: a autobiografia de Nikola Tesla / Nikola Tesla;** tradução Roberto Leal Ferreira. - 1.ed.- São Paulo: Editora Unesp, 2012.

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVAS

JEISIANE DE LIMA BARBOSA:

Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO

RESUMO: O presente artigo aborda o instituto da infiltração policial da Lei nº 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, que é um instrumento indispensável no combate a essas organizações criminosas. Trazendo um breve conceito das organizações criminosas, analisando a infiltração policial com base na referida Lei, salientando o conceito e o objetivo da infiltração policial, apresentando as disposições legais desse procedimento, destacando os fatores éticos da infiltração dos agentes, enfatizando a responsabilidade penal do agente infiltrado e por fim, avaliando as provas obtidas por intermédio da infiltração policial. Com a determinação de expor, que este instituto, através dessas provas, servirá como fundamento legal para uma sentença criminal, contanto que não seja utilizada de forma isolada. Desta forma, para responder as questões centrais do estudo, o método de abordagem a ser utilizado neste trabalho será o método exploratório, onde se implementa o uso de pesquisas científicas sobre o assunto, quais são a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, doutrinas em geral, legislações, jurisprudências, artigos jurídicos, entre outros.

ABSTRACT: This article deals with the institute of police infiltration of Law number 12,850/2013, the Law of Criminal Organizations, which is an indispensable instrument in combating these criminal organizations. Bringing a brief concept of criminal organizations, analyzing the police infiltration based on the aforementioned Law, emphasizing the concept and purpose of police infiltration, presenting the legal provisions of this procedure, highlighting the ethical factors of infiltration of agents, emphasizing the criminal responsibility of the infiltrated agent and finally, evaluating the evidence obtained through police infiltration. With the determination to expose, that this institute, through this evidence, will serve as legal basis for a criminal sentence, provided it is not used in isolation. Thus, to answer the central questions of the study, the method of approach to be used in this work will be the exploratory method, where the use of scientific research on the subject is implemented, which are the bibliographic research of primary and secondary sources, doctrines in general, legislation, jurisprudence, legal articles, among others.

KEYWORDS: Police Infiltration. Criminal Organization. Evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Conceito de organizações criminosas: 3. A infiltração

policial com base na Lei nº 12.850/2013: 3.1 conceito e objetivo da infiltração policial; 3.2 Dos requisitos legais e procedimentos; 3.2.1 Do sigilo e dos relatórios; 3.2.2 Direitos do agente infiltrado e o agente como testemunha. 3.3 Fatores éticos da infiltração do agente; 3.4 Da responsabilidade penal do agente infiltrado; 4 Das provas obtidas na infiltração. 5 Conclusão. 6 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Infiltração Policial. Organização Criminosa. Meio de Provas.

1 INTRODUÇÃO

Haja vista que o crime organizado vem sendo há tempos um dos maiores problemas do país, pois as atividades dessas organizações têm crescido de uma maneira desastrosa, embora não seja um dos assuntos mais recentes, as organizações criminosas tem se tornado um impasse para as autoridades competentes, e ao sistema penal há tempos, uma vez que essas organizações criminosas estão evoluindo arditosamente mais e se tornando um grande problema para a sociedade, em virtude da danosidade de suas condutas, as quais põem em risco a paz, a segurança e a prosperidade do país.

Sendo necessário que fossem providenciadas formas de combate a esta modalidade de crime. A Lei. 12.850/13 (Lei da Organizações Criminosas), surgiu para combater os crimes organizados. Essa lei trouxe maneiras para obtenção de provas, onde se destaca a infiltração policial, contudo as atuações destes agentes ainda geram dúvidas quanto aos seus limites, e como problematização questiona-se: qual a eficiência da infiltração policial no âmbito das organizações criminosas, e até onde o agente em questão pode ir para obter provas.

Visando então, analisar a infiltração policial como instrumento de obtenção de provas em uma organização criminosa e revelar a importância da infiltração destes agentes para combater esse crime. A presunção deste estudo irá contribuir tanto para a sociedade como também para o sistema jurídico penal.

A infiltração e as provas obtidas através desses agentes se apresentam como medida imprescindível na batalha contra o crime organizado. Este artigo buscará considerar os limites que o agente envolvido tem para que as provas obtidas na investigação tenham proteção e legalidade das autoridades judiciais. Considerando ressalvas atuais sobre este assunto surgiu interesse pelo referido tema, com a intenção de definir esses limites na organização criminosa e a legalidade das provas colhidas por intermédio do agente infiltrado, para resultados positivos para a investigação policial.

Sendo assim, que seja provável concluir que o policial infiltrado em uma organização criminosa, diante da Lei 12.850/13, tenha respaldo legal na apuração das provas que serão produzidas.

2 CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A conceituação legislativa de organização criminosa começou a ser desenrolada na Lei nº 12.694/2012 que deu o conceito definitivo a Lei nº 12.850/2013 que versa em seu art.1º, §1º, que diz:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Nucci conceitua a organização criminosa, desta forma:

Organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando o objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes”. (NUCCI,2017, p.14)

A conceituação legislativa de organização criminosa começou a ser desenrolada na Lei nº 12.694/2012 que deu o conceito definitivo a Lei nº 12.850/2013 que versa em seu art.1º, §1º, que diz:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A atual lei ofereceu muitos conceitos novos, criando inúmeros debates jurídicos a serem tratados antes mesmo que o advento da Lei fosse harmonizado na Doutrina, além de conceituar e tipificar o que é a organização criminosa, ofereceu

também importantes institutos a respeito dos meios de provas, com principal destaque neste trabalho, a infiltração policial.

3 A INFILTRAÇÃO POLICIAL COM BASE NA LEI 12.850/2013

3.1 Conceito e objetivo da infiltração policial

A infiltração policial está propositada no art.10 da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), conforme a seguir:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

A infiltração policial pode ser representada como uma técnica investigativa, mediante determinado agente público especializado e fiscalizado pelo Estado que se infiltra em uma organização criminosa, escondendo sua real identidade, ganhando a confiança dos seus membros, com a finalidade de colher material probatório suficiente para desarticular a organização criminosa, tal como, resultar a descoberta dos seus principais integrantes e os crimes a eles imputados, facilitando assim uma investigação policial com mais eficiência.

A infiltração de agentes policiais já constava no art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 (Lei das Drogas), mas somente com a promulgação da Lei nº 12.850/2013 que o atual procedimento foi consagrado, ainda de forma inibida, como um possível meio de obtenção de prova na luta contra o crime organizado.

Conforme Carlos, André (2014) salienta que para derrubar uma organização criminosa geralmente se deve abranger, no mínimo, alguns fatores relevantes, que ele explana da seguinte forma:

- a) Identificação e prisão dos criminosos, inclusive de eventuais agentes públicos participantes do esquema delituoso;
- b) Identificação das fontes de renda da máquina criminosa;
- c) Identificação de eventuais pessoas jurídicas utilizadas para encobrir atividades delituosas perpetradas pela organização;

- d) Identificação da estrutura estabelecida para proceder à lavagem de capital;
- e) Identificação (e posterior apreensão) dos bens provenientes, direta ou indiretamente, da prática dos delitos cometidos pela organização;
- f) Recuperação de eventuais bens públicos desviados pela organização criminosa, e outros aspectos.

Dessa maneira, se pode conceituar o policial infiltrado como um agente preparado para situação, que esconde sua real identidade, para adentrar em uma organização criminosa, com fim de obter provas da atuação ilícita de tal organização, para assim acabar com a organização criminosa.

Para uma infiltração eficaz em seus objetivos, deve possuir algumas características: o disfarce, que é um paliativo da condição do agente infiltrado e seus objetivos reais; a astúcia, já que a operação de infiltração terá como base o fingimento do agente para alcançar a confiança dos criminosos; e a interatividade, que consiste na relação que se formará entre o agente infiltrado e os membros da organização criminosa.

3.2 Dos Requisitos Legais e Procedimentos da Infiltração Policial

Com o objetivo de legalizar a infiltração de agentes como recurso essencial para obter provas, nos artigos 10 e seguintes, foi efetivado os requisitos legais e os procedimentos a serem acolhidos. Importante salientar que o Projeto de Lei do Senado nº 150/06, não havia o regulamento do agente infiltrado, o Senador Aloízio Mercante, Relator, retratou em parecer os motivos de regularizar esse instituto, como descrito abaixo:

A infiltração de agentes apresenta-se como medida fundamental no combate ao crime organizado. Por meio de tal instituto, será possível acompanhar todo o inter criminis da organização criminosa, bem como descobrir o seu modus operandi, resultados estes não alcançados por outras técnicas previstas em nossa legislação. Não custa repetir que esta medida de investigação é uma das mais invasivas e arriscadas; põe em risco a vida ou a integridade física do agente infiltrado e pode dar motivo à responsabilização civil do Estado, tanto pelo agente vir a ser vítima, como pelo fato de o agente poder gerar dano a outrem.

Logo, com base no art. 10, *caput*, da Lei de Organizações Criminosas, que afirma “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo Delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público”. Destacando à medida que será demandada. Dispõe também, sobre a plena competência, do magistrado autorizar a infiltração policial de forma motivada, circunstanciada e sigilosa, para que seja estabelecido os limites da operação.

No parágrafo 1º do art.10, com a hipótese de representação do delegado de polícia, antes de haver qualquer decisão do juiz competente, o mesmo deverá ouvir o Ministério Público.

No parágrafo 2º enfatiza “será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”. O que se pode definir que a infiltração é uma medida bastante excepcional, visto que o parágrafo esclarece que essa medida especial de prova terá que ser realizado somente no âmbito das infrações das organizações criminosas, tornando-se fundamental que não tenha outro recurso de conseguir as provas.

Ainda sobre o *caput* do art. 10, que também esclarece, que a infiltração será realizada por “agentes de polícia em tarefas de investigação”, com a referência a agente de polícia, dando a entender que são os policiais civis e policiais federais.

E quanto ao prazo indicado para tempo de duração da operação do agente infiltrado, são de seis meses, consoante no parágrafo 3º, art.10, da Lei 12.850/2013, devendo haver prorrogações, dependendo da necessidade da investigação. Se houver essa necessidade, o juiz irá analisar cautelosamente os pedidos eventuais de prorrogação do tempo estipulado em lei, para resguardar a segurança jurídica.

Isto posto, é plausível enumerar os requisitos legais e procedimentos para se usar esse excelente método probatório, que são:

- a) agente policial (federal ou estadual);
- b) tarefa de investigação;
- c) autorização judicial motivada;
- d) indícios de materialidade;
- e) subsidiariedade;
- f) prazo máximo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado;

g) relatório circunstanciado;

h) momento oportuno para a infiltração policial (durante o inquérito policial ou a instrução criminal).

3.2.1. Do Sigilo e dos Relatórios:

A investigação do agente infiltrado deve ser completamente sigilosa, conforme o art.12, caput, da lei 12.850/2013, exigindo sigilo absoluto, de tal modo a resguardar a identidade real do agente, e o triunfo da medida. Isentos desse sigilo somente o delegado de polícia, o magistrado e o membro responsável do Ministério Público e a Polícia.

Quanto as informações da infiltração posteriormente a operação do agente, o parágrafo 1º, art.12, exige sigilo máximo, de forma que as informações obtidas durante a investigação serão de imediata encaminhadas ao juiz competente, que tem até vinte e quatro horas após requerimento do Ministério Público ou da representação do delegado de polícia.

A respeito do parágrafo 2º do art.12, frisa que os advogados dos integrantes das organizações só terão acesso aos autos da infiltração, depois da denúncia feita pelo Ministério Público, prestigiando os princípios do contraditório e ampla defesa. Percebe-se na parte final do dispositivo citado, que a identidade do agente infiltrado sempre será protegida, não sendo revelada em nenhum momento do processo, para proteção integral do agente, também posteriormente a investigação.

Existem dois tipos de relatórios na Lei 12.850/2013, um que consta no art.10, §5º, que é o relatório do exercício da infiltração, que é feito pelo próprio agente durante o inquérito policial, por disposição do delegado ou requisição do Ministério Público, que poderão estimar se as medidas realizadas para colhimento de provas pelo agente infiltrado, acataram o disposto no mandando de infiltração.

O segundo, que está evidente no §4º, art.10 da mesma lei, que é o relatório circunstanciado da infiltração policial, que deverá ser escrito pelo delegado de polícia, depois do prazo de seis meses, ou a cada seis meses se for possível a renovação, sendo endereçado ao juiz competente, que informará de imediato o Ministério Público. A finalidade desse relatório é checar os materiais probatórios que foram colhidos e que irão poder contribuir para o desfecho da organização criminosa, e também como foi a atuação do agente infiltrando.

3.2.2. Direitos do agente infiltrado e o agente como Testemunha

Os direitos do agente infiltrado estão dispostos no art.14 da Lei 12.850/2013, que predispõe:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9o da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Como se pode verificar no inciso I, o agente não é obrigado a aceitar a tarefa de se infiltrar em uma organização criminosa, não podendo ser punido, de forma direta ou indiretamente, por recusar a tarefa. De igual modo este mesmo direito assegura também o agente infiltrado de desistir durante a operação, livrando-o de qualquer punição administrativa, sejam ambas, a recusa e a desistência, motivadas ou não.

Já os incisos II e III referem-se ao direito de o agente ter sua idade mudada, suas informações completas resguardadas. Além disso, esses mesmos direitos podem ser ampliados ao cônjuge, ascendentes, descendentes e dependentes, conforme disposto na lei 9.807/99.

Visto isso, há certa polêmica acerca do agente infiltrado como testemunha, visto que há direitos que resguardam sua identidade usando o princípio do sigilo e integridade física do agente, e o outro lado que usa os preceitos dos princípios do contraditório e ampla defesa do acusado de enfrentar as provas colhidas pela infiltração.

Conseqüentemente, o mais justo seria o magistrado recorrer ao princípio da concordância pratica, também chamado de princípio da harmonização, analisando no caso concreto, se será necessário o agente infiltrado depor em estipulado processo, visto que não anularia o direito do sigilo de sua identidade, logo, como

certifica o Superior Tribunal de Justiça no Resp. 984.803, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi:

A solução deste conflito não se dá pela negação de quaisquer desses direitos. Ao contrário, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio onde os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora

Ademais o art. 14, nos incisos II e III, da Lei 12.850/13, é possível usar o agente infiltrado como testemunha, desde que tenha decisão fundamentada dispondo da necessidade deste em juízo, além de que deverá resguardar a identidade do policial, devendo, portanto, manter o sigilo de sua qualificação, mesmo quando estiver atuando como testemunha, sendo este o entendimento de Marcelo Rodrigues da Silva.

No HC 90.321/SP, o STF entendeu que não fere o direito de defesa do acusado o fato da testemunha manter sua qualificação em sigilo, tendo como fundamento a integridade física da testemunha.

Portanto, é coerente que o agente infiltrado seja usado como testemunha, contanto que seja analisado o caso concreto e que tenha decisão sigilosa e fundamentada, autorizada, não precisando qualificar nos autos e atendendo as garantias de proteção a testemunhas.

3.3 Fatores éticos da infiltração do agente

A infiltração policial é um instrumento de investigação especial e ainda é um assunto polêmico a ser debatido. Sendo defendida por uns e desaprovada por outros. Ainda que seja um método bastante eficaz, ocasiona uma certa polemica quanto ao seu valor ético. Então, se questiona, se o descumprimento a alguns princípios constitucionais, direitos fundamentais e ainda o cometimento de delitos fossem justificados pelo motivo de a infiltração ser um instrumento de eficácia abraçada na luta contra essas organizações criminosas.

Há doutrinadores que supõem que esse instituto referido é imoral e inaceitável baseiam-se na ideia de que, com sua admissão, o Estado, por meio do agente infiltrado atuando, estaria cometendo infrações e assim colaborando ainda mais com a organização criminosa, violando, assim os princípios da legalidade e da moralidade administrativa do art. 37, caput, da CF/88. O que não é aceitável em um Estado Democrático.

Compartilhando desse raciocínio, Friede e Carlos destacam Franco, que assevera:

(...) o agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se, como racional e justo, que, próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso. (Carlos, 2014. p. 08)

Afirmam também, que haveria violação ao princípio da ampla defesa, dado que a colocação do agente infiltrado dentro da organização criminosa impediria o suspeito de resguardar o seu direito de silêncio e de não produzir provas contra si, pois por óbvio o integrante da organização criminosa produziria as provas necessárias à sua condenação, sem que ficasse sabendo.

Com isso, do outro ponto de vista, os que defendem adequadamente a infiltração de agentes. Argumentam que não há fator imoral na infiltração, visto que o mecanismo processual será exercido mediante controle judicial e respeitando os limites impostos pela lei.

Corroborando este posicionamento Marllon, Sousa afirmando que:

Deve ser afastada a arguição de inconstitucionalidade material da previsão legal de infiltração policial, sob o fundamento de mácula à moralidade administrativa, cujo exame de compatibilidade constitucional pauta-se não sobre o instituto enquanto realidade ontológica, mas sim na sua regulamentação normativa específica e nos atos efetivamente levados a cabo, utilizando-se das técnicas de valoração e vedação de provas previstas na Constituição de 1988. (SOUSA, 2015, p.81)

Além disso, sabe-se que inexistem direitos fundamentais absolutos, tendo que rever a hegemonia do direito considerável do caso concreto. Devendo prevalecer assim o direito Constitucional do cidadão à segurança em desvantagem de outros que venham a ter restrições relacionadas à atuação do agente infiltrado, como por exemplo, os direitos à vida íntima, à privacidade etc.

Sendo assim, constitucionalmente garantido por lei, de forma que foi introduzida na Lei 12.850/2013. A norma jurídica assegura que a operação do agente infiltrado será feita por intermédio da prévia, fundamentada e circunstanciada autorização judicial, sendo também positivada como um método excelente de se obter provas, assim, a infiltração de agentes no direito brasileiro está de total acordo com os princípios constitucionais e dentro da ética do nosso ordenamento jurídico.

3.4 Da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado

Assunto frequente e um dos pontos principais deste artigo são sobre as infrações que o agente infiltrado poderá cometer durante a investigação em que se introduzirá e quais os limites que este agente tem para obter as provas, além de salientar também qual seria a consequência desses atos ilícitos que poderiam ocorrer.

Na lei antiga foi uma questão bastante polêmica a ser tratada, pois não havia previsão legal sobre a matéria, então a doutrina administrou a discussão sobre este assunto.

Houve quatro correntes, a primeira defendia a causa excludente de antijuricidade. A segunda corrente defendia a isenção de responsabilidade criminal do agente infiltrado em decorrência da existência de atipicidade penal. Já a terceira corrente doutrinária é partidária da tese escusa absolutória, na medida em que reconhece o cometimento de crime por parte do agente infiltrado, mas não o pune por motivos de política criminal. A quarta e última sustentava se tratar de causa de exclusão da culpabilidade por haver a incidência de uma dirimente supralegal, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa. (CLEMENTINO, 2018)

Somente então, com a Lei nº 13.850/2013, Lei de Organizações Criminosas que as discussões chegaram ao fim, visto que no art.13 da referida lei, disciplina:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Previu desta forma, manifesta a possibilidade de o agente infiltrado, no percurso da infiltração, cometer algumas infrações, não sendo punível a sua conduta por inexigibilidade de conduta diversa.

Adotada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade, nessa linha da teoria da acessoriedade limitada, os componentes da organização criminosa que atuam como partícipes poderão ser devidamente punidos pelas infrações praticadas, visto que, a conduta principal do infiltrado é típica e antijurídica.

Porém, deve-se ressaltar que a Lei de Organizações Criminosas, no art.13, caput, abrangeu o princípio da proporcionalidade como medida para a estimativa da inexigibilidade de conduta diversa do agente, podendo a atividade do infiltrado manter a devida analogia com a pretensão da investigação, com pena de responder judicialmente e administrativamente pelos excessos se assim houver.

4 DAS PROVAS OBTIDAS NA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Por fim, é importante analisar o valor das provas obtidas por intermédio da infiltração policial e se essas provas poderão ser usadas como suporte para uma condenação, haja vista como são obtidas. O legislador não definiu sobre a validade que essas provas colhidas por intermédio da infiltração policial poderiam atingir. À vista disso Souza, destaca:

A Lei 12.850/13 não regulou, e dificilmente conseguiria fazê-lo, de forma integral as regras alusivas à captação e posterior introdução no processo, das provas obtidas através do agente infiltrado. A omissão do legislador brasileiro terá de ser suprida pela construção doutrinária e jurisprudencial, inclusive com auxílio do direito comparado

[...]

Parece fora de dúvida que estando a atuação do agente infiltrado autorizada por lei e visando ela especialmente a propiciar aos órgãos de segurança do Estado meios mais eficazes no combate às organizações criminosas, que tantos malefícios tem imposto à sociedade em geral, aquelas provas que forem obtidas sem afronta as garantias de privacidade das pessoas investigadas ou à sua dignidade enquanto pessoas humanas (art. 1º, III) podem ser validamente utilizadas, como seria o caso de através de uma conversa, direta ou não, o agente ficar sabendo o local onde são guardados os produtos do crime, ou o depósito onde estão as drogas etc.

Greco, Filho (2014) também assegura que o valor das provas obtidas por atuação do agente infiltrado, deverá atender as regras do sistema processual penal,

logo, a infiltração sendo frequentemente autorizada, o acolhimento da prova será lícita, extinguindo a configuração do flagrante preparado, visto que não haveria o quesito da impossibilidade absoluta da consumação.

Deste modo, é possível considerar que as provas obtidas intermédio da infiltração policial, são completamente viáveis de serem usadas em processo judicial, haja vista que, o magistrado autoriza previamente, formalizando com que se admita a ilicitude.

Para a legitimidade das provas é fundamental que o policial infiltrado siga os limites e as regras instituídos na legislação, e na decisão que permite o instituto, portanto, não podendo em hipótese nenhuma se portar como um agente provocador, com a pena de invalidação das provas colhidas durante a infiltração.

Nesse sentido disciplina Pacheco, Rafael (2011, p.41), afirmando: “O que realmente importa para legitimar a ação e determinar a validação da prova produzida pelo agente infiltrado é que ele não induza e não instigue os sujeitos envolvidos a praticarem crimes que de outro modo não praticariam”.

Vale destacar, que a infiltração é recurso investigatório que serve para obtenção de provas, para contribuir na fase pré-processual, sendo assim, o objetivo principal é a obtenção de recursos probatórios que irão servir de sustentação em uma ação penal provocada pelo membro do Ministério Público.

Como dispõe o Código de Processo Penal, no art.155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Em tal caso, é essencial pautar a natureza jurídica da infiltração policial, que de acordo com Nucci, (2013, p.75): “é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha”.

Portanto, as provas colhidas através da infiltração policial servirão de base fundamental para a condenação criminal, que como visto, a operação é primeiramente consentida por decisão fundamentada, sigilosa e circunstanciada, por meio da qual o magistrado determina os limites da infiltração, como disposto na lei.

Ademais o agente infiltrado será capaz de fazer relatórios da operação em que esteve, contudo, terá de contar com outras alternativas que tenham a avaliação detalhada do contraditório, exemplificando, o testemunho do agente infiltrado.

5 CONCLUSÃO

Conforme apresentado neste estudo, o agente infiltrado, além de ser capaz de observar todo o *inter criminis* de uma organização criminosa que se infiltrou, poderá também identificar os integrantes que a polícia comum não teria como identificar, bem como, identificar membros do Estado que poderão estar envolvidos e os locais de depósito dos objetos ilícitos. Tornando-se essencial a atuação desses agentes nas organizações criminosas.

Ademais, apresentados os requisitos legais e procedimentos da infiltração policial nos arts.10 e seguintes, se observa que é uma lei inovadora e fundamental. Frisando que a investigação do agente infiltrado deve ser de sigilo absoluto com base no art.12 da Lei 12.850/2013. E quanto aos relatórios da operação, há duas formas, o relatório da atividade de infiltração, que é feito pelo agente durante o inquérito policial e o relatório circunstanciado que é escrito pelo Delegado de polícia após a operação.

Além disso, este artigo explanou sobre o agente infiltrado como testemunha, que é um ponto onde a doutrina ainda não se uniu, por ser um tema bastante complexo e a legislação ser evasiva neste quesito. Contudo, neste artigo se adota a colocação de que o agente infiltrado pode ser usado como testemunha, contanto que sejam atendidas as características da legislação especial em questão, que são, assegurar sua qualificação em sigilo e valer-se das normas protetivas à testemunha, além de ter que haver a existência de uma decisão judicial autorizada. Desta forma, se tem como fundamento o princípio da harmonização constitucional.

A presente pesquisa explanou que a infiltração policial se encontra dentro dos valores éticos e morais constitucionais, fundamentando-se no princípio da segurança jurídica. Que segundo alguns doutrinadores, havia confronto com o princípio da moralidade constitucional, por deduzirem que a infiltração contravinha a moral, devido ao Estado autorizar policiais a praticar infrações em algum momento da infiltração. Todavia, fazendo uso da harmonização constitucional é completamente ético e possível o método do agente infiltrado.

Um dos importantes tópicos tratados neste artigo científico, foi sobre a responsabilidade penal do agente, que durante o curso da operação da infiltração, estaria sujeito a cometer infrações dada sua situação na organização criminosa, ponto que também foi bastante discutido nas antigas leis, que se encerrou com o art.

13 da lei 12.850/2013, que deu possibilidade de o agente infiltrado, no percurso da infiltração, cometer algumas infrações, não sendo punível a sua conduta por inexigibilidade de conduta diversa. Destacando no mesmo artigo que se houver excessos por parte do agente, o mesmo, respondera pelos excessos.

Por fim, o trabalho analisou o valor das provas obtidas, tendo como fundamento legal o art.155 do CPP. Que, portanto, se conclui que as provas obtidas por intermédio da infiltração policial, servem legalmente como evidência para uma condenação criminal, contanto que sejam adicionadas de outros elementos de provas que deduza o princípio do contraditório e comprovem as provas obtidas na infiltração policial.

Diante do exposto, constata-se que os legisladores acertaram em definir de forma explícita o instituto do agente infiltrado, ocasionando assim que a investigação tenha mais recursos excepcionais e provas para combater uma organização criminosa. Tornando a infiltração policial um método comprovadamente legal e necessária para obter provas legais para uma condenação criminal.

6 REFERÊNCIAS

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 16

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 23

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 36/37

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2014. p. 23.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. Apud FRANCO, Alberto Silva. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. Pág. 08.

CLEMENTINO, Cláudio. Uma análise sobre a infiltração de agentes à luz da Lei 12.850/13. Jus.combr, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65912/uma-analise-sobre-a-infiltracao-de-agentes-a-luz-da-lei-12-850-13/2>. Acesso em: 20/11/2020.

Código de Processo Penal, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20/11/2020

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/11/2020

Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>. Acesso em 20/11/2020

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5379990&tipo=51&nreg=200702099361&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090819&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20/11/2020

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 40

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 44

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 40.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 41.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p. 18.

Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20/11/2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.14

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013 p. 75.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2011. p. 138.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 81.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional - Incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas)**. 2ª Ed. Rev. Curitiba. Juruá. 2014. p. 292.

IMPORTÂNCIA DA CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO

CARLOS ARIEL MÉDIS: Graduado em Engenharia de Alimentos (FEF) e Graduando em Ciências Contábeis (FEF)

MATHEUS PEREIRA LUZ¹⁵⁵

(coautor)

ELAINE DORO MARDEGAN COSTA¹⁵⁶

(orientadora)

RESUMO: Contabilidade aplicada ao setor público tem por objetivo fornecer aos usuários informações sobre os resultados alcançados e os aspectos de natureza orçamentária, econômica, financeira e física do patrimônio da entidade. Objetivou-se verificar a importância da contabilidade aplicada ao setor público e entender como pode auxiliar o gestor à tomada de decisões. Efetuou-se pesquisa descritiva bibliográfica, sendo análise em livros, doutrinas e artigos científicos publicados em revistas com *Qualis*, bem como, legislações existentes sobre o assunto, impressos ou disponíveis em meio eletrônico. A contabilidade Pública no Brasil baseia-se na Lei nº 4.320, de 17/03/1964, e se torna o principal instrumento de defesa, controle e gestão do patrimônio das organizações que recebem direta ou indiretamente recursos públicos. Entretanto, com advento da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, ocorreram modificações importantes a respeito da aplicação, planejamento e transparência do erário público. Em detrimento a harmonização da contabilidade as normas internacionais, foi publicada a Portaria nº 184/2008, com diretrizes e procedimentos para divulgação das demonstrações contábeis. Diante o exposto, nota-se que a contabilidade pública oferece informações que podem evidenciar o comportamento da receita e despesa orçamentária, do patrimônio público, com mensuração de produtividade e eficácia para o contínuo aperfeiçoamento das ações governamentais e, em cumprimento as legislações vigentes, possibilita transparência e benefício direto à população. Assim, concluiu-se que a contabilidade pública auxilia o gestor na tomada de decisões, vez

¹⁵⁵ Graduando em Ciências Contábeis (FEF)

¹⁵⁶ Bacharel em Ciências Contábeis (FACICA-Votuporanga, SP); Licenciatura Plena em Filosofia (CLARETIANO-Batatais, SP) e Pedagogia (FAER-Olímpia, SP). Especialização em Economia Empresarial, Análise Financeira e Contábil (CEUV-Votuporanga, SP), Educação Inclusiva: uma perspectiva interdisciplinar (FIU-Pereira Barretos-SP) e Neuropedagogia Aplicada a Educação (FATECE-Pirassununga – SP). Mestre em Filosofia - área de concentração Ética (PUC-CAMPINAS), docente (FEF-Fernandópolis, SP), UNIFUNEC e Ensino Fundamental - Ciclo II (Santa Fé do Sul, SP).

que oferece informações necessárias para elaborar estratégias e adoção de medidas para melhorar o gerenciamento da administração da entidade pública.

Palavras-chave: Contabilidade Pública. Setor Público. Administração Pública. Tomada de Decisão. Legislações.

1 INTRODUÇÃO

Contabilidade Pública é o ramo da Contabilidade que coleta, registra e controla os atos e fatos relacionados ao patrimônio público e suas variações, bem como acompanha a execução do orçamento. Também é responsável por registrar a arrecadação de receitas e a execução das despesas públicas, de forma a controlar os atos e fatos relacionados ao patrimônio e ao orçamento público (ALMEIDA, 1994).

O principal objetivo da contabilidade pública é o de proporcionar à administração informações atualizadas e exatas que possam ser expressas em termos monetários, sendo possível informar os reflexos das transações realizadas de modo a possibilitar as tomadas de decisões, para o cumprimento da legislação vigente, e ainda, demonstrar a situação econômico-financeira da entidade em um determinado momento. (COELHO; COSTA; SOUZA, 2018).

Assim, fundamentou-se o objetivo do presente artigo para verificar a importância da contabilidade aplicada ao setor público e entender como pode auxiliar o gestor à tomada de decisões.

Para realizá-lo, efetuou-se a pesquisa descritiva, realizada por meio de revisão bibliográfica, sendo a análise da literatura em artigos, periódicos científicos, livros, teses e dissertações impressas e/ou disponíveis em meio eletrônico.

Sendo proposta, a revisão bibliográfica em 3 capítulos, cujos caminhos percorridos na literatura foram, exatamente, para responder à pergunta que embasou a escrita deste artigo: qual a importância da contabilidade aplicada ao setor público?

Os Capítulos do referido trabalho, foram organizados com base nos objetivos específicos, sendo no primeiro capítulo, demonstra-se a fundamentação teórica, baseada nos conceitos apresentados por diversos autores e na legislação brasileira vigente que tratam sobre o tema escolhido. Inicia-se com a conceituação do termo de contabilidade e contabilidade pública, sua forma de atuação, fundamentos e legislação. Em seguida, o segundo capítulo apresenta a abordagem e explicação sobre a definição da administração pública, bem como as características e o planejamento relacionado gestão pública. Já o terceiro capítulo finaliza a discussão

com a análise sobre a importância da contabilidade aplicada ao setor público e como pode auxiliar o gestor à tomada de decisões.

E para encerrar nas considerações finais, espera-se apresentar os fundamentos para confirmar a hipótese de pesquisa.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Contabilidade pública: atuação, fundamentos e legislações

Contabilidade é a ciência que tem por objetivo o estudo das variações quantitativas e qualitativas ocorridas no patrimônio (conjunto de bens, direitos e obrigações) das entidades (qualquer pessoa física ou jurídica que possui um patrimônio). (FERNANDES, 2018).

Contabilidade Pública é o instrumento que proporciona à administração pública as informações e controles necessários à melhor condução dos negócios públicos. (SANTOS; REIS, 2005).

No Brasil, a contabilidade pública, baseia-se na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que instituiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. E, seu objetivo é o controle sistemático dos recursos econômico-financeiros do Estado, por meio das ações administrativas de seus agentes. (SANTOS; REIS, 2005)

De acordo com a Lei nº 4.320/1964, a contabilidade pública pode ser definida, como o ramo da contabilidade que registra, controla e demonstra a execução dos orçamentos, dos atos e fatos da fazenda pública e o patrimônio público e suas variações. Além de registrar a previsão da receita e a fixação da despesa estabelecida no orçamento público aprovado para o exercício, escritura a execução orçamentária, compara a previsão das receitas e a fixação das despesas. (BRASIL, 1964).

Contabilidade Pública segundo Coelho, Costa e Souza (2018) está interessada também em todos os atos praticados pelo administrador, que se tornam representativos de valores potenciais que podem afetar o patrimônio futuramente, sejam elas de natureza:

- orçamentária: previsão da receita, fixação da despesa, empenho, descentralização de créditos etc.;
- administrativa: contratos, convênios, acordos, ajustes, avais, fianças, valores sob a sua responsabilidade, comodatos de bens, etc.

O sistema contábil público brasileiro, segundo Kohama (2014, p. 26) pode ser definido como “a estrutura de informações para identificação, mensuração, avaliação, registro, controle e evidenciação dos atos e fatos da gestão do patrimônio público”.

De acordo com Kohama (2014, p. 25):

A Contabilidade pública é um dos ramos mais complexos da ciência contábil e tem por objetivo captar, registrar, acumular, resumir e interpretar os fenômenos que afetam as situações orçamentárias, financeiras e patrimoniais das entidades de direito público interno, ou seja, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, através de metodologia especialmente concebida para tal, que utiliza de contas escrituradas segundo normas específicas que constituem o Sistema Contábil Público.

O objeto de qualquer Contabilidade é o patrimônio; assim, o patrimônio público constitui o campo de aplicação da Contabilidade Pública e, por isso, torna-se responsável por registrar todos os fatos administrativos decorrentes da execução dos serviços públicos, tais como: previsão e arrecadação de receitas, autorização e realização de despesas, conservação de bens, apuração de resultados, levantamentos de balanços, etc. (REIS; SANTOS, 2005).

Segundo os autores Coelho, Costa e Souza (2018) a contabilidade pública não está interessada somente no patrimônio e suas variações, mas, também, no orçamento e sua execução (previsão e arrecadação da receita e a fixação e a execução da despesa).

A função da análise contábil também remete ao conhecimento de receitas e despesas, no entanto, os relatórios produzidos são direcionados não apenas para subsidiar decisões, mas também para prestar contas à sociedade e, caso necessário, responsabilizar agentes públicos. (ROVEDA, 2018).

Conforme Roveda (2018) a (NBC) Norma Brasileira de Contabilidade, publicada pelo (CFC) Conselho Federal de Contabilidade em 2016, informa que os Relatórios Contábeis de Propósito Geral das Entidades do Setor Público se destinam a apurar:

- se a entidade prestou seus serviços à sociedade de maneira eficiente e eficaz;
- quais são os recursos atualmente disponíveis para gastos futuros, e até que ponto há restrições ou condições para a utilização desses recursos;

- as mudanças na carga tributária, que recaem sobre os contribuintes em períodos futuros para pagar por serviços correntes;
- e, se a capacidade da entidade para prestar serviços melhorou ou piorou em comparação com exercícios anteriores.

A contabilidade pública era regulamentada somente pela Lei nº 4.320/1964, que instituiu as normas para o balanço e orçamento público, que devem ser seguidas pelos órgãos públicos das administrações direta e indireta da União, Estados e Municípios, pelas fundações e autarquias, fundos municipais, empresas estatais dependentes, referentes a controles orçamentários e fiscais (ANDRADE, 2012).

Mas, em 2000, foi publicada a Lei Complementar nº 101 de 04 de maio, chamada de (LRF) Lei de Responsabilidade Fiscal, a partir dessa lei, houve maior controle e organização da aplicação do erário, pois utiliza leis e planos para que os investimentos sigam as prioridades das administrações, para facilitar o entendimento da contabilidade pública acerca dos lançamentos realizados. Este por sua vez, pode ser acompanhado pelo cidadão, devido ao princípio da transparência. (CFC, 2018).

O principal objetivo da LRF consiste em estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, que abrangem ações planejadas e transparentes, prevenção de riscos e correção de desvios que afetem o equilíbrio das contas públicas e a garantia de equilíbrio nas contas, pelo cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas. (CFC, 2018).

A fim contribuir na aproximação e harmonização das normas brasileiras de contabilidade pública com as regras internacionais, o Ministério da Fazenda, publicou a Portaria MF nº 184, de 25/08/2008. Referida portaria dispõe sobre as diretrizes a serem observadas pela área pública em relação aos procedimentos, práticas, elaboração e divulgação das demonstrações contábeis, de forma a torná-los convergentes às do IPSAS (publicadas IFAC) e às Normas Brasileiras de Contabilidade aplicadas ao Setor Público – NBCASP (editadas pelo CFC). (DARÓS; PEREIRA, 2015)

Uma das vantagens da harmonização é o fluxo de recursos econômicos e de profissionais entre empresas e mercados internacionais. Dessa forma, há a necessidade de participação efetiva dos profissionais da área e do meio acadêmico nesse processo, criando condições para que a harmonização das normas contábeis deixe de ser um simples objetivo a ser buscado e se torne realidade. (MADEIRA; SILVA; ALMEIDA, 2004)

A Secretaria do Tesouro Nacional recebeu, por meio da Portaria MF nº 184/2008, a incumbência, enquanto órgão central do Sistema de Contabilidade

Federal, de editar normativos sobre os procedimentos contábeis e o plano de contas de âmbito nacional, em busca da elaboração e publicação das demonstrações consolidadas, conforme as normas emanadas do CFC. (SILVA, 2019)

Ainda no ano de 2008, foram publicadas pelo Conselho Federal de Contabilidade em 21/11/08 as 10 primeiras Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, dentre elas, a Resolução CFC nº 1.128/08, que aprova a NBC T 16.1, que dispõe sobre Conceituação, Objeto e Campo de Aplicação. (DARÓS; PEREIRA, 2015)

A NBC T 16.1 do CFC conceitua a contabilidade aplicada ao setor público como o ramo da ciência contábil que aplica, no processo gerador de informações, os princípios fundamentais de contabilidade e as normas contábeis direcionados ao controle patrimonial de entidades do setor público. (CFC, 2008)

A norma define que o objeto da Contabilidade Pública (CFC, 2008) é o patrimônio da entidade pública. Este ramo da Contabilidade estabelece as normas e as técnicas próprias de contabilidade que são aplicadas por todos os entes, que recebam, guardem, apliquem ou movimentem recursos públicos. (SOARES; SCARPIN, 2010)

2.2 Administração Pública, Características e Planejamento da Gestão Pública

O conceito de administração pública é amplo, pois abrange diferentes campos da atividade administrativa, já que levam em consideração que esse campo atinge tanto Municípios, Estados e União, bem como os seus entes diretos e indiretos, visto que lidam direta e indiretamente com o erário público. (MEIRELLES, 2008).

Em síntese, conforme aborda Meirelles (2008) administrar é gerenciar interesses próprios ou de terceiros, conforme previsto em lei, a moral e os costumes. Quando o indivíduo gere seus bens e interesses, se lida com o conceito de administração particular, contudo, quando cuida dos interesses e de bens da coletividade, é chamada administração pública. Ou seja, tendo todas essas informações somadas, pode-se afirmar que essa forma de administração é quando um grupo de servidores, independente se serem em âmbito federal, estadual ou municipal, gerencia bens e interesses qualificados da comunidade. Contudo, conforme previsto no direito devem levar em consideração a prática da moral, de forma a evidenciar o interesse comum.

Uma das características elementares da administração pública é controlar as contas administrativas, entre o déficit orçamentário e a dívida pública, bem como obter informações econômica, financeira e patrimonial que permitam aos

participantes da administração, determinarem as ações condizentes para que o erário seja devidamente destinado, ou seja, atenda aos serviços básicos, com dignidade aos cidadãos de determinada região. (COSTA, 2010).

As leis que regem a administração pública são de extrema importância para se atingir objetivos e colocar em prática os projetos e demais investimentos essenciais à condução das ações públicas. (COSTA, 2010).

A Lei nº 4.320/64, em seu capítulo X, trata das autarquias e outras entidades, que compreendem as com autonomia financeira e administrativa, cujo capital pertença integralmente ao poder público. (BRASIL, 1964).

Dessa maneira, a estrutura da administração pública atendida pela contabilidade seria, conforme Reis e Santos (2005):

- Administração Direta que compreende o núcleo central constituído dos órgãos máximos dos três poderes e seus subordinados (Poder Legislativo e o Poder Executivo – ambos no âmbito Federal, Estadual e Municipal e o Poder Judiciário – no âmbito Federal e Estadual).
- Administração Indireta que corresponde à organização administrativa das pessoas jurídicas vinculadas, que são criadas pelo Estado para com ele comporem a Administração Pública, auxiliando-o no exercício da atividade administrativa.

O controle da administração pública é fundamentado em duas categorias como relata os autores abaixo citados:

- O controle efetivo pela máquina estatal a qual fiscaliza a mando do Poder Público e o Controle Social realizado pelo cidadão e, por isso, deve exigir dos seus representantes as medidas cabíveis para melhorar os serviços básicos e, quando sustentáveis, solicitar inovações para gerar uma sociedade com condições mais favoráveis ao convívio e desenvolvimento das inter-relações capazes de promover o bem comum. Importante ressaltar que o controle estatal é estabelecido como: Administrativo, Legislativo e Judiciário. E a localização do controlador é chamada de: Interno, Externo e Social. (RAMOS; CONCEIÇÃO, 2006).
- O controle exercido pela administração pública é realizado por cinco funções universais que deveriam ser exemplares para o funcionamento dos municípios, como: prever, organizar, comandar, coordenar e controlar e, que não são perfectíveis, pois estão sujeitas a algumas falhas, tais como de sistema, pessoal ou de comunicação. Estes por sua vez, interferem no

processamento de informações que alimentam os responsáveis pelas tomadas de decisão. (BARROSO; BARROS, 2009).

Brasil (1988) no artigo 165 da Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios que regem o processo de planejamento como forma de instrumentar e fixar a hierarquia dos processos conforme planos e leis que devem ser seguidas:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...) (BRASIL, 1988, não paginado).

Plano Plurianual (PPA) é elaborado para a duração de quatro anos, sendo possível permitir ao governo ações para que sejam atingidos os objetivos e metas que são fixadas com essa forma de planejamento. (MARTINS, 2010).

Já (LDO) Lei de Diretrizes Orçamentárias é um instrumento de planejamento com metas e prioridades a serem realizadas pela administração pública para o exercício financeiro, sempre com pensamento no futuro da próxima administração, para diminuir os riscos de *déficit* com a elaboração da (LOA) Lei Orçamentária Anual. (LOPES, 2018).

Segundo Costa (2010) a LOA possui em sua composição, três tipos distintos de orçamentos da União que se complementam para auxiliar a LRF, veja abaixo:

a) Orçamento Fiscal: compreende os poderes da União, os Fundos, Órgãos, Autarquias, inclusive as especiais e Fundações instituídas e mantidas pela União. Abrange, também, as empresas públicas e sociedades de economia mista em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que recebam desta, quaisquer recursos que não sejam provenientes de participação acionária, pagamentos de serviços prestados, transferências para aplicação em programas de financiamento atendendo ao disposto na alínea "c" do inciso I do art. 159 da CF, e refinanciamento da dívida externa;

b) Orçamento de Seguridade Social: compreende todos os órgãos e entidades a quem compete executar ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social, seja da Administração Direta ou Indireta, bem como os fundos e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Compreende ainda, os demais subprojetos ou subatividades, não integrantes do programa de trabalho dos Órgãos e Entidades acima relacionados, mas que se relacionem com as referidas ações, tendo em vista o disposto no art. 194 da CF; e

c) Orçamento de Investimento das Empresas Estatais: previsto no inciso II, parágrafo 5º do art. 165 da CF, abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. (COSTA, 2010, p. 22).

Quanto à aplicação dos recursos públicos, esta por sua vez deve ser realizada conforme previsto em orçamentos e planos de investimentos que são padronizados pela legislação, conforme o plano plurianual. E a LDO e LOA, além de contar com habitualidades e procedimentos determinados por normas jurídicas, no qual os demonstrativos contábeis refletem, quando devidamente lançados os dados, determina a legislação específica, tendo seus modelos e a normatização aplicada a todas as esferas administrativas. (SILVA, 2012).

Para que ocorra um planejamento eficaz e eficiente, junto ao PPA, LDO e LOA torna-se de extrema importância ser conhecedor das receitas e despesas públicas. Já que a receita pública corresponde às arrecadações realizadas pelos cofres públicos, por meio de recebimento de dinheiro, de bens que representam valores que o governo possa ter o direito de recebê-los. (SILVA, 2012). E a despesa pública é o conjunto de dispêndios realizados pelos entes públicos a fim de saldar gastos fixados na lei do orçamento ou em lei especial, que visa à realização e ao funcionamento dos serviços públicos. A despesa faz parte do orçamento e corresponde às autorizações para gastos com as várias atribuições governamentais (JUND, 2008).

2.3 Importância da Contabilidade Pública

Contabilidade pública constitui-se o ramo da ciência contábil que deve observar os princípios de contabilidade e seus pronunciamentos técnicos, que representa a essência das doutrinas e teorias relativas a essa ciência, pois estabelece um conjunto de conceitos para escrituração e uma análise contábil. Os princípios são as bases e deverão ser de observância obrigatória na administração pública. Todos os órgãos e entes da administração devem observar esses princípios, pois servem de

base para a boa prática contábil. (PINTO, 2013).

Conforme disposto na Resolução Conselho Federal de Contabilidade - CFC nº 1.128 de 21.11.2008, a contabilidade aplicada ao setor público é o ramo da ciência contábil que aplica, no processo gerador de informações, os Princípios de Contabilidade e as Normas Brasileiras Contábeis direcionados ao controle patrimonial de entidades do setor público. (CFC, 2018).

As Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público – NBCASP são editadas pelo CFC e trazem os conceitos e procedimentos patrimoniais que passam a ser exigidos na contabilidade pública municipal. (CFC, 2008).

Os principais objetivos das atuais Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público segundo o NBCASP (2013, p. 9) são:

- mensurar e evidenciar melhor o patrimônio público;
- utilizar conceitos científicos e não apenas legais;
- convergir às práticas contábeis ao padrão internacional;
- instrumentalizar o controle social;
- e prestar contas de forma mais transparente.

Para Brasil (1964) a LRF em seu artigo 1º, § 1º, dispõe que:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL, 1964, não paginado).

O objetivo da Contabilidade pública como descreve o CFC (2018) é o de fornecer:

- à administração informações atualizadas e exatas para subsidiar as tomadas de decisões;
- informações aos órgãos de controles interno e externo, para o cumprimento da legislação;
- informações estatísticas e outras de interesse dessas instituições governamentais e particulares.

Neste sentido, o objeto é o patrimônio público das entidades. Assim Kohama (2003, p. 193) afirma que "o patrimônio público por analogia compreende o conjunto de bens, direitos e obrigações avaliáveis em moeda corrente, nas entidades que compõem a administração pública".

Slomski (2013) afirma que a contabilidade pública tem o objetivo de demonstrar o patrimônio da entidade, evidenciar os atos e fatos relativos à administração orçamentária e os atos ligados aos eventos da sua gestão financeira e patrimonial.

O artigo 83 da Lei nº 4.320/64, trata das disposições gerais da Contabilidade aplicada ao setor público: "A contabilidade evidenciará perante a Fazenda Pública a situação de todos quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens a ela pertencentes ou confiados". (BRASIL, 1964, não paginado).

Conforme Brasil (1964) o artigo 84 da referida lei, demonstra a importância dos serviços de contabilidade para que os agentes responsáveis, Tribunal de Contas e órgãos equivalentes, efetuem os controles e fiscalizações dos bens ou erário público.

Organização dos serviços contábeis ao setor público é descrita por Brasil (1964), da seguinte forma:

Art. 85. Os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a determinação dos custos dos serviços industriais, o levantamento dos balanços gerais, a análise e a interpretação dos resultados econômicos e financeiros. (BRASIL, 1964, não paginado).

Para que possam ser prestadas informações contábeis das mais diversas naturezas e para que haja uniformidade na escrituração contábil de todos os entes governamentais, é necessário a utilização de um plano de contas. O plano de contas é uma relação de contas que possibilita o controle dos elementos patrimoniais de uma entidade e permite demonstrar a situação orçamentária, financeira, patrimonial e econômica. (FEIJÓ; RIBEIRO, 2014).

O plano de contas aplicado ao setor público é uma das maiores conquistas da contabilidade no setor público, pois permite diversas inovações, como cita MCASP (2014):

- segregação das informações orçamentárias e patrimoniais;
- registro dos fatos que afetam o patrimônio público segundo o regime de competência;
- registro de procedimentos contábeis gerais em observância às normas internacionais;
- e elaboração de estatísticas fiscais nos padrões exigidos internacionalmente.

De acordo com a NBC T 16.1 a função social da contabilidade aplicada ao setor público é evidenciar informações necessárias à tomada de decisões, à prestação de contas e à instrumentalização do controle social. (CFC, 2008)

A contabilidade é quem fornece os dados e informações corretas de que o gestor necessita para embasar suas escolhas e decisões, a partir de relatórios, que também são conhecidos como demonstrações contábeis (ULBRA, 2009).

As informações contábeis são repassadas para o gestor por meio das demonstrações contábeis tais como: Balanços Orçamentário, Financeiro e Patrimonial e das Demonstrações das Variações Patrimoniais, dos Fluxos de Caixa e das Mutações do Patrimônio Líquido e dos relatórios exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, como: Relatório Resumido da Execução Orçamentária e Relatório de Gestão Fiscal. (SANTOS; CASTRO, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contabilidade em órgãos públicos apresenta diferenças em relação à contabilidade realizada para em empresas privadas. Apesar de ambas tratarem sobre as questões financeiras, orçamentárias e patrimoniais, seus objetivos são exatamente diferentes.

Assim, pode-se relatar que a contabilidade pública por meio de registro possibilita a gestão, o controle e análise dos fatos ocorridos, tais como: arrecadação de receitas, realização da despesa, administração e guarda de bens pertencentes à Fazenda Pública, bem como, a seguridade da aplicação correta dos recursos e o atendimento as necessidades da população.

Diante do trabalho apresentado, com o embasamento teórico e estudo da revisão bibliográfica, pode-se observar em Kohama (2013) que a contabilidade pública é um dos ramos mais complexos da ciência contábil, pois visa resguardar o patrimônio da entidade pública. Contudo, Coelho, Costa e Souza (2018) demonstram que a contabilidade pública não tem interesse somente no patrimônio e suas variações, mas, também, no orçamento público e sua execução.

Segundo Darós e Pereira (2015) as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público são importantes para a implementação de dispositivos contidos na Lei de responsabilidade fiscal e Lei nº 4.320/64, tais como a implementação de sistema de custos, ampliação do controle contábil sobre o cumprimento das metas estabelecidas no planejamento governamental.

Além disso, com as atuais transformações do mercado, houve uma necessidade muito grande de unificação das informações contábeis, com o intuito de eliminar as diferenças entre padrões nacionais e internacionais, por essa razão, foi criada e publicada a Portaria nº 184/2008, que estabeleceu diretrizes e procedimentos para divulgação das demonstrações contábeis.

Ulbra (2009) esclarece que a contabilidade ao fornecer os dados e informações ao gestor da entidade pública, fornece o suporte necessário para embasar novas escolhas e decisões.

Portanto, de forma a confirmar a hipótese de pesquisa, concluiu-se que a contabilidade aplicada ao setor público pode auxiliar o gestor na tomada de decisões, pois o subsidia de informações necessárias para a elaboração de novas estratégias e na adoção de medidas com a finalidade de melhorar o gerenciamento da administração da entidade pública.

A pesquisa realizada não teve o intuito de esgotar o tema em estudo, mas sim de estimular o conhecimento na área e, com isso, verificar a importância das informações contábeis no processo de tomada de decisão dos gestores públicos. Contudo, sugere-se a continuidade do estudo, sendo proposto como tema de pesquisa, a adoção das normas contábeis internacionais no setor público brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Edivaldo de Jesus Alves; BARROS, Carlos Magno Viana. **A importância do controle interno na administração pública municipal**: uma ferramenta de gestão e transparência. [Monografia]. Imperatriz/PR: Universidade Tuiuti do Paraná, 2009. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/10480876-Universidade-tuiuti-do-parana-edivaldo-de-jesus-alves-barroso-carlos-magno-viana-barros.html>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

____. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 23 maio 2020.

____. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

____. **Portaria Ministério da Fazenda nº 184, de 25 de agosto de 2008**.

Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

SANTOS, Mauren Correa dos; CASTRO, Roberta G. Vivian. **O papel da contabilidade aplicada ao setor público na tomada de decisões**. 2015. Disponível em: <http://www.crcrs.org.br/convencao/arquivos/trabalhos/tecnicos/o_papel_da_contabilidade_aplicada_ao_setor_publico.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

COELHO, Jaqueline K. V; COSTA, Helder Rodrigues C; SOUSA, Marta Alves. **A importância da contabilidade pública como instrumento de controle na administração pública**. 2018. Disponível em: <revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a73.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

CFC - Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC Nº 1.128 de 21.11.2008**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucaocfc1128_2008.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020.

COSTA, Marcelo Luis da. **Orçamento público**: o instrumento da gestão. Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre/RS: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em:

<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27208/000763339.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

DARÓS, L. L.; PEREIRA, A. de S. **Análise das normas brasileiras de contabilidade aplicadas ao setor público:** mudanças e desafios para a contabilidade pública. 2015. Disponível em: <<https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos92009/467.pdf>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

FEIJÓ, Paulo Henrique; RIBEIRO, Carlos Eduardo. **Entendendo o plano de contas aplicado ao setor público.** Brasília: Gestão Pública, 2014. Disponível em: <<http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/11196/GP-PCA~1.PDF>>. Acesso em: 28 Ago 2020.

FERNANDES, Raul. **Contabilidade e gestão.** 2018. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/contabilide-e-gestao>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

JUND, S. **Administração, orçamento e contabilidade pública.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2013.

MADEIRA, Geová J; SILVA, Cátia B; A. ALMEIDA, Fabiana L. **Harmonização de normas contábeis:** um estudo sobre as divergências entre normas contábeis internacionais e seus reflexos na contabilidade brasileira. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/704>>. Acesso em: 28 Out. 2020.

MARTINS, Dolores da Costa. **A importância da lei de responsabilidade fiscal, voltada ao princípio da transparência.** Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre/RS: Universidade Federal do Rio grande do Sul, 2010. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27202/000763832.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PINTO, Derli Antunes. **Campo de aplicação da contabilidade aplicada ao setor público.** 2013. Disponível em: <<http://www.cienciascontabeis.com.br/campo-aplicacao-contabilidade-aplicada-setor-publico-casp/>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

RAMOS, Erlaine Teodoro; CONCEIÇÃO, Francisca Lúcia. **Impactos da lei de responsabilidade fiscal sobre a contabilidade pública.** [Monografia]. Brasília: UnB, 2006. Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A24F0A728E014F0ACAF4E96862+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

ROVEDA, Vinicius. **Como ingressar na contabilidade pública**. 2018. Disponível em: <<https://contadores.contaazul.com/blog/como-entrar-na-contabilidade-publica>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

SANTOS, Angelucci Rodrigues; REIS, Jorge Augusto Gonçalves. **A importância da contabilidade pública**. 2005. Disponível em: <<https://biblioteca.univap.br/dados/INIC/cd/inic/IC6%20anais/IC6-61.PDF>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

SILVA, Adérton Bueno. **A contabilidade pública e o impacto da lei de responsabilidade fiscal na administração pública**. Goiânia/GO: Faculdade Araguaia, 2012. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/lei_de_responsabilidade_fiscal_-_uma_ferramenta_na_melhoria_na_gestao_publica_brasileira_0.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SILVA, Josimara Lopes. **Lei de responsabilidade fiscal na contabilidade pública**. 2018. Disponível em: <nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/lei-de-responsabilidade-fiscal>. Acesso em: 29 jun. 2020.

SLOMSKI, Valmor. **Manual de contabilidade pública**: de acordo com as normas internacionais de contabilidade aplicadas ao setor público (IPSASB/IFAC/CFC). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://www.grupogen.com.br/manual-de-contabilidade-publica-normas-internacionais-de-contabilidade-aplicadas-ao-setor-publico>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SOARES, Maurélio; SCARPIN, Jorge Eduardo. A convergência da contabilidade pública nacional às normas internacionais e os impactos na aplicação da DRE na administração direta. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**. 2010. Disponível em: <<http://revista.crcsc.org.br/index.php/CRCSC/article/view/1100>>. Acesso em: 30 out. 2020.

ULBRA, Universidade Luterana do Brasil. **Estrutura e análise das demonstrações contábeis**. Curitiba: Editora Ibpx, 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41858322/o-papel-da-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico>>. Acesso em: 12 Out. 2020.

O RATEIO DE PENSÃO POR MORTE ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA, E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF NO CASO CONCRETO

Harianne Vasconcelos Pereira

RESUMO: O presente trabalho busca expor de forma objetiva os principais posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade do reconhecimento das novas relações que surgem no decorrer dos tempos. Expõe interpretar essas inovações consoante aos novos posicionamentos jurídicos trazidos pela Constituição Federal de 1988, bem como análise de decisões jurisprudenciais, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana bem como no afeto, um dos pilares para as relações familiares, independente da formação. Com a finalidade de buscar propostas para suprir a lacuna legislativa a respeito dos efeitos patrimoniais decorrentes das relações extraconjugais e a aplicação dos princípios basilares do Direito de Famílias, os quais se baseiam na formação da entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Famílias. Rateio pensão por morte. Jurisprudência.

ABSTRACT: This paper seeks to objectively expose the main positions of doctrine and jurisprudence regarding the possibility of recognizing the new relationships that arise over time. It exposes interpreting these innovations according to the new legal positions brought by the Federal Constitution of 1988, as well as analysis of jurisprudential decisions, based on the principle of the dignity of the human person as well as on affection, one of the pillars for family relationships, regardless of training. In order to seek proposals to fill the legislative gap regarding the patrimonial effects resulting from extramarital relations and the application of the basic principles of Family Law, which are based on the formation of the family entity.

KEYWORDS: Families. Apportionment of pension on death. Jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 A Proteção à Seguridade Social e a Pensão por Morte; 2.1 O princípio da afetividade na construção das relações familiares; 2.2 Do nascimento das uniões paralelas e o chamado concubinato; 2.3 O concubinato e suas consequências para o direito previdenciário; 3. A análise jurisprudencial dos Tribunais sobre a possibilidade de rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A união estável ou relação de companheirismo tem ganhado um grande destaque nas discussões da nossa sociedade já mais modernizada. No entanto, há uma crescente demanda em via administrativa, e posteriormente judicial para o

reconhecimento de direitos nas relações concubinas para efeitos previdenciários no tocante aos pedidos de concessão de pensão por morte, formulado por quem diz ter vivido relação de companheirismo com o segurado falecido. Tanto os entes do Poder Público, quanto às agências previdenciárias tem tido uma crescente demanda relativa a esse tipo de caso. Chegando à suprema corte e na maioria dos tribunais, ainda não é possível reconhecer, na maioria dos casos, o direito a percepção do benefício de pensão por morte nas relações de concubinato, por estas serem retratadas de forma desprezível pela sociedade e pelos próprios dogmas civilistas que difundem a ideia da monogamia muito fortemente.

Logo, é preciso analisar caso a caso sobre a configuração da união estável e se ela se manteve até o óbito do segurado. Claramente será necessária certa reserva por parte das autoridades administrativas e judiciais para averiguar essas pretensões, pois embora o mais comum seja a negação do pleito, haverá casos excepcionais, que merecem ser analisados sem o apego unicamente legal, e que se demonstrará que a concubina merece proteção previdenciária por ter agido de boa-fé ou por simplesmente não se adequar ao estilo da monogamia social, consoante com a expectativa e aceitação do parceiro infiel que se dispôs a viver desta maneira também.

Embora seja bastante discutido, o presente tema ainda é muito atual, visto seus aspectos fáticos e instigantes no mundo jurídico levando em conta as mudanças e evolução jurisprudencial.

2 A PROTEÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL E A PENSÃO POR MORTE

O tema abordado na presente pesquisa é, sobretudo, relacionado à observância da grande demanda em face do benefício tratado, e a evolução jurisprudencial acerca da temática, tendo em vista as novas formas de famílias no ordenamento jurídico. Nesse sentido, se vislumbra com base na doutrina e jurisprudência, questionar o conceito que essas “novas” famílias trouxeram como as doutrinas se posicionam acerca da concessão do benefício previdenciário às concubinas.

Ao longo da história sempre se ouviu falar da infidelidade extraconjugal, e apesar de ser considerado algo “imoral”, tal comportamento tem se tornado cada vez mais corriqueiro aos olhos da sociedade. As relações interpessoais de parceiros têm ido muito além da infidelidade, chegando ao ponto da formação de uma “segunda família”, tratando-se do que se chama de concubinato impuro ou adúltero, ou em termos mais atuais, famílias paralelas ou simultâneas. Assim, o concubinato adúltero nada mais é do que a simultaneidade conjugal em que um

indivíduo tem vínculo matrimonial com uma pessoa, ao mesmo tempo em que possui vínculo afetivo com outra, verificando-se aí uma pluralidade de relações afetivas. É certo que essas relações paralelas sempre existiram, mas aqui não cabe o julgamento dessa relação, e sim a análise da possibilidade de proteção jurídica que essas famílias paralelas devem receber quando do óbito do patriarca.

A proteção ao qual o presente tema se aprofundará, diz respeito às questões previdenciárias, que, sem dúvidas, são emblemáticas ao passo em que a legislação prevê o recebimento de benefício de pensão por morte apenas para o dependente do segurado que falecer, ampliando a possibilidade somente na existência de mais de um pensionista, havendo então o rateio do benefício em partes iguais para todos os segurados. Logo, nunca em nosso ordenamento jurídico se pensou no direito ao benefício para uma "concubina", muito por ser algo que a sociedade tanto rejeita, sendo menosprezada a ideia de direito de fato, acrescidos aos preceitos de moralidade, muito embora o fato de um homem ter uma "amante", é absolutamente oposto do que a sociedade chama de "moral e bons costumes", além, claro, do conservadorismo que a instituição familiar ainda carrega consigo.

Para que se entenda o objeto da discussão em síntese, que é a pensão por morte, necessita-se explicar o que ela é, sua finalidade e o que visa proteger.

A pensão por morte é um benefício previdenciário regido pelas diretrizes da lei 8.213/91 em seu art. 74, e também está prevista no dispositivo constitucional da Constituição Federal de 1988, no art. 201, inciso V, e que é pago aos dependentes do segurado, seja este homem ou mulher. Para ter direito ao benefício é necessário que o instituidor tenha tido, em vida, filiação como segurado da Previdência Social, não sendo obrigatória a exigibilidade do cumprimento de período de carência – que é o número de contribuições mínimas que um segurado precisa ter para que possa fazer jus a determinado benefício. Todavia, ele precisa comprovar que até a época do óbito manteve sua qualidade de segurado, pois a sua não comprovação implica diretamente na perda do direito ao benefício para seus dependentes, como bem dispõe o art.15 da lei ora supracitada. A súmula 416 do STJ acrescenta que caso haja a perda da qualidade de segurado do *de cujus*, a pensão ainda poderá ser paga aos seus dependentes caso ele tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção da sua aposentadoria até a data do óbito. Assim, esta súmula e o art.102, § 2 da Lei 8.213/91 salientam em caráter de exceção a possibilidade do recebimento do benefício, ainda que houver perda da qualidade de segurado, mas que o instituidor, de outra forma, tenha conseguido preencher os requisitos legais a partir de outro benefício.

A Previdência trata a morte como risco social, visto que um dos preceitos da seguridade social é a proteção dos trabalhadores e seus dependentes. Logo, isso

significa dizer que diante de situações imprevistas que limitem ou extingam o provimento do sustento familiar dos dependentes do segurado, os deixando em qualquer situação de vulnerabilidade e necessidade, a previdência traz na pensão por morte um amparo para estas situações, que terá como ponto de partida o óbito do instituidor segurado, o que se chama de fator gerador no que tange a percepção do benefício.

Resumido brevemente do que se trata a pensão por morte, passemos a expor todos os efeitos que dela surgem no caso concreto de rateio do benefício entre esposa e uma terceira parte, a concubina.

2.1 O princípio da afetividade na construção das relações familiares

Ao longo dos anos notamos que o conceito de família vem mudando gradualmente em conjunto com a evolução social. Isso quer dizer que um conceito único sobre o que representa a família não pode ser creditado como o correto ou exclusivo. Cada ser humano em sua vivência adapta o que para ele significa esse conceito, que hoje é tão vasto e possui várias formas.

A família contemporânea vem se adaptando também a um processo que vem cada vez mais dando espaço para a subjetividade e também para a afetividade, que é agora nosso principal filtro das relações interpessoais. Estamos vivendo um período ainda de aceitação de tantas entidades familiares, sejam elas já costumeiras aos nossos olhos ou não. Neste momento em que surge a subjetividade, nasce então a afetividade como uma espécie de prisma dos relacionamentos familiares, tomando um espaço de grande ascensão na representação desses envolvimento.

Uma das consequências desse envolvimento da afetividade inserida nos relacionamentos é a família, e ela posteriormente se torna um reflexo da sociedade na qual está inserida. Essa sociedade, por sua vez, corriqueiramente tem uma concepção sobre a família sempre ligada a questão quase que puramente biológica ou legítima, mesmo que atualmente esse entendimento não acompanhe mais as ideias e mudanças sociais.

Esta nova realidade que estamos inseridos inclui modificações significativas em diversos aspectos, especialmente, a esfera religiosa – a qual sempre teve uma representatividade muito grande desde o princípio das formações das relações pessoais dos indivíduos. Uma das questões levantadas dentro do nosso ornamento é a aplicabilidade do princípio da afetividade nas crescentes relações simultâneas aos casamentos. Ora, a duplicidade de afeto sempre fez parte da nossa história, o que não significa que seja visto com bons olhos pela sociedade, mas é certo que não há nenhuma novidade nesse fato. Essa igualdade e liberdade que surgiram com o tempo

passaram a modificar o cenário de estabilidade do passado, visto que as relações baseada em vínculos afetivos passaram a ganhar um olhar mais digno em todos os aspectos. Como consequência, as relações ganharam novas modalidades de uniões e combinações, sejam quais fossem.

Para o Direito, essa análise também se tornou mais viabilizada ao passo que a sociedade evoluía e nos possibilitou algo novo. O advento do novo Código Civil de 2002 trouxe consigo a afetividade como algo a ser valorizado e respeitado em âmbito jurídico para a formação das instituições familiares – algo que anteriormente não era visto durante toda a égide do código Civil de 1916. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a trazer o objeto de valoração para a afetividade de forma mais expressa em seu dispositivo, e esse atraso social que vivemos certamente vem sendo aos poucos ultrapassado por questões mais relevantes.

Esse esforço para tal reconhecimento tem sido cada vez mais fortalecido com a ajuda da grande e ampla construção doutrinária, e recentemente jurisprudencial, que entendem a função e importância do princípio da afetividade no âmbito do direito em suas diversas esferas.

Uma das particularidades do princípio da afetividade é justamente o fato de que ele possui duas formas dimensionais: uma é objetiva e outra subjetiva. Em se tratando de sua forma objetiva, esta envolve os fatos sociais que apontem a presença de uma manifestação afetiva. Já quando se fala da sua forma subjetiva, entramos na esfera que traz o sentimento de afeto propriamente dito, na sua forma mais pura que é subentendida como quase sempre presumido.

Em relação à doutrina, há um conceito muito interessante preceituado por Giselle Groeninga – que é uma juspiscanalista, em seu livro “Direito Civil. Volume 7. Direito de Família”, que ressalta o seguinte:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

Como se vê, a doutrinadora entende que o afeto possui um valor jurídico e que possivelmente já alcançou o ápice da condição de um princípio geral. É claro que não podemos confundir o afeto com o amor, pois ambos necessitam desta distinção.

O que sabemos é que ao longo dos anos vem ficando ainda mais claro que o ordenamento jurídico tem reconhecido novos modelos de família e tentando dar igual respeito a todos esses tipos de vínculos familiares, afinal de contas, o direito precisa acompanhar a evolução da sociedade, e não se ater apenas em conceitos moralistas ultrapassados e que não representam ou abrangem a realidade a qual estamos vivenciando.

Tudo isso permite que haja uma flexibilização maior que decorre desta contemporaneidade que vem permitindo que os relacionamentos anteriormente marginalizados socialmente possam adquirir maior visibilidade e tenha uma aceitação mais receptiva da sociedade em respeito às condições que cada indivíduo escolhe viver sua vida.

2.2 Do nascimento das uniões paralelas e o chamado concubinato

Ao analisarmos o contexto jurídico formado com a criação das famílias em nosso ordenamento, percebemos que a princípio só tínhamos o reconhecimento jurídico da família matrimonializada, esta que é unicamente resultado do casamento civil. Por muito tempo esse foi o modelo “taxativo” de família a qual os indivíduos tinham de lidar se quisessem construir suas famílias. Apenas depois de muitos anos, e ainda em fase de adaptação, que nosso ordenamento jurídico vem dando destaque e proteção jurídica a outras formas de concepção familiar.

Nossa Constituição Federal de 1988 trouxe com sua ascensão três formas distintas de famílias: a anteriormente citada - decorrente do casamento civil, a decorrente da união estável e a família monoparental, que difere das duas demais, pois é formada apenas por um dos genitores e sua prole, enquanto as demais são formadas por pessoas do mesmo sexo ou não. Essas diferentes formas de se ter família abriu precedentes para que relações mais abertas e sem amparo legal fossem se mostrando cada vez mais pertinentes. É o caso das famílias paralelas, que não são frutos de nenhuma gambiara jurídica ou brecha para tal, mas que apenas se propuseram a expor o que há décadas já vinha acontecendo à espreita da sociedade.

Com toda essa novidade jurídica, é de certa forma normal que ainda hajam muitos posicionamentos doutrinários no sentido contrário às famílias simultâneas, principalmente pelo apago excessivo às questões ligadas a moralidade, esquecendo da adaptação jurídica que o tema deve ter. Ainda assim podemos citar alguns doutrinadores que concordam que o direito apenas deve seguir o sistema a qual o contexto social tem vivenciado nos últimos anos. Em seu entendimento Albuquerque Filho (FILHO, 2002, p. 152-153), afirma que:

estamos vivenciando uma crise do sistema monogâmico e que a prostituição não cumpre mais o seu papel de estabilizadora do casamento e por isso está sendo cada vez mais comum nos depararmos com diferentes arranjos familiares que vem sendo aceito no seio da sociedade.

Bem, essa face dupla que muitos maridos ou esposas propõem-se a viver fora de seus matrimônio não podem mais ser somente classificados como meras aventuras extraconjugais. Ora, existem relações flexíveis, e Filho quando fala que existe uma crise monogâmica e que corriqueiramente temos nos deparado com diferentes arranjos familiares, quer dizer que as relações e seus tipos evoluíram e questões bastante discutidas foram levantadas com essa ascensão social das relações, como por exemplo, as relações classificadas de “poliamor”.

Das diversas relações que ultrapassam o seio marital, nasce o que se chama de concubinato, que nada mais é que do que a relação livre entre um entre duas pessoas impedidas ou apenas uma. Esta expressão vem do termo “comunhão de leito” e tem significado moralmente desprezível, com intuito de demonstrar o quão “suja” seria esse tipo de relação. Inicialmente o concubinato era classificado em dois tipos: o puro e o impuro, também chamado de adulterino – baseado no impedimento legal de uma das partes em se relacionar com a outra.

Neste sentido, podemos fazer uma breve análise do que a lei dispõe sobre o casamento e seus impedimentos. O art.1.727 do Código Civil indica que qualquer relação entre pessoas que possuem impedimentos legais, caso estejam casados ou não separados de fato, é taxada de concubinato. Ou seja, o concubinato significa que estes indivíduos que estão em envolvimento não passam de meros amantes que desrespeitam seus matrimônio. De antemão o art. 1.521, inc. VI, do Código Civil traz o princípio da monogamia proibindo um novo casamento de pessoa já casada, sob pena de nulidade das segundas núpcias (CC, art. 1.548, inc. II), enquanto os cônjuges não se desfizerem de fato do primeiro casamento.

A monogamia, como se é sabido, é um princípio que traz ao mundo jurídico a obrigação de respeito ao matrimônio, a fidelidade entre cônjuges em todos os sentidos etc. Com ele foi possível estabelecer uma maior forma de proteção a entidade que detém uma certa tutela especial dos braços do Estado, a família. Deste princípio o maior resultado é o casamento, que nasce dos pressupostos da vontade e empenho de duas pessoas em constituir família.

Necessário demonstrar que o princípio da monogamia é um conceito um tanto quanto ilusionista da realidade na esfera dos casamentos. A grande

doutrinadora Maria Berenice Dias disserta o seguinte sobre as uniões paralelas no seio das divisões familiares no livro Manual de direito das famílias, 8ª edição, p. 51):

Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças. [...]. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existente.

Bem talvez a infidelidade já tenha sido muito apontada como a principal causa de separações, mas esse estudo sobre a fidelidade recíproca é mais ainda mais profundo do que pensamos, pois há muito que se indagar sobre as problemáticas que o dever de fidelidade traz consigo, no tocante do que realmente caracteriza a infidelidade.

Há inclusive um estudo de parte doutrinária que traz uma pequena, mas legítima diferença entre a infidelidade e o adultério, que comumente é tido como se tivesse o mesmo significado, mas para diversos estudiosos, o adultério em si diz respeito algo de desrespeito às leis ou vontade de Deus; e a infidelidade seria um problema particular aprofundado à quebra de confiança do casamento, o que geraria insegurança no matrimônio.

Essas questões dividem constantemente as diversas doutrinas e conceitos sobre o matrimônio e a individualidade dele. É certo que a monogamia com seu conceito de dever de fidelidade e as divergências entre a fidelidade e adultério quando olhamos para as questões jurídicas implicam efeitos notórios abrangentes à aceção de direitos.

2.3 O concubinato e suas conseqüências para o direito previdenciário

É perceptível o demasiado número de pessoas que se encontram em relações extraconjugais que duram anos. Como isso, é evidente que existe uma grande necessidade de um arranjo do legislador para esses casos, em relações concubinárias de longa duração demonstra a necessidade de regulamentação legislativa do instituto do concubinato, para que fiquem bem definidos os efeitos patrimoniais que podem ser gerados em conseqüência dessa relação, e dessa forma ampliar a ele

valores relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, essa pesquisa teve como objetivo demonstrar os possíveis direitos patrimoniais e previdenciários decorrentes de uma relação paralela de afeto com pessoa casada ou em união estável quando a relação constituída for de longa duração, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Com o advento do novo Código Civil de 2002, acabou por trazer o instituto que hoje conhecemos como união estável. Seu nascimento se deu em decorrência da nova concepção social em volta desse tipo de relação, e acabou por findar por extinguir o conceito imoral do concubinato impuro. Apesar da significativa mudança, permaneceram obscuros os efeitos patrimoniais e previdenciários decorrentes desta relação. 20 anos depois, as controvérsias sobre o assunto continuam gerando grandes embates doutrinários e jurisprudenciais, muito embora já estejamos em passos muito largos em relação ao momento da concepção de tal instituto.

Quando passamos a estudar as relações maritais em esfera jurídica a partir da necessidade de se comprovar união de fato entre cônjuges para a percepção de benefícios para o sobrevivente da relação, o Poder Judiciário, e, sobretudo, a administração pública assume um papel primordial no que concerne a investigação de pressupostos que confirmem a relação.

A Previdência social adicionou ao seu rol taxativo a presença daquele que mantinha união estável com o segurado falecido para a percepção de recebimento do benefício de Pensão por Morte. No entanto, sabe-se que ainda que mesmo que se tenha abrangido a possibilidade de reconhecimento de direito para este instituto, é difícil a comprovação da união, e assim, milhares de parceiros que fazem jus ao benefício, deixam de recebê-lo. Ademais, a administração da autarquia previdenciária muito dificulta tal possibilidade, fazendo com que haja entraves na concessão administrativa, e assim acarretando por uma maior judicialização dos processos dessas demandas.

Passamos a observar então as provas apresentadas para confirmação da união entre a concubina e o *de cujus*. Em geral, já se tem uma dificuldade para comprovação do próprio concubinato puro, ou a atualmente reformada união estável de se mais facilmente, e se tratando de relação manifestadamente extraconjugal há impasses ainda maiores pela falta de previsão legal para tal.

As evidências buscadas em juízo para esclarecer o tipo de relação e confirmar o possível direito ao pleito que se busca são levantadas por questionamentos idênticos aos do próprio casamento legítimo, como por exemplo: se o enlace era

eventual ou amoroso? Se durante a relação o casal viveu sob o mesmo teto e se tinham intenção de constituir família? Se foi gerada prole em comum?

Trago exemplificativamente a Súmula n. 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos, publicada em 13/6/84, com o seguinte enunciado:

Seguridade social. Pensão previdenciária. União estável. Concubinato. Divisão entre a esposa e a companheira. Admissibilidade.

É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

Essa é uma orientação notavelmente antiga, mas que poderia ser facilmente utilizada para manifestação de casos atuais, mas com certa reserva ainda, pois cada caso necessita de uma forte análise do contexto geral da relação para que não se abra precedentes para interpretações equivocadas e que tenham efeitos negativos em se tratando da relação jurídica. Falamos em ser cautelosos com as decisões acerca da temática, pois com a nova constitucional e da edição do novo Código Civil em 2002, ainda não qualquer colocação em lei, que reconhece de fato um único direito para a concubina e esse papel de reconhecer os efeitos dessas relações tem vindo corriqueiramente dos tribunais, embora majoritariamente estes ainda acusem a proteção previdenciária exclusiva para a esposa de fato. Na mesma sintonia, alguns dos grandes doutrinadores passam a desenhar um entendimento mais flexível e atual deste contexto e intercedem pelo desapego excessivo dos princípios e dogmas que regem o direito de família, excluindo quase sempre que as relações contemporâneas.

Muito comumente observamos casos em que a esposa e concubina não tinham ciência do tipo de relação em que viviam com o segurado, logo, a relação extraconjugal seria de boa-fé, visto o desconhecimento da concubina sobre o impedimento do companheiro infiel. Esse tipo de relacionamento também gera vínculos com consequências irreparáveis que vão desde a dependência econômica à geração de prole em comum. Esse caso em particular muito provavelmente deverá ser abraçado pela proteção previdenciária, mas isso ainda não significa que somente estes casos serão protegidos pela presunção de boa-fé da relação, pois caso haja comprovação da união no relacionamento concubino, ficará claro que se gerou efeitos em matéria previdenciária.

Ora, não se trata de banalizar o instituto da família, os efeitos em direito civil, especialmente no direito de família, é muito mais profundo, não muito diferente do direito previdenciário, mas o que se discute sobre o rateio de pensão entre a esposa e concubina é o direito de fato e logrado.

Vejam, há casos excepcionais em que o homem (solteiro, casado, separado judicialmente ou de fato, divorciado ou viúvo) mantém, por muitos anos, vários relacionamentos amorosos de conhecimento público e notório, e aceitação das envolvidas, sem qualquer tipo de conflito ou sentimento de traição.

Esse é o típico caso em que a solução aparentemente mais justa e clara será o rateio entre as envolvidas. Não há como escolher quem deverá receber o benefício sozinha, se na verdade todas faziam jus. Portanto, o julgador não pode ignorar a realidade deixando-se levar cegamente pela bolha jurídica de leis que não acompanham a evolução social, ou por convicções ou sentimentos pessoais acerca do caso.

3 A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SOBRE A POSSIBILIDADE DE RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA

Com os anos, cada vez mais se percebe a grande judicialização de processos envolvendo a questão aqui abordada. De antemão, não podemos também esquecer que com isto, surgem diversos questionamentos acerca da equiparação, ou simplesmente o reconhecimento da união estável paralela ao casamento. Como se deve imaginar, é evidente que haja tanta discordância, certa surpresa e reluta em tal situação, considerando toda a imoralidade que isso representaria na sociedade. Em esfera judicial não é tão diferente assim.

Apesar de manter muito similares com o casamento civil e até mesmo surtir efeitos para fins previdenciários a título de percepção de benefício, muitos doutrinadores rejeitam a ideia dessa similaridade, como é o caso de Flavio Tartuce:

Qualquer estudo da união estável deve ter como ponto de partida a CF/1988, que reconhece união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, prevendo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento. Duas conclusões fundamentais poderiam ser tiradas do Texto Maior. A *primeira* é que a união estável não seria igual ao casamento, e que categorias iguais não podem ser convertidas uma. A *segunda* é que não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades familiares diferentes, que contam com a proteção constitucional (TARTUCE, 2018, p.1483)."

Como anteriormente explanado, a Suprema corte já havia reconhecido a repercussão geral do tema antes do julgamento ocorrido em 2019. Mas antes mesmo de tal fato, outros tribunais já haviam tornado admissível também, com suas jurisprudências, a concessão do benefício à concubina em rateio com a companheira.

Coleciono agora alguns dos Tribunais que já seguiam esta linha mais abrangente acerca da temática.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região trouxe consigo uma visão mais moderna e social sobre a discussão, entendendo ser possível a divisão do benefício entre concubina e viúva, com base no argumento de que a proteção dada pela constituição à família deve ser considerada de forma ampla, ressaltando a importância do afeto. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO. FINALIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. COBERTURA DE RISCO SOCIAL. NÃO INDAGAÇÃO DE MORALIDADE. DECISÃO ACERTADA. 1. Restou comprovada a convivência marital entre autora e falecido segurado. 2. Em face do convincente conjunto probatório reunido nos autos, não se pôde deixar de constatar que a Autora manteve uma relação contínua e duradoura com o de cujus até a data do óbito deste, o qual estava separado de fato de sua esposa. 3. Todavia, ainda que restasse comprovado ter o falecido segurado mantido uma vida dupla, com um forte vínculo com Maria Helena Vieira de Souza e a manutenção do matrimônio com Ilca Barcellos Machado, caracterizando-se a existência de concubinato, é de deferir-se a pensão almejada, afinal a proteção constitucional à família deve ser compreendida de forma ampla, com base no afeto. 4. Não está em questão se o concubinato impuro deve receber proteção do Estado, e sim se uma determinada pessoa que viveu em concubinato impuro deve receber pensão por morte deste concubino. Assim, decide-se aqui se uma pessoa, que contribuiu por longo tempo para a Previdência Social e manteve um duplo relacionamento afetivo, se a sua pensão por morte deve, ou não, refletir, de forma direta, esse duplo relacionamento mantido ao longo da vida. 5. A finalidade do Direito Previdenciário está em cobrir os ditos riscos sociais sem indagar da moralidade neles envolvida, daí, por exemplo, a previsão do auxílio-reclusão. Não há como classificar a situação ora apresentada como não sendo de risco social, daí a necessidade de cobri-lo.(...) Agravo interno conhecido e desprovido.

(Tribunal Regional Federal 2º região - REEX: 200851018135647, Processo Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 27/06/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 05/07/2012, Grifo Nosso.)

Similar ao entendimento anterior, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou que o concubinato impuro ou adúltero, caso esteja baseado na convivência pública e notória está apto a gerar efeitos previdenciários. Vejamos:

PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO. EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O benefício da pensão visa, precipuamente, à proteção da família. O conceito de entidade familiar alargou-se substancialmente com o passar dos anos, seja pela inserção de novos, por assim dizer, tipos familiares, no texto Constitucional (união estável e núcleos monoparentais); seja pela própria realidade sociológica, a nos apresentar situações não abrangidas pelo ordenamento e que, nem por isso, devam ficar à margem da tutela jurisdicional. As "famílias" decorrentes do chamado concubinato impuro é caso típico. 2. Pouco importa se o relacionamento existente entre recorrente e segurado ocorrera simultaneamente à vigência e constância do casamento deste com a esposa. O que importa é que foi mais que um flerte; um namoro; uma relação episódica e efêmera. Esta convivência, pública e notória, é hábil a gerar efeitos previdenciários. (Tribunal Regional Federal da 4ª região - RCI: 009631 SC 2007.72.95.009631-4, Relator: MARCELO CARDOZO DA SILVA, Data de Julgamento: 19/11/2008, SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC, Grifo Nosso.)

Em particular, este Tribunal fez questão de acompanhar fielmente a evolução da sociedade e procurou se adequar as novas realidades que passaram a existir. Prova viva disto é que considerou em seu entendimento, que a família em seu conceito, se ampliou com o passar do tempo, surgindo a configuração de novos modelos familiares que foram inclusive incluídos na Constituição, como por exemplo, o instituto da união estável. Considerou, ainda, que com o passar dos anos e com a mudança da realidade, ocorreu um processo social natural, fazendo então surgir modelos que não são abrangidos pela legislação brasileira, mas que nem por isso devem ficar as margens do direito e sem proteção judicial.

Lembremos que diante de toda esta divergência jurisprudencial, o grande Supremo Tribunal Federal finalmente conheceu a repercussão unânime do tema no RE 669.465, que anteriormente estava pendente de julgamento. A princípio se reconhece apesar dos conceitos morais que se tem perante a sociedade em relação ao casamento, e a falta de previsão legal sobre tais casos, a concubina não poderia ser prejudicada, em especial as que se envolveram com os segurados adulterinos, a velha história da boa-fé.

Ao analisarmos os múltiplos acontecimentos, em especial os casos em que o segurado mantinha duas famílias em relações igualmente duradouras, gerando filhos com ambas, independente do conhecimento do impedimento legal do segurado por parte da concubina e a depender do contexto em que tal relação estava inserida, seria injusto denegar a divisão do benefício de pensão por morte entre as duas mulheres, visto que há o efetivo direito entre as duas partes, independente dos paradigmas morais.

Ressalta-se ainda que o direito não deve abandonar a concubina em tais acontecimentos, afinal de contas, o que restaria a esta mulher após o óbito do segurado? Estaríamos mais uma vez transformado o parceiro infiel em um ser inimputável pelas suas responsabilidades, pois a relação extraconjugal não é feita apenas por uma das partes, houve interesse mutuo em se relacionarem, e se esta relação se aprofundou ainda mais, como por exemplo, a já referida dependência econômica da concubina em relação ao segurado falecido, é cabível e justo o rateio do benefício entre as duas partes.

4 CONCLUSÃO

Apesar destas considerações feitas ao longo do presente trabalho, o intuito do presente trabalho não é banalizar os comportamentos de infidelidade dentro dos matrimônios, ou desrespeitar a instituição do casamento, mas apenas colocar pontos de vistas que foquem unicamente no direito que é adquirido com essas diferentes formas de relações.

O direito deve sempre acompanhar a evolução gradual da sociedade. A questão da fidelidade – ou a falta dela, sempre foi alvo de discussões ao longo de nossa legislação, e em dado momento surtiu efeitos catastróficos que resultaram em episódios lastimáveis no nosso próprio Código Penal de 1940, abrindo precedentes para o cometimento de crimes dolosos como o homicídio em defesa da honra, normalmente cometidos por homens, e muitas das vezes sem qualquer tipo de prova sobre o suposto fato.

Com toda certeza este fora um dos momentos mais vergonhosos de toda a história de nossa legislação, mas acertamos em remover esse conceito ultrapassado que manchou nosso passado jurídico. Essa longa trajetória das entidades familiares e como se desdobravam os casamentos vem nos acompanhando nos dias atuais com diferentes formas de concepção das famílias, e querendo ou não, as famílias paralelas tornaram-se uma realidade ainda mais presente no seio social contemporâneo.

Num passado não tão distante, fazia-se a distinção entre concubinato puro - relação de convivência sem impedimento legal e impuro ou adúlterino, mas que com as novas adaptações sociais, foi preciso enxergá-lo de outra forma, o inserindo de outra forma dentro dos novos dispositivos legais.

Assim, o nosso sistema jurídico vem reconhecendo aos poucos por meio de jurisprudências em julgados de pequenos tribunais que há efeitos previdenciários nessas relações não amparadas legalmente, ainda que não se tenha um entendimento assentado sobre a temática. Quanto ao que se propõe o estudo, fica claro que a Suprema corte ainda se divide entre a aceitação da relação concubina, visto que se baseia fortemente nos dogmas regidos pelo direito civil e que norteiam o casamento, enxergando então com dificuldade a aceitação da divisão de pensão por morte entre a concubina e a esposa do *de cuius*, muito embora se reconheça os efeitos que tais relações causam no âmbito previdenciário e patrimonial.

Entendo que como realmente já está acontecendo, nossa jurisprudência pode e deve continuar a dar espaço para a discussão da temática, afinal de contas, não há como fugir disto sendo uma questão tão presente a cada dia. Precisam-se esclarecer quais são os frutos dessas relações não amparadas, para que assim possamos tornar as futuras disputas legais acerca do rateio de pensão por morte entre as duas partes - esposa e concubina, mais igualitária à percepção de direitos.

Uma vez que entendido e estabelecido o que de fato significa para fins previdenciários a relação de concubinato, teremos uma adequação jurídica da norma, necessitando ainda de reajustes na nossa atual legislação previdenciária, que de fato necessitaria de grande análise para que possa ser regulamentada normativa que se adapte aos casos concretos.

Esse primeiro deve continuar sendo dado pelos tribunais e a Suprema corte, onde ainda não foi pacificado nenhum tipo de entendimento, pois cada caso exige uma análise particular, e isso nada impede que as cortes possam ao menos delimitar situações específicas, pois adiamento de tal discussão não fará o problema se dissipar, muito pelo contrario, a crescente demanda de ações apenas sobrecarregam ainda mais o sistema judiciário.

Portanto, não há alternativa diferente para a resolução de tal questionamento acerca do rateio que não a adequação jurisprudencial, e eventualmente legislativa – o que certamente teria menos chance de ocorrer no atual momento, para os casos concretos, delimitando os efeitos das relações a fim de pontuar quem de fato tem direito e em que casos seria possível a divisão de do benefício requerido.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), **Família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família 2002, p. 152-153.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Dos Santos, Kelly Cristina Arantes – O reconhecimento de famílias simultâneas e seus efeitos patrimoniais. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/o-reconhecimento-de-familias-simultaneas-e-seus-efeitos-patrimoniais/>

FERREIRA, Simone Carina – O direito previdenciário face ao reconhecimento do afeto como princípio basilar do direito de família. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina/27488359/O-DIREITO-PREVIDENCIARIO-FACE-AO-RECONHECIMENTO-DO-AFETO-COMO-PRINCIPIO-BASILAR-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.aspx>

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil. Volume 7. Direito de Família*. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

ROCHA, Igor Cardoso de Lima - O princípio monogâmico e a controversa união poliafetiva. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1563/O+princ%C3%ADpio+monog%C3%A2mic+o+e+a+controversa+uni%C3%A3o+poliafetiva>

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO À LUZ DA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL

RAIMUNDO GABRIEL NOGUEIRA DOS SANTOS

DANILO FERRAZ CÓRDOVA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem o intuito de analisar de maneira conjunta a União Estável e o Direito Sucessório, tratando-se especificamente do Art. 1.790 do código civil, em contraposição a constituição federal, que passou a tratar de forma diferente os companheiros na condição de herdeiros. No que se considera como entidade familiar, em outras legislações passaram a dispor sobre os direitos do que vivem sob o regime de União Estável, como a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96, em que foram normas regulamentadoras de diversos direitos. Entretanto isto foi mudando, com o julgamento do Recurso Extraordinário 878694/MG do STF no ano de atuação em 2015, sendo que apenas em maio de 2017, foi analisado pela Corte Superior. Este julgamento, que propôs a inconstitucionalidade do art. 1.790 do código civil, eis que afastou a violação de preceitos constitucionais mínimos, como a igualdade e a dignidade, além de coibir um retrocesso social, possibilitando, assim, a verdadeira proteção da família pelo Estado.

Palavras-chave: União Estável; Sucessão do Companheiro; Concorrência do Companheiro com os Demais Herdeiros; Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil.

ABSTRACT: This work aims to analyze jointly the succession rights and the stable union, specifically dealing with art. 1,790 of the Civil Code, in contrast to the Federal Constitution of 1988, began to treat companions differently as heirs. After showing itself to be considerable as a family entity, other legislation started to provide for the rights of those who live under the regime of stable union, such as Law 8.971 / 94 and Law 9.278 / 96, in what were regulatory norms of different rights. This scenario was changing, more precisely as the judgment of the Extraordinary Appeal 878694 / RS of the STF, which, having been assessed in 2015, only in May 2017, was analyzed by the Superior Court. This judgment, which proposed the unconstitutionality of art. 1,790 of the Civil Code, it removed the violation of minimum constitutional precepts, such as equality and dignity, in addition to curbing a real social setback, thus enabling the true protection of the family by the State.

Keywords: Stable Union. Companion Succession. Competition of the Companion with the Other Heirs. Unconstitutionality of Art. 1790 of the Civil Code.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 1.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE. 1.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 1.5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. 2. ANÁLISE SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL. 2.1 DEFINIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. 2.2 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. 3. A HERANÇA NO REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL. 3.1 CONCEITO DE HERANÇA. 3.2 ESPÉCIE DE HERDEIROS. 3.3 ANÁLISE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL – CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DEMAIS HEDEIROS. 4. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O TEMA. 5. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL. 6. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Vem viabilizar o entendimento do art. 1.790 do Código Civil, pois desde a sua instituição, foi alvo de críticas doutrinárias, dando ao entendimento de vários juristas o tratamento a Equiparação entre a União Estável ao Casamento, diferenciando e atribuído ao companheiro no quesito de sucessão hereditária, na qual é datado de inconstitucionalidade, o referido tratamento discriminatório não condiz com os preceitos constitucionais, já que a Constituição Federal equiparou a União Estável como entidade familiar. Verificando-se no momento inicial os princípios correlacionados, será analisada a Equiparação da União Estável ao Casamento á Luz da Declaração da Inconstitucionalidade do Art.1.790 do Código Civil, para, após, adentrar na sucessão e a concorrência do companheiro com os demais herdeiros, elencado-se, ao final, o Recurso Extraordinário 878694/MG do STF.

No Item 1 iremos tratar sobre os princípios fundamentais do Direito de Família no que está relacionado a luz do aspecto constitucional, em que se tratando do ramo do Direito que concede tratamento às pessoas em detrimento dos bens. O que se dar ao Direito de família buscar ter harmonia a igualdade entre os indivíduos, com o intuito de tornar iguais homens e mulheres ou na igualdade de tratamento entre os filhos vindos ou não do casamento ou união estável.

No Item 2 iremos tratar sobre o estudo de conceituar a união estável, sua evolução ao longo dos anos, e enfatizar as suas principais características e seus efeitos no Estado Democrático de Direito no âmbito jurídico.

No Item 3 iremos tratar sobre herança como funciona esse conceito e bem como à ordem de sucessão do convivente sobrevivente e especificamente identificar qual a forma que se aplica a sucessão ao convivente sobrevivente de acordo com o diploma civil. Há ainda, que observar se o dispositivo do Código Civil está em

consonância com a norma constitucional, no que diz respeito à sucessão da união estável e a concorrência do companheiro com os demais herdeiros.

No Item 4 iremos tratar sobre o posicionamento doutrinário do tema em questão no que eleva suas considerações no que se pode ser extraídos da doutrina na qual vem tratar da maior parte atrelada ao dispositivo em análise que esta calcado em inconstitucionalidade, no acabam ceifando o princípio da igualdade, atuou o legislador de maneira a ignorar a realidade brasileira.

No Item 5 trata do entendimentos jurisprudenciais, que as Cortes Justiça entendem como constitucional em que o dispositivo diferenciava os cônjuges dos companheiros, sem levado o Julgamento do Recurso Extraordinário 878694/MG do STF.

No Item 6 impõe o julgamento do Recurso Extraordinário 878694/MG do STF, e a decisão no que foi muito satisfatório em questão da sucessão dos companheiros, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso.

1. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Nesta situação que a dignidade da pessoa humana não é um aspecto principiológico atual, já estar evidenciada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art.1º, que evidencia que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Conforme é fácil perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana está vinculado ao fato de perfazer um macro princípio, cabendo aos demais nele se respaldar, de modo que a proteção das necessidades essenciais dos indivíduos possa ser efetivamente assegurada.

1.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade também encontra amparo constitucional, estabelecendo, logo no caput do artigo 1.º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Assim, não se trata de no campo do direito de família estabelecer um tratamento igualitário apenas aos cônjuges, mas a todas as pessoas que estão

inseridas nesta contextualização, posto que, sob a égide da Constituição Federal, não se mostra mais necessária a instituição do casamento, para que os conviventes possam fazer jus ao princípio da igualdade.

Logo, é possível verificar o seu desdobramento em diversos outros dispositivos constitucionais e, mais precisamente no campo do direito de família, está previsto no artigo 226, parágrafos 3.º e 5.º, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre 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.

Segundo autora Maria Berenice Dias (2013, p. 46), "É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvados as desigualdades que devem ser pesadas para prevalecer a igualdade material". Logo, o legislador não pode tratar de maneira diversa infraconstitucional aqueles que se encontram em patamares semelhantes.

1.3 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade se mostra importante, pois esses direitos marcam a passagem de um estado autoritário para um Estado de Direito, e nesse contexto, o respeito a liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal.

É nesse sentido que Maria Berenice Dias (2013, p. 45) diz que o princípio da liberdade assegura que o casal possa constituir uma família da forma que lhe aprouver, pouco importando se é uma relação homoafetiva ou heterossexual, não cabendo ao Estado sequer interferir no momento da dissolução do casamento, ou da extinção da união estável.

É nesse sentido que o artigo 1.513 do Código Civil estabelece que "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Mas não que a liberdade pleiteia um tratamento isonômico no âmbito do seio familiar, posto que ambos os conviventes devem decidir de

maneira conjunta a forma de como irá se organizar a entidade familiar, de modo que a relação se desenvolva de maneira saudável.

1.4 Princípio da Afetividade

No que tange a Constituição Federal passou a proteger diversos tipos de relações familiares, há de se elencar, assim, manifesta apresentação do princípio da afetividade, visto que muitos dos relacionamentos que vem unindo as pessoas nos últimos anos não estão vinculados ao sangue, mas sim à afetividade.

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. “A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”, segundo Paulo Lôbo (2011, p. 73).

É possível afirmar, portanto, que não há qualquer correspondência entre a biologia e o afeto, pois este está atrelado à plena convivência familiar, proporcionando aos indivíduos a felicidade plena, de acordo com Maria Berenice Dias (2013).

1.5 Princípio da Solidariedade

Destacar que a solidariedade foi erigida ao campo jurídico, na medida em que os âmbitos familiares passaram a ser calcados na oferta de ajuda, de modo que interesses e objetivos possam ser alcançados mediante a participação de todos os integrantes da entidade familiar.

Maria Berenice Dias (2015, p. 48) diz que, a solidariedade familiar está respaldada no fato de uma obrigação que um indivíduo tem com o outro, posto que o indivíduo apenas existirá, enquanto coexistir. Portanto, em prol à fraternidade e à reciprocidade, subsiste o princípio da solidariedade irá reger as relações familiares, tendo, inclusive, aparato constitucional:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

No que visa em que a instituição em questão do princípio de solidariedade familiar, caberá aos integrantes promover a ajuda entre si, realizando ao Estado a necessidade de prover altos encargos no seio familiar em que se encontra devidamente amparados pelo texto constitucional.

2. BREVE ANÁLISE SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Definição de União Estável

Antes de analisar a conceituação da união estável, importa aqui destacar que a mesma não pode ser confundida com o casamento. De acordo com o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa (2009), por óbvio, o casamento diz respeito ao centro do direito familiar, perfazendo um negócio jurídico formal, posto que engloba uma série de formalidades para que a vida comum possa ser estabelecida.

Sobre o casamento, segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 147):

O casamento gera o que se chama de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal. Historicamente a família nasce quando da celebração do casamento, que assegura direitos e impõe deveres no campo pessoal e patrimonial. As pessoas têm a liberdade de casar, mas, uma vez que se decidam, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações. Assertiva como esta, da doutrina mais tradicional, mostra que a tônica era o interesse de ordem pública, mais prevalente do que o interesse dos próprios cônjuges, que não merecia maior atenção.

Porém, o casamento não é a única forma de se constituir uma família, pois a mesma também pode ser concebida mediante a instituição da união estável.

2.2 Requisitos da União Estável

Os requisitos que denotam a existência da união estável estão previsto no artigo 1.º, da Lei 9.278/96, bem como no art. 1.723 do Código Civil.

Na Lei 9.278/96, pontua-se que "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição da família".

Segundo de Maria Berenice Dias (2015 p. 40), a convivência pública não requer exatamente que todos os atos dos casais sejam efetivamente publicados, eis que, por

óbvio, existem determinados atos de foro íntimo, que não devem ser instituídos perante terceiros. Assim, o que a legislação vem exigir é que o relacionamento seja notório, isto é, que haja a demonstração simplória de que os companheiros vivem como se casados fossem.

Ademais, "Certamente não poderá constituir uma união estável quem, por razões morais ou eugênicas, também não puder casar por impedimento absoluto do artigo 1.521 do Código Civil", de acordo com Rolf Madaleno (2013). Há, portanto, a necessidade de se observar os impedimentos previstos na legislação, posto que uma vez configurado, não será possível reconhecer a união estável.

O artigo 1.521 do Código Civil, elenca as causas impeditivas, *in verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Neste entendimento, é possível extrair que não podem se casar, de maneira exemplificativa, que não poderão celebrar casamento o adotado com o filho do adotante. Inexistindo qualquer dispositivo legal que mencione os impedimentos que rondam a união estável, por óbvio, este regramento pode ser aplicável nesta situação.

3.A HERANÇA NO REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Conceito de Herança

Destaca-se que a herança pode ser entendida como sendo um conjunto de determinado acervo de bens que é transmitido para os herdeiros mediante o evento

causa mortis. Nesse passo, segundo entendimento Cesar Fiuza (2009) implementa que a herança resta constituída tanto pelo ativo, quanto pelo passivo, sendo que o primeiro diz respeito aos créditos, ao passo que, o segundo, está vinculado aos débitos deixados pelo falecido.

É importante salientar que a herança pode ser intitulada como acervo hereditário, bem como patrimônio hereditário ou massa hereditária, sendo considerada, verdadeiramente, como uma universalidade de direito, no qual se envolve um conjunto de relações jurídicas, com conotação econômica, podendo também ser considerada um bem imóvel, predominando ainda o entendimento de que é um condomínio indivisível.

3.2 Espécies de Herdeiros

Inicialmente, importa esclarecer que a primeira espécie de herdeiro a ser salientada neste estudo acadêmico é o legítimo, que é aquele que vem descrito na legislação, mais precisamente no artigo 1.829 do Código Civil, conforme segue:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Nesse sentido a sucessão legítima pode ser entendida como sendo aquela que tem o condão de abranger o cônjuge e os colaterais, assim como os ascendentes e os descendentes, na hipótese em que estes herdeiros não tenham sido excluídos da linha sucessória.

Por sua vez, a sucessão testamentária encontra guarida no artigo 1.799, do Código Civil, que dispõe da seguinte forma:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III- as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Sendo assim, o testamento consiste na declaração de última vontade daquele que faleceu e, diante disso, beneficiará aquele que nele tenha sido incluído, sendo denominado como herdeiro testamentário.

Diante disso, mediante o instrumento do testamento, resta possibilitado que os indivíduos possam receber determinado patrimônio, sem que, para tanto, estejam previsto na legislação como herdeiros legítimos.

Há também a figura dos herdeiros necessários, disposta no artigo 1.845, do Código Civil, estabelecendo que "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge". Consoante se depreende da norma civilista, os herdeiros necessários são os denominados descendentes, ascendentes, assim como o cônjuge.

Portanto, na condição de herdeiro necessário ressaltar que caberá aos descendentes, ascendentes, assim como ao cônjuge ao menos cinquenta por cento do acervo hereditário e, diante disso, mostra-se evidente que não poderá haver a disposição de todos os bens mediante testamento.

3.3 Análise do Artigo 1.790 do Código Civil – Concorrência do Companheiro com os Demais Herdeiros

O artigo 1.790, do Código Civil, dispõe que:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis terá direito à totalidade da herança.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015) explicam que o diploma civilista de 2002 contemplou a possibilidade dos companheiros também participarem da sucessão e, levando-se em consideração que não se trata de mera faculdade, perfaz um direito do convivente que deve ser efetivado na prática, o que exclui qualquer margem de liberalidade.

Segundo autora Maria Berenice Dias (2015, p. 256), quando comparado aos cônjuges, "O direito à concorrência sucessória também é diferente. Quando concorre com os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência do relacionamento"

Deste dispositivo, torna-se possível extrair os aspectos que abaixo estão elencados:

- a. Possibilidade de o companheiro participar da sucessão, mas apenas quanto aos bens adquiridos de maneira onerosa, após o início da união estável;
- b. Na hipótese da prole for comum, possibilita-se que o companheiro herde cota similar ao que for atribuído a cada filho;
- c. Na hipótese da prole não ser comum, o companheiro terá direito a metade da herança de cada filho;
- d. Quanto se tratar de parentes suscetíveis, fará jus a um terço;
- e. Herdará sua integralidade, apenas quando não houver qualquer destes parentes.

Nesse contexto se os bens foram adquiridos antes da união estável ou de modo gratuito, o companheiro residual não participará deste quinhão, ficando completamente excluído da herança. Portanto, resta excluída a possibilidade do companheiro participar da sucessão quando os bens forem adquiridos de maneira onerosa antes da união estável, ou, após a instituição da mesma, mas a título gratuito.

Ainda, que se mostre plausível a concorrência do companheiro com os filhos, sejam eles da prole comum, sejam apenas do autor da herança, há de se enaltecer que não é possível suportar a divisão da herança com os parentes mais remotos, que muitas vezes sequer mantinha proximidade com o falecido.

Assim, concluem os autores que apenas se possibilita a concorrência do companheiro quanto aos bens que efetivamente foram adquiridos de maneira onerosa durante a constância da união estável, posto que se presume o esforço em comum.

Este artigo foi alvo de diversas críticas doutrinárias, que serão elencadas no tópico a seguir.

4. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O TEMA

Levando-se em considerações os diversos posicionamentos que podem ser extraídos da doutrina, que, frise-se, a maior parte está atrelado ao fato do dispositivo em análise estar calcado em inconstitucionalidade.

Segundo autor Arnaldo Wald (2012), em seu livro acrescenta que a redação dada a este dispositivo é inadequada, pois não atribui ao companheiro à condição de herdeiro necessário, tal como ocorre com o cônjuge, sendo, portanto, uma norma dotada de deficiência, ocasionando, mais especificamente nas relações familiares, um retrocesso jurídico.

O Código Civil modificou, sensivelmente, as regras sucessórias entre os companheiros, alterando, sobremaneira, a sistemática vigente nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Modificou para pior, visto não ter atribuído aos companheiros o mesmo tratamento sucessório conferido aos cônjuges, ora, descrito no artigo 1.829, do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
(Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

É evidente que além dos aspectos discriminatórios que advém do tema, que acabam ceifando o princípio da igualdade, atuou o legislador de maneira a ignorar a realidade brasileira, eis que muitas pessoas não estão mais celebrando casamento, mas apenas vivendo em união estável, o que não é motivo suficiente para a instituição deste tratamento equivocado.

5. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Pondera-se de maneira inicial a Apelação Cível 70064484645, cujo entendimento é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Para esta Corte de Justiça, há de se elencar o entendimento no qual se admite a aplicabilidade do artigo 1790 do Código Civil, no caso concreto, de modo a mencionar que o direito do companheiro é sobre aqueles bens que tenham sido conseguidos de maneira onerosa, somado ao fato de que também deve ter sido adquirido após a configuração do início da união estável.

Portanto, para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, este é o direito do companheiro, em consonância com o artigo 1.790, do Código Civil, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.

O companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Inteligência do artigo 1.790 do CC. Concorrendo com filho comum, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuído ao filho. Inteligência do inciso I do art. 1.790 do CC. Apelação desprovida.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do São Paulo, conforme Agravo de Instrumento 20689579720158260000 delimitou a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, bem como a impossibilidade de se aplicar o artigo 1.829, do mesmo diploma cível, que trata dos direitos sucessórios do cônjuge, aos companheiros:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DE COMPANHEIRA.

Decisão agravada que ressaltou a necessidade de observância do artigo 1.829 do Código Civil para a apresentação da

partilha quanto aos direitos da companheira. Inconformismo dos herdeiros. Acolhimento parcial. Impossibilidade de aplicação do artigo 1.829 do CC à companheira. Constitucionalidade do art. 1.790, do CC que foi reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Companheira que participará da sucessão nos termos do artigo 1.790 do Código Civil. Questão relativa ao direito real de habitação que não foi objeto da decisão agravada. Recurso parcialmente provido.

Diante destes entendimentos jurisprudenciais, é forçoso acreditar que durante muitos anos as Cortes de Justiça entenderam como constitucional um dispositivo que tratava de maneira diferenciada os cônjuges e companheiros, sendo esta idéia levada a cabo com o julgamento do Recurso Extraordinário 878694/MG do STF.

6. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG do Supremo Tribunal Federal foi um passo importante e relevante para a questão da sucessão dos companheiros, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso.

Pode-se verificar do voto do Ministro Edson Fachin (2017, p. 7/8) que:

Essa matemática não encontra respaldo na Constituição de 1988, pois não há guarida no texto constitucional vigente para as distinções estabelecidas entre as opções dos membros de uma família por um ou outro modelo de conjugalidade.

Tal qual acultissimamente posto no voto do Ministro Roberto Barroso, a hermenêutica constitucional conduz a uma equiparação, em prestígio ao princípio da isonomia (art. 5º, I, e art. 226, § 3º, da Constituição da República), dos regimes sucessórios dos cônjuges e companheiros, de modo a reconhecer-se, incidentalmente, no presente recurso extraordinário, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de ambos os modelos de conjugalidade as mesmas

regras, quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso extraordinário para que seja restabelecida a sentença de 1º grau.

É possível visualizar que no trecho acima transcrito o Ministro Edson Fachin acompanhou o Ministro Roberto Barroso em seu competente voto.

Do entendimento do Ministro, é possível subsumir que o tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros no trato do direito sucessório não encontra amparo constitucional, eis que não se mostra plausível atribuir aspectos diferenciadores aos membros de determinada família apenas pelo fato de terem optado por outra forma de conjugalidade.

De acordo com o Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2017, p. única), costa que os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli procederam de maneira a negar provimento ao recurso extraordinário, visto não haver qualquer extrapolação por parte do Poder Legislativo, cuja conduta, de ter tratado de maneira diferenciada os companheiros dos cônjuges, não ceifaram os limites impostos pela Constituição Federal, tampouco ocasiona retrocesso social. No mesmo sentido foi o entendimento do Ministro Lewandowski:

Já na continuação do julgamento do RE 878694, o ministro Marco Aurélio apresentou voto-vista acompanhado a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli na sessão do ultimo dia 30 de março. Na ocasião, Toffoli negou provimento ao RE ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida m retrocesso em termos de proteção social. O ministro Lewandowski também votou nesse sentido na sessão de hoje.

Na decisão final, consta que:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico

estabelecido no art. 1.829 do Código Civil, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

Da decisão acima pontuada, é possível extrair os seguintes pontos:

- a. Reconhecimento de maneira incidental sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil;
- b. Possibilidade daqueles que mantêm união estável participarem da herança conforme reza o artigo 1.829, do Código Civil, que diz respeito ao direito sucessório dos cônjuges;
- c. Inconstitucionalidade acerca da distinção dos regimes sucessórios;
- d. Aplicação do artigo 1.829, do Código Civil para os cônjuges e companheiros.

Ainda, conforme se denota do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2017, p. única), subsume-se que “Pelo sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”.

Diante disso, conforme entendimento alavancado pelo Supremo Tribunal Federal há de se concluir que não resta mais admitido qualquer tratamento diferenciado entre companheiros e cônjuges no que tange o direito sucessório, sendo possível visualizar um grande avanço sobre o tema, além de esta decisão resguardar diversos preceitos constitucionais explícitos, como a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade.

CONCLUSÃO

Este estudo elencou a questão da sucessão na união estável, sob as luz dos princípios do direito que versam sobre a matéria e, principalmente, sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, em que diversos juristas se debruçaram para defender ou não a constitucionalidade prevista no artigo 1.790, do Código Civil. As uniões estáveis, durante muitos anos, foram um relacionamento em que se calcou grande discriminação, visto que não existindo as formalidades advindas do casamento, mostrava-se dificultoso o seu reconhecimento.

A Constituição Federal, apenas procedeu de maneira a reconhecer esta instituição como sendo uma entidade familiar e muitos posicionamentos digam-se, controversos, foram se formando ao longo dos anos, especialmente pelo Código Civil ter atribuído um regime sucessório diferenciado aos companheiros, quando comparados com o cônjuge. Certamente, a união estável necessita do preenchimento de determinados requisitos para que seja possível a configuração no caso concreto, como a publicidade e o intuito de constituir família, por exemplo, na qual não pode ser confundido com o casamento, que exige uma série de formalidades para a sua concretização.

Entretanto, isto não dá direito ao legislador de atribuir aos cônjuges e companheiros regimes manifestamente diferenciados, pois existe uma vasta gama de princípios que devem ser observados no caso concreto, mais precisamente no âmbito das relações familiares, como a afetividade, a dignidade da pessoa humana, e a solidariedade.

Diante disso, em se tratando de patrimônio, verifica-se claramente a impossibilidade de haver qualquer tratamento diferenciado, especialmente no artigo 1.790 do Código Civil, que, além de dispor que os conviventes apenas possuem direitos aos bens onerosos, que foram adquiridos após a instituição da união estável, ainda terá que dividir até mesmo aos parentes de quarto grau, que muitas vezes sequer era próximo do falecido.

A doutrina sempre se mostrou manifestamente contrária a este dispositivo, entendendo que se encontra imbuído de inconstitucionalidade, sendo uma redação inadequada, precária e que não deve prosperar.

Além de ignorar a atual realidade brasileira, em que muitos casais estão vivendo sob o regime da união estável, também proporciona grande vantagem aos parentes mais distantes, que muitas vezes sequer mantinham contato com o falecido.

Em que o esforço da doutrina, a maior parte da jurisprudência sempre se posicionou de maneira a reconhecer a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois a Constituição Federal elencou como entidade familiar a união estável, mas não fez alusão, em qualquer momento, ao fato deste relacionamento ser detentor dos mesmos direitos provenientes do casamento.

Entendimento jurisprudencial que se mostrou favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, mais especificamente dos incisos III e IV, foi do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial 1135354/PB, eis que o conteúdo da norma não vem se coadunando com os atuais anseios sociais. Diante de vários desentendimentos sobre o tema, sobreveio o julgamento do Recurso Extraordinário 878694/MG, em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, de modo a resguardar os mesmos direitos sucessórios proporcionados ao cônjuge, ora constante no artigo 1.829, do Código Civil.

É possível visualizar que os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Lewandovski reconheceram a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, ao passo que o Ministro Relator Roberto Barroso, bem como o Ministro Edson Fachin procederam ao levantamento da inconstitucionalidade desta norma aplicando-se, assim, o conteúdo inserto no artigo 1.829, do Código Civil, também aos conviventes.

Diante disso, conforme entendimento do STF há de se concluir que não resta mais admitido qualquer tratamento diferenciado entre companheiros e cônjuges no que tange o direito sucessório, sendo possível visualizar um grande avanço sobre o tema, além de esta decisão resguardar diversos preceitos constitucionais explícitos, como a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 Maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIREITO CIVIL: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Direito civil: família e sucessões. Salvador: JusPODIVM, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais: a posição da doutrina e dos tribunais. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 13, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 março 2020.

Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 01 Maio. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventários e partilhas: direito das sucessões. 23. ed. São Paulo: Eud, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Recurso Extraordinário 878694. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>>. Acesso em: 28 março 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 24 Maio 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Voto do Ministro Edson Fachin no RE 878.694. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-fachin.pdf>>. Acesso em: 24 Maio 2020.

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, Fernanda Dias. União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.

EXCLUSÃO SOCIAL E ESTATAL DE EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO EM OPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO

EDUARDO BELLOTI DOS SANTOS:
Bacharel em Direito pela
Universidade de Gurupi - UNIRG

BRENO OLIVEIRA SIMONASSI

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa demonstrar práticas sociais do mercado de trabalho e de certames públicos que afastam da inserção social plena reeducandos e egressos do sistema penitenciário, impossibilitando-os de obter colocações profissionais e por consequência dificultando ou impedindo sua ressocialização. Tais práticas são contraditórias aos princípios da ressocialização, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resultando no agravamento de problemas sociais, aumento dos índices de reincidência criminal, e acentuando a marginalidade social, o que impacta diretamente não só o próprio egresso, mas também toda sua família e a sociedade em geral. Serão obtidas informações através de editais públicos, exigências curriculares para contratações em grandes empresas e dados estatísticos de órgãos nacionais, demonstrando o quanto tais praticas são nocivas e opostas ao que se busca na lei de execuções penais, evidenciando ainda que o estado, mais uma vez, se esquia de suas responsabilidades.

Palavras-chave: Ressocialização; reincidência; exclusão social; Lei de execuções penais.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate social practices in the labor market and edicts public that exclude re-educated and egress from the penitentiary system from full social insertion, making it impossible for them to obtain professional placements and consequently hindering or preventing their re-socialization. Such practices are contradictory to the principles of resocialization, the dignity of the human person and equality, resulting in the aggravation of social problems, an increase in the rates of criminal recidivism, and accentuating social marginality, which directly impacts not only the reeducation itself, but also whole family and consequently society in general. Information will be obtained through edicts public, curricular requirements for hiring in large companies and statistical data from national agencies, demonstrating how harmful these practices are and opposed to what is sought in the law of criminal executions, also showing that the state, again, evades your responsibilities.

Keywords: Resocialization; recurrence; social exclusion; Criminal executions law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Política Criminal Penitenciária. 4. Lei de Execuções Penais (LEP). 5. Exclusão Estatal. 6. Exclusão social. 7. Considerações Finais. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As condutas criminosas são atos inerentes do homem, tendo o crime acompanhado toda história da raça humana, de tal forma que a sociedade se organizou e criou o Direito Penal, que tem como finalidade precípua, retirar do seio social indivíduos inaptos para convivência harmônica, reeducar e devolvê-los regenerados.

Esta regeneração, é primordial para o funcionamento da justiça, uma vez que os apenados retornarão ao convívio em sociedade, sendo necessário criar possibilidades de melhoras e a esperança de mudança de sua realidade socioeconômica, conforme brilhantemente escrito por FOUCAULT:

“[...] Se alguma coisa há que possa despertar no espírito dos condenados a idéia de bem e de mal, levá-los a considerações morais e elevá-los um pouco a seus próprios olhos, é a possibilidade de conseguir alguma recompensa” (FOUCAULT, 2012, pág. 233).

O direito penal é executado pelo estado, a cada dia mais intensamente, aumentando o número de encarcerados no sistema prisional brasileiro de forma exponencial. Na última década o acréscimo foi de aproximadamente cento e sessenta por cento (160%)¹. Estes números demonstrariam a eficiência estatal, se não trouxessem também o triste índice de reincidência que chega a setenta por cento (70%)², em alguns estados brasileiros. Fica evidente, que as ferramentas e políticas estatais utilizadas atualmente têm provocado um efeito oposto ao que se almeja.

Diversos juristas, sociólogos e filósofos já debateram sobre esta temática, onde o estado prende o indivíduo, não o ressocializa, e o solta sem qualquer reeducação e grande parte das vezes o exclui do mercado de trabalho, para em seguida o prender novamente por cometer novos delitos, e assim se alimenta esse perverso ciclo vicioso do encarceramento.

A punição aplicada aos encarcerados, deve ser vista como forma de reeducação e não de vingança, a ressocialização só será possível caso o apenado vislumbre mudanças em sua realidade, ao receber o que lhe falta, seja através da religião, do trabalho, da educação, da dignidade ou de seus valores sociais, vejamos novamente o que diz FOUCAULT:

[...] O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra em um estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça. (FOUCAULT, 2012 pág.252)

Ou seja, submeter o apenado ou egresso a condições que vão além das punições previstas em lei fragilizam ainda mais suas íntimas convicções, inclinándolo para a vida delituosa. A maior prova de que o punitivismo fracassou é que a aplicação dos suplícios no passado, pouco serviu para a repressão dos delitos.

A Lei de Execuções Penais, atribui claramente ao estado a função de orientar e ressocializar, descrevendo em seu artigo 10º:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. (LEP, Lei nº 7.210/8)

Diante desta grande problemática, inúmeros programas sociais foram iniciados tais como: Volta por Cima - GO, Projetos Agentes da Liberdade - RJ, Projeto Recomeçar - RS, Fundação Amparo ao Egresso do Sistema Penitenciário – SP, Projeto Clareou – SP, Projeto Esperança Viva – PB. entre tantos outros, que trabalham principalmente com apoio psicossocial, jurídico e inserção laboral, entretanto estes programas são locais, em micro-escala, tomados como exemplos a serem seguidos, quando na verdade deveriam ser parte de uma política pública nacional duradoura e obrigatória, capaz de atender os egressos em sua totalidade.

Todavia apesar já demonstrado o quanto estes programas impactam positivamente diminuindo os índices de reincidência, as políticas nacionais não são implementadas no sentido de multiplicá-los. Presente na sociedade há décadas este complexo panorama, serão debatidas medidas que prejudicam a ressocialização buscando alcançar formas de minimizá-las.

2.METODOLOGIA

Para realização do presente estudo, foi feita uma revisão de literatura, resultando em uma revisão bibliográfica documental. Tal pesquisa foi realizada por meio da análise e interpretação da Constituição Federal de 1988, leis penais, doutrinas relacionadas, certames públicos, além da análise de dados do sistema

penitenciário, principalmente os relacionadas aos fatores de reincidência criminal, por intermédio de informações de domínio público disponibilizadas por entes da administração (SENASP, INFOPEN, CNJ entre outros).

3. POLÍTICA CRIMINAL PENITENCIÁRIA

A Política Criminal Penitenciária é estabelecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), sediado em Brasília e subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP). Cabendo ao CNPCCP propor diretrizes, elaborar planos nacionais de desenvolvimento a cada quatro anos, avaliar periodicamente o sistema criminal entre outras funções elencadas no artigo 64 da Lei de Execuções penais (LEP), Lei nº 7.210/84.

Sendo estabelecido como diretrizes do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCCP) 2020-2023: prevenção, repressão, investigação, processo, execução e reintegração. Já constando desde o ano de 2015, no PNPCCP, diretrizes que visam à reintegração social, para garantir apoio ao egresso do sistema penitenciário em seu retorno à sociedade. Entretanto tais diretrizes tem se mostrado extremamente teóricas, consistindo em sua maioria, de políticas de combate a criminalidade no seu aspecto repressivo (pós-crime), pouco fazendo pela prevenção de novos delitos e a reincidência.

Fica evidente que a reincidência, é de extrema relevância, pois reiteradamente é colocada nas diretrizes do plano nacional como podemos observar:

[...] sociedade não pode retroalimentar a propensão para o crime, devendo contribuir com o processo de reinserção social por meio de instituições empresariais ou organizações da sociedade civil. (COMISSÃO DO PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2019 pág. 18).

Segundo o atual PNPCCP deve ser construído um tripé: onde o condenado deverá perceber que o crime não compensa; construção de um sistema penitenciário eficiente para preparar o encarcerado para retornar à sociedade; e o desenvolvimento da participação social na reintegração.

Principalmente em nível estadual, os governantes não foram capazes de administrar o sistema penitenciário, construindo novas unidades para acompanhar a demanda por vagas, segundo informações do INFOPEN em 2017, a taxa de ocupação média no país era de cento e noventa e sete por cento (197%), perfazendo um déficit de 358.663 vagas.

Estão previstas também a adoção de medidas que propiciem o trabalho, a educação e a intensificação das práticas religiosas, buscando o fortalecimento das travas morais que fazem com que a pessoa se abstenha de cometer crimes. Para isso tais medidas devem estar em concordância com a Regras de Mandela:

Regra 4

1. Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis. 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 2016, p. 19)

Após a análise das atuais condições e objetivos do sistema penitenciário nacional, treze propostas estão descritas como metas, que vão desde a criação de sistemas de informações penitenciárias; integração entre os poderes executivo e judiciário para desenvolvimento de projetos para reinserção social; mudanças na forma de arrecadação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional(FUNPEN); atuação dos municípios nas políticas públicas de inclusão; humanização das prisões; desenvolvimento de uma rede nacional de apoio ao condenado e ao egresso, entre outras.

Nesta toada é primordial a criação de meios que reintegrem o egresso ao convívio social, de forma a garantir que este possa conseguir um emprego, se sustentar e viver em condições dignas. Porém, o estado tem sido ineficaz na implantação destas diretrizes, que impactariam de forma positiva na reinserção social de ex-presidiários.

4. LEI DE EXECUÇÕES PENAS (LEP)

A LEP disciplina a efetivação das decisões criminais e sentenças, e ainda prevê a integração social do condenado ou internado, *in verbis*:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (LEP, Lei Nº7.210/84)

Trazendo também que é dever do estado prestar assistência ao preso e ao egresso, orientando seu retorno a convivência em sociedade com o intuito de prevenir demais crimes.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. (LEP, Lei nº 7.210/8)

Adiante, em seu artigo 26, trás a seguinte definição:

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova. (LEP, Lei nº 7.210/8)

Mais uma vez o legislador mostra-se preocupado com o retorno a convivência social do apenado e do egresso, prevendo expressamente que é dever do estado providenciar condições adequadas para que isto aconteça.

As obrigações da administração são de orientação, apoio, alojamento, alimentação por um período de até quatro meses. Ainda devendo a assistência social contribuir para que o obtenham trabalho. São bem claras e diretas as obrigações estabelecidas em lei, e se colocadas em prática mudariam muito o panorama da segurança pública nacional.

As possibilidades de ensino a distância previstas na LEP são ainda mais notáveis após a pandemia do Covid 19, *in verbis*:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.[...]

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial **ou por metodologia de ensino a distância** e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos freqüentados.(LEP, Lei nº 7.210/8)(grifamos).

Embora a previsão da modalidade de ensino a distância tenha sido incluída na LEP no ano de 2011, até os dias atuais, está bem distante de ser aplicada. Pois a falta de estrutura das prisões impede a utilização desta magnífica ferramenta de qualificação profissional e educacional, seria bastante benéfico utilizar o ensino a distância em parceria com instituições de ensino públicas, para a formação técnico-profissional de apenados, possibilitando a estes quiçá a conclusão de cursos superiores.

Apesar das belas intenções propostas na LEP, o que ocorre de fato é o despejo dos egressos nas ruas após o cumprimento de suas condenações, sem ter recebido reeducação alguma, pelo contrário, é sabido que as péssimas condições do cárcere desenvolvem ainda mais os instintos criminosos dos indivíduos.

Sendo assim, com a liberdade do condenado, "nasce" o egresso, que enfrentará um mundo novo, muito mais difícil, marcado pelo estigma social da palavra "preso", sendo quase sempre visto como um potencial delinquente, que verá o fechamento de mais algumas dezenas de oportunidades, mesmo tendo cumprido toda a pena a ele imposta.

Este que na maioria das vezes, antes do cárcere já se via em dificuldades sociais, agora enfrentará a vida sem nenhum preparo fornecido pelo estado, marginalizado, excluído e sofrendo imenso preconceito, temos aí a "receita" potencializadora para fabricação de reincidentes. Pois onde este indivíduo encontrará oportunidades para se reinserir, conseguir trabalho, se sustentar e sustentar sua família?

Encontramos aqui um verdadeiro paradoxo, onde as falhas estatais (segurança pública / justiça / sistema penitenciário) trabalham contra a própria sociedade, pois desta forma se agravam as condições de marginalização social, aumenta-se a criminalidade, diminui-se a sensação de segurança e em conseqüência demandam-se aumentos de gastos e investimentos com o a segurança pública.

5. EXCLUSÃO ESTATAL

Há uma série de princípios que regem nosso sistema normativo e servem como balizadores da aplicação das leis, que deveriam ser considerados incontestavelmente primordiais em todo sistema jurídico nacional, princípios constitucionais como: Da Dignidade da pessoa humana³; Da Igualdade⁴; Da vedação de penas de caráter perpétuo⁵.

Tais princípios, em certas ocasiões quando confrontados com outros, de menor grandeza, são subestimados, como quando em oposição ao princípio da moralidade administrativa⁶, que é utilizado para justificar a exclusão de apenados e egressos na concorrência por vagas de trabalho no setor público por meio de concursos.

É o que se observa diariamente com a publicação de editais e certames de concursos públicos, onde de forma objetiva, nos requisitos para investidura do cargo, e de forma subjetiva, durante a investigação social, indivíduos que já tiveram alguma condenação criminal são excluídos do certame em nome da moralidade administrativa.

Em diversos casos estas exclusões são completamente ilegais e abusivas, cabendo ao candidato injustiçado, caso tenha condições, recorrer ao poder judiciário, não sendo esta uma batalha fácil, pois tendo em vista a morosidade do judiciário e o elevado custo financeiro para propositura de tais ações, o que resulta na inviabilização da correção das injustiças.

Tornando assim utópicas as diretrizes da ressocialização e de inclusão social previstas na LEP e no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, uma vez que o idealizador das diretrizes, o Estado, é o primeiro a se eximir delas.

O exemplo abaixo é apenas um dentre dezenas de editais de concursos públicos publicados rotineiramente, que trazem expressamente as vedações impostas ao ex-condenado, impedindo arbitrariamente que alcancem as carreiras públicas por meio de concurso.

CONCURSO PÚBLICO PREFEITURA MUNICIPAL DE XINGUARA/PA Edital nº 001/2020, de 02 de março de 2020.

2. DAS CONDIÇÕES PARA INVESTIDURA NO CARGO

2.1. Para investidura no cargo escolhido, o candidato deverá ter na data da posse as condições especificadas a seguir:[...]

m) Não ter sido condenado a pena privativa de liberdade transitada em julgado ou qualquer outra condenação incompatível com a função pública; [...]

p) Não registrar antecedentes criminais; e q) Cumprir as determinações deste Edital.[...] ⁷ (grifamos).

Desta forma que não basta que o apenado cumpra toda a sua pena, pois na prática, fica evidente que suas penalidades, se estenderão muito além dos limites legais da condenação, beirando o caráter perpétuo, tendo em vista que uma vez que seja preso e condenado jamais poderá ocupar as fileiras públicas.

Destarte, não há qualquer argumento legal ou razoável para impedir a posse de um ex-condenado ou ex-preso, por crimes como: falso testemunho, dano, lesão corporal culposa, apropriação indevida, omissão de socorro, difamação, violação de correspondência, usurpação de águas, concorrência desleal, perturbação, entre outros, não tão graves, mesmo após ter cumprido na integralidade sua pena. Por que estes ex-condenados não poderiam ocupar cargos de: mecânico, secretário, auxiliar de limpeza, técnico em informática, assistente administrativo, professor ou qualquer outro?

Percebe-se o quanto tais impedimentos em carreiras públicas são desnecessários e prejudiciais, pois milhares de egressos do sistema penitenciário poderiam alcançar condições dignas de vida e de trabalho nestas colocações e estariam assim mais distantes da criminalidade e da reincidência.

Permitir que o egresso seja nomeado em uma carreira pública não seria um prêmio ou privilégio concedido, seria apenas permitir que ele após ter cumprido toda a sanção imposta, participe de certames públicos e caso aprovado tenha condições de levar uma vida normal, com os mesmos direitos de qualquer outro cidadão.

Desta maneira a moralidade administrativa em nada estaria ameaçada, pois além dos meios de controle normais (policial, judicial), o egresso como funcionário público estaria submetido ao controle da administração, através de estágio probatório, avaliações periódicas de desempenho, fiscalização de chefias imediatas e mediatas, ou seja ele estaria sendo ainda mais fiscalizado, quando é parte dos quadros da administração pública.

6. EXCLUSÃO SOCIAL

Igualmente danosa aos egressos é a exigência da pesquisa de antecedentes criminais nos exames de admissão de empresas privadas, como transportadoras,

multinacionais e comércio em geral. Prática comum de mercado, não obstante estar em desacordo com a orientação do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que decidiu quais condições esta consulta criminal será permitida (empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes, bancários, pessoas que atuam com substâncias tóxicas, armas ou com informações sigilosas, etc) ⁸, contudo tornou-se regra de mercado sua exigência para a admissão no emprego, mesmo que de forma velada, em que o candidato a vaga jamais saberá o motivo de sua rejeição.

A marginalização social se inicia com o preconceito, uma vez que a sociedade não quer receber o egresso, por duvidar da reabilitação daquele indivíduo que é enjaulado em péssimas condições, isolado do convívio social, incluído em grupos criminosos para sobreviver ao cárcere, onde a prática de crimes graves é o que o torna respeitado dentro do "sistema".

Mais uma vez, são colocados obstáculos intransponíveis para a vida do egresso, onde seu passado criminoso e sua estadia no cárcere impedem de ser visto como uma pessoa comum, o resultado será o aguçamento de suas vulnerabilidades desembocando na reincidência de ilicitudes ou ocupações em atividades informais e clandestinas que o conduzirão para dentro do sistema penitenciário novamente.

Quando o indivíduo é preso, perde-se o direito de ir e vir, porém outros direitos devem ser preservados como a educação, saúde e trabalho, que juntos irão garantir a dignidade humana, assim definida por SARLET:

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 toda e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além e propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.(SARLET 2008, pág.62)

Nota-se claramente que tanto o tratamento degradante recebido dentro do cárcere como as condições de vida que são colocados após a soltura, afetam seu direito mais grandioso, a dignidade humana, pois não participarão ativamente nos destinos de suas vidas ao serem subjugados, e tão pouco receberão respeito de uma sociedade que lhe observa com os olhos do medo e da desconfiança.

São necessários investimentos estruturais que garantam condições adequadas de sobrevivência nas prisões, assistência psicossocial, saúde, educação e a aplicação laborterapia, buscando a reabilitação, pois somente assim o sistema penitenciário estará apto a ressocializar e por conseqüência permitir que o egresso ser aceito pela sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja um tema bastante polêmico, é urgente que seja debatido, para que haja mudanças no panorama da ressocialização dos egressos, a fim de diminuir os índices de reincidência criminal e conseqüentemente da violência em geral.

Primeiramente é preciso normalizar o fato de que o apenado retornará ao convívio social, devendo ser-lhe oferecidas chances como a qualquer outro cidadão, e a idéia de privá-lo de oportunidades de trabalho, só trará maiores transtornos. Fato é que ele precisará sustentar-se, seja como trabalhador ou reincidindo no crime. O que definirá a diferença entre esses caminhos dependerá da forma com que a sociedade o receberá após o término de sua condenação.

O egresso, como qualquer pessoa, almeja uma vida melhor, e caso não encontre oportunidades lícitas, como a colocação formal no mercado de trabalho ou a capacitação para o exercício de uma profissão, na maioria das vezes incorrerá novamente na prática de crimes, ainda mais pelo facilitador de já guardar certa familiaridade com tal caminho.

O cenário atual em nada os desestimula a auferir renda com a prática de ilícitos, pois os serviços que lhes são ofertados, predominantemente são trabalhos árduos, mal remunerados e sem contratação formal. Não propiciando uma ocupação regular, de fato.

Segundo balanço do sistema penitenciário nacional divulgado pelo Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP) de 2019, aproximadamente sessenta e um por cento (61%)⁹, dos presos foram condenados por crimes ligados a questões patrimoniais e de usura, como furto, roubo e tráfico de entorpecentes, e são na maioria pessoas pobres que vêem na criminalidade o meio mais rápido de melhorar sua dura realidade, fazendo com que o sistema penitenciário seja mais uma engrenagem no conjunto de fatores que perpetuam os altos índices de práticas criminosas.

No tocante as leis penais, há de se ter especial atenção com a Lei de Drogas, pois em média vinte e quatro por cento (24%)¹⁰ dos presos atualmente são por condenações por tráfico de entorpecentes, maior parte destes são de pequenos

traficantes muitas vezes primários, dados que denotam a necessidade de encarcerar com mais qualidade, visando os chefes do tráfico e integrantes das facções criminosas. Além de adotar sempre que possível o Acordo de Não Persecução Penal e as penas alternativas, para evitar ao máximo a entrada de presos de baixa periculosidade dentro do sistema penitenciário dominando pelas organizações criminosas, evitando assim o seu recrutamento.

Ao pensar nas políticas públicas de reinserção de egressos, não devemos ter em mente apenas os estigmas sociais dos crimes bárbaros (latrocínio, estupro, seqüestro) pois estes são minoria, e atrapalham a reinserção social de uma maior parte que sequer praticou um delito de tamanha gravidade. Em hipótese alguma esta pesquisa visa apresentar situações que beneficiem criminosos, mas sim soluções para amenizar a grave mazela social da reincidência criminal.

Como com a criação de programas e parcerias de emprego na esfera privada, não apenas a cargo das distantes políticas públicas nacionais, mas, sobretudo no âmbito regional, por meio das varas criminais de cada comarca, promovendo campanhas de conscientização social que incentivem a inclusão profissional dos egressos, demonstrando os benefícios desta inclusão a população, através de uma política de estado consistente e duradora que alcance bons resultados no futuro.

Além de permitir e promover a entrada de egressos no mercado de trabalho, seja ele público ou privado, é preciso criar condições para que estejam aptos para desempenhar tal ofício, com a criação de presídios escolas, com centros profissionalizantes e salas de aula, que possibilitarão a qualificação destas pessoas, para que possam ter oportunidades lícitas de transformar sua realidade econômico-social para melhor. Uma das medidas de implementação, seria viabilizar a inserção de ex-presidiários em cargos públicos, mediante concurso, o que de imediato impactaria positivamente essa classe tão fragilizada.

Seria de grande valia, a rápida aprovação dos projetos de lei (PL1506/15 e PL1348/15) que tramitam na câmara dos deputados, que visam desenvolver programas de incentivos fiscais que beneficiariam empresas que promovam a contratação e profissionalização de egressos e apenados, efetivando assim o que se prevê nos planos de políticas criminais, promovendo um mútuo benefício, aos empresários com os abatimentos fiscais e ao egressos pela confiança, o salário e a oportunidade de recomeçar uma vida melhor.

De outro lado, e não menos importante, seria também o desenvolvimento de ações preventivas, focado na educação e profissionalização de jovens, sobretudo os de baixa renda, favorecendo com que estes tenham ocupações profissionais o mais

cedo possível. Enfraquecendo assim o alcance das facções criminosas que recrutam seus integrantes cada dia mais prematuramente.

Por fim, faz-se necessário a atuação intensa das Defensorias Públicas e Ministério Público, no sentido de impugnar editais de concursos que vedem a aprovação de egressos, sob a justificativa da supremacia dos princípios da ressocialização, dignidade e da igualdade. Além de ampliar as ações do Ministério do Trabalho, no sentido de fiscalizar empresas que descumprem as normas trabalhistas inclusivas, preterindo os ex-condenados.

Somente com a mudança de paradigmas, a conscientização dos operadores do direito e da sociedade, e a atuação estratégica de órgãos públicos com a prevenção e educação dos mais vulneráveis, poderemos alterar nossas calamitosas taxas de violência. Persistir nos anseios punitivistas, ignorando a inclusão social e a reeducação dos apenados, só nos trará "mais do mesmo", um sistema penitenciário péssimo e obsoleto responsável por um cotidiano marcado pelo ciclo da violência sistematizada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂMBITO JURÍDICO, **A fase de investigação social nos concursos público: moralidade administrativa x proibições causuísticas**, disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-152/a-fase-de-investigacao-social-nos-concursos-publico-moralidade-administrativa-x-proibicoes-causuisticas/> >. Acesso em 11 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição (2002). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, **Comissão do plano nacional de política criminal e penitenciária**, disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/cnpcp-divulga-de-consulta-publica-do-plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria/PNPCP220919.pdf> >. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL, DEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2019**, disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0Mmwi3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9> >. Acesso em 11 de maio de 2020.

BRASIL, Lei de Execuções penais, Lei Nº 7.210/84, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm >. Acesso em 12 de maio de 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas/ Cesare Beccaria**; tradução Vicente Sabino Junior, - São Paulo; Editora Pillares, 2013.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Acesso em 22 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Mandela:** Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1. Ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

CONSULTOR JURIDICO, **TST define situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais**, disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais> >. Acesso em 11 de maio de 2020.

CNJ, **Prêmio Innovare: prisão modelo reduz reincidência em Canoas (RS)**, disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/premio-innovare-prisao-modelo-reduz-reincidencia-em-porto-alegre-2/> >. Acesso em 10 de maio de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 40ª ed. Rio de Janeiro; editora vozes, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado/** Pedro Lenz – 21 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único/ Renato Brasileiro de Lima** – 6.ed, ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo/** Alexandre Mazza. – 8. Ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIRES, Armando de Azevedo Caldeira.; GattiT. H. **A reinserção social de egressos do sistema prisional por meio de políticas públicas, da educação, do trabalho e da comunidade.** Inclusão Social, v. 1, n. 2, 3 maio 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DISPENSA DE LICITAÇÃO E SUA LEGITIMIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL

ANA BEATRIZ ALENCAR ALVES:

Bacharelada em Direito pelo
Centro Universitário FAMETRO

DANILO FERRAZ CORDOVA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho visa abordar uma das mais importantes matérias do Direito que é o Direito Administrativo, que nesse sentido, irá ser discutido a respeito do instituto da dispensa de licitação. Onde o tema escolhido foi "A Dispensa de Licitação no Âmbito Estadual e sua Legitimidade". Este artigo tem o intuito de analisar a legitimidade de dispensa de licitação no âmbito estadual, utilizando o método dedutivo e abordagem qualitativa, concluindo que há inconstitucionalidade na norma no que tange a sua forma e matéria.

Palavras-chave: Dispensa; Inconstitucionalidade; Licitação; Lei Promulgada.

ABSTRACT: This work aims to address one of the most important matters of law which is Administrative Law, which in that sense will be discussed regarding the institute of the dispensation from bidding. Where the topic chosen was "The Exemption from Bidding in the State Scope and its Legitimacy". This article aims at analyzing the legitimacy of the dispensation from bidding at the state level, using the deductive method and qualitative approach, concluding that there is unconstitutionality in the rule with respect to its form and subject matter.

Keywords: Dismissal; Unconstitutionality; Bidding; Promulgated Law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. NOÇÕES GERAIS. 2. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO. 3. INEXIGIBILIDADE. 4. DISPENSA DE LICITAÇÃO. 5. A ILEGALIDADE. 6. DECISÕES CONTRÁRIAS A ILEGALIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo trazer uma base relativa ao estudo de contratação direta sem licitação, em especial da dispensa e inexigibilidade, temas que serão minuciosamente tratados e analisados no decorrer deste estudo. Entretanto, para que o ente governamental possa adquirir ou locar bens, alienar, realizar obras ou serviços, entre outros, necessita obedecer a um procedimento recheado de princípios, que é denominado de licitação. Tal procedimento tem suas normas gerais elencadas na Lei Federal nº 8.666/93, possuindo seis modalidades, as

quais faremos uma breve análise no decorrer do estudo. A licitação é um procedimento que precisa ser obedecido pela Administração, quando a mesma for realizar as contratações. Em virtude da necessidade de se dar amparo aos pequenos produtores rurais situados no Estado do Amazonas, os dirigentes locais tentaram, por via imprópria, criar legislação para a aquisição da sua produção por meio de afastamento de processo licitatório, de forma a promover a economia local. Muito embora o estabelecimento da lei tenha partido de uma boa intenção de bem cuidar dos amazonenses, vivemos num Estado de Direito. Assim, o Poder Legislativo deve, dentro da legalidade, estabelecer mecanismos de fomento à produção e ao desenvolvimento regional, em respeito ao ordenamento vigente no nosso país. Todavia, esta regra possui algumas exceções, onde a pessoa governamental não necessitará para contratar, passar por todo um procedimento licitatório.

No tópico Noções gerais aborda que a constituição Brasileira coloca como regra geral a pratica do processo licitatório, uma vez que a administração for contratar particulares, mas também abre exceções, as quais se dão por meio de legislação específica, essas exceções são chamadas de contratação direta. Existem duas vertentes doutrinarias acerca do processo licitatório, a primeira divide a licitação em duas matérias, dispensa e inexigibilidade, já a segunda divide a matéria em três vertentes, licitação dispensada, dispensa de licitação e inexigibilidade.

No tópico Contratação Direta Sem Licitação será abordado os momentos em que o ente governamental, pode sim contratar sem que haja um processo licitatório. Alguns doutrinadores fazem uma distinção entre dispensa de licitação e licitação dispensada presentes no artigo 17 e 24 da lei 8.666/93.

O tópico Inexigibilidade explica q esse ramo de licitação se origina da inviabilidade de competição, por hipóteses como; Ausência de pluralidade de alternativas, ausência de mercado concorrencial, competição por impossibilidade de julgamento objetivo, por ausência de definição objetiva da prestação.

O tópico Dispensa de Licitação mostra a diferença da Inexigibilidade de licitação, onde não há se quer o dever de licitar, pois é inviável. Na dispensa de licitação o legislador já autorizou o administrador público tem a discricionariedade administrativa com base em uma dispensa prevista no próprio texto legal, mesmo sendo viável a competição, porém é mais interessante para o poder público fazer a contratação direta, sem precisar licitar.

O tópico Ilegalidade mostra que o estado do Amazonas estabeleceu por meio de lei promulgada uma nova hipótese de dispensa de licitação, onde o mesmo vem utilizando essa espécie normativa para afastar o processo licitatório para vários assuntos.

1. NOÇÕES GERAIS

Verifica-se que a Constituição Federal Brasileira, em seu art. 37, inciso XXI, ao mesmo tempo em que coloca como regra geral a prática do procedimento licitatório quando a Administração for contratar com particulares, abre também espaço para exceções, as quais bem coloca que deverão ser por legislações específicas. As exceções são denominadas de contratação direta e trazidas pela Lei Federal nº 8.666/93, possuindo duas vertentes doutrinárias, onde a primeira divide a matéria em dispensa e inexigibilidade de licitação, e a segunda em licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade. Observa-se na segunda corrente que alguns doutrinadores fazem uma diferenciação quanto à licitação dispensada tratada no art. 17 e dispensa que é mencionada no art. 24, ambas da lei de licitação. Os que defendem tal idéia entendem que na contratação direta tratada no art. 17 o próprio legislador dispensou o procedimento licitatório, e já as que concernem ao art. 24 o legislador deixou ao administrador a faculdade de dispensar para determinados objetos à licitação.

Entretanto, há uma segunda corrente que entende errônea tal distinção, e ainda, sem utilidade, a qual adota-se no presente estudo. Sobre o assunto Marçal Justen filho aduz:

“(…) não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar a licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.” (2002, p. 235)

Verifica-se, portanto, não ser necessária tal distinção, tendo em vista que ambas se tratam de dispensa de licitação. Vale ressaltar que as matérias tratadas no art. 17 não são objeto específico do presente trabalho, mais sim os casos de dispensa tratados no art. 24 e os de inexigibilidade expostos no art. 25, todos da lei 8.666/93. Numa análise sintetizada temos que a inexigibilidade se trata dos casos em que a licitação não for viável a administração, posto a inviabilidade de competição no caso em concreto. Já os casos de dispensa, são aqueles que embora viável a competição, sejam inconvenientes ao interesse público. No tocante da distinção entre dispensa e inexigibilidade, O ilustre doutrinador Adilson Abreu Dallari aduz que “os casos de

inexigibilidade são aqueles em que, logicamente, não existe possibilidade de licitação.

Os casos de dispensa são aqueles em que, havendo a possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza a discriminação” (2003, p. 46). Doutrinariamente, seria correto a legislação tratar primeiro dos casos de inexigibilidade, tendo em vista se faz necessário preliminarmente analisar se o objeto possui exigibilidade de ser licitado. Todavia, a legislação específica trata primeiramente dos casos de dispensa e, posteriormente, dos casos de inexigibilidade.

2. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

Até o presente instante realizou-se uma parte introdutória ao presente estudo, onde foi feita uma breve análise sobre o procedimento licitatório, referente aos seus conceitos, princípios, obrigatoriedade, modalidades, entre outros, para que alcançar o tema desta monografia. Verificou-se que é uma obrigatoriedade da nossa Constituição Federal, a realização da licitação como forma de contratação da administração pública com particulares, entretanto a carta magna também prevê a existência de exceções em legislações específicas, ou seja, haverá momentos que o ente governamental poderá contratar sem licitação, fenômeno este, que passaremos a analisar.

Verifica-se que a Constituição Federal Brasileira, em seu art. 37, inciso XXI, ao mesmo tempo em que coloca como regra geral a prática do procedimento licitatório quando a Administração for contratar com particulares, abre também espaço para exceções, as quais bem coloca que deverão ser por legislações específicas. As exceções são denominadas de contratação direta e trazidas pela Lei Federal nº 8.666/93, possuindo duas vertentes doutrinárias, onde a primeira divide a matéria em dispensa e inexigibilidade de licitação, e a segunda em licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade.

Observa-se na segunda corrente que alguns doutrinadores fazem uma diferenciação quanto à licitação dispensada tratada no art. 17 e dispensa que é mencionada no art. 24, ambas da lei de licitação. Os que defendem tal ideia entendem que na contratação direta tratada no art. 17 o próprio legislador dispensou o procedimento licitatório, e já as que concernem ao art. 24 o legislador deixou ao administrador a faculdade de dispensar para determinados objetos à licitação. Entretanto, há uma segunda corrente que entende errônea tal distinção, e ainda, sem utilidade, a qual adota-se no presente estudo. Sobre o assunto Marçal Justen filho aduz:

“(…) não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar a licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.” (2002, p. 235)

Verifica-se, portanto, não ser necessária tal distinção, tendo em vista que ambas se tratam de dispensa de licitação. Vele ressaltar que as matérias tratadas no art. 17 não são objeto específico do presente trabalho, mais sim os casos de dispensa tratados no art. 24 e os de inexigibilidade expostos no art. 25, todos da lei 8.666/93. Numa análise sintetizada temos que a inexigibilidade se trata dos casos em que a licitação não for viável a administração, posto a inviabilidade de competição no caso em concreto. Já os casos de dispensa, são aqueles que embora viável a competição, sejam inconvenientes ao interesse público. No que diz a respeito do conceito de consumidor por equiparação, este demonstra-se mais difícil de ser entendido, devendo-se, portanto, que faça uma leitura do parágrafo único do artigo 2º e artigos 17 e 29 do CDC, para que se veja a amplitude destes conceitos, conforme verificado.

Na linha do explicado até aqui, destarte, fato é que a licitação pública é o processo seletivo mediante o qual a Administração visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, Lei 8.666/93). Para tanto, a licitação pressupõe a viabilidade da competição. Existem situações em que, embora viável, a competição não se afigura conveniente ao interesse público por manifesto desequilíbrio na relação custo benefício, ou seja, o investimento necessário à realização do procedimento licitatório seria maior que o próprio resultado a ser alcançado. A dispensa de licitação é a possibilidade direta de contrato entre a Administração e o particular nos casos estabelecidos no art. 24 da Lei 8.666/93.

3. INEXIGIBILIDADE

Pela legislação específica sobre as licitações esta é a outra forma de contratação direta sem licitação. Verificou-se que na dispensa há competitividade, entretanto por motivos de conveniência pública a legislação autoriza a contratação direta, já à inexigibilidade deriva da inviabilidade de competição. José Cretella Júnior entende que “inviabilidade de competição, “lato sensu”, é o certame em que um dos

contendores reúne qualidades tais que torna único, exclusivo, su generis, a tal ponto que inibi os demais licitantes, sem condições competitivas” (2004, p. 240). Justen Filho aduz que a inviabilidade de competição é “uma consequência, que pode ser produzida por várias causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação” (2002, p. 269).

O ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, no intuito de melhor analisar o fenômeno da inexigibilidade, utiliza-se de uma sistematização que traz as causas que podem fazer uma contratação ter inviabilidade de competição, senão vejamos: Por ausência de pluralidade de alternativas Inviabilidade de Por ausência de “mercado concorrencial” Competição Por impossibilidade de julgamento objetivo Por ausência de definição objetiva da prestação (2008, p. 399). Apresentada a sistematização deste tipo de contratação direta, passa-se neste momento a analisá-las de forma separada: Sistematização de causas de inviabilidade de competição e Ausência de pluralidade de alternativas. Este primeiro caso se refere à ausência de pluralidade de alternativas, trata-se daqueles casos que a Administração necessita contratar algo específico, o qual é prestado por um único particular, tornando-se inviável o procedimento licitatório (JUSTEN FILHO, 2008).

Neste sentido, se configura a singularidade do objeto, tendo em vista que há apenas um objeto que atende à pretensão do ente governamental, resultando, assim, na unidade de ofertantes (MELLO, 2004).

Por ausência de “mercado concorrencial” O presente caso refere-se aqueles casos que a Administração Pública precisa contratar um determinado serviço, o qual deverá ser prestado por um especialista. Verifica-se que em determinados campos, há grande número de especialistas de renome que prestam o objeto que o ente governamental necessita, entretanto, observa-se que esses especialistas não se sujeitam a participarem de processos de licitação.

A inexigibilidade de licitação, os autores supracitados assim afirmam:

A inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver impossibilidade jurídica de competição. (...) Se a licitação é uma disputa, para que ela seja possível forçosamente deve existir mais de uma pessoa (física ou jurídica) capaz de satisfazer seu objeto, ou seja, de realizar a obra, prestar o serviço, fornecera mercadoria etc. (...) A Lei nº 8.666/1993 cuida das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação em seu art. 25, que reúne situações descritas genericamente como de “inviabilidade de competição”, exemplificativamente arroladas em seus três incisos. A rigor, configurada situação em que a competição seja

inviável, justifica-se a contratação direta, com fundamento na legalmente denominada "inexigibilidade de licitação, ainda que o caso concreto não esteja enquadrado entre aqueles expressamente descritos nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93".

Sobre as contratações perpetradas pela Administração Pública, apregoa a Constituição Federal, em seu art. 37, caput e inciso XXI, in verbis:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como sabido, o Princípio da Legalidade, inserto no mandamento constitucional delineado supra, preconiza a subordinação completa do administrador aos ditames da lei, de modo a evitar dissabores, tais como o abuso de poder e o desvio de finalidade. Nessa esteira, não pode o administrador fazer sobressair sua vontade pessoal sobre o interesse da coletividade, devendo, portanto, a gestão pública pautar-se nos princípios norteadores do Direito Público, dentre os quais se inclui o postulado acima mencionado. Segundo a melhor doutrina, o Princípio da Legalidade é a base de toda a atividade administrativa, e, como tal, deve servir de arrimo aos demais princípios administrativos, de modo que não há que se falar em "moralidade", "impessoalidade", "publicidade" e "eficiência" da Administração Pública se não houver, por parte desta, a observância indispensável dos preceitos normativos. Ao transferir para o legislador ordinário a tarefa de definir os casos e situações que não seriam submetidos à licitação pública, o constituinte considerou a existência de questões complexas que a Administração não teria como submeter à rigidez das regras licitatórias, vez que determinados assuntos são por demais peculiares. Assim sendo, as modalidades de Inexigibilidade e Dispensa de Licitação se constituíram nos dispositivos legais com vistas a atender à previsão constitucional, frente a casos como o ora analisado.

A fim de adentrar-se no tema da viabilidade da contratação direta em questão, é imperioso realizar-se um breve estudo dos institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação, sendo certo que, para qualquer análise de exceções, deve-se partir, primeiramente, da regra. Como já apontado acima, as contratações realizadas pela Administração Pública, como regra, devem ser precedidas de licitação pública, na forma do art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição da República. Da leitura do texto constitucional é possível verificar que a regra geral é a necessidade de licitação prévia para fins de celebração de contratos administrativos pela Administração Pública.

Ocorre que o próprio constituinte previu a possibilidade de a lei estabelecer situações em que a licitação não será ou não poderá ser aplicável. Regulamentando tal previsão constitucional, a Lei nº 8.666/93 prevê os institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação, que apesar de fundamentarem igualmente uma contratação direta pela Administração, não se confundem.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015), assim aduzem sobre a dispensa de licitação:

“Podemos falar genericamente em dispensa de licitação para abranger todas as hipóteses em que, embora exista viabilidade jurídica de competição, a lei autoriza a celebração direta do contrato ou mesmo determina a não realização do procedimento licitatório. Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação dizemos que ela é dispensável. Nessas situações, a competição é possível, mas a lei autoriza a administração, segundo critérios de oportunidade e conveniência – ou seja, mediante ato administrativo discricionário – a dispensar a realização da licitação. Outras hipóteses hão em que a própria lei, diretamente, dispensa a realização da licitação, caracterizando a denominada licitação dispensada. Nesses casos, não cabe à administração, discricionariamente, decidir sobre a realização ou não da licitação. Não haverá procedimento licitatório porque a própria lei impõe a sua dispensa, embora fosse juridicamente possível a competição”.

Já sobre a inexigibilidade de licitação, os autores supracitados assim afirmam:

“A inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver impossibilidade jurídica de competição. (...) Se a licitação é uma disputa, para que ela seja possível forçosamente deve existir

mais de uma pessoa (física ou jurídica) capaz de satisfazer seu objeto, ou seja, de realizar a obra, prestar o serviço, fornecer mercadoria etc. (...) A Lei nº 8.666/1993 cuida das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação em seu art. 25, que reúne situações descritas genericamente como de “inviabilidade de competição”, exemplificativamente arroladas em seus três incisos. A rigor, configurada situação em que a competição seja inviável, justifica-se a contratação direta, com fundamento na legalmente denominada “inexigibilidade de licitação”, ainda que o caso concreto não esteja enquadrado entre aqueles expressamente descritos nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93”.

Uma das principais diferenças entre os institutos, portanto, é que na dispensa de licitação (licitação dispensável) o legislador já autorizou a Administração Pública a contratar, excepcionalmente, sem licitação. Quer dizer que, aqui, reside a discricionariedade administrativa com base numa dispensa prevista no próprio texto legal, em lista exaustiva. Por outro lado, na inexigibilidade de licitação, não há sequer dever de licitar, pois a competição é inviável e, assim, a licitação não será realizada em virtude dessa inviabilidade e não propriamente da conveniência administrativa. Diferentemente da dispensa, em que a competição é possível, na inexigibilidade, a competição é inviável, tornando inócua a licitação, cuja razão de ser é, justamente, fomentar a disputa entre os interessados, a fim de angariar a melhor proposta. Em outras palavras, a utilização da licitação, nesses casos, não cumpriria com o interesse público, sendo, bem ao revés, mero formalismo prejudicial à economicidade administrativa e à celeridade na satisfação de necessidades públicas. Segundo lições de Matheus Carvalho (2016), “ao definir o que seria inviabilidade de competição justificadora de contratação direta pela Administração Pública, a doutrina majoritária costuma apontar pressupostos da licitação e estabelece que a ausência de qualquer dos pressupostos torna o procedimento licitatório inexigível”.

4. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Uma das principais diferenças entre os institutos, portanto, é que na dispensa de licitação (licitação dispensável) o legislador já autorizou a Administração Pública a contratar, excepcionalmente, sem licitação. Quer dizer que, aqui, reside a discricionariedade administrativa com base numa dispensa prevista no próprio texto legal, em lista exaustiva.

Por outro lado, na inexigibilidade de licitação, não há sequer dever de licitar, pois a competição é inviável e, assim, a licitação não será realizada em virtude dessa

inviabilidade e não propriamente da conveniência administrativa. Diferentemente da dispensa, em que a competição é possível, na inexigibilidade, a competição é inviável, tornando inócua a licitação, cuja razão de ser é, justamente, fomentar a disputa entre os interessados, a fim de angariar a melhor proposta. Em outras palavras, a utilização da licitação, nesses casos, não cumpriria com o interesse público, sendo, bem ao revés, mero formalismo prejudicial à economicidade administrativa e à celeridade na satisfação de necessidades públicas. Segundo lições de Matheus Carvalho (2016), "ao definir o que seria inviabilidade de competição justificadora de contratação direta pela Administração Pública, a doutrina majoritária costuma apontar pressupostos da licitação e estabelece que a ausência de qualquer dos pressupostos torna o procedimento licitatório inexigível".

Com exposto acima, verifica-se que os casos de dispensa tratados pela nossa legislação são os que, embora tendo viabilidade de competição, são procedidos de forma direta, tendo em vista a conveniência ao interesse público. Petrônio Braz expõe que "a dispensa ocorre quando se verificam situações onde a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em presença do interesse público" (1999, p. 255). José dos Santos Carvalho Filho aduz que "a dispensa de licitação se caracteriza pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não o tornar obrigatório" (2009, p. 238).

Para uma melhor análise deste fenômeno ora tratado, neste momento segue a citação da legislação específica, onde serão pontuados, alguns incisos e expostos os entendimentos sobre estas hipóteses de contratação por dispensa de licitação.

Art. 24. É dispensável a licitação:

- I. Para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
- II. Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a".

O inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; Os dois primeiros incisos tratam dos casos em que o objeto a ser licitado é de pequeno valor, onde são afrontados os princípios da licitação e da economicidade para a Administração, prevalecendo o segundo, haja vista o interesse público. O primeiro caso estabelece que para obras e

serviços de engenharia de valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), cuja este não se refira a parcelas de uma mesma obra, será possível o administrador utilizar o fenômeno da contratação direta por dispensa de licitação.

Para compreensão do que se enquadra nas obras e serviços de engenharia, é de grande valia a definição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“(...) são todos aqueles que a lei exige sejam assinados por engenheiro, dentre aqueles declarados privativos da profissão pela legislação regulamentadora respectiva; além do que sua execução deve estar voltada para bens imóveis, execução e/ou instalação incorporáveis ou inerentes ao imóvel”. (2003, p. 292)

O segundo inciso segue na mesma fundamentação do primeiro, alterando apenas o objeto licitável, sendo neste caso para a contratação de outros serviços e compras não englobados naquele. O valor máximo para ser possível a realização da dispensa no presente caso é de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). No que concerne a outros serviços e compras o doutrinador acima mencionado define da seguinte forma:

“(...) são todos os serviços discriminados no próprio texto do dispositivo inquinado, com sua execução voltada precipuamente para os bens móveis, ainda que já instalados e incorporados a um bem imóvel, além de outros que, embora não descritos expressamente, possam suscitar alguma dúvida sobre seu efetivo enquadramento.” (2003, p. 292)

Portanto, os serviços não enquadrados no inciso I deverão obedecer aos valores determinados pelo inciso II, para que possam ser procedidos pela dispensa de licitação. “III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem”; O inciso ora citado refere-se a dois casos, primeiro quando houver a caracterização do estado de guerra e o segundo com perturbação da ordem, onde a doutrina entende que deverá ser equivalente a uma situação de guerra. Nos dois casos há uma confusão dentro da Administração, tornando-se anormal as atividades públicas, sendo necessário, portanto, em alguns casos os procedimentos licitatórios serem simplificados, dependendo-se exclusivamente do grau de urgência e gravidade que poderá ocorrer na segurança nacional, podendo, nestes casos, o ente governamental utilizar-se do mecanismo da dispensa de licitação.

É importante ressaltar que para a devida caracterização do estado de guerra, deve-se observar as medidas tomadas pelo Estado, capituladas nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

Desta forma, verifica-se que não dependerá apenas da existência de guerra, mas sim, também da decretação do Estado de Defesa e Estado de Sítio, onde a dispensa de licitação deverá ser utilizada para proteger a segurança nacional - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; Para melhor entendimento da matéria tratada no dispositivo acima, são de grande valia os conceitos de emergência e calamidade pública de Hely Lopes Meirelles:

“A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade.” (2004, p. 272, 273)

“Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde pública em geral.” (2004, p. 273) José Cretella Junior aduz que “calamidade pública é, portanto, a desgraça que atinge, de repente, grande número de pessoas, como inundação, peste, guerra, incêndio, terremoto, vendaval, devastação ciclônica” (1996, p.)

Verifica-se que a emergência e calamidade pública quando analisados no caso concreto, e vislumbrar que se encontra em risco o interesse público, os serviços, obras, entre outros objetos que servirão para atender ao interesse colocado em risco, deverão ser contratados por meio da dispensa de licitação, haja vista que não suportaria passar por todo um procedimento licitatório. No presente caso, para uma ilustração da hipótese de emergência, podemos citar como exemplo, a troca de fiação de fiação elétrica deteriorada de um prédio, que causa ameaça de incêndio quando não acudirem interessados à licitação anterior e está, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

O caso apresentado no inciso acima para que possa ser realizado na forma de dispensa, necessita que haja preliminarmente a existência de um processo 32 licitatório, que não acuda interessados, resultando assim infrutífera a licitação pra aquele objeto licitável, pela ausência de competitividade. Além de ser precedido de uma licitação frustrada pela ausência de interessados, ainda é necessário para que possa proceder tal contratação, que se verifique no caso em concreto que um novo procedimento licitatório poderia acarretar em prejuízos para a Administração (JUSTEM FILHO, 2002).

Preenchendo os três requisitos acima, ou seja, licitação anterior, ausência de interessados e acarretamento de prejuízos à Administração em caso de uma nova licitação, poderá o ente governamental proceder na forma de dispensa para a contratação daquele objeto licitável, o qual deverá estar vinculado com o edital da licitação frustrada, obedecendo às mesmas condições da anterior. VI - Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; Este é o caso em que a União intervirá no comércio para regular preços ou normalizar o abastecimento, quando encontrar certa anormalidade nos mesmos. Tem o intuito de influenciar no mercado de bens e serviços, podendo para tanto, ofertar ou adquirir bens de serviços, buscando um equilíbrio do mercado.

Vale ressaltar que a forma apresentada no presente inciso de dispensa de licitação, somente se aplica para a União. VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; 33 Estes são os casos em que procedida à licitação pelo ente governamental, os interessados ofertam valores superiores aos praticados no mercado nacional, ou ainda, incompatível com o fixado pelo órgão oficial. Neste caso, observando que todos os interessados ofertaram

acima dos valores, de uma forma até moralizante, a Administração fica autorizada a utilizar o mecanismo da contratação direta com o escopo de encontrar interessados com valores inferiores. VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; O inciso VIII autoriza a contratação direta por meio de dispensa, nos casos em que determinado objeto licitável é prestado por pessoa jurídica de direito interno, caso em que não será obrigatória a licitação, desde que o prestador tenha seu preço compatível com o praticado no mercado. IX - Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; Marçal Justen filho entende que o assunto de segurança nacional "é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado Brasileiro.

A "segurança nacional" reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado Brasileiro perante a comunidade internacional" (2002, p. 251). 34 Portanto, caberá contratação direta nos casos em que estabelecidos por Decreto do Presidente da República, for verificado a possibilidade de comprometimento da segurança nacional. X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; Não se faz necessário muita menção ao presente inciso, visto que o mesmo é autoexplicativo, desta forma, as locações de imóvel que atenderem as necessidades da Administração e preencherem os requisitos do dispositivo, poderão correr por dispensa de licitação. XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; Este inciso refere-se aos casos em que procedida normalmente à licitação, e posteriormente a realização da contratação da empresa vencedora, a mesma inicia a prestação do objeto licitado, todavia, em virtude de rescisão contratual o serviço é interrompido.

Neste caso, identificando a paralisação por meio de rescisão contratual, a Administração poderá convocar os demais licitantes, por ordem de classificação, buscando aquele que aceite continuar com a prestação daquele objeto licitado, dentro das condições estabelecidas com o licitante vencedor, com a correção devida do valor. 35 XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes,

realizadas diretamente com base no preço do dia; Neste caso, há a necessidade de se proceder com a dispensa de licitação, posto se tratar de produtos perecíveis, os quais não suportam estocagem sobre pena de perecimento, não havendo, portanto, prazo para que corra o procedimento licitatório normal. Ainda se tratando dos produtos perecíveis, se faz necessário ressaltar que o procedimento licitatório com o objeto perecível em produção tornaria mais oneroso ao Estado, posto que não seria possível mensurar o preço futuro. Desta forma, se permite a dispensa neste caso, para que se possa adquirir o produto com o preço do dia, atendendo ao interesse público. XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético profissional e não tenha fins lucrativos; Para que o presente caso possa ser contratado por dispensa de licitação, deverão estar preenchidos todas as formalidades e requisitos no presente dispositivo.

Portanto, esta hipótese de dispensa de licitação poderá ser realizada pelo ente governamental, quando este pretender contratar serviço de entidade brasileira, não lucrativa, que tenha em seus atos constitutivos algum dos objetos sociais descritos no texto, inclusive o "desenvolvimento institucional" 36 mencionado, expressão, esta, que pode se referir a infinitos objetos, e também a casuística recuperação social do preso (RIGOLIN, BOTTINO, 2002). XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade. Quanto à aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, ressalta-se que se autoriza a dispensa porque a Constituição Federal em seu art. 216, § 1º, acode a proteção estatal ao patrimônio cultural brasileiro. Para que tais procedimentos possam tramitar dessa forma, deverão ser procedidos por órgão que contenham em suas atribuições essa proteção cultural, portanto, os entes governamentais que não possuem a proteção cultural em suas atribuições, não serão autorizados a proceder com a contratação de forma direta para estes objetos. Como título de exemplo, podemos citar as edificações e restaurações de monumentos públicos. XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; O presente dispositivo traz a possibilidade de contratação direta, para os serviços de impressos oficiais prestados por pessoa jurídica de direito público interno, ou órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública e foram criados para este fim.

5. A ILEGALIDADE

O Estado do Amazonas estabeleceu por meio da Lei Promulgada nº 254, de 31 de março de 2015, uma nova hipótese de dispensa de licitação. São os seus termos:

Art. 1.º Os órgãos e entidades da administração pública estadual que realizem a aquisição regular de gêneros alimentícios deverão destinar no mínimo 30% (trinta por cento) dos recursos destinados a essa finalidade à compra direta de gêneros produzidos por agricultor familiar ou empreendedor familiar rural ou de suas organizações. §1.º A aquisição de que trata o artigo 1.º poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os gêneros alimentícios atendam às exigências de higiene e qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria e que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local. §2.º A observância do percentual previsto no artigo 1.º poderá ser reduzida ou dispensada quando presentes uma das seguintes circunstâncias: I - impossibilidade de emissão de documento fiscal referente à aquisição; II - inviabilidade de fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios; III - inadequação dos gêneros alimentícios às condições higiênico-sanitárias pertinentes.

De fato: por meio de Lei Promulgada, estabeleceu-se uma nova hipótese de dispensa de licitação.

O Estado do Amazonas vem utilizando essa espécie normativa para vários assuntos os afastamentos de licitação são possíveis quando constatadas as exceções à regra de licitar prevista pela Constituição e positivadas por lei nacional da União. As melhores lições de hermenêutica jurídica indicam que interpretação a ser obtida de textos relacionados às exceções legais deve ser feita de maneira restritiva, fato por várias vezes reafirmado pela jurisprudência do STF.

6. DECISÕES CONTRÁRIAS A ILEGALIDADE

Acho pertinente citar um desses julgamentos: Ação direta de inconstitucionalidade: Lei distrital 3.705, de 21112005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as

administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I) (ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24/2007, Plenário, DJ de 18/5/2007). Essa interpretação leva em consideração o intento da norma de reduzir ao máximo o número de possibilidades de afastamento de um processo licitatório, já que a regra constitucional é licitar.

Se uma lista de exceções é feita para um processo, obviamente não pode ser ampliada sem a devida autorização legal. Concluímos que, se as hipóteses de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade devem ser entendidas de maneira restrita, não seria possível entender de forma diversa a lista de situações prevista em lei, a menos que uma outra lei assim determine. Oportuno é lembrar uma excelente lição doutrinária: Por uma questão mais lógica do que propriamente jurídica, não se conceberia que o legislador regulasse o tema deixando ao inteiro alvedrio das demais esferas do governo a conveniência de abrir exceções. Para ilustrar, basta referir que as hipóteses de dispensa de licitação tentadas por alguns municípios acabaram por violar frontalmente relevantes princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, quando buscaram estabelecer privilégios a entidades paraestatais ou favorecimentos, e quando criaram cadastro para contratação direta, no qual só poderiam participar entidades com sede na localidade, entre outros infelizes casos (JACOBY FERNANDES, 2013, p. 35).

Então, em princípio, uma nova hipótese de dispensa de licitação somente seria possível desde que o texto da lei nacional fosse alterado, continuando a ser classificadas como taxativas as listas previstas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, como bem entendem Jessé Torres Pereira Filho (2003, p. 258), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p. 35), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 394) e Lucas Rocha Furtado (2013, p. 82, 84), entre muitos outros doutrinadores.

CONCLUSÃO

Ao encerramento desta exposição de motivos, entendo que somente seria possível o estabelecimento de nova hipótese de dispensa de licitação para o âmbito estadual desde que lei complementar da União assim permita e que o processo legislativo estadual seja cumprido dentro da sua legalidade. Como visto, temos a certeza de que a União já exerceu a sua competência legislativa sobre o assunto não vemos a possibilidade de Estados, Distrito Federal e Municípios tentarem inovar o direito criando, por meio de legislação própria, outras hipóteses de dispensa de licitação.

Essa interpretação leva em consideração o intento da norma de reduzir ao máximo o número de possibilidades de afastamento de um processo licitatório, já que a regra constitucional é licitar. Se uma lista de exceções é feita para um processo, obviamente não pode ser ampliada sem a devida autorização legal. Oportuno é lembrar uma excelente lição doutrinária: Por uma questão mais lógica do que propriamente jurídica, não se conceberia que o legislador regulasse o tema deixando ao inteiro alvedrio das demais esferas do governo a conveniência de abrir exceções. Concluo que, se as hipóteses de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade devem ser entendidas de maneira restrita, não seria possível entender de forma diversa a lista de situações prevista em lei, a menos que uma outra lei assim determine.

Deve, então, a ALEAM, uma vez que entende ser necessária tal hipótese de dispensa, propor ao Congresso Nacional a inclusão da hipótese no rol exaustivo do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, a Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas é material e formalmente inconstitucional. Vem causando restrição à competitividade nas licitações públicas e possivelmente trazendo prejuízos à fazenda estadual devido à perda de escala nas suas compras. Finalizando, todas as outras leis promulgadas do Estado do Amazonas também são formalmente inconstitucionais, haja vista a impossibilidade de utilização dessa espécie legislativa, salvo melhor juízo.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição Política do Estado do Amazonas**. Lei Promulgada nº 254 de 31 de março de 2015.

_____. **Lei nº 8.666** de 21 de junho de 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**: 18ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

_____. **Das Licitações Públicas**. 17ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Administrativo**. 17ª Edição, São Paulo, Atlas, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5ª Edição, 2ª Tiragem, Brasília, Brasília Jurídica, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008.

GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2004.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª Edição, São Paulo, Dialética, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2008.

MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

O DIREITO A ACESSIBILIDADE COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

EMILIANO TEIXEIRA LOPES VASCONCELOS MARANHÃO: Analista de Sistemas. Graduando de Direito na Faculdade Serra do Carmo, experiência em Direito Administrativo com servidor lotado na Corregedoria Geral de Justiça do TO

LÍVIA HELENA TONELLA

(Orientadora)

RESUMO: O objetivo geral do trabalho é de analisar a efetividade das normas de inclusão de portadores de necessidades especiais, bem como as barreiras por elas enfrentadas na busca pela igualdade e efetivação da democracia. A revisão de literatura narrativa de nível exploratório foi adotada como metodologia. A acessibilidade abordada na presente pesquisa se faz saber ser um assunto de extrema relevância, pois abrange inúmeros tipos de deficiência. Eis, pois a importância da discussão da acessibilidade para inclusão social das pessoas com os mais distintos tipos de deficiência na realidade das cidades brasileiras, principalmente das pequenas, onde não há atenção e/ou investimento nestes artifícios para Portadores de Deficiência.

Palavra Chave: Acessibilidade. Dignidade. Direito. Deficiência.

ABSTRACT: The general objective of the work is to analyze the effectiveness of the inclusion rules for people with special needs, as well as the barriers faced by them in the search for equality and the effectiveness of democracy. The exploratory-level narrative literature review was adopted as a methodology. The accessibility addressed in this research is known to be an extremely relevant subject, as it covers numerous types of disabilities. This is why the importance of discussing accessibility for social inclusion of people with the most different types of disabilities in the reality of Brazilian cities, especially small ones, where there is no attention and / or investment in these devices for people with disabilities.

Keywords: Accessibility. dignity. right. Deficiency.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO – 2. PRINCIPIO DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLAÇÃO QUE

GARANTEM A ACESSIBILIDADE – 3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA -3.2 LEGISLAÇÕES
– 4. ACESSO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
– 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 6. REFERÊNCIAS

1.INTRODUÇÃO

Acessibilidade é um termo geral usado para descrever o grau em que o maior número possível de pessoas pode acessar um produto, serviço ou ambiente. O termo é geralmente usado para pessoas com deficiência ou pessoas sem assistência, e seu direito de ter acesso a entidades/locais geralmente por meio do uso de tecnologia assistiva.

O conceito de acessibilidade é indissociável da inclusão social. Frequentemente, a acessibilidade lembra aspectos relacionados ao uso de lugares físicos. Porém, sob outra perspectiva, a acessibilidade é um possível ponto de inflexão na dissolução de obstáculos, que representam obstáculos que as pessoas efetivamente enfrentam em todas as áreas da vida social. Portanto, a acessibilidade é uma oportunidade inevitável e imprescindível para toda e qualquer dinâmica de inclusão social. A Carta Magna, ao abrigo dos dispositivos básicos e da Lei nº 10.0098, de 19 de dezembro de 2000, prevê a segurança a segurança individual e coletiva e o direito de ir e vir em espaços físicos ou remotos. Esse último como uma adaptação, por ser anterior a realidade de permanência e tráfego virtual das pessoas em plataformas digitais.

Um dos principais aspectos do processo de inclusão da deficiência é a inclusão social, que inclui todas as pessoas com deficiência. Além disso, se o processo de inclusão das pessoas com deficiência é complicado, o método de inclusão no mundo social trará uma possíveis dificuldades e obstáculos.

Este trabalho visa avaliar problemas relacionados às questões de acessibilidade, e apresenta uma série de iniciativas nacionais destinadas a resolver este problema. Portanto, este artigo tem como objetivo analisar a eficácia de regras inclusivas para pessoas com necessidades especiais e os obstáculos que elas enfrentam na busca pela igualdade e eficácia democrática.

Considerando a complexidade do processo de inclusão social envolvida no contexto do deficiente visual, por exemplo, a pesquisa revelou que muitos são os obstáculos e dificuldades da vida para a inserção da pessoa com deficiência na sociedade, e que são necessárias ações que promovam a inclusão social e a acessibilidade.

No primeiro tópico deste artigo, se discutirá " Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana ". No tópico 2, a discussão recebeu a titulação de "Evolução Histórica e Legislações que garantem a acessibilidade". Finalmente, no tópico 3, se explorou "acesso das pessoas com deficiência aos direitos fundamentais".

O presente trabalho objetiva resgatar a dignidade das pessoas com deficiência, bem como trazer como problema central a discussão sobre o acesso das pessoas com deficiência aos direitos fundamentais.

2. PRINCIPIO DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A idéia de dignidade humana, expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que delinea os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo considerado um princípio vago, sem torná-lo, entretanto, inconsistente ou inútil (FRIAS; LOPES, 2015). Ao contrário, mesmo sendo muito difícil articular discursivamente o conteúdo dessa intuição moral a dignidade humana é um conceito filosófico capaz de sustentar muitos conceitos, especialmente no que diz respeito à associação entre dignidade e respeito (ROCHA, 1999).

A dignidade das pessoas que figuram na Declaração Universal dos Direitos Humanos tem uma perspectiva humana com seu modelo moral. A partir desse julgamento, os romanos tiveram uma visão que a associava ao papel social da pessoa, só para enunciar seu pensamento histórico. O termo é derivado do grego *prosopon*, que se traduz em *persona* (personagem). Nesse caso, dignidade refere-se aos privilégios de pessoas que ocupam posição de destaque na escala social.

Durante a Idade Média pensadores cristãos, clérigos e leigos desenvolveram a tese do dualismo entre *persona personalis* e *persona idealis* para distinguir o conceito de pessoa como substância e extraordinária condição superior da autoridade política ou eclesiástica (BATISTA, 2010). Em contrapartida, nas sociedades atuais, plurais e seculares, a dignidade humana é a expressão mais representativa de um direito de natureza civilizacional, sendo, portanto, inalienável e irrestrita. Isso deixa claro que a idéia de dignidade humana também deriva dos direitos humanos, podendo estar relacionada aos primórdios da história da humanidade e revelando um processo crescente de compreensão do ser humano sobre si mesmo e os princípios que devem reger a vida em sociedade (SARLET, 2007).

No âmbito da reflexão de Kant, essa idéia de dignidade humana está associada à perspectiva moral, sendo rotulada como um atributo inerente ao ser racional, que só em virtude dessa capacidade é capaz de tomar decisões livres e reflexivas (BOFF; BORTOLANZA, 2010). Deve-se considerar, porém, que a ação humana não resulta apenas de pura racionalidade, como Kant tentou demonstrar, sendo também fortemente influenciada por emoções e sentimentos, o que já foi dito por Freud e indicado por estudos recentes, que classificam tais formas de perceber e interpretar a realidade como uma inteligência emocional (FRIAS; LOPES, 2015).

O desenvolvimento jurídico do conceito pavimentou seu caminho no início do século XX e ganhou impulso após a incorporação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A natureza aberta do conceito de dignidade humana permitiu que as pessoas com diferentes origens ideológicas concordassem com o termo sem comprometer sua compreensão da base teórica dos direitos humanos, sejam suas origens baseadas em fundamentos religiosos ou naturais. Um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os campos ideológicos concorrentes da época viam a dignidade humana como um valor subjacente para seus direitos preferenciais - controle coletivo do mercado e recursos nacionais *versus* economia de livre mercado. Assim, a dignidade humana tornou-se um colete salva-vidas para um compromisso entre diferentes pensamentos ideológicos e políticos (GUERRA; EMERIQUE, 2006).

Além disso, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) do ano de 1966 incorpora o conceito inerente de dignidade, reconhecendo sua natureza universal. A dignidade está intimamente ligada aos direitos negativos, que são incorporados pelo PIDCP no contexto dos direitos de "primeira geração" mais antigos. Por exemplo, a dignidade baseada na liberdade respeita a liberdade individual da interferência do Estado ou liberdade de expressão, devendo ser protegida independentemente do fato de o conteúdo do discurso ser digno ou não.

O direito constitucional moderno se apóia fortemente na visão kantiana de dignidade, tornando a dignidade inerente a cada indivíduo (KUMAGAI; MARTA, 2010). Assim, o conceito moderno de dignidade descarta a noção tradicional de ver a dignidade como um privilégio dos nobres. Em vez disso, exige que os Estados respeitem a igual dignidade dos indivíduos. O mundo do pós-guerra criou um ambiente conveniente para a penetração da dignidade humana na estrutura constitucional de um número significativo de estados, particularmente aqueles que foram responsáveis pelas atrocidades e

foram derrotados na guerra, por exemplo a Alemanha, Itália e Japão. Sem surpresa, a dignidade humana se tornou um valor fundamental para aqueles que passaram por um trauma insustentável como consequência das políticas não humanas de suas autoridades (SARLET, 1998).

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLAÇÃO QUE GARANTEM A ACESSIBILIDADE

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antigamente, quando uma pessoa nascia com uma certa deficiência física, era considerada um fardo pelos outros. Naquela época, a percepção dos deficientes era diferente. Por exemplo, para os hebreus, era como se fossem punidos por Deus. Para os hindus, os deficientes visuais tinham alguns poderes sobrenaturais. Na Grécia, haviam leis que permitiam a eliminação ou isolamento de indivíduos com certas deficiências físicas. Em Roma, as crianças com deformidades óbvias estavam sob o risco de ser eliminadas.

Foi somente com o advento da Revolução Francesa que surgiram as ideias humanistas e, como resultado, as pessoas com deficiência começaram a se desenvolver no reconhecimento de seus direitos básicos. Estimulada por mudanças políticas, sociais, ideológicas e culturais, a sociedade da época teve que pensar em introduzir os excluídos de direitos e deveres, entre os quais os deficientes.

Com o desenvolvimento das cidades e indústrias no século XIX, a visibilidade dos deficientes aumentou, principalmente devido ao surgimento de deficiências atreladas a acidentes de trabalho.

Vale lembrar que o século XX se caracterizou por grandes eventos relacionados aos deficientes físicos, que podem incluir as duas guerras mundiais - 1919 e 1939-1945 - que levaram as pessoas a se atentarem para a reabilitação pessoas com sequelas. Nas duas guerras de meados do século 20 (1914/1918 e 1939/1945), foi utilizado indicadores de deficiência física e sensorial (visual e auditiva) para fixar este tema na dolorosa agenda coletiva, com a intenção de mudar a tendência do estado que possuía uma atitude de inviabilizá-los. Portanto, de acordo com a institucionalização de políticas públicas, começam a ser consideradas ações de proteção e inclusão das pessoas com deficiência.

Como resultado dessa evolução, em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, foi produzida a "Carta das Nações Unidas", com foco em

universalizar os direitos humanos, buscar cooperação internacional para resolver questões sociais, econômicas, culturais e humanitárias e estimular o respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, independentemente da cor da pele, raça, sexo, religião ou quaisquer outros fatores correspondentes.

No ano de 1975, foi assinada a “Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência”, como resultado da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em 1948, com o objetivo de garantir a dignidade humana e obrigar os Estados membros a cumpri-la. Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência teve como objetivo a proteção dos direitos dos cidadãos pertencentes a uma sociedade, para que as pessoas com deficiência tivessem maior independência e direito de viver com mais comodidade. Isto ainda

A década de 1980 marcou-se pelo Ano da Pessoa com Deficiência, em que a visão defendida pelas instituições era a de integrá-la à sociedade. No final do século 20, o movimento continuou a crescer e se expandir, ampliando as formas de integração das pessoas com deficiência à sociedade, com foco na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. A luta pela igualdade tem levado o Brasil a aprovar leis e instrumentos de política pública para incluir e fazer cumprir os direitos das pessoas com deficiência, sendo analisado na próxima seção.

3.2 LEGISLAÇÕES

A Convenção da OIT nº 159, de 1983, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo Nº 51, de 28 de agosto de 1989, foi um dos grandes marcos para uma postura por parte do Estado frente as Pessoas com Deficiência no que compete à Lei. Uma postura de caráter funcional, estabelecendo um dever, por parte da máquina estatal e jurídica, de salvaguardar a cidadania das Pessoas com de Deficiência, assim como, de fornecer instrumentos que viabilizem o exercício de suas plenas atividades profissionais.

No entanto, somente com a Constituição de 1988 que foram estabelecidas diversas normas com a finalidade de buscar a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Como o caso do direito à acessibilidade, na qual encontra-se nos dispositivos dos artigos 203, IV e 227, §2º da Constituição Federal de 1988, que esclareceram acerca da integração à vida comunitária e, ainda, à adequação dos espaços dirigidos às pessoas com deficiência.

A Constituição da República de 1988 também preocupou-se, por diversas vezes, em tratar os direitos, em geral, das pessoas com deficiência, chamando para a responsabilidade do Estado o dever de proporcionar o exercício, de fato, dos direitos individuais e sociais. É importante que seja feito um apanhado geral de como consta na Constituição de 1988 a questão da pessoa com deficiência e, logo após, tratar a respeito de sua disposição acerca da acessibilidade, bem como a disposição das legislações infraconstitucionais.

Na Carta Magna, o primeiro artigo a tutelar a este respeito é o artigo 7º, inciso XXXI, o qual, ao tratar sobre direitos do trabalhador, proibindo qualquer discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão da pessoa com deficiência. Tal norma vem ao encontro de alguns princípios da República, principalmente o da dignidade da pessoa humana já comentando anteriormente.

Resta claro na Constituição Federal de 1988 que o acesso ao trabalho não é apenas uma questão de subsistência material, mas além disso um meio de interação social do ser humano, por isso a busca pela não segregação e não preconceito com relação à pessoa com deficiência.

O artigo 208, inciso III, da Constituição Federal prescreve que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. A educação especial, que tradicionalmente abriga as pessoas com deficiência, condutas típicas (psicoses, hiperatividade, etc.) e superdotação, seguem também os pressupostos formulados pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20/12/1996), sendo acolhida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 7.853/89 é notadamente, sob o aspecto da cidadania, o instrumento jurídico que mais suporta e apoia as atividades pró-deficientes. Nesta, estão consubstanciadas uma série de medidas administrativas que buscam a integração do deficiente à sociedade. Percebe-se, portanto, que o espírito do decreto, em comento, ao definir o portador de deficiência, é o de suplementar a Lei nº 7.853/89, que não definira as deficiências hábeis a gerar a proteção jurídica por ela traçada.

Outra que merece destaque é a Lei federal nº 8.112, de 1990, na qual dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. De acordo com seu artigo 5º o, parágrafo segundo:

Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o

direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso.

As providencias para inclusão social das pessoas com deficiência no ambiente do trabalho têm como primitiva e mais efetiva resolução o artigo 93 da Lei nº 8.213/91. Esse dispositivo torna obrigatório às empresas contratar um mínimo de pessoas com deficiência, proporcional ao número total de seus trabalhadores.

O Decreto nº 3.298/99 conceitua os portadores de deficiência em seu artigo 3º e define deficiência como:

Toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Incapacidade, por sua vez, é conceituada pelo inciso III como:

Uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O artigo 4º, do Decreto nº 3.298/99, especifica a conceituação técnica, sob o ponto de vista médico, das deficiências física, auditiva, visual, mental e múltipla.

Um grande marco para a década passada, foi a assinatura pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva de duas leis fundamentais. O decreto nº 5296/2004 que regulamenta as Leis nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 e, nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade. O decreto possui 72 artigos que primam por assegurar as condições de acessibilidade arquitetônicas, urbanísticas, de transportes, de comunicação e informação.

De modo a conferir a efetividade buscada pela Constituição de 1988 foi que, em 2015, a Lei nº 13.146 instituiu a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, também dito estatuto da pessoa com deficiência. Ela previu, em seu artigo 1º, que estava destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Em seu Título II, tratou dos direitos fundamentais, a saber, direito à vida, à habitação e à reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, ao transporte e à mobilidade.

Assim, garantir a plena participação de quem quer que seja é uma tarefa colocada ao Estado. É ela quem acrescenta meios à disposição dos menos favorecidos, de forma que estes evoluam, tanto quanto aqueles cidadãos abastados do Estado, ou seja, a diferença não pode ser, de modo nenhum, em nível absoluto, meio para discriminação daqueles que soam como desiguais. Sob esse aspecto, é visto como um direito à inclusão social. Logo, é a legislação, em seus mais diferentes aspectos, que protege uma determinada parcela social, de modo que esta passe a integrar a sociedade, tanto legalmente quanto legitimamente.

4. ACESSO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo o Censo de 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 24 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, o que expressa 14,5% da população (BRASIL, 2000). Houve aumento do número de pessoas com deficiência em relação ao Censo anterior, devido a mudanças no modo de recuperação da população (DINIZ; MEDEIROS, 2004). Por sua vez, o número de pessoas deficientes no país tem implicações diretas no modo como a sociedade deve se organizar para tratar a deficiência com mais justiça e igualdade. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE], 2000).

A conscientização sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência tem se intensificado ao longo dos anos, e diversos projetos foram criados para atender a demanda dessa parcela da população que já atinge 23,9% do total de brasileiros (GUERREIRO, 2012).

A pessoa com deficiência no Brasil conquistou alguns dos direitos que a lei garante, mas muito ainda precisa ser feito para sua integração plena à sociedade. A acessibilidade é um dos principais direitos que deve ser assegurado a todo cidadão, portador de deficiência ou não. Não só o acesso

ao ambiente físico, como as áreas públicas, mas também à comunicação, à informação, aos transportes, à tecnologia e a todos os outros serviços oferecidos ao público em geral.

Apesar de algumas melhorias feitas para atender a parcela da população que declara ter algum tipo de deficiência, pode ser um verdadeiro desafio morar no Brasil. A acessibilidade a edifícios, restaurantes, universidades, hotéis e locais públicos em geral continua a ser combatida por organizações e associações que defendem os direitos básicos das necessidades especiais dos cidadãos.

O progresso está sendo feito lentamente. Como exemplo, as leis instituíram que a fabricação de ônibus sem adaptações especiais para pessoas com deficiência foi proibida desde outubro de 2008 (Lei nº 12.907). No entanto, o problema não está resolvido, pois segundo o Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD), a renovação da frota é demorada, portanto, embora já existam ônibus preparados para atender a demanda por deficiência, alguns deles não estão sendo usados, e nem todos os ônibus foram substituídos.

No ano de 2011, o governo brasileiro criou o projeto Plano de Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver Sem Limite, que é um projeto criado por meio do Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011, na qual acentua o comprometimento do Brasil com as premissas do tratado sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, reconhecida pelo nosso país com equipotente de emenda constitucional, pelos direitos das pessoas com deficiência que visa proporcionar o direito básico e necessário às pessoas com deficiência. Sendo que, 23 dos 27 estados brasileiros aderiram ao projeto, que contemplará aspectos como saúde, educação e acessibilidade em geral (FERNANDES; PINHEIRO, 2013).

O governo também instituiu o projeto Cidade Acessível é Direitos Humanos, visando consolidar as normas municipais de acessibilidade, como: (i) providenciar medidas que facilitem a mobilidade das pessoas, igualmente, sejam elas deficientes ou não; (ii) promover inspeções para verificar se os regulamentos existentes estão sendo respeitados; (iii) tomar medidas para promover o acesso à educação e fazer com que as pessoas com deficiência participem na vida cultural, incluindo oportunidades de desenvolver e utilizar a sua criatividade, potencial artístico e intelectual.

Na época de implantação do projeto, 6 (seis) cidades foram escolhidas para servir de modelo de acessibilidade, pelas ações já realizadas neste campo: Campinas, em São Paulo; Fortaleza, no Ceará; Goiânia, em Goiás; Joinville, em Santa Catarina; Rio de Janeiro, no Rio de Janeiro; e Uberlândia, em Minas Gerais. Embora muitos direitos sejam concedidos às pessoas com deficiência, nem todos foram efetivamente executados.

A cidade de Curitiba-PR tem sido um exemplo nacional em acessibilidade, na qual conta com transporte exclusivo para deficientes físicos. Conhecido como Sites ou Sistema Integrado de Transporte para Ensino Especial, o sistema de transporte interligado para educação especial, cobriu 85% de todo o transporte de ônibus da cidade. A cidade também conta com um sistema de transporte especial para alunos com deficiência: 56 ônibus adaptados circulam em 52 linhas e contam com pessoas que auxiliam os alunos a entrar e sair do ônibus, além de apoiá-los no interior do ônibus. Mais de 2.400 alunos de 35 instituições de ensino são beneficiados com o serviço (GIRONDI; SANTOS, 2011).

Outro grande avanço é que, as pessoas com deficiência têm o direito de pagar metade do valor total dos ingressos em concertos, peças de teatro e eventos em geral. Como as leis que garantem esse direito são geralmente feitas por estado, pode haver variações. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, pessoas com deficiência têm entrada gratuita em estados, academias de esportes e parques náuticos do estado. No Distrito Federal, o auxiliar do deficiente também tem direito à compra da meia passagem (BARROZO et al., 2012).

A acessibilidade aos eventos esportivos também é garantida por lei, como o Estatuto do Torcedor, criado pela Lei nº 10.671/2003, garantindo que pessoas com qualquer tipo de deficiência ou mobilidade reduzida tenham acesso às instalações onde se realizam as modalidades desportivas. O documento também cede meios de transporte, pagos ou não, para levar pessoas com deficiência de locais predeterminados aos estádios, nos casos de eventos ocorridos em locais com mais de 10 mil pessoas.

As pessoas com deficiência recebem taxas diferentes de impostos na compra de produtos que auxiliem na mobilidade - desde equipamentos pessoais, como próteses oculares, até automóveis. A Anvisa determinou em 2009 que todos os medicamentos devem ser escritos em português e em braile. O SUS ou Sistema Único de Saúde, sistema básico de saúde, deve ter pelo menos 5% de funcionários que saibam usar e interpretar Libras. Em São Paulo, quem não tem condições de comprar próteses ou cadeiras de rodas

pode solicitá-las à rede hospitalar da cidade. Para isso, a pessoa precisa ter sido atendida na rede de saúde do município e apresentar laudo médico específico (CASTRO et al., 2010).

Por fim, vale ressaltar que, nenhuma organização educativa pode proibir um aluno de se inscrever em um curso devido à sua deficiência. Escolas e universidades que não estão preparadas para alunos com deficiência, no entanto, devem se adaptar, disponibilizando equipamentos e materiais que auxiliem no processo educacional e na comunicação. Como exemplos, pessoas cadeirantes têm direito a sala de aula no térreo; os deficientes visuais têm direito a livros e provas escritas em braile e deficientes auditivos têm direito à educação em Libras (FRANÇA; PAGLIUCA, 2008).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como evidenciado em nosso estudo, a Constituição Federal de 1988 enumerou diversas garantias e direitos voltadas às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo normas para assegurar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Além da Constituição, foram elencados no decorrer do artigo diversas leis, que de um certo modo, são marcos no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana voltada à pessoa portadora de deficiência. Como exemplo, podemos citar mais recentemente o Decreto Federal nº 10.098/2000, na qual estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade.

Quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana fica evidente que, embora tenhamos inúmeras normas voltadas à pessoa portadora de deficiência, como demonstrado nesse artigo, as políticas públicas de acessibilidade não estão sendo suficientes para garantir o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Vale citar que, embora tenha sido criado tardiamente, inúmeros avanços ocorreram nas conquistas das pessoas portadoras de deficiência, ao longo, do último século. No entanto, garantir determinados direitos em lei, não significa por si só, que ocorrerá sua efetivação. Far-se-á, nesse caso, um somatório de forças, tanto do Poder Público, garantindo sua execução, quanto da sociedade, exigindo a concretização dos direitos voltados às pessoas portadoras de deficiência.

Conclui-se que, hodiernamente ainda vivemos em um mundo onde as pessoas portadoras de deficiência ainda lutam por mais dignidade humana, suplicando por mais acessibilidade e independência. Eis, pois a importância

da discussão da acessibilidade para inclusão social das pessoas com os mais distintos tipos de deficiência na realidade das cidades brasileiras, principalmente nas pequenas, onde não há atenção e/ou investimento nestes artifícios para Portadores de Deficiência.

6. REFERÊNCIAS

BARROZO, Amanda Faria et al. Acessibilidade ao esporte, cultura e lazer para pessoas com deficiência. **Cadernos de pós-graduação em distúrbios do desenvolvimento**, v. 12, n. 2, p. 16-28, 2012.

BATISTA, Henrique et al. **O princípio da dignidade humana na Constituição brasileira**. Revista Bioética, v. 18, n. 3, p. 573-587, 2010.

BOFF, Salete Oro; BORTOLANZA, Guilherme. **A Dignidade Humana sob a Ótica de Kant e do Direito Constitucional Brasileiro Contemporâneo**. Revista Seqüência, v. 31, n. 61, 2010.

BRASIL, **Constituição Federal**, art.227-caput. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], 5 set. 1988.

BRASIL, LEI N.º 7.853. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**. D.O.U. de 24 de outubro de 1989.

BRASIL, **LEI Nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e as Bases da Educação Nacional.

BRASIL. **Lei 13.146 (de 06 de julho de 2015)**. Brasília. 2015

JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). **Constituição Comentada**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO**. Normas Regulamentadoras.

CASTRO, Shamyry Sulyvan et al. **Acessibilidade aos serviços de saúde por pessoas com deficiência**. Revista de Saúde Pública, v. 45, p. 99-105, 2010.

JAQUES, Karina. Material de Apoio. **Curso de Direito Fundamental à Acessibilidade**. Disponível em: . Acesso em: 24/julho/2016.

Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/Empregador/segsau/Legislacao/Normas/> Acesso em: 2019.

FERNANDES, Idília; PINHEIRO, Humberto Conceição Lippo. **Política de acessibilidade universal na sociedade contemporânea**. Textos & Contextos (Porto Alegre), 2013.

FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier; PAGLIUCA, Lorita Malerna Freitag. **Acessibilidade das pessoas com deficiência ao SUS**: fragmentos históricos e desafios atuais. Rev Rene, v. 9, n. 2, 2008.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. **Considerações sobre o conceito de dignidade humana**. Revista Direito GV, v. 11, n. 2, p. 649-670, 2015.

GIRONDI, Juliana Balbinot Reis; SANTOS, Silvia Maria Azevedo dos. **Deficiência física em idosos e acessibilidade na atenção básica em saúde**: revisão integrativa da literatura. Revista Gaúcha de Enfermagem, v. 32, n. 2, p. 378-384, 2011.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 9, p. 382, 2006.

GUERREIRO, Elaine Maria Bessa Rebello. **A acessibilidade e a educação: um direito constitucional como base para um direito social da pessoa com deficiência**. Revista Educação Especial, v. 25, n. 43, p. 217-232, 2012.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, 2010.

MEDEIROS, Marcelo. 2004. **Envelhecimento e alocação de recursos em saúde**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, FIOCRUZ.

NEVES-SILVA, Priscila; PRAIS, Fabiana Gomes; SILVEIRA, Andréa Maria. **Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte, Brasil**: cenário e perspectiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, p. 2549-2558, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. 2006a. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** *Revista Interesse Público*, v. 4, n. 2, p. 23-48, 1999.

SAETA, B. R. P.. **O Contexto Social e a Deficiência.** *Psicologia: Teoria e Prática*, 1999;

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A dignidade da pessoa humana.** *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84-94, 1998.

SIQUEIRA, Inajara Mills; SANTANA, Carla da Silva. **Propostas de acessibilidade para a inclusão de pessoas com deficiências no ensino superior.** *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 16, n. 1, p. 127-136, 2010.

A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS POR PARTE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS NO BRASIL

MARIA VITÓRIA SOARES SILVA:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

GENE MARQUE DOS SANTOS SILVA ¹⁵⁷

(coautor)

George Jales Barbosa de Carvalho ¹⁵⁸

RESUMO: A acumulação de cargos é um dos temas mais controversos que existe no âmbito jurídico. Durante muito tempo houve divergência doutrinária acerca da possibilidade de acumular cargos com carga horária igual ou superior a 60 horas semanais. Como objetivo geral e visando responder à problemática, analisar-se-á os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. Concluindo-se, ao final dessa pesquisa, pela possibilidade da referida acumulação, desde que haja compatibilidade de horários. Tal acumulação, segundo a jurisprudência brasileira, não viola os princípios da eficiência e moralidade administrativa. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, embasado no estudo bibliográfico.

Palavras-chave: Acumulação de Cargos. Servidor Público Federal. 60 (sessenta) horas semanais. Compatibilidade de Horários.

ABSTRACT: Accumulation of positions is one of the most controversial issues in the legal field. For a long time, there was doctrinal disagreement about the possibility of accumulating positions with a workload of 60 hours or more per week. As a general objective and aiming to answer the problem, the doctrinal and jurisprudential positions on the theme will be analyzed. Concluding, at the end of this research, for the possibility of said accumulation, as long as there is compatibility of schedules. Such accumulation, according to Brazilian jurisprudence, does not violate the principles of efficiency and administrative morality. The deductive approach method, based on the bibliographic study, was used.

¹⁵⁷ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

¹⁵⁸ Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela PUCRS.

Keywords: Accumulation of Positions. Public federal server. 60 (sixty) hours per week. Timetable compatibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da administração pública. 3. Noções gerais sobre servidores públicos. 3.1 Servidores públicos. 3.2 Cargo, emprego e função. 3.3 Direitos e deveres. 4. A acumulação de cargos públicos. 4.1 Possibilidade de acumulação. 4.2 Direito subjetivo do servidor em acumular cargos públicos. 4.3 Interesse da administração pública. 4.4 Posicionamentos favoráveis à acumulação de cargos. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A administração pública significa o conjunto de atividades administrativas exercidas pelo Estado em benefício da sociedade. Para gerir os interesses da coletividade o Estado se manifesta por meio de seus agentes, estes atuam em seu nome, munidos de poderes oriundos da esfera pública. São os servidores públicos sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos da sua vontade. A Constituição Federal de 1998, na seção I e II do capítulo relativo à Administração Pública, emprega a expressão servidores públicos em sentido amplo e restrito, respectivamente.

Em sentido amplo, engloba todas as pessoas físicas que prestam serviços, com vínculo empregatício, ao Estado e às entidades da Administração Indireta. Em sentido restrito, afasta os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Tema de extrema relevância, tanto para o operador do direito, como para a sociedade em geral, pois diz respeito à possibilidade de um servidor público federal acumular cargos por um período superior a 60 (sessenta) horas semanais. Ainda há muitas controvérsias acerca do tema, tanto no âmbito doutrinário como na jurisprudência.

Diante de tal constatação, a problemática deste trabalho está em torno do seguinte questionamento: É possível ao servidor público federal acumular mais de um cargo público com uma carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais? Como objetivo geral e visando responder à problemática, tem-se: Analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. E, especificamente, estudar a administração pública; definir servidores públicos; distinguir cargo, emprego e função e; analisar a possibilidade de acumulação de cargos.

No primeiro capítulo serão abordados os conceitos e as características dos principais institutos jurídicos da administração pública. No segundo capítulo serão analisados os aspectos gerais dos servidores públicos federais. Por fim, no terceiro capítulo será abordada a problemática acerca da acumulação dos cargos públicos

por parte dos servidores públicos federais, em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais.

Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, embasado no estudo bibliográfico. As informações bibliográficas foram coletadas em referenciais específicos sobre o tema em questão, como livros, artigos científicos, revistas especializadas de Direito Constitucional e Administrativo, sítios eletrônicos, pareceres da Advocacia Geral da União - AGU, doutrina e posicionamento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça, bem como dos Tribunais Superiores.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A definição de Administração Pública deve partir do conceito de Estado em seu sentido mais amplo, no qual o Estado é considerado pessoa jurídica territorial soberana, dotada de personalidade jurídica própria e pessoa de direito público, cujos elementos são originários e indissociáveis: o povo, o território e o governo soberano. Nele engloba o entendimento moderno de organização e funcionamento das atividades públicas fornecidas aos administrados.

A administração pública engloba um aglomerado de ações que se interligam de forma direta com o cumprimento de tarefas que são consideradas de interesse público. Apresenta um caráter funcional variado que proporciona estruturas complexas e envolvem objetivos como: atender os interesses públicos e prover os bens e serviços (PAULA, 2005).

Segundo Marinela (2018), a administração Pública pode ser definida como uma atividade neutra, habitualmente ligada à lei ou à norma técnica, cuja conduta é interposta em hierarquia, sem responsabilidade constitucional e política, no entanto, com responsabilidade técnica e legal pela execução.

Mesmo apresentando objetivos definidos, os conceitos são amplos devido ao campo de atuação e este pode ser definido pelo âmbito a ser estudado. Portanto, segundo Di Pietro (2019, p. 181) pode ser caracterizado em dois sentidos:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse

sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Para Meirelles (2015), a definição de Administração Pública consiste em critérios específicos, tal como a formalidade, materialidade e operacionalidade. Ou seja, formal porque conceitua a Administração como um conjunto de órgãos criado para execução dos objetivos do Governo; material porque estabelece um grupo de funções indispensáveis para os serviços públicos e; operacional, cujo desempenho é perene e sistemático, assim como legal e técnico no que concerne aos serviços que são próprios do Estado ou por ele assumidos em prol da coletividade.

Quando nos referimos à Administração Pública é por obrigação tratar dos princípios que a regem. Tais princípios da Administração Pública, os quais se apresentam na Constituição Federal de 1988, regulamentam a administração pública e são evidenciadas no *caput* do artigo 37:

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 (BRASIL, 1988).

Para realizar a execução de suas atividades o Estado tem como base os princípios, devendo ser ético o comportamento de tal ente no intuito de proporcionar transparência e transpor credibilidade aos administrados. Neste diapasão, Lima (2007, p. 45) aduz sobre os princípios que regem a Administração Pública:

Legalidade: toda ação da Administração Pública de ser regulamentada por lei, ou seja, o administrador somete poderá realizar as atividades dentro da legalidade, caso contrário será injurídica sua ação. Moralidade: na gestão pública é exigido o elemento ético onde inclui decisão entre o honesto e desonesto. Impessoalidade: aceite apenas de um atendimento imparcial, onde realizar o ato apenas pelo determinado em lei. Publicidade: aponta o dever ao ente de manter a transparência. Eficiência: a realização do trabalho da administração pública direcionado ao bem comum de forma eficaz.

Estes princípios são mandamentos cujo fulcro é a otimização no sentido de melhor ordenação da aplicação das ações públicas, indubitavelmente dentro das possibilidades jurídicas e realísticas.

Na busca por aperfeiçoamento a administração pública, o Brasil passou por várias mudanças com o intuito de ter um modelo eficiente para o país. Passamos por um modelo patrimonialista, onde o governante tinha o Estado como próprio patrimônio. E, no intuito de proteger o patrimônio público, surge o modelo burocrático, apresentando essa dissociação. No entanto, o mesmo tornou-se inflexível e entrou em choque com as inovações da gestão que buscam o cidadão, surgindo o modelo gerencial, que visa oferecer serviços de qualidade (MARINELA, 2018).

Desta forma, todas essas mudanças de modelo sempre visaram de forma criteriosa a transparência e clareza do ente público nos seus atos. Tais atos são de extrema importância para a verificação da sociedade sobre a eficiência e eficácia dos serviços prestados, para tal a Administração Pública subdivide-se em administração pública indireta e administração pública direta.

A administração pública indireta tem como composição entidades que possuem personalidade jurídica própria, e estas são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de maneira não centralizada. As entidades componentes da administração indireta são: autarquias, fundações públicas e as empresas estatais, de forma mais específica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (MARINELA, 2018).

No entanto, o Estado ao desenvolver a função executiva em exercício próprio se refere à administração pública centralizada ou direta. Tal definição é caracterizada como direta ou centralizada, porque a atividade é exercida diretamente pela União, ou seja, a realização da função é exercida pela própria União, através de seus Ministérios, Estados membros, Municípios e Distrito Federal. O Estado transfere a execução de determinada atividade às pessoas jurídicas por ele criadas ou a particulares (MARINELA, 2018).

Desta forma, é necessário frisar que os entes componentes da administração direta, pessoa jurídica dotada de direito público, estão submetidos às prerrogativas e obrigações pertinentes a este regime e isso se estende aos seus órgãos.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE SERVIDORES PÚBLICOS

3.1 Servidores Públicos

Servidores públicos são os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos da sua vontade. A Constituição Federal de 1998, na seção I e II do capítulo relativo à Administração Pública, emprega a expressão servidores públicos em sentido amplo e restrito, respectivamente.

Em sentido amplo, engloba todas as pessoas físicas que prestam serviços, com vínculo empregatício, ao Estado e às entidades da Administração Indireta. Em sentido restrito, afasta os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado (DI PIETRO, 2019).

Para Carvalho Filho (2019), a expressão servidores públicos não alcança às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, referindo-se apenas aos agentes que servem, em caráter definitivo e em decorrência de relação de trabalho, as pessoas federativas, autarquias e fundações públicas de natureza autárquica.

Servidores Públicos são todos os agentes que exercendo em caráter permanente uma função pública em virtude de um vínculo de trabalho, constituem o cenário das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica (CARVALHO FILHO, 2019).

A Constituição Federal define servidor público como agente que mantém vínculo de trabalho profissional, em caráter não eventual, sob vínculo de dependência, com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Os servidores estatutários são ocupantes de cargos públicos e têm seus direitos e deveres disciplinados em lei, denominada estatuto. Este estatuto poderá ser alterado sem a anuência do servidor, desde que respeitados os direitos já adquiridos.

3.2 Cargo, emprego e função

A Constituição Federal de 1988, através do legislador constituinte originário, quando trata das regras de acumulação, não cuidou em definir os conceitos jurídicos de cargo, emprego e função. Assim, cabe à legislação infraconstitucional e a doutrina tais definições.

Quando se fala em cargo público o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8112/1990 aduz que é "o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor" (BRASIL, 1990). Para Di Pietro (2019) cargo seria, de forma simplista, a unidade de poderes e deveres realizados por um agente em nome do Estado. Ainda segundo Di Pietro (2019, p. 1233) as várias

competências que estão positivadas na Constituição Federal de 1988 tanto para a União, Estados e Municípios são distribuídas:

[...] entre seus respectivos órgãos, cada qual dispendo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração. Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário.

Assim, o cargo é o lugar ocupado por um agente que tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. Importante destacar que só existe o cargo na administração pública direta, nas autarquias e fundações públicas, já que existe uma regra na Carta Magna que afirma que apenas os integrantes do direito público é quem recebem o nome de servidores públicos. (CANOSA, 2016).

Dentro dos cargos públicos temos as classificações que têm embasamento na durabilidade do provimento, são estas: a) cargos vitalícios; b) cargos efetivos e c) cargos em comissão. Canosa (2016, p. 28) faz as seguintes considerações:

Os cargos vitalícios ou de provimento vitalício são aqueles que asseguram aos seus titulares, uma vez vitaliciados, a garantia de poderem ser destituídos apenas por sentença judicial transitada em julgado. A vitaliciedade é conferida ao titular do cargo após dois anos de exercício do cargo ou imediatamente à posse, nas hipóteses de nomeação direta para Magistrado de Tribunal (art. 84, incisos XIV e XVI) ou para cargo de Ministro do Tribunal de Contas. Por sua vez, os cargos efetivos são aqueles que asseguram aos seus titulares, uma vez adquirida a estabilidade, o direito de permanência no cargo, do qual só poderá ser destituído por: I) sentença judicial transitada em julgado (art. 41 §1, I, da CRFB/88); II) processo administrativo em que seja assegurado a ampla defesa (art. 41 §1, II da CRFB/88) e; III) procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41 §1, III, da CRFB/88). os cargos em comissão são aqueles ocupados em caráter transitório, e cuja nomeação independe de prévia aprovação em concurso público, necessitando apenas da confiança da autoridade competente.

Desta forma, conforme classificação constitucional os cargos vitalícios asseguram o servidor e o mesmo só pode ser destituído do cargo por sentença transitado em julgado. Já nos cargos efetivos a destituição é mais abrangente, pois além da possibilidade de destituição por sentença transitada em julgado, existem também a por processo administrativo e por procedimento de avaliação periódica de desempenho. Por fim, os cargos em comissão são transitórios e a sua nomeação não depende de aprovação prévia em concurso, mas sim a simples nomeação de autoridade competente.

Quando se trata de emprego público, falamos de contratação sob a égide da relação trabalhista. Segundo Di Pietro (2019), o emprego público começou a partir do momento em que houve a possibilidade de contratação sob o regime da Legislação Trabalhista, é uma expressão paralela a cargo público, onde a distinção entre cargo e emprego se dá apenas pelo vínculo contratual com o Estado, já que o empregado público tem um vínculo contratual advindo da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e o servidor público (cargo) tem vínculo estatutário que tem a sua regência no Estatuto dos Funcionários Públicos, como aduz Carvalho Filho (2019, p. 865):

Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos.(...) A segunda categoria é a dos servidores públicos trabalhistas (ou celetistas), assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho.(...) A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral do servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

A função pública, conforme aduz Carvalho Filho (2019) é a atividade em si mesma, pois explica que função é o mesmo que atribuição, isto consiste e corresponde às mais variadas tarefas que são objetos dos serviços prestados por servidores. Para Cunha Júnior (2012, p. 256):

[...] todo cargo ou emprego público tem função, mas pode haver função sem cargo e sem emprego. A função sem cargo ou emprego é denominada de função autônoma, que, na forma da Constituição atual, abrange: a) A função temporária –

Exercida por servidores temporários nos termos do art. 37, IX da CF e; b) A função de confiança – Prevista no art. 37, V, da CF e exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de cargos efetivos e que se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Assim, verifica-se que a função, diante da Constituição Feral de 1988, remete de forma restrita a duas condições específicas, a prevista pelo art. 37, IX que trata da contratação temporária e a prevista no inciso V do mesmo artigo, que trata das funções de confiança.

3.3 Direitos e deveres

Os regimes jurídicos modernos, quando tratam dos direitos e deveres dos servidores públicos, impõem certos deveres que visam o bom desempenho de seus encargos e funcionamento regular dos serviços considerados públicos. Inclusive, existe lei que aplica sanções àqueles que atentam contra os princípios da administração pública, a Lei de Improbidade Administrativa. Segundo Carvalho Filho (2014, p. 607):

Exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; 2) Ser leal às instituições a que servir; 3) Observar as normas legais e regulamentares; 4) Cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; 5) Atender com presteza: 5.1) ao público em geral, prestadas as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; 5.2) à expedição de certidões requeridas para a defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; 5.3) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. 6) levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; 7) zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público; 8) guardar sigilo sobre assunto da repartição; 9) manter conduta compatível com a moralidade administrativa; 10) ser assíduo e pontual ao serviço; 11) tratar com urbanidade as pessoas; 12) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Qualquer agressão aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade são passíveis de punição, se pressuposto que o agente tenha agido dolosamente, ou seja, que tenha consciência da ilicitude. A Constituição Federal, ao

ter um olhar sobre o servidor público o concedeu direitos. Inclusive, em seu art. 37, VI, admitiu o direito de greve que agora é definido por lei específica (CANOSA, 2016).

Assegura também o direito de receber salários ou vencimentos pelo labor exercido, aos mesmos estende o direito de salário mínimo e décimo terceiro ou gratificação no natal. Além do vencimento do cargo ocupado, o servidor tem direito a receber adicionais de indenizações. Possui o direito de irredutibilidade do vencimento (CF, art. 37, XV) que consiste na não redução do valor do vencimento do cargo exercido com acréscimo das vantagens permanentes (CANOSA, 2016).

4 A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

4.1 Possibilidade de acumulação

O acúmulo é a situação em que um determinado servidor público ocupa mais de um cargo, emprego ou função pública ou, ainda, quando o servidor recebe proventos de aposentadoria concomitante com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Tais servidores são obrigados a declarar, assim que estiverem no momento de sua investidura, sob as penas da lei, quais os cargos exercem, devendo fazer prova de exoneração ou demissão, no dia da investidura, caso a hipótese de acumulação seja vedada pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, em regra, é proibida a acumulação remunerada de cargos públicos. No entanto, conforme art. 37, XVI da Carta Magna, é autorizada a acumulação de:

- a) 2 (dois) cargos de professor; (Redação EC nº 19/1998)
- b) 1 (um) cargo de professor com outro técnico ou científico. (Redação EC nº 19/1998).
- c) 2 (dois) cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (redação EC nº 34/2001).

Aos juízes é proibido exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal de 1988).

Aos membros do Ministério Público é proibido exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (art. 128, §5º, II, "d", da Constituição Federal de 1988).

De acordo com Meirelles (2015), por reconhecer a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, a Constituição Federal permitiu algumas exceções quanto a regra de não acumulação.

Na hipótese de acúmulo na função de professor há uma possibilidade de maior flexibilidade e jornada de trabalho diferenciada, permitindo que um mesmo profissional atue em mais de uma unidade escolar. No entanto, tal jornada fica condicionada ao acúmulo quanto à compatibilidade de horário. Com relação aos professores de dedicação exclusiva da rede pública, não será admitido o duplo vínculo laboral, estando desautorizado de lecionar em outra unidade de ensino.

No caso dos juízes, a limitação é mais abrangente, pois não poderá exercer nenhum cargo ou função, ainda que esteja disponível. Cabendo exceção, se o cargo a ser exercido pelo juiz seja o de magistério, conforme art. 95, § único, I, da CF/88. A mesma restrição aplica-se aos promotores ou procuradores, autorizados a exercer outra função pública se esta for de magistério.

Importante destacar que a acumulação restringe-se ao limite máximo de dois cargos, empregos ou funções públicas, não sendo possível a acumulação tríplice de vencimentos e proventos. (MARINELA, 2018)

Vale salientar que, embora um ou alguns dos cargos acumuláveis sejam em situação de inatividade, a regra permanecerá, permitindo apenas dois vínculos públicos (CARVALHO FILHO, 2019). Dessa maneira, a título de exemplo, não seria possível acumular três cargos, mesmo que dois em situação ativa e um em estado inativo.

O tratamento constitucional dado ao tema acumulação remunerada de cargos públicos revela a sua importância, por isso, a Carta Magna brasileira fixou duas restrições à acumulação em comento, quais sejam: (i) a necessária compatibilidade de horários (art. 37, XVI) entre os vínculos públicos e (ii) atendimento ao teto remuneratório do funcionalismo público, concernente ao vencimento mensal de um ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI e XVI).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão com repercussão geral, quanto ao atendimento ao teto remuneratório, entendeu que tal requisito deve ser analisado em relação à remuneração de cada de cada um dos vínculos públicos desempenhados, vejamos:

“TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE.

Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza

a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido.” (STF, Recurso Extraordinário n.º 602.043/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Plenário, Publicação: DJe, em 8-9-17.)

Quanto à regra de compatibilidade de horários, aduz Mauro Roberto Gomes de Mattos:

A acumulação de cargos é a possibilidade de duas situações jurídicas concomitantes do servidor (vínculo) perante o Poder Público, em horários que sejam compatíveis. Por compatíveis, entendem-se os horários conciliáveis, aqueles que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado pelo servidor. Essa é a essência da compatibilidade de horários, para fins de acumulação, visto que o servidor público não poderá perceber as suas remunerações se efetivamente os seus horários são comprometidos pela impossibilidade de cumprir a dupla carga horária diária. Por isso é que ressaltamos a primazia da realidade como o fator primordial na busca da aferição da compatibilidade ou não de horários entre os cargos legalmente acumuláveis (MATTOS, 2010, p. 668).

Mister se faz mencionar a inconstitucionalidade de quaisquer outras restrições ao tema que não sejam as apontadas pela Carta Magna Brasileira. Todas as normas infraconstitucionais deverão amoldar os regramentos regentes aos seus servidores públicos às normas da Constituição Federal sobre o assunto (FERREIRA; CORRÊA, 2017).

Diante de tal possibilidade, será analisada, de maneira detalhada, a questão da acumulação dos cargos públicos por parte dos servidores públicos federais, nas situações em que a carga horária ultrapasse 60 (sessenta) horas semanais.

4.2 Direito subjetivo do servidor em acumular cargos públicos

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como regra geral a vedação quanto à acumulação remunerada de cargos públicos. No entanto, em determinados casos, previu algumas exceções, normatizando a ocupação simultânea de dois cargos públicos, empregos ou funções. As exceções à regra geral estão condicionadas ao cumprimento do requisito de compatibilidade de horários, que decorre da

necessidade lógica de respeito aos princípios constitucionais administrativos, em destaque o da moralidade e o da eficiência.

A primordialidade de resguardar a moralidade administrativa no serviço público estabeleceu a regra proibitiva de acumular cargos, empregos ou funções, na medida em que comportamentos de apadrinhamento e troca de favores necessitariam ser rechaçadas pelo nosso ordenamento jurídico (CARVALHO FILHO, 2019).

O princípio da moralidade, nesse viés, merece ser levantado como um caminho à verificação da legalidade da acumulação de cargos públicos, uma vez que tal preceito tem a papel de limitar a atividade da administração e daqueles que operam em sua alcinha, os servidores públicos.

Importante salientar que o regime de acumulação de cargos põe em evidência o princípio da eficiência, previsto constitucionalmente, pois se propõe a impedir que um servidor público, através do acúmulo de funções e atribuições, tenha uma performance abaixo daquela exigível em condições normais (SANTOS, 2016).

A respeito do princípio da eficiência, aquele que desempenha um ofício deve aplicar-se com profissionalismo ao labor exercido. Assim, o servidor público deve exercer as suas atribuições com total dedicação. Por esse motivo, impôs o legislador a regra de compatibilidade de horários, contudo, esta é muito mais complexa do que possa parecer, devendo ser avaliada cuidadosamente.

Afirma Gilmar Mendes *et al.* (2010) que a liberdade é um dos maiores princípios da Carta Magna Brasileira, pois consiste em um dos elementos indispensáveis para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana, elevado pelo constituinte como condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

A liberdade caracteriza-se como peça fundamental para a autorrealização do indivíduo, responsável por decidir quais os meios adequados para realizar suas potencialidades. É papel do Estado proteger e estimular às liberdades, garantindo que estas não sejam meramente formais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Consoante os doutrinadores (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017), existe um direito geral de liberdade, do qual se originam as demais liberdades, que não estão expressamente previstas na Constituição Federal. "Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de

expressão de autonomia pessoal” que não pode ser limitado apenas às liberdades com previsão expressa em texto da lei.

O direito à liberdade geral encontra definição no conceito de autonomia, figurando como “direito fundamental de resistência”, que materializa o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, que já fora positivado na Constituição Alemã (MARTINS, 2012).

Ora, já sabemos que a liberdade pertence à categoria de direitos fundamentais e que estes representam imensurável importância no ordenamento jurídico pátrio. Dessa maneira, é estritamente necessário analisar se a limitação máxima em 60 horas semanais para o acúmulo de cargos públicos condiz ou não com o axioma constitucional supramencionado.

Neste contexto, cumpre analisar a norma exarada pelo Parecer GQ – 145 da AGU, pois esta limita a carga horária laboral do servidor, atentando contra a liberdade, interferindo na decisão racional da autodeterminação e realização do objetivo de vida definido por cada indivíduo.

Neste cenário, se o Estado oportuniza ao servidor a possibilidade de acumular cargos, estabelecendo como principal requisito a compatibilidade de horários, ao indivíduo, enquanto propriedade de si mesmo e de autonomia, será lícito deliberar sobre a quantidade de trabalho que será assumida.

Conquanto, o Parecer QG – 145 da AGU vai de encontro as premissas de liberdade de autonomia, limitando a carga horária do servidor e restringindo-lhe direitos que não deveria. Pois, se a escolha do indivíduo em acumular carga horária laboral em mais de 60 horas não acarreta em prejuízos à Administração, nada poderá fazer o Poder Público, cabendo-lhe o dever de abstenção de atos atentatórios à liberdade.

Por óbvio, o servidor necessita gozar de boa saúde física e mental para exercer o seu trabalho, o que dependerá de um descanso adequado, o que seria absolutamente improvável se o mesmo está sobrecarregado com tantas atribuições (SANTOS, 2016).

Destaca-se, então, a visão do Superior Tribunal de Justiça que tratou sobre a saúde física e mental do profissional de saúde, na qual houve o real comprometimento da eficiência ao desempenhar as suas funções devido à excessiva carga de trabalho:

DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE JORNADA SEMANAL SUPERIOR A SESENTA HORAS NA HIPÓTESE DE

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE.

É vedada a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. Segundo o que dispõe a alínea c do inciso XVI do art. 37 da CF, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI, a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Por se constituir como exceção à regra da não acumulação, a acumulação de cargos deve ser interpretada de forma restritiva. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Observa-se, assim, que a jornada excessiva de trabalho atinge a higidez física e mental do profissional de saúde, comprometendo a eficiência no desempenho de suas funções e, o que é mais grave, coloca em risco a vida dos usuários do sistema público de saúde. Também merece relevo o entendimento do TCU no sentido da coerência do limite de sessenta horas semanais - uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos (TCU, Acórdão 2.133/2005, DOU 21/9/2005). MS 19.336-DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

Observa-se que é sempre importante considerar dois aspectos primordiais no que se refere à compatibilidade de horários:

[...] não podem as jornadas de trabalho se sobrepor, tendo em vista que uma pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo; bem como, não pode a jornada ser excessivamente estafante, de forma que haja queda no rendimento do servidor público (SANTOS, 2016, p. 33).

Ressalta-se ainda que caso o servidor exerça cargos em dois lugares ou duas cidades diferentes, deverá ser observado o tempo de locomoção de um ponto ao outro, bem como a distância a ser cursada, se a estrada é boa ou não e qual o transporte disponível para o servidor.

Para o Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União, no que se refere ao inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a análise deve ser feita em cima do caso do servidor público, pois somente com os parâmetros da compatibilidade de horários é insuficiente.

Entretanto, é preciso levar em consideração os avanços da tecnologia, sendo possível, por exemplo, que o profissional trabalhe em cidades próximas – ou até estados – no mesmo dia, dispondo de voos com maior frequência e valores acessíveis. Há também a possibilidade de trabalho remoto, através de videoconferências e das inúmeras facilidades oferecidas pela internet.

Entende-se também que a “omissão” constitucional quanto ao conceito de compatibilidade de horários seja proposital, para que o aplicador da lei estude sempre cada caso em concreto e, assim, avalie se o requisito foi respeitado em cada situação prática. O único requisito que poderá ser utilizado como parâmetro pré-definido e passível de aplicação em qualquer hipótese é a impossibilidade de superposição de horários.

Ademais, a norma impeditiva da acumulação de cargos públicos já fora prevista pela Carta Magna, sendo fixado que se verifique na prática o parâmetro da compatibilidade de horários, não sendo possível que o legislador ordinário, através de norma infraconstitucional, imponha nenhuma outra restrição limitadora do assunto.

Outrossim, os preceitos trazidos pela Carta Magna devem ser interpretados sob a luz do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, sendo vedada a interpretação vazia do conteúdo da noção de compatibilidade de horários. Isso significa utilizar-se do parâmetro da maneira mais auto executável possível, afastando a possibilidade de edição de regramento ordinário sobre o tema (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

4.3 Interesse da administração pública

A nossa Carta Magna colocou como condição para que haja o acúmulo de cargos a compatibilidade de horários, entretanto, deixou a quem interpreta e aplica a lei a possibilidade de determinar seu conceito e alcance. No âmbito Federal, a Advocacia Geral da União (AGU), por meio do Parecer nº GQ – 145, trata do requisito da compatibilidade de horários e externou como admissível uma jornada máxima de 60 horas semanais, de forma que seja observada a saúde física e mental do servidor assim como o tempo suficiente para locomoção, higiene, alimentação e repouso (SANTOS, 2016).

Comumente autores e julgados dos tribunais pátrios utilizam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento para defender a limitação de 60 (sessenta) horas semanais a carga horária laboral na acumulação de cargos.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos (1999), a essência da Administração Pública encontra-se na realização de fins previstos em lei para satisfazer os interesses da coletividade, jamais para atender vantagens ou conveniências privadas. Portanto, considerando a satisfação dos interesses coletivos como o principal objetivo da Administração Pública, esses, quando estão em conflito com os interesses particulares, deverão prevalecer (CARVALHO, 2017, p. 62).

No mesmo sentido entende Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 29):

Isso faz com que o direito administrativo seja a instrumentação jurídica de interesses de antemão considerados superiores, e é por esta razão que as leis administrativas encarnam esse princípio. Procuram estas exprimir no direito administrativo a posição de superioridade do público sobre o particular, conferindo-lhe uma série de institutos jurídicos que não concede aos particulares.

Entretanto, esclarece Celso Ribeiro Bastos (1999) que a supremacia do interesse público não está fundada em cometer arbitrariedades com os administrados, através de privilégios desarrazoados para o poder público. Pelo contrário, justifica-se em atingir os fins comuns, aplicando apenas os meios extremamente indispensáveis, da maneira menos gravosa possível para o cidadão.

Nesta senda, com clareza leciona Celso Ribeiro Bastos (1999), quando afirma que somente será legítimo sobrepor o interesse público ao particular se não houver “quebra do Estado de Direito”. Desta maneira, não será permitido à administração

pública improvisar medidas que sacrifiquem o particular, sob a justificativa da supremacia de seus interesses.

Ademais, o interesse público é também indisponível, visto que, não pertencem aos administradores os bens e direitos da administração. Assim, por atuarem os administradores em nome de terceiros, não lhes é permitido agir ou dispor livremente dos bens e direitos do povo (CARVALHO, 2017).

Para Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009), a indisponibilidade do interesse público é sinônimo da impossibilidade de o administrador flexibilizar a aplicação das normas administrativas benéficas ao Estado, sendo vedado dispensar conceitos jurídicos vantajosos para a administração, em detrimento de benefícios a outros interesses.

Dessa forma, o requisito da compatibilidade de horário não poderá ser reduzido à impossibilidade de o servidor laborar em carga horária que exceda a 60 horas semanais, sendo necessário obedecer aos limites da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Para além disso, a condicionante da compatibilidade de horários deverá ser analisada sob o seguinte questionamento: A acumulação de cargos em regime laboral superior a 60 horas semanais, intrinsecamente, traria danos à Administração Pública? Entende-se que não. Assim, restando provada a qualidade dos serviços prestados, estariam resguardados os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Desse modo, a compatibilidade não poderá ser apurada mediante parâmetros pré-constituídos, devendo ser analisada caso a caso.

Conforme defende José dos Santos Carvalho Filho (2019), embora a Constituição Federal não tenha estipulado o limite laboral máximo de horas semanais, nas situações em que a acumulação ultrapassar os limites da possibilidade material e da razoabilidade haverá antijuricidade, o que deverá ser analisado no caso concreto.

Portanto, desde que respeitado o requisito da compatibilidade de horários, não poderá a administração pública impedir o servidor público de exercer seu direito constitucional em acumular cargos públicos, visto que, muitos servidores laboram mais de 60 horas semanais e cumprem suas funções com bom desempenho e êxito. Nesse sentido, o prejuízo alegado pela administração pública deverá ser apurado caso a caso, jamais em abstrato.

4.4 Posicionamentos favoráveis à acumulação de cargos

Há muitos anos, o Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a guarda da Constituição, vem mostrando-se contrário à limitação de 60 horas semanais a jornada total no acúmulo de cargos públicos. O Guardião da Constituição Federal firmou seu entendimento no sentido de proibir a legislação ordinária de interferir em assuntos que não pertencem a sua alçada. Posto que, se o constituinte não impôs limitação de carga horária à acumulação de cargos, nenhuma outra norma poderia restringir-lhe o alcance. Neste sentido são as decisões do Superior Tribunal Federal, vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGULARIDADE CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO. PODER REGULAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVA REGRA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes.

II - **Impossibilidade de se criar regra não prevista no texto da Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional.**

III - Agravo regimental improvido (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 565.917, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 10-11-10) (Grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE LIMITA A JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS. PREVISÃO QUE NÃO PODE SER OPOSTA COMO IMPEDITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ACUMULAÇÃO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - **A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados.**

II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à compatibilidade de horários entre os cargos a serem acumulados, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF.

III - Agravo regimental improvido (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 633.298/MG, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe, em 14-2-12.) (Grifo nosso)

Os fundamentos contrários à possibilidade de acumulação de cargos vieram a partir de uma presunção de que a jornada de trabalho acima de 60 horas feriria o princípio Constitucional da eficiência. No entanto, a mesma pode ser contestada, pois a presunção não é absoluta, ou seja, admite-se observação de cada caso, assim como prova em contrário.

Outro ponto a salientar é que não existe norma constitucional que tenha determinado presunção da não possibilidade de acumulação de cargos quando a jornada for superior a 60 (sessenta) horas. A acumulação, apesar de ser exceção, é um direito constitucional que é assegurado ao servidor que, provando que possui condições de exercer e desempenhar de forma que não atinja sua saúde física e psíquica, e que isto não prejudique os exercícios das demais funções, poderá exercer as suas funções cumulativamente.

5 CONCLUSÃO

No presente artigo, pesquisou-se acerca das modalidades de acumulação dos cargos públicos por parte do servidor público federal. Observou-se o posicionamento da jurisprudência e da doutrina sobre o tema, bem como da Advocacia Geral da União – AGU, que por meio do parecer AGU AM-04 regulamentou a matéria.

Por muito tempo, vigou o Parecer AGU GQ-145, que acabou por acarretar prejuízos sem precedentes a inúmeros servidores públicos federais, pois limitava a acumulação de cargos públicos a 60 (sessenta) horas semanais. Conforme demonstrado, diversos julgados caminharam no sentido contrário do referido parecer, por entenderem ser possível a acumulação, desde que houvesse a compatibilidade de horário.

Percebeu-se que a mudança do entendimento da Administração Pública Federal, por meio da Parecer AGU AM-04, foi no sentido de permitir a acumulação por período superior a 60 (sessenta) horas semanais, desde que haja compatibilidade de horário, ratificando assim o entendimento que já era dominante nos Tribunais Regionais Federais e no próprio Superior Tribunal de Justiça.

O que há conforme explanação da CF/88 é um limite implícito de grande importância que é o Princípio Constitucional da Eficiência, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que deverá ser observado pelo administrador público para se evitar o comprometimento da prestação do serviço público.

Em resposta à pergunta do problema, conclui-se que é possível a acumulação de cargos cuja carga horária ultrapasse as 60 horas semanais, desde que verificado o requisito da compatibilidade de horários, devendo ser analisada caso a caso a situação de cada servidor. Constatou-se que tal acumulação não viola os princípios da moralidade e da eficiência, desde que esteja comprovado que inexistente sobreposição de jornadas e prejuízo no desempenho de cada umas das funções.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 101. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 de nov. 2020.

_____. **Parecer AM-04**. Publicado no Diário Oficial da União em 12 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-AM-04-19.htm. Acesso em: 15 de nov. 2020.

_____. **Parecer GQ nº 145 de 30 de março de 1998**. Publicado no Diário Oficial da União em 01 de abril de 1998. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8324>>. Acesso em 19 de novembro de 2020

_____. Planalto. Portal da Legislação – Governo Federal. **Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Publicada no Diário Oficial da União em 19 de abril de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 602.043/MT**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Plenário, Publicação: DJe, em 8 set. de 2017. TETO CONSTITUCIONAL . ACUMULAÇÃO DE CARGOS. ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/searchclasseNumeroIncidente=%22RE%20602043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 24 nov. De 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.133/2005**. Publicado no Diário Oficial da União em 21

set. de 2005. MS 19.336-DF. Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell

Marques, julgado em 26/2/2014. DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE JORNADA SEMANAL SUPERIOR A SESENTA HORAS NA HIPÓTESE DE

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. É vedada a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. [...] Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtfcodFiltro=SAGASSESSAOE NCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=562306>. Acesso em: 24 nov. De 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 565.917**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, em 10-11-10) ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGULARIDADE CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO. PODER REGULAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVA REGRA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. Impossibilidade de se criar regra não prevista no texto da Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional. [...] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000272092&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 24 nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 633.298/MG**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, em 14-2-12.) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE LIMITA A JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS. PREVISÃO QUE NÃO PODE SER OPOSTA COMO IMPEDITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ACUMULAÇÃO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados. [...] Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21269198/agreg-no-recurso-extraordinario-re-633298-mg-stf>. Acesso em: 24 nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n.º 1746784/PE**. Relator: Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, em 30-8-18.) ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS. ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REQUISITO ÚNICO. AFERIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se "[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente tal requisito na Constituição Federal" [...] Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694497785/recurso-especial-resp-1767955-rj-2018-0012547-2>. Acesso em: 24 nov. de 2020.

CANOSA, Rodrigo Lourenço. **Considerações Jurídicas sobre a acumulação de cargos, empregos e funções públicas**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2402/1/monografia%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 24 nov. de 2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

_____, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito constitucional**. 6. ed. – Salvador: JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade; SILVA, Marina Corrêa da. **A influência do parecer GQ n. 145/98 da AGU nas acumulações de cargos públicos**. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/118956/122663>>. Acesso em 25 de nov. 2020.

LIMA, João Paulo Kemp. A improbidade administrativa frente aos princípios constitucionais da Administração Pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral. Revista Tecer - Belo Horizonte – vol. 3, nº 4, maio 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/ibyte/Downloads/707-2191-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. – São Paulo: Atlas, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada**. 5. ed., rev. e atual. – Niteroi: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração Pública Brasileira Entre o Gerencialismo e a Gestão Social**. RAE-Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 36-49, jan-mar, 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902005000100005>. Acesso em: 25 nov. 2020.

SANTOS, Victor Hugo Machado. **Acumulação de cargos**: uma análise crítica do requisito da compatibilidade de horários, Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46044/acumulacao-de-cargos_uma-analise-critica-do-requisito-da-compatibilidade-de-horarios. Acesso em: 13 de nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed, rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DA (IM)POSSIBILIDADE DO USO DAS CARTAS PSICOGRAFADAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ALEALDO GONÇALVES NERY:
Bacharelado do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho
- UNIFSA.

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ¹⁵⁹

(orientador)

RESUMO: Segundo a Doutrina espírita, por meio da mediunidade, pessoas que já perderam à vida continuam mantendo contato com os seres ainda vivos. Isso leva à ocorrência de um evento denominado psicografia, que se caracteriza pelo fenômeno de que o espírito se comunica com os médiuns e a influência a escrever. Ao longo desse trabalho serão abordados temas que ajudarão no entendimento sobre o assunto das cartas psicografadas, da psicografia, e quais possibilidades são dadas e utilizadas para fundamentar seu uso no processo penal brasileiro como meio de prova, incluindo nesse estudo a análise de alguns princípios que tratam sobre o uso das provas no processo penal, verificando a questão do controle racional de aplicação desse meio de prova em especial, além de ser elencado até mesmo um caso concreto. O mencionado trabalho foi feito com a intenção de estudar o uso das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal e não de afrontar ou criticar a doutrina espírita ou fazendo alguma apologia a mesma, sabe-se que é preciso ser abordado temas que mostrem mais a realidade do uso dos princípios do processo penal, as provas e as atualizações que ocorrem a cada dia em uma sociedade tão vasta e diversificada.

Palavras chaves: Cartas psicografadas, Médiuns, Princípios, Processo penal, Provas.

Sumário: 1.Introdução.2.Cartas psicografadas.3.Exame grafotécnico.4.Pseudociência.5.Princípios e Sistema de apreciação das provas no processo penal e o uso das cartas psicografadas.6.Conclusão. 7.Referencias.

1. INTRODUÇÃO

O notável estudo tem por pretensão mostrar o uso das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal brasileiro. Já que seu uso pode ser uma forma de violação a princípios e normas do próprio direito processual penal. Portanto,

¹⁵⁹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com.

algumas possíveis dúvidas dos leitores com relação a utilização dessas cartas, com relação com as outras provas, se seria possível e permitido legalmente e licitamente a utilização das mesmas.

É notável verificar no início do artigo que será esclarecido como os seres humanos chegaram a possuir e descobrir a mediunidade e como eles fazem e sentem a comunicação, mostrando quem são essas pessoas que possui essa determinada capacidade de ouvir, entender e escrever tais cartas de acordo com a Doutrina Espírita. Além de ser abordado uma breve classificação e análise sobre os exames grafotécnicos e seu uso no meio jurídico-penal.

Além disso, é importante esclarecer sobre a forma como essas cartas estão sendo usadas como evidências, e entender que, na verdade elas nunca foram testadas cientificamente, e portanto, tomam-se parte da pseudociência, que será outro ponto de esclarecimento neste trabalho, sendo a pseudociência explicada de uma forma direta e precisa, já que o foco principal é o estudo das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal, e não o aprofundamento no estudo da pseudociência.

Outrossim, é possível verificar o enfoque sobre os princípios do processo penal brasileiro, em especial os que tratam sobre o uso das provas, além de salientar sobre o sistema de apreciação de provas no processo penal com relação ao tema escolhido para o trabalho. Atualmente esses princípios e sistemas de apreciação estão sendo vistos por alguns juristas e estudiosos como desatualizado, pois no sistema processual penal, é importante que sejam verificados a racionalização da prova e a possível limitação na forma como elas são apreciadas e aceitas no processo penal brasileiro.

Chegando a conclusão desse estudo, o que será elencado de forma mais precisa no determinado tópico sobre a remate desse assunto, é que as cartas psicografadas pertencem a doutrina espírita, aos centros espíritas, e nunca foram testadas pela ciência, não seria plausível a possível aplicação desse meio de prova no meio judicial como vem sendo verificado ao longo dos anos. A realidade deve ser outra no meio forense, a mais racional e científica possível.

2. CARTAS PSICOGRAFADAS

De acordo com a doutrina espírita a psicografia seria uma das múltiplas possibilidades de expressões mediúnicas já válidas e existentes. É a comunicação escrita e discursiva de uma entidade incorpórea ou espírito por intermédio de um homem. Segundo Allan Kardec, esse tipo de comunicação pode ter um determinado nível de consciência, mas é mais forte que outro, e pode ser classificada como

consciente, mecânica ou semimecânica, na primeira o médium não consegue identificar até mesmo quem fala, mas estaria consciente do fenômeno, já na segunda ele não é capaz de influenciar voluntariamente no texto, e na terceira ele já identifica quem é o espírito e pode até mesmo perguntar sobre determinado assunto em questão.

Em relação a Allan Kardec, o codificador da doutrina espírita, no livro dos médiuns produzido por ele relata que:

“A ciência espírita há progredido como todas as outras e mais rapidamente do que estas. Alguns anos apenas nos separam da época em que se empregavam esses meios primitivos e incompletos, a que trivialmente se dava o nome de “mesas falantes”, e já nos achamos em condições de nos comunicar com os Espíritos tão fácil e rapidamente, como o fazem os homens entre si e pelos mesmos meios: a escrita e a palavra. A escrita, sobretudo, tem a vantagem de assinalar, de modo mais material, a intervenção de uma força oculta e de deixar traços que se podem conservar, como fazemos com a nossa correspondência. O primeiro meio de que se usou foi o das pranchas e cestas munidas de lápis, com a disposição que passamos a descrever”. (KARDEC, 2013).

Além dessas categorias básicas para a compreensão das cartas psicografadas, também é importante explicar quem são os médiuns, e como eles lidam quando percebem que estão sendo chamados para produzir uma carta psicografada, é relevante o trabalho de cada um através da mediunidade, é possível entender por meio da inteligência e dom dado a pessoa que é médium, o que se passa quando determinado espírito se aproxima, segundo afirma a doutrina espírita.

A mediunidade é um evento que ocorre entre o mundo físico com os seres humanos, e o mundo espiritual com espíritos desencarnados. De acordo com o que diz a Doutrina espírita todos os seres humanos são médiuns, uns com mais intensidade já outros com menos, ou seja, a mediunidade não é privilégio de apenas uma pessoa, mas todos, sejam pobres ou ricos, têm este dom. Algumas pessoas nasceram com elas, enquanto outras são construídas pelo próprio espírito.

A mediunidade se estabelece de várias formas nos seres vivos, existem vários tipos de médiuns, as clarividências ou médiuns videntes, esses são responsáveis por ver os espíritos, não com os olhos mas com a alma, por isso até mesmo com os olhos fechados eles podem ver, a Clariaudiência ou médiuns Audi entes, estes tem a capacidade de ouvir os espíritos, já os Psicofonia ou médiuns falantes, os espírito

nesse caso fala com o médium ou se comunica através dele fenômeno conhecido como incorporação; os médiuns curadores são os responsáveis por trazer a cura de várias pessoas, com o toque, gestos, olhar, entre os outros meios.

Já o médium escrevente é aquele que tem o papel de escrever em grau alto ou baixo o que o espírito quer passar, podendo até mesmo ser incorporado, como já citado no início do texto. Como prescreve de forma clara, Allan Kardec no livro dos médiuns:

“Todo aquele que sente, num grau qualquer, a influência dos Espíritos é, por esse fato, médium. Essa faculdade é inerente ao homem; não constitui, portanto, um privilégio exclusivo. Por isso mesmo, raras são as pessoas que dela não possuam alguns rudimentos. Pode, pois, dizer-se que todos são, mais ou menos, médiuns. Todavia, usualmente, assim só se qualificam aqueles em quem a faculdade mediúnica se mostra bem caracterizada e se traduz por efeitos patentes, de certa intensidade, o que então depende de uma organização mais ou menos sensitiva. É de notar-se, além disso, que essa faculdade não se revela, da mesma maneira, em todos. Geralmente, os médiuns têm uma aptidão especial para os fenômenos desta ou daquela ordem, donde resulta que formam tantas variedades quantas são as espécies de manifestações. As principais são: a dos médiuns de efeitos físicos; a dos médiuns sensitivos, ou impressionáveis; a dos audientes; a dos videntes; a dos sonambúlicos; a dos curadores; a dos pneumatógrafos; a dos escreventes ou psicógrafos”. (KARDEC; 2013).

Chico Xavier médium escrevente, líder espiritual de sua época, e meados dos anos 90, foi autor de várias cartas psicografadas, utilizando-se sua mediunidade para escrever tudo o que os espíritos desencarnados lhe passavam. Foi autor de mais de 10 mil cartas, e todas foram destinadas as famílias dos espíritos desencarnados, sendo reconhecidas pelos familiares e algumas sendo usadas até mesmos em tribunais do júri. Além de publicar várias obras de conteúdo espírita que foram destinadas a instituições de caridade.

3.EXAME GRAFOTÉCNICO

Quando se fala do exame grafotécnico é importante mencionar, Carlos Augusto Parandrea, que foi um importante perito de grafoscopia, publicou o livro a

Psicografia a Luz da Grafoscopia. Parandréa em seu livro falou que os exames grafoscópicos são: "Um conjunto de conhecimentos norteadores dos exames gráficos, que verifica as causas geradoras e modificadoras de escrita, através de metodologia apropriada, para determinação da autenticidade gráfica e da autoria gráfica". Conforme é mencionado no artigo a Psicografia e o Exame Grafotécnico, de Kelly C. Lima Martins.

A grafoscopia é o conjunto de técnicas e métodos, a qual os peritos conseguem analisar a escrita, identificando a veracidade e a semelhança com a escrita da pessoa morta e espírito desencarnado.

Além dessas categorias, para uma melhor análise do tema, é considerável apresentar um caso específico. Como Maurício, o caso foi uma grande discussão sobre o ambiente jurídico ocorrida em Goiânia em maio de 1976. José Divino Nunes foi acusado de homicídio contra seu amigo inseparável Maurício Garcez Henrique.

Os jovens encontravam-se na casa de Maurício para estudar quando este encontrou a arma do pai e em meio a brincadeiras, José Divino então pegou a arma para olhar e acidentalmente disparou acertando o amigo que veio a falecer.

Abriu-se o inquérito para apuração dos fatos e desde a primeira declaração dada à autoridade policial, José Divino afirmou que não queria matar Maurício, que tudo não passara de uma terrível fatalidade. Chico Xavier psicografou a carta de Maurício que inocentava o amigo José, verificando assim a grafia e a assinatura de Maurício idêntica da época que estava vivo. As autoridades policiais continuaram com as investigações e os peritos concluíram que a versão de disparo acidental constante na carta psicografada procedia.

Os detalhes narrados na carta de Maurício Garcez, psicografada pelo médium Chico Xavier, não divergiam das declarações do acusado no seu interrogatório e procedia com versão da perícia de disparo acidental; desta forma, no dia 16 de julho de 1979, o juiz Orimar de Bastos declarou absolvido o estudante José Divino Nunes

Além do recurso de ofício, o Ministério Público recorreu da absolvição e o Tribunal de Justiça reformou a sentença absolutória, pronunciou o acusado e remeteu ao Tribunal do Júri. Neste período, outras cartas da vítima foram psicografadas, reforçando que o amigo José Divino não merecia a acusação de homicídio.

Na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, realizada em 2 de junho de 1980, o acusado José foi absolvido por seis votos a um e no final da Sessão do Julgamento,

o representante do ministério público manifestou-se dizendo que acreditava que o acusado seria absolvido, mas que cumpria o seu dever e que não recorreria.

A Procuradoria de Justiça de Goiás designou outro Promotor de Justiça que impetrou recurso de apelação, porém o Tribunal de Justiça manteve a absolvição.

Percebe-se através desse caso que, os peritos e autoridades policiais e judiciais usaram a grafoscopia e o exame grafotécnico para entender e verificar se a carta de Maurício realmente lhe pertencia, se poderiam confiar na escrita de um médium e se seria mesmo seguro essa prática e esse meio de prova. Por fim a carta foi aceita no processo e absolveram o acusado.

No que diz ainda sobre o exame grafotécnico que é uma ciência forense, comprovada e testada e usada nos tribunais e pelos peritos para comprovar a escrita e assinaturas das pessoas. Para alguns juristas como mostra por exemplo o caso o exame grafotécnico pode sim ser usado para comprovar a carta e grafia de um espírito desencarnado, e assim mostrando e confirmando a autoria. O que faz com que abra uma ou várias brechas para testar realmente a confiança que pode ser dada para essas cartas, já que primeiramente o médium poderia se equivocar, pois não são todos os médiuns capazes para desenvolver a escrita desses espíritos desencarnados, como a própria doutrina espírita já confirma.

Além desses aspectos duvidosos podemos mencionar outro com relação ao próprio perito ao analisar e avaliar a carta psicografada, utilizando-se da grafoscopia. Nesse aspecto, o exame grafotécnico se fundamenta no conhecimento do perito, ação essa que não deixa de está sujeita a subjetividades. Algumas vezes também a própria escrita do médium pode se misturar com a do autor da carta, o próprio espírita, abrindo assim outro ponto de interrogação no uso das cartas como meio de prova.

4.PSEUDOCIÊNCIA

Pseudociência é considerada qualquer conhecimento baseado em fatos científicos. Na verdade, seja qual for o conhecimento, ele nada tem a ver com o método científico e não se aplica a nenhum método científico, portanto, são necessárias evidências que comprovem se qualquer tipo de informação utilizada é confiável.

Para obter uma melhor explicação, observamos que o criacionismo e o evolucionismo, por exemplo: Primeiro, a pseudociência do criacionismo é caracterizada por teorias não comprovadas, mas muitas pessoas confiam nessa ideia e acreditam que existem inúmeras Para outros, é muito mais fácil acreditar em ideias

de tempos antigos do que pesquisar e provar cientificamente tais ideias, por exemplo, na teoria da evolução.

No que diz respeito ao tema cartas psicografadas e o seu uso no processo em especial no processo penal, poderíamos falar que existe uma inquietude no uso das mesmas já que ela deriva da pseudociência, e, portanto, nunca foi comprovada cientificamente. É importante perceber que as cartas não se fazem por uma opção positiva para serem usadas no meio jurídico, já que esta demasiadamente relacionada com a doutrina espírita, assim associada com a fé e não com a razão. Como afirma Rachel Herdy:

“É precisamente o aspecto científico, defendem tais juristas, que confere confiabilidade à psicografia e às cartas, permitindo o seu uso como meio de prova em processos judiciais. Entretanto, prosseguem, não se trata da ciência com a qual estamos acostumados — Física, Química, Biologia, Psicologia, Sociologia, etc. —, e sim de uma ciência “não materialista” cujo objeto é o espírito. Não nos interessa aqui esmiuçar os detalhes dessa pseudociência. Contudo, é curioso reparar que os juristas brasileiros dispostos a incorporar a doutrina espírita em nosso sistema jurídico não ignoram a ciência “materialista” que criticam, mas lançam mão dela para defender a admissão de provas sem fundamento racional nos tribunais”. (HERDY, 2020).

Por fim a verificação racional do uso das cartas, e não aprofundar no estudo da pseudociência, verificando assim que as cartas por mais que possam ser aceitas por alguns juízes e tribunais, elas não deixam de fazer parte da pseudociência e portanto não seria confiável seu uso já que estaria por trazer dúvidas, objeções e desconfianças até mesmo para a vítima que neste caso estaria em uma situação embaraçosa.

5. PRINCÍPIOS E SISTEMA DE APRECIÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O USO DAS CARTAS PSICOGRAFADAS

A psicografia é verificada como uma prática que se sujeita mais com a fé do que com a razão. O processo penal brasileiro atual defende muito a racionalização. Essa racionalização tem a ver em especial com a forma como as provas estão sendo recebidas e tratadas no processo penal.

Atualmente com muitas pesquisas e estudos por parte de juristas e estudiosos do direito, em especial do Direito Processual Penal, com relação as provas, meios de provas e sistema de apreciação de provas no processo penal, existem várias análises

sobre uma correta valoração da prova, o tema continua sendo de grande dificuldade e complexidade e passa a ser merecedor de uma investigação mais aprofundada que ora não se apresenta neste trabalho.

Observa-se, em concreto, que houve uma considerável evolução na forma de se compreender o resultado da atividade probatória e também mudanças na condução da própria atividade probatória, ainda que não em sua totalidade, no que diz respeito a uma apreciação mais racional da prova, sem que o juiz ou qualquer interessado e responsável legalmente possa interferir de forma subjetiva e tendenciosa na hora de apreciá-las e usá-las.

Para melhor compreender e estudar o assunto e sua relação com o uso das cartas psicografadas como meio de prova, explicaremos estas, a qual são utilizadas pelos estudiosos, sobre o assunto para defender o princípio de usá-lo como evidência e evidência ao máximo. O sistema de avaliação de provas no Direito Processual Penal Brasileiro.

Com relação aos princípios podemos falar primeiramente sobre o princípio da liberdade probatória, que se caracteriza por uma liberdade limitada pela lei, mais que permite que as partes utilizem de qualquer meio de prova, ou o direito de requerer provas para serem usadas no processo.

Esse princípio afirma que são livres todos os meios de prova, desde que não sejam ilegais, inconstitucionais ou que afetem a moralidade e costumes da sociedade. Não existe um rol taxativo para as provas no direito processual penal brasileiro, basta ser lícita e aceita pelo juiz. Podendo incluir nesse entendimento principiológico que o uso das cartas psicografadas podem ser permitidos, desde que passe por um exame e perícias adequadas, já que esse princípio abre portas para o uso de qualquer prova legal. O próprio juiz pode se valer de vários meios de provas para conseguir chegar ao *standard* probatório, e assim tomar sua decisão final no processo, se valendo assim do que é permitido e não proibido em lei.

Além desse princípio, podemos mencionar outro que condiz com o tema o da verdade real, ele se caracteriza por afirmar que no processo penal não se pode apenas contentar-se com a realidade dos fatos apresentados apenas no processo, deve-se pesquisar a verdade sobre o que realmente aconteceu no caso concreto, o que realmente ocorreu anteriormente. Esse princípio para o processo penal, mostra que existe uma certa liberdade em buscar a verdade dos fatos para assim chegar em uma conclusão mais precisa, para o juiz dar uma decisão adequada e justa, sendo essa liberdade limitada pela própria lei, ou, pelo menos, é para ser assim.

Ao longo da história as provas passaram a ser obtidas de maneira mais racional no processo, o que faz com que o próprio juiz busque a verdade real dos fatos, sem influência de religiões, igrejas, deuses, enfim como era nos séculos passados. Esse entendimento faz com que muitos juízes e tribunais justifiquem sua decisão em aceitar o uso das cartas psicografadas no processo penal.

Segundo Nestor Távora :

“O princípio da verdade real também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido, princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, princípio da investigação, princípio inquisitivo e princípio da investigação judicial da prova. Independente da denominação que se lhe dê, é de se observar que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, uma sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido”. (TAVORA, 2015).

Hoje, não é apropriado dizer que o uso desses princípios obterá evidências de uma maneira mais razoável. O fato é exatamente o oposto. Por exemplo, alguns autores e estudiosos afirmam que, no passado, a tributação e os sistemas de exame mais valiosos prevaleciam até o final do século 18, quando os juízes eram livres para condenar crimes. Os princípios foram modificados para deixar claro que nosso sistema de procedimento criminal no uso de provas e sua valoração está desatualizado.

Além desse entendimento sobre esse princípio da verdade real, e o da liberdade probatória, podemos nos reportar a outro princípio bastante usado na área criminal , o do livre convencimento motivado do juiz, que se caracteriza por ser um princípio que traz a liberdade de o juiz formar sua livre convicção de acordo com as provas apresentadas no processo, de forma consciente, devendo fundamentar sua decisão conforme a apreciação das provas e esclarecer as razões da sua decisão, obrigando-se disso. Conforme explica Aury Lopes Junior no uso desse princípio, mas precisamente a vasta liberdade que é dada ao juiz, explica que:

“Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela prova produzida no processo, com pela observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimidade do

poder). Não significa possibilidade de decisionismo. Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação de seu poder decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional". (LOPES, 2017).

O juiz tem a liberdade de conferir qual prova ele se convenceu, assegurando sempre o direito das partes, o interesse social e o devido processo legal. Esse princípio tem amparo no art. 155º do Código de Processo Penal, e se caracteriza por ser mais um princípio importante para o estudo e o uso das cartas psicografadas como meio de prova.

Por fim, o que leva a pensar sobre o uso das cartas amparados nesses princípios é que não existe racionalidade suficiente em usá-las como meio de prova. A teoria jurídica contemporânea ainda não conseguiu desenvolver um método suficientemente confiável e racional para a fundamentação e o controle sobre a valoração das provas judiciais, o que se tem na verdade é um certo autoritarismo por parte do processo penal no sentido de que a liberdade de apreciar, aceitar e decidir está sendo dada sem limitações ao juiz por exemplo, fazendo com que seja conclusiva a tese verídica de que o cenário atual do processo penal precisa de mudanças. Para Ricardo Jacobsen Gloeckner:

"O cenário, atualmente, é ainda pior do que aquele de décadas atrás. Justamente porque além da manutenção da estrutura básica do código de 1941, as novas leis processuais penais e também as penais se encarregaram de introduzir lógicas distintas, institutos importados e criações híbridas, capazes de provocar no sistema inquisitório originário de 1941, verdadeiras metástases. Como afirma COUTINHO, "a situação atual, sem embargo da desgraça que era antes, é pior, ou seja, convive-se com uma deterioração do sistema inquisitório". (GLOECKNER, 2018.)

Não existe um *standard* probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado de forma clara no direito processual penal, de maneira que os juízes utilizam ainda critérios flexíveis de prova, com um espaço muito largo para o uso da sua discricionariedade, o pior disso tudo permitido pela própria lei, fazendo com que o uso das cartas psicografadas como meio de prova seja mais uma forma de uso tendenciosos por parte dos juízes, pois a mesma é um meio de prova mas subjetivo, que abrange em si a pseudociência, fé, dogmas e doutrinas.

Esse *standard* probatório, significa que os critérios que são usados para aferir e chegar a uma suficiência probatória, e assim proferir uma decisão que traga mais segurança jurídica e mais imparcialidade foram atingidos. Para ser considerado culpado o réu, a hipótese acusatória deve ser confirmada por uma variedade de provas ou dados probatórios que claro passaram crivo da valoração, e que superem a dúvidas razoáveis, provando assim que o acusado não é inocente. Mas é importante esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro esses *standards* probatórios não são previstos legalmente, o que não impede sua existência.

Além disso, Gascón Abellán, afirma que é possível perceber claramente que ao valorar as provas e assim tentar chegar ao *standard* probatório os juízes usarão da sua discricionariedade, mas isso não significa que deixarão de lado a metodologia lógica, pensante e o bom senso. Como afirma:

“Em um modelo cognitivista onde o que se pretende valorar é a correspondência dos enunciados com os fatos, a valoração não pode entender-se como uma convicção íntima, livre, incomunicável, intransferível, e por isto, irracional, incontável e arbitrária, pois é óbvio que a íntima convicção não pode justificar por si mesma a verdade dos enunciados”(…) Portanto, “o juiz há de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas não pode ser livre para deixar de observar uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos”. (GASCÓN ABELLÁN, 2010).

Por estas razões é que em um processo judicial devem sempre ser observados e garantidos o princípio do contraditório e o duplo grau de jurisdição, com vistas a atuarem como formas de controle da valoração judicial da prova. Nesse raciocínio o que vem a tona é o entendimento claro de que não seria correto o juiz e os tribunais utilizarem as cartas psicografadas como meio de prova e valorando as mesmas, já que deixariam de lado uma metodologia racional e mais justa respeitando assim o contraditório a ampla defesa, a isonomia, o direito da vítima, respeito ao princípio do estado laico e à liberdade religiosa do que apenas usarem a discricionariedade, liberdade e princípios arcaicos em busca de sozinhos pensarem que assim conseguiram fazer justiça.

É significativo continuar o raciocínio do tema com relação as provas e o sistema de apreciação, como já iniciado um pouco sua explicação. As provas são elementos que pretendem mostrar a existência e a veracidade de um fato, com o objetivo de influenciar o convencimento e decisão do julgador, mostrando que determinado fato ou circunstância anterior aconteceu. Deriva do latim *probatio*, que significa verificação, argumento, exame e confirmação.

Quando se fala sobre as provas no processo penal brasileiro, é importante destacar o sistema de apreciação de provas, que é o meio como o estado vai se comportar perante a sociedade ao lidar com as provas e aceitá-las no processo. Para melhor explicar, o sistema de apreciação de provas que é usado atualmente no Brasil, segundo alguns doutrinadores, é o chamado, sistema do livre convencimento motivado do juiz, mas além desse existe o anterior a ele que é o da íntima convicção do juiz, e um ainda mais antigo, que é o chamado de sistema legal de provas, que se caracterizava por somente certas provas de valor legal previamente estabelecido serviam para determinar a verdade dos fatos alegados, ou seja, existia um rol taxativo de provas mais importantes que outras. A confissão, por exemplo, era considerada uma prova absoluta, e não era permitido uma valoração da prova, por parte do juiz.

Na atualidade, ainda que este não seja o modelo mais predominante nos sistemas probatórios, ainda existem vestígios tanto com relação a forma, como os princípios acima elencados são usados, como no sistema de apreciação de provas, isso no processo penal de muitos ordenamentos jurídicos também, como é o caso da Espanha e Itália

O sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção o juiz nesse sistema está absolutamente livre para julgar e decidir sem necessidade de motivar sua decisão. É dado ao julgador total liberdade na construção do seu convencimento, podendo usar no processo até mesmo o seu entendimento íntimo, suas próprias vontades e crenças. Essa forma de apreciação de prova, ainda é utilizada segundo alguns doutrinadores, no Tribunal do Júri, na sua segunda fase, como Segundo Noberto Avena:

“Embora a íntima convicção não seja o sistema regra do Código de Processo Penal, não foi abandonada definitivamente em nosso direito, sendo agasalhada nos julgamentos afetos ao Tribunal do Júri, caso em que o veredicto absolutório ou condenatório tem origem em um Conselho de Sentença, integrado por pessoas do povo – os jurados”.(AVENA, 2013.)

O conselho de sentença pode decidir a partir de parâmetros subjetivos, concluindo assim que, que os jurados não precisam fundamentar suas decisões. Esse entendimento que podemos observar sobre essa forma de apreciação das provas traz mais uma vez o raciocínio de que realmente o nosso sistema processual penal precisa ser atualizado com premência.

O sistema do livre convencimento motivado é o sistema adotado no Brasil atualmente. Nesse sistema o juiz é livre para decidir e motivar sua decisão de acordo

com as provas que avaliar no processo. É o que está previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Esse sistema é caracterizado ainda, por existir a liberdade do juiz em dar sua decisão que deve ser motivada optando em absolver ou condenar o acusado, tendo assim a liberdade legal de decisão equiparando com as provas aceitas e apresentadas no processo, além de não existir hierarquia entre as provas, que é outra característica desse sistema.

Nesse sentido, é evidente que o juiz é livre no convencimento, podendo optar livremente por qualquer prova colocada aos autos, a que lhe parecer mais convincente, e assim fundamentará sua decisão com base nessa prova escolhida dentro das impostas aos autos do processo.

Dessa forma, é compreensível concluir que o sistema processual penal precisa ser renovado no que diz a apreciação racional das provas. Segundo Geraldo Prado:

“Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. (PRADO, 2006).

Com todo esse entendimento, fica fácil esclarecer de forma precisa que não seria adequado e pertinente usar as cartas psicografadas como meio de prova no processo penal, elas pertencem aos centros espíritas e ao foro íntimo dos que creem na doutrina e não ao processo judicial, cujos os julgamentos e decisões devem ser tomados em critérios de racionalidade e segurança.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foram vistos vários temas relevantes que trouxeram mais conhecimento para os leitores sobre o uso das cartas psicografadas no processo penal brasileiro. Ao levantar como padrão de prova a questão ora em discussão, ou seja, a forma como a prova ainda é valorizada no campo penal, é clara a percepção que o uso das cartas psicografadas não seria adequado, já que o sistema de apreciação das provas está passando por uma transformação mesmo que devagar, mais que traz consigo o entendimento de que não é mais adequado permitir tanta

discricionariedade e liberdade para o juiz e deixar de lado a racionalidade, os princípios básicos de um processo como o contraditório e a ampla defesa.

Antes de chegar a essa conclusão foi preciso mesmo que básica uma explicação do que seria as cartas psicografadas, quem é o responsável por fazê-las, como a doutrina espírita defende seu uso, como são comprovadas pelos peritos e até mesmo a pseudociência, temas que são básicos para trazer um conhecimento propício e pertinente sobre o uso desses meios de prova no sistema jurídico brasileiro em especial no processo penal.

É importante esclarecer que o plano desse trabalho não é afrontar a doutrina espírita e o espiritismo. O objetivo é sempre mostrar ao leitor as últimas novidades sobre o assunto, bem como temas relacionados com evidências discutidos nos processos criminais em curso e, mais precisamente, utilizar cartas de influência psicológica como meio de prova, para que as pessoas percebam que devem restringir conhecimento próprio. Usado como prova.

É relevante que os tribunais e juízes percebam que se aceitarem o uso das cartas como meio de prova justificando que elas são comprovadas cientificamente, ou que usariam de princípios e normas que lhes dão permissão para isso, abre-se uma referência perigosa que faz com que a sociedade entenda que pode ser levado a justiça qualquer meio de prova baseados na pseudociência.

Por ser uma doutrina que fala mais no mundo imaterial do que o material, é necessário mais atenção quanto a isso pois pode parecer bastante gracioso para os que acreditam, claro que não seria malparecido essa forma de comunicação, mais não seria adequado trazer como um meio de prova para o processo, já que o papel do médium é um elo entre os dois mundos, uns com um nível avançado e de fácil percepção e outro com apenas vagos sentidos no fenômeno como já foi explicado com precisão ao logo do trabalho.

Vários estudos já foram feitos com as cartas psicografadas, utilizado se de técnicas da grafotécnica que permite comparar as letras e estudar a veracidade da caligrafia e também por parte os próprios seguidores da doutrina. Alguns estudos mostraram que a grafia, assinatura, forma de comunicação do espírito eram iguais à do morto e, por fim, sempre resultava em cartas consideradas verídicas, as mais famosas feitas por Chico Chavier, como mostrado um caso concreto no trabalho de pesquisa.

Faz se necessário observar que os casos de psicografia vem crescendo no Brasil, e a tendência é se alavancar cada vez mais, mas o uso das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal, já seria uma outra discussão, posto que, não

é por meio de princípios como, o da liberdade probatório, verdade real, livre convencimento, e a justificativa de afirmar que a psicografia faz parte da ciência que justificará o uso das cartas como meio de prova. Isso já foi liquidado no trabalho, mostrando que as cartas psicografadas na verdade não se utilizam de nenhum método científico, e sim fazem parte da pseudociência, que o contraditório, ampla defesa, estado laico, controle racional de valoração das provas devem ser respeitados principalmente por juízes e tribunais responsáveis por aplicar o direito e assim fazer valer a justiça, e não rechaçar toda essa literatura jurídica tentando justificar algo claro de ser rebatido.

As cartas psicografadas pertencem a doutrina espírita, aos centros espíritas, assim como outras religiões possuem sua forma de comunicação e crenças, curas, enfim, no meio judicial a realidade deve ser outra, a mais racional e científica possível.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Los hechos en el derecho. **Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales**, 2010. Disponível em: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100716186.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.

BUSTAMANTEI. Evanilda Nascimento de Godoi. A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema. **Publica direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>. Acesso em: 05 out. 2020.

GLOECKER, r. (01 de abril de 2020). [VIII Seminário] *Autoritarismo e Processo Penal - Prof. Ricardo Gloeckner (PR)*. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jr3aq615Uws&t=223s>. Acesso em : 01 out. 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen: GLOECKER, Jacobsen Ricardo: **Autoritarismo e Processo Penal: Genologia Das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro**. 1ªed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2018.

HERDY, Rachel. Por falar em ciência: **Cartas Psicografadas não são meio de prova**. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/limite-penal-falar-ciencia-cartas-psicografadas-nao-sao-meio-prova>. Acesso em: 06 out. 2020.

JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar; PAULO, José. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS, Porto Alegre**, n. 4, p. 161-185, 2007. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20363%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

KARDEC, Allan. **O Livro Dos Médiuns**. 81ª edição. Brasília: Federação Espírita Brasileira-FEB, 2013.

LIMA, Kelly C. Lima Martins. A psicografia e o exame grafotécnico: a perícia judicial confrontando e legitimando a psicografia como prova documental lícita. **Revista Jus Navigandi**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59706/a-psicografia-e-o-exame-grafotecnico>. Acesso em: 28 de set. 2020.

MIRANDA, Manoel Philomeno de. Mediunidade. **O Espiritismo. O consolador prometido**, 2013. Disponível em: <http://www.oespiritismo.com.br/textos/ver.php?id1=362>. Acesso em: 28 de set. 2020.

MARÇAL, David. Pseudociência. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/bookshl=ptBR&lr=&id=9dkkDAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=pseudoci%C3%Aancia+caracter%C3%ADsticas&ots=I5OK-8ABwG&sig=3Eqn-zT9hNgjpjHy5z7cY_xzyz8&redir_esc=y#v=onepage&q=pseudoci%C3%Aancia%20caracter%C3%ADsticas&f=false. Acesso em: 17 set. 2020.

MELO, Michele Ribeiro. A Psicografia como Prova Judicial. 2013. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/849>. Acesso em: 16 set.2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PITTELLI, Mirna Policarpo. Psicografia como meio de prova judicial. **Revista Vianna Sapiens**, v. 1, n. 1, p. 26-26, 2010. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/11>. Acesso em: 30 out.2020.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ªed. Bahia: JusPodivm, 2015.

A INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA. Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

No âmbito da doutrina e jurisprudência consolidadas firmou-se a tese no sentido de que não incide imposto de renda sobre as parcelas de natureza indenizatória, considerando que verbas dessa natureza não se enquadram no conceito de renda. Não se trata de hipótese de isenção, mas de não incidência tributária ante o não enquadramento na hipótese de incidência.

Não obstante, está novamente em pauta na seara das discussões jurídicas atuais a celeuma acerca da incidência ou não de imposto de renda sobre o montante correspondente aos juros moratórios decorrente de condenações judiciais, que, historicamente, têm sido considerados de natureza indenizatória.

Os debates sobre a incidência de imposto de renda sobre a parcela de juros moratórios não são novos. No bojo desta temática, é preciso destacar que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2011, em sede de Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia, firmou entendimento no sentido de que não incidiria imposto de renda sobre juros moratórios em razão de sua natureza eminentemente indenizatória, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JUROS DE MORA LEGAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

- Não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais em decorrência de sua natureza e função indenizatória ampla.

Recurso especial, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, improvido.

(REsp 1227133/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011)

Não obstante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nos moldes acima indicados, não se pode dizer que a discussão em relação à matéria está encerrada. Nesta perspectiva, matéria acerca da incidência de imposto de renda sobre juros de mora recebidos por pessoa física é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 855.091, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, sob o regime de repercussão geral, Tema n. 808.

Assim, enquanto o Supremo Tribunal Federal não concluir o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.091 (Tema nº 808), não será possível apontar um posicionamento definitivo sobre a incidência ou não de imposto de renda sobre os juros moratórios decorrentes de condenações judiciais.

Sem embargo da pendência de posicionamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, mostra-se bastante factível a linha teórica que propugna pela não incidência de Imposto de Renda sobre os juros moratórios, tendo em vista que, data máxima vênua aos que pesam de forma diversa, os juros moratórios possuem feição nitidamente indenizatória, destinada a recompor o dano causado em função do retardamento no cumprimento da obrigação, escapando, portanto, aos limites comportados pelo conceito de Renda.

Neste trilhar, é preciso observar que o fato gerador do Imposto de Renda é definido como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, considerada como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Assim, em função da definição legal da hipótese de incidência tributária do Imposto de Renda, é possível perceber que a essência jurídica dos juros de mora não se adequa ao conceito legal de renda.

Neste contexto, é preciso observar ainda que a defesa da tese jurídica que entende ser possível a tributação dos juros moratórios pelo Imposto de Renda, para

ser factível, precisa negar a natureza indenizatória desta verba, o que, não parece ser o trilhar mais coerente.

Desta forma, aceitando a premissa de que a parcela correspondente aos juros moratórios, decorrentes das condenações judiciais, possui natureza jurídica indenizatória, a incidência de Imposto de Renda sobre ela mostra-se indefensável.

Nestes termos, sem embargo da necessidade de se aguardar a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.091 (Tema nº 808), onde o Supremo Tribunal Federal deverá sedimentar seu entendimento sobre a questão, é possível concluir que se mostra indevida a incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora, ante sua feição nitidamente indenizatória.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. Ed. 3ª. São Paulo: ED. Método, 2009.

ATALIBA: Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6º ed. São Paulo: ED. Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, ed 24ª. São Paulo: ED. Saraiva, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

MORGANA MARQUES DE SOUSA:

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

AGLAYLSSON MOURA REGO DA SILVA¹⁶⁰

(coautor)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES ¹⁶¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo, cujo objeto central é a análise da razoável duração da prisão cautelar e a ausência de prazo legal no ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se oportuno analisar que nos tempos atuais os direitos e garantias fundamentais são resguardados pela Constituição Federal de 1988, onde a liberdade é um dos bens jurídicos mais preciosos e tutelados no nosso ordenamento. A prisão cautelar é instituto de caráter instrumental, temporário e excepcional, pois é uma medida coercitiva do estado de extrema gravidade, que deveria ser imposta somente quando preenchidos pressupostos e condições, sendo apropriada apenas para determinados tipos de delitos e na falta de outra medida cautelar menos gravosa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal, prisão preventiva, ausência de prazo legal.

Sumário:1.Introdução.2.Noções gerais da prisão preventiva.2.1 *Fumus Comissi Delicti e Periculum Libertatis*.3.Princípio da presunção de inocência.4.Ausência de prazo da prisão preventiva.4.1. Superlotação Do Sistema Carcerário Brasileiro.5.Conclusão. 6.Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente tema a ser desenvolvido por meio desta pesquisa trata da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro e a falta de parâmetro legal para estabelecer um prazo máximo para seu encerramento, onde um indivíduo tem sua liberdade privada, antes mesmo do trânsito em julgado.

O atual código de Processo Penal, instituído por meio do Decreto-lei nº 3.689/1941, prevê a prisão preventiva nas hipóteses para que haja a decretação, mas não fixa um prazo máximo de duração, residindo um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação do prazo máximo.

¹⁶⁰ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. m

¹⁶¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2015).

Conforme preceitua o princípio da presunção de inocência, nenhuma pessoa será considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória, conforme artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Atualmente têm-se uma banalização das prisões cautelares, estas são decretadas sob fundamentos vagos, como forma de saciar o desejo da sociedade, onde a maioria é pessoas leigas e não conhecem às devidas formalidades do processo penal que devem ser seguidas.

Explicar o uso indevido do sistema prisional as prisões preventivas sem dispositivos legais constituem um ônus absurdo, pois a prisão preventiva deve ser considerada apenas na proporção final, ou seja, deve ser considerada apenas no último caso. A prisão preventiva deve ser utilizada de acordo com as disposições do artigo 312 da Lei de Processo Penal, quando percebido que outra medida cautelar diversa da prisão seria ineficaz.

Vale ressaltar que a prisão preventiva é uma medida ríspida, podendo causar inúmeros danos físicos e psicológicos ao aprisionado. Nesse sentido, têm-se necessidade de ter uma adequação da legislação processual brasileira à garantia da presunção de inocência, e ao direito da duração razoável do processo, ambos contidos na Constituição Federal. Buscar-se-á necessidade de demonstrar que, o ordenamento jurídico disponha de dispositivos legais a delimitar tamanho constrangimento àquele que sofre a persecução penal estatal.

2. NOÇÕES GERAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

As prisões preventivas, no direito penal, são aquelas que ocorrem antes da condenação definitiva do réu, são espécies de medidas cautelares que tem como objetivo garantir a aplicação da lei penal e em outros casos evitar a prática de outras infrações durante o processo. A aplicação desta medida está assegurada pelo art. 311º do CPP, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No artigo 5º, LXVI, Constituição de 1988, "afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", ou seja, enquanto o processo não fosse devidamente julgado, não deveria se falar em prisão preventiva, utilizando tal medida cautelar de forma desregrada e por prazo indeterminado, quando deveria ser uma exceção.

Ao falar em prisão preventiva é necessário a observância do dever do magistrado de fiscalizar a legalidade e se realmente existe a necessidade de adotar tal medida, o art. 310, I do CPP dita que, o juiz deverá fundamentalmente relaxar a prisão ilegal, nesta mesma perspectiva o art. 5º, LXVI da CF destaca, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; neste mesmo sentindo o jurista Aury Lopes Junior preceitua sabiamente que:

“É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade atualidade do *periculum libertatis*. Se não existe atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é despida de fundamento. Nessa linha, o § 2º do art. 312 exige que para decretação da prisão preventiva o perigo (necessidade cautelar) deve ter existência concreta em fatos novos ou contemporâneos, que justifiquem a medida adotada”. (LOPES, 2020, p.920)

É de se reconhecer que, dentre todas as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, a prisão preventiva é a mais extrema, tendo em vista que, priva o acusado do seu direito de liberdade. Por esse motivo deve ser aplicada como última medida, conforme promove o art. 282º, §6º do CPP.

Importante destacar, que as medidas cautelares diversas da prisão devem cumprir os mesmos requisitos e fundamentos da prisão preventiva. Ora, são também cautelares restritivas de direitos e, por isso, não podem ser impostas se inexistentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que serão amplamente abordados no tópico seguinte (LOPES JÚNIOR, 2016).

Como se pode perceber, para haver a necessidade da decretação da prisão preventiva deve-se ter o perigo na liberdade do acusado, esse perigo pode ser uma possível barreira para a execução do processo ou por exemplo o perigo de se ter um novo delito. E o outro requisito é o de autoria, deve-se ter indícios suficientes para que o acusado seja o principal suspeito.

Os pressupostos para a decretação da prisão preventiva são os dispostos no art. 312º do Código de Processo Penal, que são, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Em uma breve análise, a cada um dos pressupostos que dispõe o art. 312º, a garantia da ordem pública, por ser um conceito subjetivo, vago, indeterminado e amplo, são características que possibilitam o magistrado uma imensa margem de interpretação no momento de proferir a decisão, como se pode constatar nos casos em que a prisão preventiva é decretada para fins que não se destinam a preservação do processo. Não sem

razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido dos magistrados, até porque não se tem um conceito objetivo definido.

Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade” (LOPES JÚNIOR, 2020).

Outro pressuposto é a garantia da ordem econômica que prevê a prisão preventiva contra o acusado da prática de crime contra o sistema financeiro público ou privado, com fundamento na expansão da lesão causada, o intuito é de prevenir que o prejuízo aumente, pois, o objeto dos crimes contra a ordem econômica é de fácil dispersão.

Suposição de conveniência da diretiva criminal, tem como objetivo preservar a instrução penal, seja no inquérito policial ou no curso do processo penal, uma vez que a liberdade do investigado poderá comprometê-la, seja por ocultação de provas, ameaças às testemunhas ou corrompendo - as, risco à integridade da vítima, etc...

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, define de maneira precisa a conveniência da instrução criminal, como:

“A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira esmerada, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de prova de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contraprovas buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras”.

Por último, mas não menos importante, o pressuposto de assegurar a aplicação da lei penal, é decretada a prisão preventiva a fim de evitar uma possível fuga do acusado, tornando a sentença penal condenatória ineficaz por impossibilidade de aplicação da pena. O perigo de fuga fica explícito quando o acusado pretende deixar seu domicílio, colocando seu imóvel à venda, comprando passagens, obtendo passaporte, fugindo do distrito da culpa para dificultar a execução penal. O risco de fuga representa uma tutela cautelar, pois tem como objetivo resguardar à eficácia da sentença condenatória, que é o que se almeja durante todo o processo.

2.1 *Fumus Comissi Delicti e Periculum Libertatis* (Requisito e Fundamento Da Prisão Preventiva)

Como requisito e fundamento da prisão preventiva, Aury Lopes Junior (2020) aponta o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, respectivamente, ou seja, deve existir a

fumaça do cometimento do crime e o perigo acarretado pela liberdade do agente para que seja possível a decretação dessa modalidade prisional.

Partindo do art. 312º, CPP, verifica-se que o *fumus comissi delicti*, requisito da prisão preventiva, é necessário para sua decretação que exista “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”, ou seja, deve haver materialidade suficiente para que o acusado seja o principal suspeito daquele determinado delito.

Para Aury Lopes Junior (2020) a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. A prisão preventiva deve ter por base “a atribuição fundamentada do ato punível a determinada pessoa”.

O *fumus commissi delicti*, exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto (JÚNIOR, Lopes. 2020).

Para a decretação da prisão preventiva, diante do alto risco de danos irreparáveis, é necessário que se tenha indícios de autoria daquele acusado por haver uma grande probabilidade, logo os danos que podem ser causados dentro do sistema prisional podem ser irreparáveis, pois potencializa o risco de sequelas no indivíduo que foi vítima do sistema. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência verossímil dos requisitos negativos do delito.

Ao reaver o art. 312º do CPP, encontrará que a prisão preventiva para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

São conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que, basta uma delas para justificar-se a medida cautelar (LOPES JUNIOR, 2020).

Diante o exposto, não se tem um critério objetivo para definir o que é garantia da ordem pública, grande parte das prisões preventivas são fundamentadas neste requisito, o que deixa uma enorme incerteza e insegurança na aplicação da prisão preventiva.

Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis*, é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei

penal. Além disso, esse perigo de ser atual, contemporâneo e não passado distante ou futuro (LOPES JÚNIOR, 2020)

Logo, é necessário para qualquer que seja o fundamento da prisão, a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não basta presunção para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar a tão gravosa medida.

3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, fez-se imprescindível a partir de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro, quando houve a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Desde então, o princípio adquiriu constitucionalidade, achando-se expressamente elencado no artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O princípio “tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa.” Isto é, “as pessoas nascem inocentes, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”. De forma semelhante é o que instrui Aury Lopes Jr. ao invocar que “a formação do convencimento do juiz deve ser construída.

No campo probatório ainda, decorre do princípio da presunção da inocência a regra de absolvição em caso de dúvida (princípio *dubio pro reo*) que implica que no caso de dúvida interpreta-se em favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre vontade punitiva do Estado. Nesse sentido, explica Odone Sanguiné que:

“A presunção de inocência tem conexão com o princípio *in dubio pro reo*, porém dele se distingue porque se aplica indiferentemente a todas as etapas do procedimento, enquanto o *in dubio pro reo* somente se aplica depois que o juiz tenha avaliado toda a prova, não tendo incidência no campo legislativo e tampouco no campo da interpretação legal, mas sobre a base fática da avaliação da prova da culpabilidade”.

No entanto, apesar de consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência no que, se trata da adoção de medidas de natureza cautelares de natureza pessoal é objeto de grandes debates. Pois a imposição de prisões cautelares vai de encontro ao que dispõe no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Ao discorrer sobre a incompatibilidade entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, Odone Sanguiné argumenta:

“A prisão preventiva é uma medida grave que atenta cruelmente contra a liberdade do indivíduo e que, no âmbito dos princípios, resulta inconciliável com a presunção da inocência do imputado. Com a constitucionalização da presunção de inocência parece que não deveria ter sido admitido o instituto da prisão preventiva. Se a regra da presunção de inocência fosse aplicada estritamente em todo seu rigor verbal, em termos lógicos ou absolutos, nenhuma medida coercitiva, máxime a prisão provisória, estaria justificada, nomeadamente na fase da investigação e da instrução criminal, e poderia levar a proibição de antecipação de medidas de investigação, tornando inconstitucional a própria instrução criminal”.

Neste entendimento, pode-se concluir que a prisão preventiva, viola o princípio da presunção de inocência, como também o princípio da legalidade, pois constitui uma pena sem julgamento.

4. AUSÊNCIA DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

A provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que, toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada. (LOPES JÚNIOR, 2020).

A prisão preventiva sofre por não ter uma determinação legal para o seu encerramento, podendo perdurar enquanto existir a necessidade da cautelar. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima critica a posição de falta de prazo para o encerramento da prisão preventiva:

“Impera, no processo penal comum brasileiro, absoluta indeterminação acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada. [...] Assim, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar característica da provisoriedade, acaba por assumir caráter de verdadeira prisão definitiva.” (LIMA, 2011b, p. 1351).

Para Fernando Tourinho Filho a prisão preventiva seria inadmissível antes da sentença condenatória, colocando em perigo um dos maiores bens que é a liberdade. Para o autor: “qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena”. (2013, p.544).

Dentro do atual ordenamento jurídico, não se tem um prazo máximo para delimitar a prisão preventiva, logo não é possível fixar sua duração em dias ou meses, mas cabe ao

magistrado avaliar o caso concreto para não ofender a razoabilidade do processo e não haver um atentado aos direitos fundamentais do acusado.

O entendimento doutrinário, é de que a prisão preventiva não poderá ultrapassar o trânsito em julgado, porque nesse caso, faz cessar os motivos da decretação da prisão preventiva e se torna prisão pena. Neste mesmo sentido afirma Guilherme de Souza Nucci, "A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta prolongar-se indefinidamente, por culpa do juiz ou por provocação do órgão acusatório. Se assim o acontecer, configura constrangimento ilegal." (2015, p.753):

A omissão na legislação brasileira em relação à falta de prazo da prisão preventiva, configura uma ofensa a dignidade do acusado, tendo em vista que o réu deve tomar conhecimento do tempo que permanecerá no sistema prisional, a obscuridade perante tal omissão já é prejudicial ao acusado, com agravante do atual estado das penitenciárias brasileiras.

Diante da omissão de prazo máximo na lei ao se tratar de prisão preventiva, o que acaba por gerar indefinições e não raramente abusos por parte do Poder Judiciário, ao permitir prisões preventivas por longos períodos, o que acarreta elevado gravame para a situação do indivíduo encarcerado, principalmente, no que desrespeita aos princípios constitucionais da dignidade humana e da presunção de inocência. Importante considerar a existência da violação dos direitos da dignidade humana, em relação aos presos, detentos em presídios brasileiros, segundo Francesco Carnelutti, citado por Lima (2017), "Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece que o condenado - e acrescentamos, também o preso provisório - é um sepultado vivo".

Como o jurista Aury Lopes Júnior afirma, aqui reside um dos maiores problemas cautelares brasileiro: a indeterminação. Pois em momento algum foi disciplinado essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.

Deste modo, concretamente, não existe nada em termos de limite temporal máximo das prisões cautelares, cobrando uma urgente discussão em torno do assunto, para que sejam estabelecidos prazos máximos de duração para a prisão preventiva.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 316, parágrafo único determina que:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada

90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Grande evolução que evita que o juiz simplesmente “esqueça” do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram. Tal agir deverá ser de ofício, independente de pedido, até porque se trata de controle da legalidade do ato, um dever de ofício do juiz. Por fim, chamamos a atenção de que finalmente temos o dever de revisar periodicamente a medida e, também, de que esse é um prazo com sanção (não cumprido o prazo e o reexame, a prisão será considerada ilegal). (LOPES, 2020, p.925).

O Código de Processo Penal, versa em seu artigo 316º, parágrafo único, que deverá o órgão emissor cada 90 dias revisar os fundamentos que foram bases para a decretação da prisão preventiva, porém não é o que acontece na realidade, tendo em vista que cerca de 33,33% da população carcerária é de presos provisórios, conforme dados divulgados pelo DEPEN em 2019, não há essa revisão na decisão, o acusado fica dentro do sistema prisional tendo seu direito de liberdade privado.

Diante do exposto, sempre há um prazo objetivo para a manutenção da prisão preventiva, pois sabemos que o andamento judicial do Brasil é lento, busca-se a existência de um prazo razoável para a vigência da modalidade cautelar prisão preventiva. Tal fato minimizaria a grande incidência de excesso de prazo que existe atualmente na aplicação. Portanto, deixará de violar o princípio da dignidade humana e manterá o ritmo com o princípio do prazo processual razoável.

4.1 Superlotação Do Sistema Carcerário Brasileiro

Atualmente, pode-se dizer que se presencia a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, concretizando através de uma dominação autoritária, a pena de prisão em nosso país passa por um período de quase vingança pública, dentro desse contexto, tem se tornado frequente a aplicação incontrolada da aplicação da medida cautelar prisão preventiva, nesse sentido é de se destacar o discurso de Garapon (2001), aplicável ao contexto que estamos inseridos: “por não sabermos mais distinguir a violência legítima da ilegítima, somos incapazes de determinar a dívida, quer dizer, o preço do ingresso na vida em comum”.

Com o intuito de mostrar o quanto o país tem buscado o encarceramento massivo, mesmo sem possuir condições de abrigo que estejam em consonância com os ditames constitucionais. De acordo com os dados divulgados pela revista digital IBCCRIM:

“O Brasil ostenta altas taxas de prisão provisória. Os dados nacionais mais recentes, de junho de 2019, indicam que em torno de um terço (34,35%) da população prisional do país, 263.404 pessoas, está presa apesar de não ter sido condenada. Como tal proporção não inclui réus condenados por sentença não transitada em julgado, que

também são presos provisórios, a real taxa brasileira de prisão provisória é ainda maior. Tais números explicam-se por razões de natureza tanto normativa como cultural, a exemplo, respectivamente, da ausência de uma duração legal máxima à prisão preventiva e da visão de que a prisão provisória pode ser imposta como antecipação de pena, ambas rejeitadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH”), ao qual o Brasil está vinculado”.

O que se vê no Brasil é uma situação oposta ao que estabelece a Lei de Execução Penal (LEP), a Constituição Federal e também os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o país é signatário, ou seja, prisões superlotadas e em péssimas condições, que não oferece ao detento a oportunidade de ressocialização, deixando – o ainda mais propício a ‘imersão’ no mundo do crime, colocando – o em um meio cruel, desonroso que em nada corresponde as garantias fundamentais prevista no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º e 5º estabelecem ao preso todas as garantias fundamentais típicas de um Estado Democrático de Direito, exceto o direito à liberdade. Desta forma, podemos afirmar que todos os direitos assegurados aos que não transgrediram a lei também são garantidos aos presos. O país possui uma Constituição Cidadã que o torna um Estado Democrático de Direito, no qual objetiva-se alcançar a igualdade, em que todo indivíduo deve ser tratado como sujeito de direito. Os fatos comprovam que a meta proposta pelos legisladores constituintes é inválida pelo menos no âmbito das prisões do país. Esses fatos indicam que algumas mudanças devem ser feitas na validade das garantias aplicáveis aos detentos brasileiros (ZAMBAM et al., 2011).

Diante disso, destacamos o Direito Penal a (LEP), a qual estabelece em seu artigo 88º, parágrafo único: “São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).” Observa - se que os cárceres do Brasil estão distantes de se encontrarem de acordo com a previsão legal, impossibilitando a reabilitação de forma digna e humana.

5. CONCLUSÃO

Esta análise, tem como objetivo explorar a problemática da prisão preventiva, prevista do artigo 312º ao 316º do Código de Processo Penal. Primeiramente foram explanados os fundamentos e pressupostos, este encontra-se no artigo 312º, CPP, são eles a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

A primeira falha observada no texto elaborado pelo legislador é a ausência da taxatividade no conceito dos fundamentos da prisão preventiva, posto que, permite uma interpretação ampla ao aplicador do direito. Em muitos casos esta interpretação acontece de forma danosa ao acusado, tendo em vista resquícios de um processo penal inquisitório, ainda com finalidade diversa da garantia do resultado útil do processo, esta deve ser a única pessoa autorizada a usar tais medidas.

Deste modo, ao analisar tais fatos, observa-se que há uma má utilização da prisão cautelar, o que tem ocasionado uma série de atentados aos direitos do acusado, direitos estes que são assegurados pela Constituição Federal de 1988, Tais como a presunção de inocência e prazo razoável, o que acarreta danos irreparáveis aos réus que foram absolvidos ou que estavam com menos de tempo de prisão no final do devido processo.

Cerca de um terço da população carcerária brasileira é de presos que ainda não tiveram uma sentença penal condenatória. Estes são submetidos à condições cruéis e desumanas, tendo direitos fundamentais mitigados. É possível observar que a ausência de previsão máxima na prisão preventiva provoca a perda da natureza cautelar e provisória no momento da sua decretação.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Italo Farias; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Excesso de prazo nas prisões preventivas: Um paradigma temporal nas decisões da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 2, n. 2, p. 01-20, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de abr. 2020.

CAROLINO, Alana de Oliveira Nascimento. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública em face do princípio da presunção de inocência**. 2012.

CORREA, Maxilene Soares et al. **A (in) constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública**. Anais Jornada Jurídica da Faculdade Evangélica de Goianésia, v. 1, n. 1, 2018.

CURY, João Vitor Silva. **(In) constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública**. 2018.

DA SILVA, Bruno César Gonçalves. Uma vez mais: **da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva**. 2005.

DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 67, p. 213-244, 2016

DOS SANTOS, Luciana Ferreira; BLATTES, Sérgio: **A PRISÃO PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE EXPANSÃO PUNITIVA**.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERCULANO, Leandro Camargos; PASSOS, Fabio Presoti. **Análise da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, violação do sistema acusatório**. 2015.

LIMA, Ezequiel Ivan Santos de. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Frente a Irrazoável Duração da Prisão Preventiva**. In: Lex Magister. Porto Alegre.

LIMA, Rafael Catani. **A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de direito**. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), v. 5, n. 1, p. 456-488, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011a.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARCELINO, Skarlett et al. **A falta de prazo na prisão preventiva e a violação aos princípios constitucionais**. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. 2016.

PRZYBITOWICZ, Gabriela Bester. **Uma releitura da prisão preventiva a partir do princípio da razoável duração do processo na atual conjuntura do sistema**. 2019

REIS, Ana Letícia Costa dos. **A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública**. 2017.

RIBEIRO, Nely da Maia; CARVALHO, Eliel Ribeiro de Orientador. **Prisão preventiva como antecipação da pena**. 2017.

RODRIGUES, Alessandra Fogolim. **A banalização da prisão preventiva**. 2017.

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, 2013.

ZAMBAM, N. J; ICKERT, A.J. A democracia brasileira e a pena privativa de liberdade: alternativas que preservam a dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 7, nº 2, jul./dez 2011.

A SEGURIDADE SOCIAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL A SER GARANTIDO PELO ESTADO

CAROLINE TAVARES DA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO: Objetivou-se demonstrar as causas da morosidade processual administrativo na autarquia previdenciária, e quais as possíveis soluções para minimizar essa atual problemática, por fim indicando meios capazes de se obter um melhor comportamento no âmbito administrativo do INSS, verificar quais as melhores maneiras para amenizar a lentidão dos processos administrativos na autarquia previdenciária, a alta evasão de funcionários públicos que acometeu a autarquia ainda no ano de 2014 os pedidos de aposentadoria, exoneração, demissões e troca por outros cargos, sem reposição até os dias atuais, ocorrendo assim o acúmulo nunca registrado de processos, perícias e concessões de benefícios, com esta pesquisa bibliográfica e constatada na prática em estágio acadêmico realizado em escritório especialista na área previdenciária, mostrando grande importância do tema para a sociedade para que aja uma atuação mais eficiente por parte da autarquia e assim respeitar os mandamentos constitucionais, pilares que fazem o Estado Democrático Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Morosidade. Processo. Administrativo. INSS. Autarquia Previdenciária

ABSTRACT: The objective was to demonstrate the causes of administrative procedural delays in the social security agency, and what are the possible solutions to minimize this current problem, finally indicating ways to obtain better behavior in the INSS administrative sphere, to verify which are the best ways to mitigate the slowness of administrative processes in the social security agency, the high evasion of civil servants that affected the autarchy in 2014, requests for retirement, dismissal, dismissals and exchange for other positions, without replacement until the present day, thus occurring the accumulation never registered of processes, expertise and benefits concessions, with this bibliographic research and verified in the practice in academic internship carried out in a specialist office in the social security area, showing great importance of the theme for the society so that it acts more efficiently on the part of the autarchy and thus to respect constitutional commandments, pillars that make up the Brazilian Democratic State.

KEYWORDS: Slowness. Process. Administrative. INSS. Social Security Agency

SUMARIO: 1. Introdução – 2. O instituto nacional de seguridade social e seu papel na sociedade - 2.1 O regime geral da previdência e assistência social - 2.2 O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS - 3 Concessão de benefícios previdenciários e assistenciais através do processo administrativo - 4 A problemática falta de recursos humanos nas autarquias previdenciárias em todo o Brasil - 5 Casos concretos mostrando a morosidade e o desrespeito com os segurados – Conclusão – Referencias.

1 - INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento geral, os processos no Brasil são extremamente lentos, nos processos administrativos onde teoricamente eram para ser mais céleres e sem tantas burocracias, o que vislumbramos é um serviço cada vez mais demorado nas agências previdenciárias, esse cenário caótico é visto diariamente nos meios de comunicação, uma enxurrada de denúncias de segurados que procuram seus direitos constitucionais, tais como, pensão por morte, aposentadoria por tempo de serviço e contribuição, LOAS, salário-maternidade, etc., e enfrentam uma verdadeira via crúcis para pleitear seus benefícios.

O que se observa é um descumprimento constitucional conforme o art. 5º da Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais, que todos os cidadãos têm direito a uma justiça célere, que assegura a razoável duração do processo, o que para os processos administrativos do INSS precisam ser mais rápidos, visto que se trata de demandas de caráter alimentar, devendo ser tratados com mais efetividade, neste estudo veremos algumas conjecturas para que essa situação possa ser mudada.

Essa pesquisa será bibliográfica visando buscar uma solução para esse grande problema que assola a sociedade, principalmente aos mais necessitados, a partir de referências de profissionais da área do direito, publicações em artigos, revistas, leis, doutrinas e jurisprudências buscando dissoluções para tanta lentidão nos processos administrativos do INSS.

Outrossim, fora constatado na prática em estágio acadêmico realizado em escritório jurídico especializado em Direito Previdenciário no período de 01 (um) ano e 06 (seis) meses, as centenas de ações contra a autarquia, na qual possibilitou um intenso contato com os processos administrativos e a grande dificuldade que os cidadãos enfrentam ao perquirir seus benefícios.

Assim também, apresentando casos concretos selecionados durante o estágio acadêmico, observando a atuação da autarquia em cada caso, observando se o INSS cumpre seus preceitos constitucionais estipulados na Lei 8.213 de 1991 e na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Verificaremos quais as medidas que deverão ser tomadas pela autarquia previdenciária, e o Estado Brasileiro para que tão logo esse cenário de lesão aos direitos dos administrados pela morosidade dos processos, sejam cessados.

Por fim, com esta pesquisa, tenta-se demonstrar a grande importância do tema para a sociedade para que aja uma atuação mais eficiente por parte da autarquia e assim respeitar os cidadãos que suplicam por seus direitos.

2 O INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL E SEU PAPEL NA SOCIEDADE

Em primeiro plano, precisamos explicar o que é o INSS, e sua finalidade, o Instituto Nacional de Seguridade Social é a autarquia federal responsável pela administração dos benefícios previdenciários, sua criação é recente, por meio da Lei 8.029/1990 onde ocorreu a fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, tendo uma legislação própria ditada na Lei 8.213 de 1991.

O direito do cidadão a Previdência Social, está elencado no Capítulo dos Direitos Sociais, art. 6º, XXIV, da Carta Magna vigente, vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Previdência Social é organizada sob a forma de um sistema contributivo e de filiação obrigatória, no qual concederá benefícios visando a cobertura dos riscos de doenças, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade e à família.

Diante disto, pode ser a seguridade social compreendida como um “modelo de proteção social adotado pelos poderes públicos e por toda a sociedade para proteger o indivíduo contra contingências adversas que possam prejudicar sua saúde, impedir seu desenvolvimento ou diminuir-lhe as possibilidades de prover sua subsistência”. (SAVARIS; GONÇALVES. 2018, p.30).

A assistência social e previdência são estruturas de proteção social e extremamente fundamental que visam não apenas assegurar a dignidade da pessoa humana ou proteger unicamente o interesse particular, mas, equilibrar a sociedade e o interesse da coletividade.

Sendo assim, cabe “ao Estado garantir a efetividade desses direitos, sob pena de romper o próprio pacto social proposto na Constituição, desfigurando-a” (Ibidem. p.37).

A natureza dos direitos sociais são prestacionais, ou seja, o Estado tem o dever de “viabilizar às pessoas o acesso a mecanismos que possibilitem melhores condições de vida” (FACHIN, Zulmar; OLIVEIRA, Evaldo Dias de. – 2011. p. 175-197), através de políticas públicas que sejam capazes de minimizar as desigualdades sociais.

É necessário discorrer acerca do financiamento da seguridade social, o art. 195 da Constituição Federal dispõe sobre o sistema de financiamento da seguridade social e consagra o princípio da universalidade de custeio, afirmando *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.*

Não se pode esquecer que as contribuições sociais previstas no referido art. 195 CF, são denominadas contribuições previdenciárias, que conforme vedação constitucional (art. 167, XI), sua destinação é o custeio dos benefícios previdenciários.

Salienta-se também que a forma de custeio do Benefício de Prestação Continuada – BPC, disposto na Lei 8.742/93 – LOAS. “Esse benefício é custeado pelo Tesouro Nacional, mas, sua concessão e pagamento são de competências do INSS” (Ibidem. p.56).

Portanto, “além das fontes de custeio previstas no texto constitucional, é possível a criação de outras fontes, mediante lei complementar – consoante o art. 154, I, da Carta Magna –, seja para financiar novos benefícios e serviços, seja para manter os já existentes, sendo certo que é vedado ao legislador criar ou estender benefício ou serviço, ou aumentar seu valor, sem que, ao menos simultaneamente, institua fonte de custeio capaz de atender às despesas daí decorrentes” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista.– 2018).

2.1 O regime geral da previdência e assistência social

A previdência e a assistência social compõem o tripé da seguridade social (saúde, previdência e assistência). A previdência social é prevista nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal tendo elencado quem serão atendidos.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória,

observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

A assistência social é estruturada nos artigos 203 e 204 da Carta Magna.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem

não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Existem Leis Ordinárias que regem a previdência social, quais sejam as Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, e, assistência social é regulamentada pela Lei 8.742/1993, LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social.

É sabido que no Brasil o sistema previdenciário é dividido em privado e público, sendo este último parte do Regime Geral de Previdência Social, instituído pela Lei 8.213/1991.

Este Regime tem caráter contributivo, de filiação compulsória, que visa a cobrir os riscos sociais decorrentes de incapacidade, idade avançada, reclusão, desemprego involuntário, encargo de família e morte.

O responsável em gerir o RGPS é o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, são diversos segurados do Regime Geral da Previdência Social, trabalhadores urbanos e rurais, contribuinte individual de modo facultativo e servidores em Regime Próprio da Previdência aplica-se a Lei 8.213/91 no que couber.

Resumidamente a estrutura da previdência geral esta voltada para à gestão e prestação de benefícios aos cidadãos e sua família, tais como benefícios de aposentadoria por idade, invalidez, pensão por morte, auxílio doença, salário família, salário maternidade e auxílio acidente.

Para que o cidadão tenha acesso aos benefícios do RGPS o segurado deve ter contribuído corretamente e estar na carência, já a assistência social *é prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (art. 203, caput, CF/88).*

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social regulamenta de que forma se dará a assistência social enquanto direito social, assegurando dignidade para pessoas com condições mínimas de vida.

Tais benefícios tem o objetivo de prover o mínimo existencial para cidadãos idosos, deficientes, incapazes de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela própria família. Buscando assim uma “proteção social que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, protegendo a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a idade avançada” (TAVARES, Marcelo Leonardo. Op.cit. p.17)

Para concessão do benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/93 precisa comprovar os seguintes requisitos: deficiência (através de laudos médicos), idade avançada e sua necessidade social.

A referida assistência se organiza através da SUAS – Sistema Único de Assistência Social, um sistema vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social. Todavia, a concessão e pagamento aos beneficiários, são de responsabilidade do INSS.

2.2 O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Para que cidadãos possam exercer seus direitos sociais com maior fluidez, fora criado pela Lei 8.029/90 o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e

Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei.

Criando assim o INSS, pessoa jurídica de direito público interno, Autarquia federal prestadora de serviço público, integrante do Ministério do Desenvolvimento Social, sediado no Distrito Federal suas principais atribuições são "conceder e manter os benefícios previdenciários; emitir certidões relativas ao tempo de contribuição perante o RGPS; gerir os recursos do Fundo do Regime Geral de Previdência e calcular o montante das contribuições incidentes sobre a remuneração e demais rendimentos dos trabalhadores, devidas por estes, pelos empregadores domésticos e pelas empresas com vistas à concessão ou revisão do benefício requerido" (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op.cit.).

Em classificação que tem como critério o objetivo, Fernanda Marinela classifica o INSS como autarquia previdenciária e afirma que "nessa situação [a descentralização administrativa], o que existe é a criação de entes personalizados, com poder de autoadministração, capacidade de gerir os próprios negócios, mas com subordinação a leis e a regras impostas pelo ente central." (MARINELA, Fernanda. 2011, p. 92).

Assim, conclui-se, de forma lógica, que o INSS se classifica, no Direito Administrativo brasileiro, como autarquia federal, sendo tal ente integrante da Administração Indireta, como preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, com base no Decreto-lei 200:

integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" (art. 4º, I), e Administração Indireta "é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias, b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas" (art. 4º, II).

Portanto, o INSS é o responsável em gerenciar a previdência, fazendo a coleta de dados, perícias, exigências para que o todo o brasileiro no prazo legal, possa usufruir de seu direito a uma previdência eficiente, justa e célere.

3 CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Faz-se necessário explicar acerca do processo administrativo para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais no INSS, há uma discussão do termo a

ser utilizado, processo ou procedimento, conforme Constituição Federal em seu art. 5º incisos LV, LXXII, LXXVII, legitimando o uso do termo " processo administrativo" definindo assim que existe uma relação jurídica estabelecida entre o Instituto Nacional do Seguro Social e seus beneficiários.

A Lei 9.748/99, que vislumbra o processo administrativo federal, ateu a palavra processo para representar a relação jurídica de direito público entre a administração Pública e o segurado, o que faz com que cesse maiores comentários acerca do termo.

O processo administrativo transcorre do direito de petição previsto na Constituição de 1988, Castro e Lazzari nos ensina em regra para:

- a) a manifestação inequívoca de interesse do segurado ou dependente em relação à prestação postulada que, em regra, para o gozo de benefícios previdenciários do RGPS é necessária a vontade expressa do beneficiário para dar início ao exercício do direito, não bastando o cumprimento dos requisitos legais;
- b) a interrupção da contagem de marcos decadenciais ou prescricionais quanto existentes;
- c) a deflagração de eventual litígio entre o indivíduo e a Previdência, em especial após a decisão do STF sobre a necessidade de prévio requerimento administrativo como prova do interesse de agir e da necessidade de intervenção judicial em causas previdenciárias (RE 631240).

Conceituando o processo administrativo previdenciário, trazemos à lume o teor do artigo 658 da Instrução Normativa INSS n. 77/2015: *considera-se processo administrativo previdenciário o conjunto de atos administrativos praticados através dos Canais de Atendimento da Previdência Social, iniciado em razão de requerimento administrativo formulado pelo interessado, de ofício pela Administração ou por terceiro legitimado, e concluído com a decisão definitiva no âmbito administrativo.*

Conforme nos ensina Frederico Amado⁹⁶, podemos dividir o processo administrativo previdenciário nas seguintes fases: a) fase inicial; b) fase instrutória; c) fase decisória; d) fase recursal e d) fase de cumprimento das decisões administrativas.

A fase inicial ou de instauração é deflagrada com o requerimento formulado pelo *segurado ou dependente, por procurador legalmente constituído, por*

representante legal ou administrador provisório e, em determinadas situações, pelo empregador ou de ofício pelo próprio INSS97.

Os requerimentos ou agendamentos poderão ser efetuados pelos canais de atendimento do INSS, que, devem atender ao disposto do Decreto n. 9.094/201798, observando a modernização do atendimento e os serviços disponibilizados pelo Instituto, conforme expressa o art. 667 da IN INSS PRES n. 77/2015.

Art. 667. O requerimento de benefícios e serviços deverá ser solicitado pelos canais de atendimento

do INSS, previstos na Carta de Serviços ao Usuário do INSS de que trata o art. 11 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, tais como:

I - Portal do INSS;

II - Central de Teleatendimento 135; III - Central de Serviços Meu INSS; e IV - Unidades de Atendimento.

Alguns serviços podem ser realizados online no *site* do INSS ou pela Central de Teleatendimento 135, como por exemplo, o agendamento do atendimento nas agências, solicitação de auxílio doença, prorrogação e reconsideração de benefício por incapacidade, consulta às perícias agendadas, consulta a situação de benefícios e de recursos, certidão para fins de saque do PIS/PSAEP/FGTS, carta de concessão de memória de cálculo de benefício, inscrição na previdência social, contagem de tempo de serviço, contagem de tempo de contribuição e valor da renda mensal, contribuições previdenciárias, declarações e informações gerais, atualizações cadastrais e serviço da Ouvidoria.

A informatização destes serviços visa garantir o princípio da eficiência, atendendo ao estabelecido no art. 1º, inciso VI do Decreto n. 9.094/17 quanto à *aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimento de atendimento aos usuários dos serviços públicos e a propiciar melhores condições de compartilhamento das informações.*

Para que ocorra a concessão do benefício o segurado deve estar munido de documentos comprobatórios do pleito, no entanto, o art.105, caput da Lei 8.213/91, determina que a *apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento do benefício.* O INSS pode conceder ao administrado o prazo mínimo de 30 dias para apresentação dos documentos faltantes. Esse prazo pode ser prorrogado caso seja solicitado pelo segurado, nos moldes previstos no art. 678, § 2º da IN INSS PRES n. 77/2015.

Art. 678. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, ainda que, de plano, se possa constatar que o segurado não faz jus ao benefício ou serviço que pretende requerer, sendo obrigatória a protocolização de todos os pedidos administrativos.

§ 1º Não apresentada toda a documentação indispensável ao processamento do benefício ou do serviço, o servidor deverá emitir carta de exigências elencando providências e documentos necessários, com prazo mínimo de trinta dias para cumprimento.

§ 2º O prazo previsto no § 1º deste artigo poderá ser prorrogado por igual período, mediante pedido justificado do interessado.

O processo administrativo previdenciário inicia-se com a provocação do beneficiário por via de regra, mas, “pode ocorrer a instauração de processo administrativo previdenciário de ofício, por exemplo, nos casos de suspensão ou cancelamento, no qual é obrigatória a notificação prévia do interessado para que este, antes de mais nada, possa produzir alegações de defesa” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op.cit. p.455).

Passando-se a fase inicial, seguimos para a fase instrutória, onde serão colhidas e produzidas todos os meios de provas necessárias à comprovação e esclarecimento da existência do direito a concessão ao benefício ou serviço, salvo se a lei exigir forma determinada (Ibidem.p.456).

Os meios de provas produzidos no processo administrativo previdenciário são as provas documentais, testemunhais e periciais (perícia médica, perícia social), podendo essas provas serem apresentadas pelos segurados ou produzidas pelo INSS em procedimentos específicos. Castro e Lazzari nos mostra algumas observações sobre os meios de provas:

De outro jaez, quando o interessado declarar que fatos a serem provados constam de documentos que se encontram em outro processo ou perante outros órgãos da Administração, cabe ao INSS requisitá-los (e não os exigir do interessado – art. 37 da Lei n. 9.784/99).

Com vistas a garantir a eficiência do serviço, na fase instrutórias, todos os documentos apresentados pelos segurados devem passar pela triagem e em caso de não serem suficientes o INSS deve atuar de ofício, seja informando a falta de tais documentos, seja realizando diligências, como como *consulta em bancos de dados colocados à sua disposição, emissão de ofícios a empresas ou órgãos, pesquisa externa e justificativa administrativa* (Art. 682, § 2º da IN INSS PRES n. 77/2015).

Por fim, após todas essas etapas, a Autarquia previdenciária deve disponibilizar sua decisão administrativa que culmina com o deferimento ou indeferimento do benefício solicitado.

Nesta toada, leciona Allan Barros:

No âmbito do direito previdenciário tem-se defendido que a conclusão da análise do processo deve se efetivar no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, considerando o disposto no §5º do art. 41-A da lei de benefícios que prevê “o primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação pelo segurado da documentação necessária à sua concessão”. Concluída a instrução do processo, a decisão deve ser proferida no prazo de 30 dias, salvo prorrogação por igual período, devidamente motivada, nos termos do art. 49 da Lei nº 9.784/99.

Em cumprimento com o decreto 9.099/2017, o INSS elaborou uma Carta de Serviço, estabelecendo como um dos compromissos com o atendimento *concluir os requerimentos iniciais de benefícios previdenciários no prazo de até 45 dias*¹¹². Os prazos são contados da data de entrada do requerimento (DER), conforme entendimento jurisprudencial da TNU e do TRF.

A decisão deverá conter um relato sucinto do pedido realizado na instauração do processo, a devida fundamentação e motivação, com base nas provas produzidas no curso do processo, e a conclusão com o deferimento ou indeferimento do pleito. Após isto, o beneficiário é notificado da decisão.

Com a notificação da decisão, pode haver ainda a fase recursal. Aduz Frederico Amado:

Da decisão tomada pelo INSS nos processos de interesse dos beneficiários, caberá recurso ordinário no prazo de 30 dias ao Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, órgão

colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, na forma do artigo 126, da Lei 8.213/91, que o julgará através de uma das suas 29 Juntas de Recursos, com eficácia suspensiva e devolutiva, se tempestivo.

Com o advento da Lei 13.341/2016, o Conselho de Recursos da Previdência Social passou a se chamar Conselho de Recursos do Seguro Social, sendo vinculado ao Ministério da Fazenda, pois foi extinto o Ministério da Previdência Social.

Também competirá às Juntas de Recursos do CRSS apreciar recurso contra decisão do INSS acerca da configuração do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP. Após a interposição do recurso pelo segurado ou seu dependente, o INSS apresentará razões de contrariedade, também no prazo de 30 dias.

De acordo com o artigo 17, do Regimento Interno do CRSS, compete às Juntas de Recursos julgar os Recursos Ordinários interpostos contra as decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, nos processos referentes aos benefícios assistenciais de prestação continuada previstos no art. 20 da Lei nº 8.742, de

07 de dezembro de 1993 e, nos casos previstos na legislação, nos processos de interesse dos contribuintes do Regime Geral de Previdência Social.

Caso o INSS reconheça que o segurado tem razão ao impugnar a decisão administrativa, deverá exercer o juízo de retratação, verificando o ato administrativo que *negou* a concessão do benefício, e, deixando de encaminhar o recurso para as Juntas do CRRS.

Os recursos que envolvam suspensão ou cancelamento de benefícios resultantes do programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios do Seguro Social, ou decorrentes de atuação de auditoria, deverão ser julgados no prazo máximo de 60 dias após o recebimento pelo órgão julgador (art. 31, § 5º da Portaria MDSA n. 116/2017.

Ultrapassada a fase recursal, não havendo mais possibilidade de recorrer da decisão administrativa, conclui-se o processo administrativo previdenciário. O

interessado pode, contudo, requerer a revisão do seu direito em procedimento específico no prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91.

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo

Por fim, tem-se a fase de cumprimento da decisão administrativa com a implementação do benefício ou prestação do serviço solicitado no momento da abertura do processo.

4 A PROBLEMATICA FALTA DE RECURSOS HUMANOS NAS AUTARQUIAS PREVIDENCIARIAS EM TODO O BRASIL

É inegável que a falta de funcionários públicos nas agências do INSS ocorre em todo o país, há anos o sistema vem sobrecarregado de litígios, a falta de servidores é um ponto crucial para que não aja fluidez nos processos administrativos.

Nos últimos 15 anos, o INSS vem fechando seu quadro de funcionalismo em queda, mais servidores saindo e poucos ingressando, isso piora quando vemos que entre os anos de 2004 e 2019 foram realizados apenas quatro concursos para analistas e técnicos do seguro social e peritos, que somaram 20.089 novos profissionais nos quadros, todavia, as saídas, apenas com aposentadorias, somaram 20.729 - dessas, foram 197 compulsórias e 1.781 por invalidez.

A autarquia solicitou autorização do Ministério da Economia para um novo concurso ainda em 2019, porém, o Ministério não deu respostas, o colapso já era iminente quando, em outubro, o Ministério Público Federal protocolou ação na Justiça Federal solicitando a realização imediata de concurso para contratação temporária e efetiva de servidores.

O prazo final para que providências fossem tomadas, era de 45 dias, o prazo expirou e em com um recurso, estendeu-se o prazo para abril deste ano, a escolha então tomada pelo Governo, foi de convocar militares da reserva, para que de forma voluntaria comesçassem a fazer os atendimentos da população, e os demais funcionários que detinham conhecimento técnico fossem deslocados para o setor de análise dos processos.

Devido aos últimos acontecimentos com a disseminação do Covid-19 esses “novos funcionários” ainda não foram para a linha de frente dos atendimentos do INSS, ocorrendo assim quase 2 milhões de benefícios na fila, entre previdenciário e assistencial.

Insta salutar que o prazo legal para que processos administrativos no INSS deverão ocorrer no prazo legal de 45 dias, desde a entrada de requerimento para atendimento presencial, ou da data de entrada do requerimento (DCB) através do canal digital da autarquia, ao decorrer desse prazo, o INSS precisa justificar a sua decisão, concedendo ou não o benefício.

5 CASOS CONCRETOS MONSTRANDO A MOROSIDADE E O DESRESPEITO COM OS SEGURADOS

Durante 1 ano e meio no estágio acadêmico, deparei com muitas situações injustas, no escritório jurídico ao qual estagiava, esse especialista em Direito Previdenciário, desde a entrada do processo administrativo no INSS até o final do tramite quando a ação partia para a seara judicial, podíamos ver na pratica a morosidade do sistema.

Veremos alguns casos que sempre chamou atenção pela falta de sensibilidade para com os segurados, e a ponto de mesmo antes de ter seus benefícios, o administrado ia a óbito, para termos uma noção exata de quanto a burocracia, a demora em qualquer ato do INSS e do próprio judiciário causa a muitos cidadãos que procuram seus direitos e chegam a falecer antes mesmo de ter qualquer resposta da autarquia previdenciária.

CASO 1 – SEGURADA COM MAIS DE 67 ANOS, AGUARDOU MAIS DE 1 ANO PARA DEFERIMENTO DE APOSENTADORIA POR IDADE.

A segurada deu entrada no requerimento administrativo em 15/03/2018 sob o número de benefício 188.336.763-5 com o pedido de concessão de aposentadoria por idade urbana, juntou todos os documentos necessários para demonstrar que possuía todos os meses de carência (15 anos) e idade (66 anos) para a deferimento do pedido.

Nos termos do Art. 48 da Lei 8.213/91:

aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a

de carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos

idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

A autarquia previdenciária somente deu uma resposta em fevereiro de 2019, pedindo um cumprimento de exigência para que a segurada apresentasse documentos probatórios dos vínculos trabalhistas, mesmo já tendo apresentado, nota-se que a previdência por falta de atenção ou rodizio de funcionários, não se preocupa em dar andamento aos processos, situações fáceis de serem resolvidos.

Enquanto isso, a fila de pedido de benefícios só aumenta, fazendo que os segurados permaneçam em uma longa demora apenas para uma resposta e quando a se tem, ainda errônea, perfazendo-se uma grande e cruel espera.

O caso em tela fora para o judiciário, visto que, ultrapassara o prazo legal nas vias administrativas e ocasionando um dano irreparável a segurada.

CASO 2 – SEGURADA AGUARDA MAIS DE 1 ANO PARA RECONHECIMENTO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL.

Pleiteando pedido de aposentadoria por idade rural, a segurada deu entrada em requerimento administrativo pedindo a concessão de benefício previdenciário, com mais de 56 anos, em fevereiro de 2018, apresentou todos os documentos necessários para o deferimento do pedido, entretanto, o INSS só deu uma resposta em outubro de 2019.

Contudo, já não aguentando esperar por alguma posição, a segurada procurou o escritório para entrar com ação judicial, pedindo também danos morais pela demora, ao analisar o processo administrativo da segurada, constatou-se que erroneamente a autarquia indeferiu o pedido apenas por falta de tempo de carência, mas para pedido de aposentadoria por idade rural não se precisa comprovar contribuição, apenas comprovação que a segurada vive, mora e exerce a função de ruralista há anos, o que de fato fora apresentado através dos documentos probatórios.

Nota-se que, mesmo o cidadão apresentando documentos probatórios e suficiente, o INSS ainda comete erros irreparáveis, fazendo com que o tempo perdure até que novamente volte para a fila de concessão de benefícios.

O caso retromencionado a segurada só conseguiu o benefício de aposentadoria depois de recorrer ao judiciário e aguardar mais de 2 anos, ainda aguarda o retroativo por parte da autarquia previdenciária.

Após toda essa análise dos casos concretos, conclui-se que as atuações do INSS no âmbito administrativo possuem falhas de servidores, conseqüentemente desrespeito aos princípios constitucionais e administrativos, causando graves danos aos administrados, pessoas essas que precisam e dependem dos benefícios pleiteados para sua subsistência, que por muitas vezes a demora excessiva vem seguida pela frustração de não ter o direito a concessão, tendo egresso na seara judicial.

Podemos concluir com o estudo apresentado que, a morosidade dos processos administrativos vem pela precária atuação da autarquia federal, que hoje é o maior litigante do país, para resolver, precisam agir com rapidez para abrir concurso, ou tão logo chamar novos agentes para os atendimentos presenciais, direcionar recursos para melhoramento das estruturas físicas, é preciso que o INSS modifique sua atuação, buscando sempre a eficiência para evitar os danos à aqueles que são diretamente afetados.

CONCLUSÃO

A necessidade de se analisar a atuação do INSS na seara administrativa é premente, já que a retrocitada Autarquia Federal configura-se como a maior litigante do País, segundo recente estudo do CNJ. Percebe-se que essa situação decorre, em parte, da insuficiente observação, por parte da Autarquia Previdenciária, dos princípios estatuidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, quais sejam a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

O desrespeito a esses princípios faz surgir problemas como os inúmeros processos judiciais que prejudicam a rápida atuação do poder judiciário, além do manifesto prejuízo aos cidadãos que têm seu pleito negado de forma errônea e, conseqüentemente, perdem seu sustento.

É preciso que o INSS modifique sua forma de agir na seara administrativa, conforme as funções que dele se espera e com o devido respeito ao administrado, buscando sempre a probidade e a eficiência em desempenho, pois, se isso não for feito, o número de ações contra a autarquia permanecerá crescente, prejudicando não só aqueles diretamente afetados como também a todos que se utilizam do poder judiciário, o qual, com menos ações, poderia ser mais célere.

O combate à violação dos princípios constitucionais da Administração Pública deve ser eficaz e seguro, buscando coibir as ações lesivas aos cidadãos antes mesmo que elas aconteçam, de forma a prevenir muito mais do que a reparar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acessado em 14 de agosto de 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 21ªed. Forense. Rio de Janeiro – 2018.

FACHIN, Zulmar; OLIVEIRA, Evaldo Dias de. Seguridade Social como Direito Fundamental: garantia de efetivação na Constituição Brasileira. Revista Scientia Iuris. v. 15, n. 1. Londrina – 2011. p. 175-

Fonte: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/o-que-e> Acesso em: 15.10.2020

JusPODVIM, 7ª edição, 2010.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. Salvador, BA: Editora

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Niterói: Editora Impetus, 5ª edição, 2011, p. 92.

SAVARIS, José Antônio; GONÇALVES, Mariana Amélia Flauzino. Compêndio de Direito Previdenciário. Alteridade, Curitiba- 2018

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 15a. Edição. Niteroi: Impetus, 2014.

APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AS VÍTIMAS TRANSEXUAIS

ANDREIA SALES DE SOUSA MOURA:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. Graduada em Logística pela Faculdade Anhanguera.

EDY CÉSAR JUNIOR

(orientador)

RESUMO: A lei Maria da Penha desenvolve em seu texto legislativo a coibição e proteção às mulheres que são vítimas de violência doméstica e familiar, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; O artigo trata da efetividade da aplicação da lei Maria da penha (lei 11.340/06) que entende como sujeito passivo apenas a figura da mulher. O legislativo ao introduzir a lei no ordenamento jurídico, visou especificamente a proteção as mulheres, por serem mais vulneráveis. O problema dessa questão, mostra-se necessário, pelo fato de que as vítimas transexuais femininas também merecem aplicação da referida lei. No entanto, o acesso à justiça por essas pessoas é bastante complicado. Dessa forma, pretende-se entender melhor como a lei funciona, quais são suas características e o quão importante é para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Diante do contexto, busca-se ainda, estudar sobre a diferença entre a identidade de gênero e a orientação sexual e analisar a utilização da lei Maria da penha as mulheres transexuais. O tipo da pesquisa é exploratória, usando método dialética, no qual a técnica de coleta de dados foi realizado através de meios bibliográficos, artigos científicos. Para tanto, entende-se necessário apontar posicionamentos da doutrina, jurisprudência e fatores históricos e sociais que estão inseridos em todo o contexto.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha (11.340/06); Transexual; Violência Doméstica.

1 INTRODUÇÃO

O artigo irá tratar da possibilidade de aplicação da lei 11.340/06 (Lei Maria da penha) não somente as mulheres, mas também as vítimas transexuais. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o transexualismo é “um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. É também chamado de transtorno de identidade sexual. Transexual é aquele que nasceu fisicamente com um determinado sexo, mas que se reconhece como sendo do sexo oposto.

A Lei Maria da penha (lei 11.340/06) é um instituto jurídico que surgiu diante da necessidade de uma maior às vítimas de violência doméstica. O artigo 2º da lei em apreço retrata que: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

Diante de tal dispositivo legislativo, independente da orientação sexual, a vítima transexual que se identifica como sendo mulher, deverá ter o amparo da referida lei, independente de procedimento cirúrgico para “mudança de órgão sexual”.

Este artigo tem como problemática responder ao questionamento: Como aplicar a lei 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) as transexuais femininas, vítimas de violência doméstica? Para tanto, o presente estudo tem como objetivo estudar quais são os requisitos e características necessários para aplicação dos institutos protetivos da lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), quais são as diferenças entre identidade de gênero e orientação sexual, assim como, analisar a vulnerabilidade da mulher transexual através de estudos históricos, psicológicos e sociais.

O estudo se propõe fazer uma análise dos institutos protetivos da lei em relação as transexuais, ressaltando sua vulnerabilidade como pessoas do sexo feminino que necessitam do amparo legal para que não tenham seus direitos violados, já que não há legislação específica que as resguarde. Devendo ser respeitado o princípio da isonomia, visto que a referida lei deverá ser aplicada a toda mulher, independentemente, dentre outros, de orientação sexual. A pesquisa utilizada será a qualitativa, realizada através do método hipotético dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, na qual serão fontes as doutrinas, jurisprudência, constituição federal, tratados e convenções internacionais.

Posteriormente, será abordado no primeiro capítulo uma breve contextualização da lei Maria da penha (Lei 11.340/06), fazendo apontamentos das principais conquistas da lei, assim como dos seus institutos protetivos, requisitos e características necessários para aplicação da referida lei. Em seguida, trataremos da diferenciação entre identidade sexual e orientação sexual, informando que ser transexual trata-se, em verdade, de identidade de gênero, ou seja, como a pessoa se identifica, masculino ou feminino, e que por outro lado a orientação sexual, diz respeito as formas de atração sexual de cada um.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado a abordagem da necessidade de se aplicar a lei Maria da penha, não só as pessoas que são biologicamente mulheres,

como também as vítimas transexuais femininas, que assim como aquelas, são seres vulneráveis em uma relação doméstica ou familiar. Dessa forma, o estudo buscará respaldo em regras e princípios constitucionais, decisões judiciais, posicionamento da doutrina, assim como tratados e convenções internacionais ao qual o Brasil é signatário.

2.CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA).

De acordo com o RELATÓRIO N° 54/01, caso 12.051 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 20 de agosto de 1998, a CIDH recebeu a denúncia feita pela Senhora Maria da Penha, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e pelo comitê Latino-Americano de Defesa dos direitos da Mulher. Foi então, que após a análise dos fatos e do direito, a Comissão entendeu que o Estado Brasileiro violou os direitos e o cumprimento de seus deveres, se mostrando omissivo e tolerante com esse tipo de violência, não tomando as devidas medidas pertinentes.

A partir dessa denúncia foi recomendado ao Brasil finalizar o processo e apurar tais irregularidades. Nesse sentido, o Brasil entendeu que precisava criar uma legislação que protegesse essas vítimas e punisse os agressores. A lei 11.340/06 foi sancionada em 07 de agosto de 2006 e é considerada até hoje como um marco histórico contra a erradicação da violência.

A lei 11.340/06 foi titulada como lei Maria da Penha em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência doméstica por anos. Agredida pelo marido inúmeras vezes, quase sendo assassinada em duas destas. Fernandes, Valéria destaca que houve contra o agressor de Maria da Penha, dois julgamentos pelo tribunal do júri, mas que ele só foi preso em 2002 e cumpriu dois anos de prisão.

De acordo com o Instituto Maria da Penha, tendo em vista o contexto dos fatos, Maria da Penha decidiu escrever um livro contando sua história, o qual teve como título: Sobrevivi... Posso Contar, escrito em 1994, logo após o primeiro julgamento de seu ex marido que foi condenado, mas saiu do fórum em liberdade, devido aos recursos interpostos.

Em entrevista ao Instituto, Maria da penha relata que se sentiu abandonada pelo Estado, e a partir daí resolveu escrever seu próprio livro, a fim de demonstrar aos leitores o sofrimento que vinha passando. Após o livro ser lançado, e ter chegado ao conhecimento de organizações não governamentais, é que surgiu a possibilidade da denúncia a Corte interamericana de direitos humanos.

Maria da Penha não desistiu de se empenhar pelo seu objetivo de lutar pelos direitos femininos. Somente após 19 anos e seis meses de luta viu se concretizar uma lei específica que veio com o objetivo de garantir as proteções necessárias as vítimas de violência doméstica e familiar. O Brasil, então foi condenado por omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

Seguindo essa seara, FERNANDES, Valéria Diez Scarance afirma que:

A Lei n. 11.340/2006 inovou. Rompeu com o tradicional processo penal e criou um processo dotado de efetividade social, para proteger a mulher e prevenir a violência. Extrapolou a noção de que o processo objetiva apurar a verdade e possibilitar a aplicação de pena. O processo surge como uma possibilidade de intervenção na história de violência das mulheres, protegendo-as, recuperando o agressor e até mesmo adotando medidas cíveis para assegurar a subsistência da vítima durante o processo. Houve também uma releitura dos papéis das autoridades públicas responsáveis pela persecução penal. Assim, o processo por violência doméstica passou a ser constituído de forma multidisciplinar, transformado e renovado, para romper o ciclo de violência doméstica.

Sem dúvidas, a lei em apreço veio com uma força muito grande, trouxe para as vítimas a confiança de terem seus direitos garantidos e suas queixas ouvidas. A lei foi uma conquista no mundo feminino, tendo em vista todo o histórico que envolve as mulheres. A sociedade têm evoluído e mudado bastante, mas há muito o que ser feito ainda. Não basta ter uma lei que garanta os direitos, é necessário um rigor maior em sua aplicação e fiscalização.

Maria da Penha, em entrevista ao instituto que leva o seu nome, expõe:

“A lei está sendo verdadeiramente implementada, as mudanças são significativas, as denúncias aumentam e as reincidências diminuem. Quando dizemos que o número de denúncias cresceu, não significa que a violência contra a mulher também cresceu, mas, sim, que as mulheres se sentem mais seguras e respaldadas, acreditam no poder do Estado e, por isso, têm mais coragem de denunciar”. (Entrevista ao Instituto Maria da Penha).

2.1 PRINCIPAIS CONQUISTAS DA LEI 11.340/06

Ao ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, a lei Maria da Penha já trouxe boas perspectivas em relação a proteção do sexo feminino. Já no seu primeiro artigo, diz que a lei criará mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dispõe ainda sobre a criação de juizados específicos, medidas de assistência e proteção as vítimas.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (LEI 11.340/06, Lei Maria da Penha, 2006)

Ao passar dos anos, a lei tem sido uma grande aliada para pessoas que passam por essa situação, já que agora se sentem mais confiantes para denunciar os agressores. Há medidas de segurança que as resguardam de uma eventual reincidência, assim como medidas de afastamento do agressor do lar e demais medidas restritivas de direitos.

A grande questão é se essa lei deve ser aplicada somente as mulheres, já que não são somente essas que se enquadram como do sexo feminino e que precisam de amparo legal diante de tamanha atrocidade. BIANCHINI, Alice, afirma que “na hipótese de transexual em relação afetiva com homem, em que se assumam os papéis tradicionalmente reservados às esposas e aos maridos, é possível existir violência de gênero e aplicar-se a lei”. Assim, a vítima transexual também merece a mesma atenção e cuidados, já que são pessoas que por não serem iguais a padrão pré-estabelecido, são alvos de preconceito e discriminação.

Nesse sentido, MARIA Berenice Diaz, diz que quando a lei traz em seu texto que a proteção é devida às mulheres, sem se distinguir sua orientação sexual, então a lei deverá ser aplicada tanto para lésbicas, como travestis, transexuais e transgêneros que mantenham relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio.

Apesar da lei ter trazido grandes avanços no ordenamento jurídico e com isso ter impulsionado muitas vítimas a se libertarem de relações infrutíferas, ainda há

muito o que se fazer. Muitas, ainda silenciam-se por acreditarem que aquela situação de violência e crueldade, irão se repetir. De acordo com Scarance Fernandes:

O processo por violência doméstica contra mulheres tem uma particularidade que o distingue do todos os outros: em razão da relação dúplice que a vítima mantém com o agressor (amor e ódio), na maioria dos casos não deseja a sua punição, mas simplesmente livrar-se da violência. (Lei Maria da Penha - Scarance Fernandes, p. 119)

A autora retrata sobre um dilema, continuar mantendo o seio familiar, pelo o amor ao companheiro ou escolher manda-lo para a prisão. Por mais que seja tratada de forma desumana e cruel, muitas ainda se questionam qual é o certo a se fazer.

Por esse motivo é que os transexuais, assim como as mulheres, precisam de um olhar especial, um acompanhamento psicológico, um auxílio financeiro, visto que muitas vezes é o companheiro que traz o sustento de casa. Políticas públicas que as ajudem a sair desse cenário tão degradante.

3. INSTITUTOS PROTETIVOS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06, REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA APLICAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS.

3.1 Medidas protetivas de urgência

A COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público, estabeleceram no enunciado nº 004/2011, que “As medidas de proteção, definidas como tutela de urgência, sui generis, de natureza cível e/ou criminal, podem ser deferidas de plano pelo Juiz, sendo dispensável, a princípio, a instrução, devendo perdurar enquanto persistir a situação de risco da mulher.”

ANAÍLTON, Mendes de Sá Diniz preconiza que:

“A busca da proteção, por meio das medidas protetivas, tem caráter satisfativo, uma vez que se objetiva proteger a vítima, testemunhas e parentes (pessoas) ou seu patrimônio particular ou comum naquele momento, numa situação de emergência” (Anáilton, 2014)

Nesse segmento, observamos que o processo protetivo é destinado tanto para o agressor, quanto para a vítima, uma vez que a lei Maria da Penha tem caráter restaurativo, ou seja, busca aplicar medidas para recuperação do agressor, assim

como é aplicado medidas de segurança para prevenir e proteger a vítima de novas agressões.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendeu que as medidas protetivas de urgência, têm natureza cautelar satisfativa, conforme seu posicionamento:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDENCIA NO AMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. ‘O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas’ (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido” (REsp. n. 1.419.421-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4a Turma, j. 11.2.2014.)

Dessa forma, entende-se que as medidas protetivas, por serem consideradas de urgência, devem buscar a efetividade da solução do problema, antes mesmo de se preocupar a instrumentalidade do processo principal. Visa cessar de forma mais célere que a violência continue.

As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independente de audiência ou manifestação do ministério público, assim como, poderão ser aplicadas de imediato ou cumulativamente, podendo ser substituídas a qualquer tempo por outras que sejam mais eficazes, conforme o § 1º e 2º, do art. 19 da referida lei.

Já o art. 21, dispõe que a vítima deverá ser notificada de todos os atos processuais referentes ao agressor, especialmente quando se tratar da sua soltura. Isso acontecerá para que a vítima possa tomar as devidas precauções, como mudar de endereço, rotina, telefone e até mesmo para ficar alerta para qualquer tipo de aproximação.

O juiz, se achar necessário, aplicará todas as medidas de proteção de urgência, seja separadamente ou cumulativamente, como, por exemplo, o afastamento do agressor do lar, proibição de se aproximar de determinadas pessoas, em especial da vítima, proibição de frequentar determinados lugares, como bares, casas de festa, proibição de visitar os menores que vivem com a mãe, assim como o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Há um rol exemplificativo descrito no art. 22 da lei 11.340/06 que elenca todas as medidas de urgência que se façam necessárias para melhor aplicação da lei, porém esse rol é apenas exemplificativo, pois poderá o juiz aplicar outras medidas que garantam a efetividade de uma maior proteção.

Em 2019, o Ligue 180, que é uma central de atendimento à Mulher, registrou um total de 1.314.113 atendimentos telefônicos, assim distinguidos: 6,5% tratando de registros denúncias; 47,91% tratando de solicitação de informações acerca da rede de proteção e direitos das mulheres; e 45,59% versando sobre de registros de manifestações, como elogios, sugestões, reclamações ou trotes.

3.2 Requisitos e características necessários para aplicação da lei

Para que a lei seja aplicada serão necessárias estarem presentes algumas condições, tais quais estão disciplinadas entre os arts. 5º e 7º da lei 11.340/06, ou seja, deverão estarem presentes os seguintes requisitos: violência baseada em questão de gênero (art. 5º), violência praticada contra mulher em um contexto familiar, doméstico ou de relação íntima de afeto. (Art. 5º, I a III) e que resulte, dentre outros, em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (arts. 5º, caput e 7º, I ao IV).

Para FERNANDES, Valéria Diez Scarance, a necessidade da medida resulta do perigo, que pode ser inferido do próprio relato da vítima (de que tem medo, mudou sua rotina, evita de sair de casa desacompanhada).

O destinatário trazido no texto da Lei Maria da Penha, é a Mulher que se encontra em situação de violência doméstica ou familiar. Porém, é justamente por esse contexto que se entende que não só aquelas que são nascidas biologicamente

com o sexo feminino, que fazem jus a tal direito. Há portanto, o entendimento de que as transexuais femininas também sejam sujeitos passivos da lei em questão.

Sobre esse assunto, a coleção dos saberes monográficos tem o seguinte entendimento:

De acordo com o art. 5º, parágrafo único, a Lei n. 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual, razão pela qual, na relação entre mulheres hétero ou transexuais (sexo biológico não corresponde à identidade de gênero, sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, deve haver incidência do referido diploma legal. (BIANCHINI, Alice, p. 58).

Dessa forma, não há que se fazer restrições em razão da identidade de gênero, devendo a lei dá tratamento igual ao que dá para as mulheres biológicas. A não aplicação das medidas de proteção para os transexuais, é tida como um ato descabido de preconceito e discriminação, o qual deve ser considerado como atentado aos princípios constitucionais, como bem preceitua o art. 3º, inciso IV, da constituição federal.

4.IDENTIDADE DE GÊNERO X ORIENTAÇÃO SEXUAL

De acordo com o art. 1º, § 1º, incisos I e da Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, órgão ligado ao Ministério dos Direitos Humanos, entende-se por Orientação Sexual: "como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Já o inciso II da mesma Resolução, entente Identidade de Gênero como: "a profundamente sentida, experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos".

Assim, percebe-se que são nomenclaturas que causam muitas confusões, porém apresentam conceitos totalmente diferentes, uma vez que a orientação sexual está ligada a atração sexual que um indivíduo sente em relação ao outro, podendo esse sentimento ser em relação a uma pessoa do mesmo sexo, de ambos ou de sexo diferente do seu. Já a identidade de gênero diz respeito ao modo que cada pessoa

se identifica, ou seja, como se reconhece quanto ao seu gênero, não importando sua natureza biológica/física. Para a autora Jaqueline Gomes de Jesus:

Uma pessoa transexual pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivo-sexualmente, portanto, mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros, homens transexuais que se atraem por mulheres também; já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e vice versa. (Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos / Jaqueline Gomes de Jesus. Brasília: Autor, 2012, p. 8)

Nesse sentido, podemos destacar a figura dos transexuais, que nascem biologicamente com determinado gênero, porém identificam-se como sendo de gênero oposto ao seu, mas isso não significa que sua orientação sexual será necessariamente contrária ao modo que se identifica. Uma pessoa transexual pode ter atração sexual por pessoas heterossexuais, bissexuais, homossexuais e assim por diante. Não é porque se identifica como gênero feminino que sua orientação sexual necessariamente será por pessoas do gênero masculino.

Para a escritora norte-americana Judith Butler "O gênero não é algo constituído sempre de maneira coerente ou consistente (...) o gênero interage com modalidades raciais, de classe, etnossexuais e regionais de identidades constituídas discursivamente". Desse modo, não há como se falar em questões de gênero sem pensar em todo o contexto histórico e cultural que essa questão está atrelada.

A vítima transexual feminina que enfrenta violência doméstica, sofre dupla vulnerabilidade, primeiro pelo preconceito e discriminação que enfrenta, segundo pelo sofrimento diante de agressões físicas e psicológicas em âmbito doméstico. São pessoas invisíveis socialmente e que precisam de atenção redobrada, cuidados e garantia de seus direitos.

Há muitos questionamentos em relação a necessidade ou não de se retirar o órgão genital masculino da mulher transexual, ou até mesmo se é necessário fazer a retificação do nome no registro civil para que então seja reconhecida como pertencente ao gênero feminino. Em resposta a esses questionamentos, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto apontam duas correntes:

Uma primeira, conservadora, entendendo que a transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a

hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil. (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Rogério Sanches Cunha • Ronaldo Batista Pinto. p. 32)

O entendimento da Jurisprudência é que não é necessário que se faça a cirurgia de redesignação sexual ou alteração do nome no cartório de registro civil para que somente então, sejam aceitas e consideradas como pertencentes ao sexo feminino. Entende-se que a identidade trata-se do modo como a pessoa se apresenta socialmente ou individualmente, não estando condicionada a mudanças de registro civil ou qualquer tipo de cirurgia ou tratamento.

- **JURISPRUDÊNCIA**

O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2. O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3. Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4. Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. (TJ-DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020. RELATOR: GEORGE LOPES. DATA DO JULGAMENTO: 0/04/2018, 1º TURMA CRIMINAL, DATA DA PUBLICAÇÃO: Publicado no DJE: 20/04/2018, Pág. :119/125)

Posicionamentos como este, vem ganhando força ao passar dos anos, se tornando cada vez mais recorrentes. O que já é visto como uma evolução na busca

dos direitos. No entanto, ainda existem muitos entendimentos em sentido contrário, tornando o processo cada vez mais desafiador para as vítimas transexuais e desestimulando o acesso à justiça por receio de não serem atendidas.

• **TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS**

Conforme o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH): “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Tal dispositivo, nos remete a um dos princípios fundamentais previstos na Constituição federal de 1988, qual seja, o princípio da isonomia. A igualdade não se aplica apenas a garantia de direitos, mas também se refere as formas de tratamento que as pessoas são submetidas. A igualdade diante do prisma jurisdicional, de acordo com Nery Junior é entendida da seguinte forma:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Segundo o entendimento de Fernandes, Valeria Diaz, “A Lei Maria da Penha não ofende a Constituição Federal. Ao contrário, instrumentaliza a justiça social para as mulheres, pois cria mecanismos para promover uma sociedade livre e para eliminar a discriminação de gênero (art. 3º da Constituição Federal)”. Conforme a autora:

A igualdade formal é ao mesmo tempo justa e discriminatória, na medida em que não reconhece as desigualdades. Homens e mulheres são iguais enquanto sujeitos de direitos, mas são também diferentes. Fisicamente, biologicamente, historicamente, economicamente e socialmente homens e mulheres são diferentes e agem de modo distinto. (FERNANDES, Valéria. p. 42.)

Partindo desse princípio, podemos perceber que a diferença de gênero é uma questão determinante quando o assunto é violência. A violência doméstica é ainda mais assustadora, uma vez que vem de uma relação próxima, na maioria das vezes, parte do companheiro fazendo com que a vítima viva um dilema entre a dependência financeira, dependência emocional e tantas outras questões e a

vontade de prestar queixa e por essa razão, sentem-se intimidadas e reprimidas na hora de denunciar.

5. RELATO DE CASO CONCRETO

Em entrevista, à revista ISTO É, a cuidadora de idosos Shakira Costa do Nascimento, mulher transexual de 26 anos, relata sobre sua conquista em ter seu direito resguardado e ter sido acolhida a luz da lei Maria da Penha. De acordo com o relato, Shakira foi vítima de violência pelo ex namorado, tendo sido arrastada pelos cabelos e levado socos em seu rosto, na cidade de Rio Verde, Goiás.

A jovem conta que só não procurou ajuda antes, por medo de não ser resguardada pela lei Maria da penha, fala ainda, que só teve coragem de procurar ajuda policial, após ter visto que sua amiga que também passava pela mesma situação, teve sua demanda acolhida. Foi o que à inspirou e motivou à prestar queixa.

A decisão foi da Juíza Coraci Pereira da Silva, titular da 2ª Vara de Família e Sucessões de Rio Verde, atendendo ao pedido da vítima em poucos dias. Shakira, afirmou que: "Me ajudou muito como mulher trans e vai ajudar outras também. Agradeço muito à juíza, porque é uma dádiva. Já tem tanto preconceito com a gente, que isso é um privilégio. Uma proteção e o reconhecimento de ser mulher",

Seu relato, retrata sobre o desconhecimento e a dificuldade que essas mulheres, por serem Transexuais, enfrentam para alcançar e acessar o judiciário. Muitas desconhecem seus direitos ou conhecem, porém sentem-se intimidadas à busca-los, justamente por serem taxadas como pessoas que não pertencem ao gênero feminino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que sair desse ciclo que envolve a violência física, moral, patrimonial e psíquica é muito difícil, uma vez que essas atitudes vêm de uma pessoa próxima, que há um laço afetivo envolvido dificultando ainda mais o pedido de socorro. Muitas se silenciam por medo de não serem ouvidas ou até mesmo na esperança que seus companheiros possam mudar seu comportamento. Porém, não é o que acontece na maioria dos casos, ocorrendo em razão disso, a morte de várias vítimas.

É por isso que a lei tem um papel muito importante na vida dessas pessoas, pois agora podem se sentirem seguras e acolhidas. A Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, é uma das maiores conquistas femininas que já tivemos, representando um marco histórico para o Brasil e possibilitando o acesso ao direito de ser ouvida e

protegida perante os órgãos competentes. Contudo, esse direito deve ser visto de forma ampla e não limitada.

Os transexuais, são aqueles que se enxergam com outra identidade sexual daquela a qual nasceram biologicamente. São pessoas que vivem, em sua grande maioria silenciadas por uma sociedade arcaica e preconceituosa. Uma sociedade que não é capaz de acolher sem apontar, uma legislação que é frágil e uma justiça falha quando se trata do direito de pessoas “invisíveis”.

A lei tem trazido grandes conquistas, isto é certo, porém não trouxe no seu texto um favorecimento global. Foi criada de forma limitada apenas as mulheres como sujeitos passivos da relação. Foi bem explícita e não deixou muito espaço para o julgador ponderar quem faria jus ao direito em questão, tal seja, ser protegido das diversas formas de violência sofridas em um meio familiar, doméstico ou afetivo.

São muitas as conquistas da lei que merecerem destaque, mas não deveria ser tema de discussão se a aplicação da lei é cabível ou não aos transexuais, visto que trata de um direito que já os pertencem, que precisa apenas ser reconhecido e pô-los como partes legítimas. Não é que são pessoas vulneráveis, pelo contrário, são muito fortes, entretanto, a situação os colocam dessa lado da moeda, o lado em que necessitam de uma legislação que os protejam.

Mulheres transexuais, em sua grande maioria, optam por se silenciar diante das agressões sofridas, sejam verbais, físicas ou psicológicas, pois sentem medo de buscar amparo legal e não serem ouvidas. Ocorre que o preconceito e a discriminação, não está presente somente no seio da sociedade, mas também fazem parte de grande parte do sistema judicial. Muitas são ridicularizadas e tratadas como abominações, por não estarem dentro dos padrões impostos nos dias atuais.

Diante desse cenário, no qual quem mais deveria está apoiando pessoas que necessitam desse amparo, são aquelas que julgam moralmente e viram as costas para esse grupo de vulneráveis, é que percebemos o tanto que precisamos evoluir e mudar. Claro que não podemos generalizar esse contexto, visto que temos plena convicção que existe muitos dentro do sistema que acolhem, respeitam e garantem o acesso à justiça de forma eficaz.

É necessário que se faça uma mudança tanto legislativa, para que alcance essas pessoas, sem que haja a necessidade de interpretações judiciais para se definir, se é cabível ou não a aplicação da referida lei as mulheres transexuais; como também é preciso conscientizar os órgãos policiais e judiciais quanto ao acolhimento de forma eficaz, a fim de que seja garantido o direito a proteção e aplicação das medidas necessárias de coibição contra a violência doméstica e afetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei 11.340 de 07 de Agosto de 2006. Dispõe sobre mecanismos de proteção à Mulher, vítima de violência doméstica ou afetiva – Lei Maria da Penha. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm< acesso em 11 de junho de 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade. Editora Atlas: Grupo GEN, 2015. 9788597000429. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000429/>. Acesso em: 19 Out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Disponível em: Acesso em: 12 nov. 2020.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. Coleção saberes monográficos. 3ª edição.* Editora Saraiva. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

Diniz, Anaílton Mendes de Sá. Medidas protetivas de urgência: natureza jurídica – reflexos pro- cedimentais. Ceará: PAPER, 20

CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER – Ligue 180. Disponível em: > <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Balan%C3%A7o%20ano%202019%20%20Central%20de%20Atendimento%20%C3%A0%20Mulher%20-%20Ligue%20180.pdf>< acesso em:12 de Nov. 2020.

Resolução Nº 11 de 18 de dezembro de 2014 do Conselho Nacional de combate à discriminação e promoção dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Disponível em: >http://www.lex.com.br/legis_26579640_RESOLUCAO_N_11_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2014.aspx< Acesso em: 21 de Out. 2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Lei Maria da Penha – Rogério Sanches Cunha. Ronaldo Batista Pinto. Editora jus PODIVM. 9º edição/2020.

(Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos / Jaqueline Gomes de Jesus. Brasília: Autor, 2012.)

BUTLER, Judith. Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity. London: Routledge, 1990.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Revista ISTO É - "Podemos abrir a boca e denunciar", diz trans protegida por Lei Maria da Penha" disponível em: > <https://istoe.com.br/podemos-abrir-a-boca-e-denunciar-diz-trans-protegida-por-lei-maria-da-penha/>< acesso em: 13 Nov 2020.

Instituto Maria da Penha. Disponível em: > <https://www.institutomariadapenha.org.br/entrevista-com-maria-da-penha.html>< acesso em: 19 Nov 2020.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL: OS NOVOS PARADIGMAS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

JOÃO PAULO DA SILVA MORAIS ALEXANDRE:
Graduando do curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA –
Teresina – PI.

KAIO LUAN OLIVEIRA AMARANTE¹⁶²

(coautor)

Me. ROGÉRIO SARAIVA XEREZ¹⁶³

(orientador)

Resumo: O presente estudo foi realizado com o fim de analisar o instituto do Acordo de não persecução penal (ANPP) e sua relação com a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O objetivo foi compreender a aplicabilidade do ANPP e as consequências da mitigação por este causada. O artigo foi baseado no estudo do panorama da justiça brasileira em que o ANPP se insere, e em como a sua utilização pode trazer soluções para o excesso de demandas no judiciário. Estudou-se a aplicação de sistemas de acordo extraprocessual na justiça a nível global, e como o princípio da obrigatoriedade da ação penal para todos os casos pode ser um impasse na otimização das decisões, que se arrastam por anos devido à alta demanda de proposições. Compreendeu-se que a mitigação da obrigatoriedade penal se faz necessária para que a busca pela obediência em virtude somente da burocracia do sistema não é capaz de resolver a superlotação de casos, e torna-se um empecilho para a eficiência da ação penal, sendo, a utilização do ANPP, uma forma de conseguir solução tanto aos casos que lhe cabem quanto nos casos que vão adiante na ação penal. A metodologia utilizada foi essencialmente bibliográfica, buscando-se amparo na doutrina, legislação e jurisprudência do tema.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Pacote anticrime. Mitigação. Obrigatoriedade Penal.

¹⁶² Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina – PI.

¹⁶³ Orientador professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015)

Sumário: 1 Introdução. 2 O sistema da justiça criminal brasileira. 2.1 Mecanismos de justiça negocial criminal. 2.2 O cenário do acordo extrajudicial no judiciário do exterior. 3 O acordo de não persecução penal. 3.1 A retroatividade. 3.2 Constitucionalidade do ANPP. 4 Ação penal. 4.1 O Princípio da obrigatoriedade da Ação Penal 5 A mitigação do princípio da obrigação da Ação Penal. 5 Conclusão. 6 Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema da justiça criminal brasileira está fadado às consequências da sua burocratização em conjunto com a superlotação de demandas. O cenário é de um lugar que não consegue solução efetiva (em sintonia com o binômio tempo - justiça) pela inabilidade de encontrar formas de resolver a carga de demandas processuais se valendo apenas dos meios tradicionais.

De acordo com o relatório "Justiça em Números", de 2019, que abordou em seu íterim dados de uma década referente a 90 tribunais, as taxas de congestionamento são altas, enquanto os passos das soluções extrajudiciais são mais lentos:

A taxa de congestionamento do 1º grau permanece, no geral, superando a do 2º grau, com uma diferença de 21 pontos percentuais (73% no 1º grau e 52% no 2º grau). A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2018 foram 11,5% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual. O dado positivo é o crescimento na estrutura dos CEJUSCs em 66,4% em três anos - em 2015 eram 654 e em 2018, 1.088. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p.219)

O maior risco dessa problemática na qual a justiça criminal se envolveu é o de que a resposta do sistema seja cada vez mais ineficaz, de modo que não consiga funcionar organicamente e prejudique cada vez mais o seio social que dele depende para conseguir manejar a ocorrência de delitos.

Uma das chaves para fazer o sistema fluir na solubilidade de casos é inserir em seu contexto um campo de ação alternativa fora do âmbito processual, e dispor para solução extrajudicial as demandas que podem ser resolvidas plenamente sem os trâmites legais da justiça.

Assim, a formulação de um Acordo de não persecução penal baseia-se na premissa de que a efetividade não está diretamente ligada à obediência a trâmites processuais com rigor burocrático incapaz de atender à todas as demandas que lhe são dispostas. A busca pelo ANPP se chega ao sistema criminal para se enquadrar na rotina, e trazer uma resposta mais imediatista e acertada a casos que se encaixem como passíveis de solução não processual.

O presente estudo compreenderá o contexto do ANPP e como a sua implementação no sistema jurídico brasileiro pode ou não acarretar a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no íterim do sistema de justiça criminal do Brasil. O trabalho será desenvolvido de forma a abordar o Acordo desde a análise do panorama do sistema em que este se insere antes de sua existência até a sua aplicação.

A metodologia será baseada fundamentalmente em pesquisa bibliográfica, tendo sido também utilizada como fonte de pesquisa reportagens e decisões sobre o ANPP, além do estudo da letra da lei e seu contexto de aplicação.

2 O SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

A concepção de um acordo de não persecução penal baseia-se, pelo entendimento literal do termo, em uma política criminal que busca trazer a solução de uma lide sem que seja necessária a persecução dos meios judiciais que tradicionalmente são usados. Nestes, equilibra-se as partes numa balança processual por um período de tempo que tende a se estender e trazer muitos custos, prejudicando a satisfação da justiça em si.

O sistema judiciário brasileiro sofre de uma carga de demandas processuais pesada demais para comportar também a eficácia temporal, e, aliando-se a superlotação à burocracia inerente ao sistema, chega-se a um cenário emergencial. Assim, é necessária a inserção de novos caminhos para se chegar à satisfação da justiça, que não se obtém pela mera vitória processual, mas pela resposta em tempo hábil e de forma plena e justa à lide.

Por mais que o ideal de justiça seja melhor alcançado através da realização do devido processo legal, a realidade tem um papel vital na eficiência das medidas, e o Direito deve se moldar ao panorama social para que cumpra o seu papel plenamente.

2.1 Mecanismos de justiça negocial criminal

A busca, tanto na seara penal quanto cível, por mecanismos que aliviem a carga de demandas e sejam eficazes, acontece há décadas. Um exemplo é o incentivo

à conciliação e mediação, conforme o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, que assim disse em referência à abertura nacional da semana de conciliação:

“Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) executam a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse todos os dias. A semana nacional da conciliação não é um ato isolado, mas de divulgação e multiplicação da conciliação e da mediação, é uma mudança de cultura que está ocorrendo em todo o país”, disse o ministro Dias Toffoli. Para o ministro, a conciliação e a mediação permitem que as partes entrem em consenso exercitando a sua autonomia. “A possibilidade de consenso das partes pacifica muito mais o conflito do que uma decisão judicial, na medida em que nessa sempre haverá um ganhador e um perdedor e, naquela, haverá a pacificação plena”, disse o ministro Toffoli, que fez questão de agradecer aos magistrados, servidores, conciliadores e mediadores que atuam durante a semana, muitos de forma voluntária. (FARIELLO, 2018, p. 01)

A declaração do ministro evidencia os benefícios percebidos com a utilização de mecanismos que deem uma solução alternativa para as lides. Compreende-se que estes são valiosos para que haja uma redução no excesso de demandas, otimizando as soluções.

Um instituto de grande relevância para a resolução alternativa é o da colaboração premiada, explanado por Oliveira e Michelotto, que assim disseram sobre o mesmo:

Também não se pode ignorar o próprio instituto da colaboração premiada, que embora previsto na legislação desde 1990, com a promulgação da lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, passou a ser comumente utilizada após o ano de 2013, vez que ganhou contornos mais práticos com a lei 12.850/13 - também alterada pela lei 13.684/19. O art. 4º da lei 12.850/13 prevê a possibilidade de o investigado/acusado realizar acordo de colaboração premiada com as Autoridades Públicas nos crimes que envolvem organização criminosa – embora haja discussão sobre o âmbito de alcance da colaboração premiada em outros delitos. (MICHELOTTO; OLIVEIRA, 2020, p. 01)

Os mecanismos de solução para a morosidade do judiciário elaborados antes do ANPP colocam em cheque a real eficácia e o cabimento desse novo instituto. O debate encontra lugar especialmente quando a sua utilização é enxergada por muitos como uma forma clara de conflito de princípios.

A utilização do instituto do acordo chega-se ao judiciário em meio a um cenário de soluções prévias, como trouxeram à baila Oliveira e Michelotto, que elucidaram o instituto da transação penal, assim dizendo:

Importante mencionar, desde logo, que acordos com o Ministério Público – em geral – não consistem em instrumento recente na legislação brasileira. A lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevê nos artigos 60 e 61 a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e delitos com pena máxima não superior a dois anos), e o artigo 89 da referida Lei prevê que o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, para crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano. (MICHELOTTO; OLIVEIRA, 2020, p.01)

O instituto do ANPP, portanto, é uma adição aos mecanismos que já existem na justiça criminal negocial, como elucidaram Soares, Battini e Borri contextualizando o cenário da legislação processual penal, ao dizer que:

O novo instituto se soma aos já existentes mecanismos da justiça criminal negocial presentes na legislação processual penal, como por exemplo, transação penal, suspensão condicional do processo, no âmbito da Lei 9.099/95, acordos de leniência especialmente disposto na Lei 12.846/13 e, até mesmo, a colaboração premiada, por meio da Lei 12.850/13, apesar de esta última possuir características um pouco distintas. (SOARES; BATTINI; BORRI, 2020, p.216)

Fica, portanto, evidente que o Acordo de não persecução penal deve ser embasado por diretrizes assertivas para que ocupe um lugar de eficácia ao que se propõe, especialmente tendo em vista os institutos que lhe precedem. Ele chega no judiciário brasileiro sob o manto da redução de demandas como uma forma de efetivação da justiça.

2.2 O cenário do acordo extrajudicial no judiciário do exterior

A concepção do acordo de não persecução penal teve como base o cenário superlotado e burocrático da justiça criminal brasileira, e, assim, projeta suas expectativas no resultado que outros países já tiveram com a implementação de um sistema de acordo extrajudicial.

A pesada carga de casos que demandam a atenção do judiciário torna-o refém da própria capacidade limitada de exercer suas atividades de forma plena. Assim, Cabral, sobre a experiência de alguns países que serviram de inspiração para a implementação do ANPP no Brasil, afirmou que:

Assim, como se vê, a realização dos acordos na França iniciou-se sem prévia autorização legislativa, o que levou a uma profusão desordenada desses negócios jurídicos. Em virtude dessa prática, inicialmente, heterogênea é que surgiu, pela primeira vez, um processo de institucionalização dos acordos penais na França, por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992. (CABRAL, 2020, p. 40)

A experiência francesa, como visto, baseou-se inicialmente num sistema que não era autorizado oficialmente, mas que posteriormente foi regulado, tendo os acordos penais se tornado oficiais, de forma a facilitar a busca pela proteção tanto da validade do acordo, como das partes envolvidas.

Cabral acrescenta, ainda, acerca da semelhança entre modelos da justiça francesa e brasileira no que se refere aos acordos penais, dizendo:

O acordo francês guarda muita semelhança com o modelo adotado pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, uma vez que na França: "o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima." Ademais, à semelhança do previsto na Resolução n. 181/17, no sistema francês, "caso o investigado não aceite a oferta, ou não preencha os requisitos para o acordo, o Promotor simplesmente iniciará o

procedimento formal”, ou seja, oferecerá denúncia.(CABRAL, 2020, p.41)

A inserção de um sistema de acordos na legislação francesa acolheu diversas possibilidades, reduzindo significativamente possíveis conflitos, em especial com a regulamentação dos requisitos para que o acordo ocorresse, evitando a profusão exponencial de acordos de modo a trazer prejuízo ao princípio da igualdade (CABRAL, 2020, p.41).

O judiciário da Alemanha recepcionou o acordo extrajudicial por intermédio da prática jurídica dos próprios Promotores de justiça e juízes, que usaram o acordo como uma resposta imediata à superlotação de casos que chegavam a eles. A característica central era a informalidade do termo de acordo, que era baseado na confiança (CABRAL, 2020, p.42), e funcionava com uma formalização da confissão, que poderia servir de prova, ao contrário do que acontece no Brasil.

Posteriormente, a Suprema Corte alemã abraçou as possibilidades de acordo, sendo que o “único reparo imposto pela Corte foi a necessidade da realização de um acordo público, transparente e formalizado” (CABRAL, 2020, p.43), para que o procedimento não fosse levado de forma desregulada.

Outro instituto que merece destaque no cenário exterior dos acordos extrajudiciais é o *Plea Bargain*, com origem na common law e definido como uma barganha com o réu. O procedimento se inicia após recebida a ação penal e em momento anterior à instrução processual, resultando na aplicação imediata da pena privativa de liberdade (com a confissão do réu, que abre mão de produzir provas e recorrer)(CAPELA, 2019, p.01).

Com a efetivação do Plea Bargain, há uma grande otimização da resolução de casos, sendo uma das formas mais comuns de resolução de processo criminal nos Estados Unidos, já que, de acordo com o juiz aposentado “do Tribunal de Recurso de Massachusetts, Phillip Rapoza, 94% dos processos criminais que tramitam nas Justiças Estaduais estadunidenses são resolvidos por meio do *plea bargaining*.”(CAPELA, 2019, p. 01)

A problemática que envolve o instituto supramencionado é devido o prejuízo dos direitos do réu, já que, conforme diz Buch:

Neste modelo, o acusado pode optar por exercer seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou deixá-los em troca de algum benefício, podendo também declarar-se culpado das acusações do Ministério Público, recebendo como

contraprestação a atenuação no número de acusações e/ou na gravidade das penas a serem aplicadas. Trata-se em última análise de um contrato firmado entre a parte acusatória e a parte ré, sem a participação de um juiz e portanto sem imparcialidade. Ao Judiciário cabe unicamente o papel de executor do pactuado.(BUCH, 2019, p. 01)

O ex-juiz e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro havia proposto que no pacote anticrime constasse a implementação do instituto da plea bargain como uma forma de resolução alternativa no processo penal brasileiro, no entanto, conforme corrobora Buch, além de ir contra o instituto da presunção da inocência, ocorre o que se segue:

A adaptação ao Brasil deste modelo estadunidense, já pouco utilizado na Europa e alvo de fortes críticas nos próprios Estados Unidos (vide superencarceramento, supressão de direitos como a não autoincriminação e o julgamento por corpo de jurados imparciais), é inviável. E isso porque há completa ausência de alinhamento cultural e descompasso entre os sistemas jurídicos de civil law e common law. É de clareza solar em todos os meios acadêmicos que no Brasil, diferentemente do modelo estadunidense, impera o sistema romano-germânico, mais conhecido como civil law, que se define pelo fenômeno da codificação do direito. Por isso a impossibilidade de implementação em nosso país o plea bargain estadunidense (BUCH,2019, p. 01).

O instituto de Plea Bargain, portanto, não encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro pela inviabilidade averiguada no descumprimento de princípios constitucionais e a diferença entre ordenamentos jurídicos.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal se refere a uma alternativa de maior eficiência temporal no contexto da justiça criminal brasileira, que tem na superlotação um impasse para que atinja o seu potencial máximo e resolva da melhor forma as suas demandas. Assim, o instituto do Acordo é uma forma de resolução extrajudicial que conta com a homologação pelo juízo a que se reporta, afim de tornar efetiva a decisão.

Na realização deste Acordo, que acontece entre o Ministério público e o indiciado, há uma relação de troca, onde este último assina um termo de confissão.

Este serve para que ele ganhe do Parquet o acordo de que uma prestação alternativa seja imposta em substituição à persecução dos meios processuais. Importante trazer à baila que o autor sempre será instruído pelo seu defensor.

A origem normativa do Acordo de não persecução penal foi na resolução nº181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Posteriormente, foi alterada pela resolução nº183 de 2018 até que a regulamentação por lei ordinária aconteceu, quando a lei nº 13.964/19 dispôs, em seu art.28-A164, acerca do ANPP. Os requisitos foram elucidados de modo que o acordo só possa ser realizado nos casos em que a pena é inferior a 4 anos e não se constatou violência ou grave ameaça na realização da conduta criminosa.

Desse modo, constata-se que se trata de um negócio jurídico extrajudicial homologado pelo juiz e celebrado pelo Ministério Público e o autor do crime. Assim ele é apresentado como “[...] um meio termo entre a composição civil e transação penal da Lei 9.099/1995, porque serve ao mesmo tempo à vítima (tal como a composição civil) e ao Estado (tal como a transação penal), atendendo ao interesse jurídico do suspeito.” (SILVA, 2018, p. 65).

164 “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A realização do Acordo também tem as suas limitações explicitadas no texto legal, que traz em seu segundo parágrafo o que segue:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

Compreende-se, então, que a reincidência, benefício anterior (tanto ANPP como transação penal e suspensão condicional do processo), e crime praticado como violência doméstica ou contra mulher tendo o gênero como motivação são circunstâncias que negam ao autor o direito de se valer do benefício do ANPP junto ao Ministério Público.

A questão da reincidência foi, inclusive, abordada por Oliveira e Michelotto, que raciocinaram a questão sob o ponto de vista da rotina do judiciário, que em muitos casos tem uma percepção frequente de reincidência, o que tornaria complicado a execução eficaz do ANPP. Os autores assim disseram:

Aqui cabe breve ponderação, especialmente quanto à previsão de que não será possível a realização do acordo nos casos em que a conduta criminal é habitual, reiterada ou profissional. A princípio, parece que esse inciso poderá limitar consideravelmente as hipóteses de oferecimento do acordo em casos de grandes operações, vez que em quase todas as denúncias o Ministério Público descreve condutas praticadas de forma habitual e reiterada. (OLIVEIRA; MICHELOTTO, 2020, p. 03)

Os autores continuaram a reflexão:

Ainda, porventura a maioria das denúncias oferecidas no âmbito do direito penal econômico incluem o delito de organização criminosa, com descrição, às vezes genérica, de prática delitiva reiterada e profissional, sem qualquer individualização quanto a seus diversos acusados. Assim, caso o Ministério Público continue incluindo em quase todos os requerimentos de medidas cautelares e pareceres na investigação a possível prática do delito de organização criminosa e descrevendo de forma generalizada a habitualidade da prática delitiva, as hipóteses de aplicação dessa forma específica de acordo serão consideravelmente reduzidas. (OLIVEIRA; MICHELOTTO, 2020, p.03)

A visão que os autores propõem é de que o Ministério Público deve prezar pela compreensão do caso desde a proposição da denúncia tendo em vista as particularidades envolvidas neste. Ainda deve-se observar a composição da denúncia em sintonia aos requisitos para o acordo de não persecução penal, para que, assim, consiga mais efetividade na prática.

Uma questão de relevância no cenário sustentado pelo ANPP é a discricionariedade que a lei dá ao Ministério Público em relação as condições propostas através do acordo, Oliveira e Michelotto assim dizem:

Veja-se que a Lei concede ao Ministério Público um alto nível de discricionariedade, visto que admite expressamente a estipulação de obrigações não previstas no referido artigo. Ocorre que o acordo de não persecução penal é justamente uma negociação entre as partes, vez que conforme o próprio caput do art. 28-A determina, as condições deverão ser ajustadas. Na prática, acaba sendo comum, tanto na suspensão condicional do processo quanto na transação penal, afora no próprio acordo de colaboração premiada, que as condições sejam unilateralmente propostas pelo Ministério Público, sem qualquer (ou mínima) possibilidade ou interesse de negociação, de modo que o acusado acaba optando por enfrentar o processo. Inclusive, por vezes, mesmo que haja condenação as penas fixadas não diferem significativamente do acordo (anteriormente proposto) ou muitas vezes acabam

por ser inferiores ao proposto no acordo. (OLIVEIRA ; MICHELOTTO, 2020, p.02)

Os autores trouxeram à baila que na prática jurídica diária, muitas vezes, pela unilateralidade de proposição de condições para que o acordo aconteça, já que cabe ao Ministério Público elaborar o objeto da negociação, o autor pode não aderir ao acordo por não haver uma compensação satisfatória em desistir da persecução penal.

Não restam dúvidas de que o acordo de não persecução penal se encontra legitimado *Parquet* e é reconhecido pelo Poder Judiciário brasileiro. Porém, deve-se saber que ao ministério Público é imposto o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal que, conforme será visto posteriormente neste estudo, vem sendo mitigado.

Uma questão fundamental do acordo de não persecução penal diz respeito a sua forma. A realização de um acordo com o fim de desafogar o judiciário evitando os trâmites processuais está diretamente ligada à uma natureza extrajudicial. Esta tem como ponto importante a essencialidade de que tenha uma homologação judicial para que a validar e regulamentar o cumprimento. É dessa forma que se realiza a busca pelo equilíbrio entre os dois fatores mais importantes.

Cabe ao juízo competente homologar a decisão que foi acordada entre o Ministério público e autor, e essa obrigatoriedade está formalizada em lei, junto a previsão normativa do acordo, dos parágrafos 3 a 14 165 do art. 28-A na lei

165 § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

13.964/19, trazendo a obrigatoriedade de que o acordo seja voluntário e realizado por escrito. A jurisprudência pátria evidencia a necessidade de homologação nos casos em que se cumprem os requisitos, como no seguinte caso:

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM LIXÃO. DANO AO MEIO AMBIENTE. CELEBRAÇÃO DE AJUSTES COM O PREFEITO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 28-A DO CPP. PLEITO MINISTERIAL. HOMOLOGAÇÃO.

- Impõe-se homologar Acordo de Não Persecução Penal requerida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, quando o investigado se propõe a atender às regras ali estabelecidas, e desde que a situação investigada e o próprio agente preencham os requisitos descritos nas disposições do art. 28-A do Código de Processo Penal. (TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 00002781220208150000, -Não possui-, Relator CARLOS EDUARDO LEITE LISBOA, j. em 15-10-2020)

Os passos formais para realizar o acordo serão tomados após a verificação de que o indiciado se encaixa nos padrões estabelecidos, quais sejam: existência de confissão pelo agente; crime não doloso e que não seja caso de arquivamento; crime que não se caracterize como violência doméstica; ausência de reincidência do autor e de antecedentes que denotem conduta criminosa habitual; e ausência de benefícios por ANPP, transação penal ou sursis processual nos 5 anos antecedentes.(LOPES JR, JOSITA, 2020)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

Após a verificação de requisitos, cabe ao Ministério Público a designação de audiência para discussão do termo do acordo, e como o teor ditará a prestação que o indiciado deverá cumprir, conforme traz Nucci:

O acordo será feito por escrito e assinado pelo membro do MP, pelo investigado e pelo defensor. A homologação desse acordo deve ser feita em audiência, privilegiando-se o princípio da oralidade; o magistrado deve apurar a voluntariedade do investigado, ouvindo-o formalmente, na presença do seu defensor. Caso o juiz das garantias considere alguma cláusula inadequada, insuficiente ou abusiva, deve devolver os autos do Ministério Público, a fim de que este reformule a proposta, contando com a aceitação do investigado e seu defensor. Por força de liminar, está suspensa a eficácia da norma criadora do juiz das garantias. Assim, fará as suas vezes o magistrado que, normalmente, acompanha os inquéritos. Quando homologado judicialmente, os autos serão encaminhados à execução, no juízo das execuções penais. Recusada a homologação, cabe recurso em sentido estrito pelo Ministério Público (NUCCI, 2020, p. 384)

Nucci continua o raciocínio sobre os trâmites do ANPP trazendo à baila que:

A vítima será cientificada do acordo homologado e também se houver o descumprimento. É mais um ponto no qual se inclui o ofendido no processo penal, em vez de extirpá-lo disso. Se o acordo não for cumprido, o MP comunica ao juízo para fins de decretação da rescisão e, na sequência, oferecimento de denúncia. Se houve o descumprimento, é natural que o Ministério Público não ofereça o benefício da suspensão condicional do processo. Quando cumprido, julga-se extinta a punibilidade do investigado. Esse acordo não gera antecedente criminal nem constará dos registros, a não ser para evitar outro acordo no período de 5 anos após o primeiro. (NUCCI, 2020, p.384)

Destaca-se que a sentença com a posterior extinção da punibilidade será emitida pelo juízo das execuções. Também, ela está diretamente vinculada e dependente da verificação de que as cláusulas acertadas no acordo foram plenamente e regularmente cumpridas pelo indiciado.

Quando o indiciado aceita a proposição acordada pelo ANPP, há então o cumprimento de algumas condições, de forma alternativa ou em conjunto, como elencaram Borri e Battini:

Em caso de aceitação do acordo, serão cumpridas cumulativa ou alternativamente, determinadas condições: i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; ii) prestação de serviços à comunidade com pena reduzida; iii) prestação pecuniária; iv) outra condição a ser estipulada de acordo com o Ministério Público. (SOARES, BORRI, e BATTINI, 2020, p. 217).

As condições têm o cumprimento vinculado ao acordo, e não precisam ser, necessariamente, realizadas ao mesmo tempo ou em grupo na sua integralidade, podendo ser definidas de acordo com a proposta do Ministério Público.

3.1 A retroatividade

É mister elucidar a questão do tempo para aplicabilidade do Acordo de não persecução penal. Para Lima, se tratando de norma genuinamente processual, tem sua aplicação realizada de forma imediata, e pode, assim, ser celebrado em fatos anteriores à entrada em vigor do pacote anticrime, resguardando-se os casos em que o magistrado já recebeu peça acusatória. (LIMA, 2020, p.179).

Ainda em relação o momento de celebração do Acordo de não persecução penal, é importante refletir sobre a divergência de aplicação segundo a 5ª e 6ª turmas do STJ onde a 5ª "entende que a aplicação do acordo é possível em processos em curso somente até o recebimento da denúncia; enquanto a 6ª tem aceitado a aplicação para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação." (VALENTE, 2020, p. 01)

O caso concreto¹⁶⁶ que foi remetido ao STF trouxe à baila a questão da retroatividade de aplicação do ANPP, que de um lado (na 5ª turma) é vista como

166 [...] No caso concreto, o HC trata de um homem preso por transportar 26g de maconha e condenado à pena de 1 ano e 11 meses de prisão, substituída por restritiva de direitos. Depois, o Tribunal de Justiça reformou parcialmente a sentença para determinar a devolução de um carro apreendido, mas a pena foi mantida.

A defesa então impetrou agravo em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido por decisão monocrática do presidente da corte, o que ensejou a interposição de novo agravo.

possível apenas se a denúncia não tiver sido feita, levando em conta a lógica da redução de custos e motivação de criação do acordo.

Logo na 6ª, o entendimento é de que a retroatividade pode acontecer durante a persecução processual, como explica Aury Lopes Jr:

O acordo de não persecução penal poderá ser oferecido aos processos em curso quando da sua entrada em vigor, na medida em que se trata de norma mista (retroage para beneficiar o réu). Também não vislumbramos obstáculos a que seja oferecido em qualquer fase do procedimento, caso não tenha sido acordado no início do feito; (JR, 2020, p. 318).

Compreende-se a intenção do Ministro Gilmar Mendes, que remeteu o Habeas Corpus 185.913 ao STF, no íterim da decisão, que assim trouxe:

Constato que a possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP (inserido pela Lei 13.964/19) – que previu o denominado acordo de não persecução penal – a processos em curso tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica. Trata-se de questão de interesse constitucional e regulada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XL, nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Certamente, discute-se a potencial aplicação de tal dispositivo também a normas de natureza mista ou processual com conteúdo material. Nesse sentido, preliminarmente, delimito as seguintes questões-problemas: a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o

Este agravo foi declarado intempestivo pela 5ª Turma, na forma do artigo 39 da Lei 8.038/90, que trata das normas procedimentais para processos em tramitação no STJ e no STF, e de disposição regimental específica.

No STF, a defesa afirma que o artigo 39 foi revogado pelo artigo 1.070 do CPC, que prevê prazo de 15 dias para qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.

Além disso, sustentou que seria possível aplicar o acordo de não persecução penal, considerando a admissibilidade da retroatividade da norma penal benéfica. [...] (VALENTE, 2020, p. 02)

imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?(STF - HC: 185913 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: 22/09/2020)

O Ministro trouxe à baila a questão do estudo da natureza da norma à fundo, para que assim possa determinar se a retroatividade pode acontecer, e em que ponto deve ocorrer (VALENTE, 2020), para que dessa forma haja uma uniformização na linha de raciocínio sobre a questão.

3.2 A constitucionalidade do ANPP

A observância dos princípios constitucionais é vital para que o ordenamento jurídico pátrio acolha um instituto que pretende promover mudanças no panorama existente, assim, qualquer alteração e inserção deve ser feita em sintonia ao que rege o judiciário como um todo, primando pela correspondência constitucional.

A inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro se deu a partir de um artigo na resolução n.181 do Conselho Nacional do Ministério Público, e, com isso, questionou-se a constitucionalidade do acordo, porém, como se verá adiante, o rompimento com o princípio da obrigatoriedade penal evidencia que este não tem status constitucional.

A controvérsia teve um fechamento com a entrada em vigor da lei n. 13.964/19, que versa sobre a matéria, “em fiel observância ao art. 129, I, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (LIMA, 2020,p.279).

Como já visto, a disponibilidade de outros recursos que auxiliam o judiciário a desafogar a grande demanda processual traz uma carga para o ANPP, já que este deve ter o seu papel bem estabelecido e desempenhado para que mostre na sua execução rotineira uma efetiva melhoria na demanda processual penal.

4 AÇÃO PENAL

O sistema judiciário brasileiro traduz o direito de ação penal como “público subjetivo de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto” (LIMA, 2020, p.213). Assim, configura-se como um direito inerente ao

Ministério Público ou a parte autora da ação, a que é assegurada a realização do devido processo legal, com previsão no texto constitucional.¹⁶⁷

É importante compreender, no entanto, que o direito de ação é diferente da ação em si, como elucida Lima, ao dizer que:

Não se pode confundir o direito de ação com a ação, propriamente dita. Direito de ação é o direito de se exigir do Estado o exercício da jurisdição. Ação, todavia, é o ato jurídico, ou mesmo a iniciativa de se ir à justiça, em busca do direito, com efetiva prestação da tutela jurisdicional, funcionando como a forma de se provocar o Estado a prestar a tutela jurisdicional. No ordenamento jurídico pátrio, a ação penal é tratada tanto no Código Penal (arts. 100 a 106) quanto no Código de Processo Penal (arts. 24 a 62). Não obstante sua previsão no CPP, como a ação penal tem estreita relação com o direito de punir do Estado, não deixa de ter também caráter penal.(LIMA,2020)

O direito de ação penal é público; subjetivo (por poder ser exigido pelo titular ao Estado); autônomo; abstrato (independente da procedência da pretensão acusatória); determinado (pelo vínculo à pretensão de direito material); e específico (por ser diretamente relacionado a um delito de suposta autoria do acusado). (LIMA, 2020,p.294)

Em relação às suas espécies, a ação penal pode ser pública ou privada, referindo-se o primeiro grupo às ações em que cabe ao Ministério Público figurar na titularidade da ação. Pires assim explicou os tipos de ação pública:

a) Ação penal pública incondicionada à representação: Esta é a regra geral, que se aplica todas as vezes que a legislação não mencionar a necessidade de queixa, representação ou requisição do ministro da justiça. A única exceção ocorre quando o crime for praticado contra o patrimônio da União, Estado ou Município.

167 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; (BRASIL,1988)

b) Ação penal pública condicionada à representação: Como o próprio nome sugere, o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público fica condicionado a representação do ofendido. (PIRES, 2019, p. 01)

A autora continua o raciocínio abordando as espécies de ação penal privada:

a) Ação penal privada exclusiva ou propriamente dita: é cabível a propositura para aqueles que tem o direito de representação, dentro do prazo decadencial de seis meses;

b) Ação penal privada personalíssima: cabe apenas à vítima o direito de propor. A única hipótese de cabimento atualmente é no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento ao casamento, tipificado no art. 236 no CP. Prazo decadencial de seis meses.

c) Ação penal privada subsidiária da pública: proposta pelo titular da ação penal privada exclusiva, através de uma queixa-crime subsidiária, ocorrendo a inércia do direito de ação do Ministério Público (cinco dias para acusado preso ou quinze dias para acusado solto). Art. 5º, LIX, CF/88. (PIRES, 2019, p.01)

A busca pela ação penal, quando o caso abraça as condições para que ela aconteça é, num raciocínio simplório, a busca pela efetivação da justiça em si, porém, é fundamental que se compreenda o contexto da lide e as suas particularidades antes de optar pelo andamento da ação penal, tendo em vista o cenário de superlotação do judiciário brasileiro.

O princípio de obrigatoriedade da ação penal pública define a persecução e acusação como um dever que cabe aos órgãos persecutórios criminais, sendo uma forma obrigacional de andamento assim como a apuração do fato delituoso é uma função compulsória das autoridades policiais (LIMA, 2020)

A obrigatoriedade de persecução penal, no entanto encontra exceções, podendo ser um princípio mitigado em prol da aplicação de uma solução que não alcance os alvos processuais mas traga efetividade na resolução do problema da lide, de forma que melhore o judiciário.

4.1 O princípio da obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade penal é fundado na visão social de que cabe ao Estado promover uma administração dos conflitos que existirem na sociedade. O Direito Penal é, então, essencial para a promoção da justiça e correta aplicação da pena do sujeito que praticar atividade delituosa. A efetividade da lei penal, no entanto, está também guiada por princípios constitucionais e diretamente ligada ao seu reflexo de prevenção.

No entendimento trazido por Nucci, ação penal é:

É o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto. Por meio da ação, tendo em vista a existência de uma infração penal precedente, o Estado consegue realizar a sua pretensão de punir o infrator. Trata-se do “poder jurídico de promover a atuação jurisdicional a fim de que o julgador se pronuncie acerca da punibilidade de fatos que o titular da demanda reputa constitutivos do delito”.(NUCCI, 2020, p. 399)

A ação penal, portanto, é uma forma de atuação jurisdicional que tem como fim a efetivação da pretensão de punir do Estado, servindo como um alicerce na busca do indivíduo ao acolhimento do judiciário para solução de sua demanda.

A obrigatoriedade penal figura como um dever, do Ministério Público, de promover uma ação penal quando as condições são percebidas e é justa a causa. A posição do Ministério Público diante da competência e averiguação da necessidade e possibilidade de ação penal tem que ser a promoção desta, como trouxe à baila Rogério Greco:

De dar início à ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico, ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para a sua propositura, ou seja, aquele lastro probatório mínimo que dê sustento aos fatos alegados na peça inicial de acusação. (GRECO, 2017, p. 896).

A decisão do Ministério Público, por mais que tenha por base seguir o princípio da obrigatoriedade da ação penal, tem como grande impasse a realidade do judiciário, que fora do plano ideológico encontra as dificuldades das extensas demandas e diminutos recursos humanos para dar uma resposta hábil e realmente eficiente a cada caso apresentado.

5 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Diante do cenário encontrado no judiciário, se faz necessário que a visão do Direito seja buscando a eficácia, que na universalidade de casos, encontra na solução extrajudicial um aliado para que a justiça aconteça. Assim, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal em prol da eficácia na resolução dos casos que se adequam aos critérios.

Trazendo a solução para fora do âmbito processual: “Há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva.” (SOARES, BORRI, e BATTINI, 2020, p. 216).

A visão proposta pela mitigação não se encaixa como uma forma de descumprimento de princípio para o prejuízo do indiciado, do Ministério Público, ou da vítima do ato delituoso, mas como uma forma de alternar o processo com uma solução que tem a natureza negocial com um grande potencial de promover a justiça com mais eficácia.

A existência de uma regulamentação em lei se fez extremamente necessária para compreender as particularidades do ANPP e demonstrar que a mitigação, também por ser vantajosa para todos os lados da equação, encontra razão de existir suficiente na eficácia dos resultados que um acordo pode promover.

Percebe-se que na rotina processual, a utilização do princípio da obrigatoriedade se mostra cada vez mais inviável. Um dos maiores problemas é a deficiência no número de servidores e a crescente demanda por solução de casos criminais no Brasil.

Por isso, é razoável que haja uma flexibilização de tal princípio, pois, como bem aponta Cabral (2020, p. 41), “[...] a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de se fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentam o princípio da legalidade. ”

Ressalta-se que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que já existem institutos como a transação penal, suspensão condicional do processo e, mais recentemente inserida, a colaboração premiada. O acordo de não persecução penal surge, conforme visto, para ampliar a justiça penal consensual.

Importante também é observar que há debates no sentido da inexistência de previsão constitucional expressa que o Ministério Público deve promover denúncias de maneira desenfreada e sem exceções, conforme demonstra Melo, dizendo que:

[...] No Brasil não há previsão constitucional sobre a obrigatoriedade da ação penal, como ocorre no art. 112 da Constituição Italiana. Também não há nenhuma justificativa para imaginar que seja um princípio implícito na Constituição Brasileira, pois elementos do poder punitivo devem ser expressos, não podendo ser implícito.(MELO,2020, p.192)

Compreende-se então que a existência do princípio de obrigatoriedade de ação penal não o faz sempre predominante, já que o sistema penal tem como objetivo a eficácia, que muitas vezes só se alcança com a flexibilização e mitigação do mesmo, quando se observa que o contexto é de superlotação do judiciário.

Cabral trouxe sobre o princípio da obrigatoriedade a concepção de que a sua utilização para dar andamento à ação penal mesmo quando claramente contraproducente (CABRAL,2020), é uma decisão terrível e prejudicial ao sistema, que fica preso por uma formalidade que, na prática, não agrega solução e se torna ineficaz.

Neste aspecto, Cabral sustentou:

Por isso, não é mais admissível que a doutrina se afeire ao princípio da obrigatoriedade – que, em essência, como dito, pretende evitar o favoritismo, o protecionismo e a improbidade – como forma de barrar uma solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas, que se dá com a ampla possibilidade de celebração de acordos penais.(CABRAL, 2020, p. 35)

Ainda, na legislação ordinária, o princípio da obrigatoriedade se encontra no Art. 24 do CPP, como aduz Lima (LIMA, 2019, p. 249): “para grande parte da doutrina, o princípio da obrigatoriedade não tem status constitucional, sendo extraído do art. 24 do CPP [...]”. No mesmo sentido leciona Aury Lopes Jr (JR, 2020), sustentando que tal princípio não possui previsão expressa, mas que pode ser extraído do art. 24 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o Acordo de não Persecução Penal mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, tornando-o sem efeito absoluto, abrandando sua

eficácia. Mitigar significa “[...] tornar mais abrando, mais suave, menos intenso; aliviar, aplacar.” (FERREIRA, 2015, p. 235). Há um conflito com o princípio da independência funcional do Ministério Público, previsto no Art. 127, §1º da carta magna, que traz a concepção de que os promotores são norteados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (ou da legalidade).

O referido princípio garante aos promotores liberdade para formarem suas próprias convicções no desempenho de suas atividades, não se submetendo a nenhum escalonamento hierárquico, devendo nortear-se apenas pela lei e, obviamente, suas mentes (OLIVEIRA, 2017).

Nas palavras de Barros e Romaniuc:

[...] O que temos como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do parquet ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma conveniência justificada pela livre valoração do interesse público.(BARROS; ROMANIUC, 2020, p.89)

Cabe trazer à baila também a questão da obrigatoriedade de proposição do Acordo de não persecução penal, tendo em vista a existência de casos em que o agente se qualifique para proposta de ANPP e o representante do Ministério Público fique diante desse fato. Sobre o tema, Aury Lopes Jr tem o seguinte entendimento:

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. (JR, 2020, p. 321)

Na visão do autor, o imputado teria o direito a optar pelo ANPP e assim, poderia postulá-lo para que o juiz dê garantia da eficácia do sistema de direitos que o réu tem (LOPES JR; JOSITA, 2020). Corroborando com esse entendimento, tem-se o seguinte posicionamento na jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 15, CAPUT, DA LEI 10.826/2003. CONDENAÇÃO. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO APELADO. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO NOVEL ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE. **DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE DECLARADA. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU PARA APLICABILIDADE DO ART. 28-A, DO CPP, CABENDO AFERIR A PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL PARA PROPOSITURA DO ACORDO. RECURSO PREJUDICADO.**I - O acordo de não persecução penal foi trazido pela Lei Anticrime junto ao artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao permitir que o investigado que tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, firme acordo que redunde na não instauração de processo penal em seu desfavor.II - No caso em análise, a propositura do acordo de não persecução penal em nenhum momento foi oferecida ao acusado, mesmo após a entrada em vigor do novel diploma legal. III – Contudo, entende-se que o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República, principalmente considerando-se que houve tempestiva manifestação pela defesa requerendo o benefício na primeira oportunidade que falou nos autos, não estando assim acobertado pela preclusão processual. IV – Nessas condições é que a formulação do acordo de não persecução penal deve ser proposta em caso de presença de seus requisitos legais, aferidos em audiência específica a tal fim. Portanto, deve os autos retornar à origem para que o órgão ministerial possa aferir a existência ou não dos requisitos previstos na legislação processual penal para propositura do acordo de Não persecução Penal no presente caso. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0001196-42.2016.8.16.0060 - Cantagalo - Rel.: Desembargador Luís Carlos Xavier - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Desembargador Laertes Ferreira Gomes - J. 17.07.2020)

No entanto, cabe também entendimento diferente por outros autores, como Higyna Josita, que não vê o ANPP como um direito subjetivo, mas como uma faculdade do Ministério Público.

Nessa direção afirmou Higyna Josita:

Como já decidiu o STJ (AgRg no RHC 74.464/PR), a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensuada. (LOPES JR; JOSITA, 2020, p.03)

A ausência de obrigatoriedade do Ministério Público, no entanto, não o isenta de ter que fundamentar as razões pelas quais decide não propor o ANPP ao indiciado, para que este possa fazer um pedido de revisão junto ao Órgão Ministerial Revisional, através de um pedido de reconsideração com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP), executando, assim, o seu direito à ampla defesa (LOPES JR, JOSITA, 2020).

5 CONCLUSÃO

A contextualização do Acordo de não persecução penal no sistema judiciário brasileiro é desafiadora quando se olha pelo ponto de vista dos embates burocráticos inerentes a esse sistema. Num contexto de superlotação de demandas onde falta capacidade processual e até mesmo equipe que consiga dar uma solução efetiva ao andamento das ações penais, soluções extrajudiciais são essenciais para que a justiça aconteça.

Como visto no presente estudo, a implementação de mecanismos de justiça negocial criminal num sistema abarrotado de ações, ocorre com o fim de promover otimização na solução dos casos. Essa promoção baseia-se na seleção de quais casos que podem ser solucionados sem o enfrentamento dos trâmites processuais.

O acordo de não persecução penal baseia-se na solução da lide com acordo feito entre o Ministério Público e o indiciado pela via extrajudicial, com a respectiva homologação em juízo posterior. Acerca do momento de proposição, conforme visto no tópico 3.1, há divergência que levou a questão até o STF, já que a 5ª e 6ª turmas do STJ divergiam, a primeira compreendendo que o acordo só pode ser

implementado em ações penais até a denúncia, e a segunda até o trânsito em julgado.

No tópico 5 explorou-se o posicionamento do princípio da obrigatoriedade de frente ao ANPP, já que a sua mitigação pode ser necessária na efetivação do acordo, e se mostrou errôneo, uma vez que ambos existem para trazer efetividade ao sistema, porém, necessitam de uma utilização inteligente para que funcionem de modo a fazer a solução às demandas existir no final de sua aplicação.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, portanto, é necessária quando acontece em prol da efetivação de um acordo que dá uma resposta mais rápida e eficaz à demanda que lhe é disposta, para que assim se alcance a justiça de forma plena, e não atrelada a embates burocráticos que prejudiquem a satisfação da parte.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; Jefson, ROMANIUC. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal**. In: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. Acordo de não persecução penal. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 59-110.

BRASIL. **[Constituição (1998)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, [2016].

_____. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20192022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BUCH, João marcos. Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro: Não há democracia sem respeito ao Estado de direito; não existe Estado de direito sem respeito à ampla defesa e ao devido processo legal, especialmente no tocante à aplicação de pena privativa de liberdade; não há espaço no direito brasileiro para a implementação do plea bargain. **Migalhas**, [S. /], p. 1-2, 14 jan. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 8 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Departamento de pesquisas judiciárias. Justiça. **Justiça em números**, [s. /], p. 1-238, 2019. Disponível em:

<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/8/art20190829-11.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da lei 13.964/2019 (pacote anticrime). 1. ed. atual. Salvador: Jus podivm, 2020. 256 p. v. 1. ISBN 978-85-442-3442-6.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *In*: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 21-55.

CAPELA, Fábio. Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro. **Justificando**, [S. l.], p. 1-4, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em: 8 nov. 2020.

FARIELLO, Luiza. Toffoli ressalta importância da conciliação para pacificação social. **Notícias CNJ**, [S. l.], p. 1, 6 nov. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/toffoli-ressalta-importancia-da-conciliacao-para-pacificacao-social-2/>. Acesso em: 27 set. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 12 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

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

JR, Aury lopes; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Conjur**, [S. l.], p. 1-3, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 27 set. 2020.

JR, Aury lopes. **Direito processual penal**: de acordo com as leis n. 13.869/2019 e n. 13.964/2019. 17. ed. rev. atual. e aum. São paulo: Saraiva, 2020. 1232 p. ISBN 978-85-309-8998-9.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p. ISBN 978-85-442-3501-0.

MICHELOTTO, Mariana n.; OLIVEIRA, E Marlus H. Arns de. Acordo de não persecução penal: Para alcançar sua plenitude como legítimo instrumento, o acordo de não persecução penal, assim como os demais instrumentos de acordo, tem muito a ser aprimorado.. **Migalhas**, [S. /], p. 1, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 27 set. 2020.

MELO, André Luis Alves de. **Da não obrigatoriedade da ação penal pública**. *In*: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. Acordo de não persecução penal. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 191-234.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8998-9.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. **“O mito da obrigatoriedade da ação penal n o ordenamento jurídico brasileiro”**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 4 9, p. 237,262 – jan./jun. 2017. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletimcientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro/at_download/file. Acesso em: 20 abr. 2020.

PIRES, Agatha. Ação penal: definição e classificação. **Jus.com.br**, [S. /], p. 1-3, 1 mai. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74008/acao-penal-definicao-e-classificacao>. Acesso em: 27 set. 2020.

SOARES, Rafael Junior Soares; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. breves considerações sobre o acordo de não persecução penal: Para alcançar sua plenitude como legítimo instrumento, o acordo de não persecução penal, assim como os demais instrumentos de acordo, tem muito a ser aprimorado.. **REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIAS**, [s. /], ano 20, v. 5, p. 213-231, 22 maio 2020.

SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A constitucionalidade do acordo de não-persecução penal previsto na resolução n. 181/2017 do conselho nacional do ministério público: um estudo acerca da expansão da justiça criminal consensual no Brasil**. 2018. 108f. Monografia [Graduação em Direito] – Curso de bacharelado em Direito, UFRR, Boa Vista, 2018. Disponível em:

http://ufrbr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=442:a-constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-previsto-na-resolucao-n-181-2017-do-conselho-nacional-do-ministerio-publico-um-estudo-acerca-da-expansao-da-justica-criminal-consensual-no-brasil-autora-elisdaira-marilia-fernandes-da-silva&id=88:2018-2&Itemid=314. Acesso em: 28 out. 2020.

STF - **HC: 185913** DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: 22/09/2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/53185/envie-seus-artigos-monografia-peas-juridicas-e-apostilas-ou-resumos-para-publicacao-no-contedo-juridico>. Acesso em: 17 nov. 2020.

TJPB – **ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 00002781220208150000**, -Não possui-, Relator CARLOS EDUARDO LEITE LISBOA, j. em 15-10-2020.

TJPR - 2ª C.Criminal - **0001196-42.2016.8.16.0060** - Cantagalo - Rel.: Desembargador Luís Carlos Xavier - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Desembargador Laertes Ferreira Gomes - J. 17.07.2020.

VALENTE, Fernanda. Aplicação retroativa do acordo de não persecução será julgada em Plenário. **Conjur**, [S. /], p. 1-2, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/retroatividade-acordo-nao-persecucao-julgada-plenario>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E PSICOLÓGICA SOBRE SEUS EFEITOS

ELESBÃO OLIVEIRA CAVALCANTE:

Bacharelado do Curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo, Experiência Corregedoria Geral de Justiça do TO

ANDRÉIA AYRES GABARDO

(orientadora)

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre a Alienação Parental, por meio de pesquisas de artigos científicos, artigos jurídicos e pela doutrina forense. O tema será abordado em partes, sendo que primeiramente serão apresentados os aspectos gerais sobre a alienação parental, a diferenciação entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental propriamente dita, em seguida tratando dos aspectos jurídicos relacionados a Lei nº 12.318/2010, enquanto apresenta-se a importância da guarda compartilhada na redução de conflitos judiciais provenientes da ruptura familiar.

No capítulo inicial será apresentado a família no ordenamento jurídico, a ética, a moral e suas relações com o direito, o poder familiar e a proteção dos pais para com os filhos, visando assim contextualizar o instituto família no ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade para posteriormente relacioná-lo com a alienação parental.

No capítulo seguinte, será efetuada uma análise acerca do conceito de alienação parental e a síndrome a ela relacionada, a patologia social da prática da alienação parental, os motivos dos alienadores na realização dessas práticas e as consequências para os alienados, tanto as crianças quanto os adultos.

Por fim, no último capítulo inicia-se a análise jurídica tanto dos atos relacionados à alienação parental como a apresentação da Lei nº 12.318/2010, destrinchando seus parágrafos de forma analítica, apresentando, também, a necessidade quanto à opção pela guarda compartilhada e à alienação parental sob a análise jurisprudencial e posteriormente entra-se no quesito da aplicabilidade da legislação positiva no ordenamento jurídico, demonstrando as dificuldades encontradas na prática pelos magistrados e pela sociedade, buscando avaliar principalmente os efeitos colaterais no ambiente familiar, apresentando métodos que devem ser utilizados com o objetivo de redução e combate à Alienação Parental,

afastando a tutela jurisdicional que geralmente acaba favorecendo uma das partes e utilizando do equilíbrio entre elas.

Finalmente através da análise de pesquisas bibliográficas realizadas espera-se que este trabalho possa auxiliar na constituição de um recurso útil à equipe de profissionais multidisciplinares que auxiliam na área jurídica, nas análises processuais nas Varas de Família, como assistentes sociais, psicólogos e os profissionais jurídicos.

1 O DIREITO E A FAMÍLIA NO BRASIL

A família está atrelada a composição da sociedade desde os primórdios da humanidade, desenvolvendo as novas gerações e possuindo importância a sua composição de forma adequada para o desenvolvimento dos indivíduos, mediante esta importância, deve-se buscar compreender seu conceito através da doutrina jurídica.

O conceito de família está relacionado ao agrupamento informal iniciado naturalmente pelos seres humanos, pois estes são seres sociais, no entanto, a família é constituída atualmente também através do direito, então a família é considerada um elemento fundamental para a sociedade e conseqüentemente possui direito à proteção integral diante do Estado (MARIA BERENICE DIAS, 2017).

Ocorreu desenvolvimento considerável através da promulgação da Constituição Federal de 1988 diante do conceito de família, ocorrendo mudanças significativas, reconstruindo conceitos inerentes ao direito de família e findando gradualmente a família no modelo patriarcal, onde foi desconstruída a imagem da figura paterna soberana.

O ser humano possui características de socialização naturalmente, sendo o ambiente familiar o primeiro local onde os indivíduos exercem suas habilidades sociais, aprendendo as formas de sobrevivência e hábitos de socialização como respeito ao próximo, educação, formas de comportamento e etc, ocorrendo no ambiente familiar o desenvolvimento individual e social dos indivíduos, ou seja, a família possui função importantíssima para a manutenção e sustentabilidade da sociedade (FACO E MELCHIORI, 2009).

Observa-se alterações na percepção da função familiar, pois ocorreram desconstruções quando comparada ao passado da humanidade, divergindo completamente dos conceitos impostos pela religião anteriormente, surgindo novos modelos familiares, sendo valorizados os vínculos afetivos e não apenas as questões consanguíneas, todavia, independente da formação familiar, seus objetivos mantêm-se os mesmos.

O instituto da família possui relação direta com a ética, a moral e o direito, devido a evolução social em que ocorrem alterações na percepção sobre a ética para a sociedade, onde práticas que anteriormente eram corriqueiras passam a não ser aceitas, gerando a partir deste fato a necessidade do desenvolvimento do direito positivo.

O instituto da família possui caráter substancial para a sociedade, pode-se observar essa importância no Direito Brasileiro, inclusive sendo criadas especificamente para atender às famílias, denominadas Varas de Família, o Direito de Família e o atendimento de equipe multidisciplinar especializada são então direcionadas ao atendimento às famílias, presentes nas Defensorias Públicas do Brasil, necessitando-se compreender como efetivamente é exercido o poder familiar na convivência familiar e a responsabilidade decorrente deste poder.

1.1. PODER FAMILIAR

O poder familiar pode ser considerado um poder-dever na sociedade brasileira, devido as questões de obrigatoriedade dos pais ao responderem civilmente por qualquer ato praticado por seus filhos diante de terceiros até que estes atinjam a maioridade civil, devendo efetuar retratação financeira diante de seus atos como dano material ou moral.

Pode-se conceituar o poder familiar através da visão de Gagliano e Filho (2017, p. 1.600), "o complexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes".

O poder familiar é então um conjunto de deveres e direitos designados aos pais adotivos ou genitores, possuindo as mesmas características e tendo a obrigação de proporcionar moradia, alimentação, apoio psicológico e financeiro, aos filhos menores, pois estes são considerados incapazes de prover sua subsistência.

Conforme Maria Berenice Dias (2017) define algumas características importantes do poder familiar.

O poder familiar é irrenunciável, intrasferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar os filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o

seu exercício, preferencialmente a um membro da família. (Dias, 2017, p.489).

Observou-se a obrigatoriedade quanto ao exercício do Poder Familiar, sendo este irrenunciável e inalienável, por parte dos pais ou responsáveis, não podendo abster-se de qualquer ato praticado por seus filhos, devendo manter financeiramente e cuidar de seus filhos até a maioridade civil plena, onde estes irão se tornar plenamente capazes diante do ordenamento jurídico.

Os pais possuem a obrigação de prover a proteção dos filhos, sejam crianças ou adolescentes, evitando que saiam em horários inapropriados para a sua idade, digiram-se a festas impróprias, monitorem seus atos praticados em redes sociais, entre outros, sendo assim, os pais possuem a obrigação de acompanhar o desenvolvimento de seus filhos, cuidando para que atinjam a maioridade de forma segura, pois as crianças ou adolescentes não possuem desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as consequências dos atos praticados, principalmente à longo prazo.

Buscando auxiliar na situação de proteção integral da criança ou adolescente, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) possui como princípios basilares o princípio do melhor interesse a paternidade responsável e a proteção integral, visando assim garantir juridicamente que os filhos sejam conduzidos à maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais (MARIA BERENICE DIAS, 2017).

O rompimento do vínculo familiar causa certos traumas à criança ou adolescente, principalmente nos casos litigiosos, onde geralmente ocorrem práticas de Alienação Parental, indo à contramão da responsabilidade dos pais, pois deixam de proteger o desenvolvimento psicológico de seus filhos para atingir o outro genitor.

Desta forma, os pais ao romperem o vínculo conjugal devem buscar alcançar a maneira menos traumática, colocando as crianças em primeiro lugar, conforme o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente.

1.2. DO CASAMENTO

O casamento é um ato celebrado devido à afeição, amor, confiança, convívio, afinidade e respeito entre duas pessoas que desejam se unir em matrimônio, o casamento também é um ato solene conforme previsto no Código Civil, visando garantir o registro do contrato firmado entre estas duas pessoas, pois gera direitos e deveres entre ambos.

De acordo com Pereira (2017, p. 105), “No direito brasileiro, Lafayette o definiu: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.”

Pode-se considerar o casamento como um contrato componente do direito privado, onde são gerados direitos e deveres com igual teor para ambas as partes, estes são estendidos quando ocorre a composição familiar, ou seja, a adoção ou proliferação de filhos ao aumentar o núcleo familiar.

O rompimento conjugal pode gerar obrigações inerentes à alimentos, retratação pecuniária, partilha de bens e danos morais, principalmente quando ocorre a transgressão de direitos relativos à fidelidade do cônjuge, e ainda quanto a partilha de bens deve ser analisado o regime de bens adotado pelo casal no ato da assinatura do contrato de casamento, podendo possuir o intuito de separação total dos bens, comunhão parcial de bens ou comunhão universal de bens, estes regimes encontram-se presentes no CC – Código Civil em seus artigos 1658 ao 1668,

Assim como a sociedade, a conceituação da família e do casamento encontram-se em evolução constante, surgindo a figura da união estável, instituto este que atualmente é equiparado ao casamento e podendo inclusive gerar partilha de bens e direito à alimentos, quando o parceiro possui dependência financeira do outro.

1.2.1. União Estável

A livre união das pessoas é obviamente anterior ao casamento, haja a vista a natureza social do ser humano, surgindo a família no princípio, em defesa da subsistência para formar conjuntos, como de modo semelhante acontece no mundo animal, surgindo com o tempo a evolução dos modelos de convívio e de interação das sociedades afetivas, até o advento do matrimônio ao lado da união informal. (MADALENO, 2018).

Esta união é reafirmada atualmente pela própria sociedade brasileira através do alto aumento no índice de uniões estáveis para a formação de novas famílias, fazendo com que as famílias unam-se naturalmente e não dependam da validação de um documento oficial para validar a composição de sua família e principalmente direitos dos cônjuges.

Segundo Rosa (2014, p. 205),

Pode-se dizer que, atualmente, uma das formas mais comuns de se constituir família no Brasil é através da união estável, o que

pode ser explicado, entre outros fatores, pela burocracia que o casamento envolve. Como a união estável consiste na união informal entre pessoas – ou seja, não exige processo, documentos, escolha de regime de bens, entre outros – com o objetivo de constituir família, alguns indivíduos têm optado por ela ao invés do casamento. Afinal, os objetivos são os mesmos: a afetividade e a vida familiar comum.

Na atualidade encontra-se cada vez mais latente a formação de novos modelos familiares, onde estão se valorizando o fortalecimento dos sentimentos, a união, o respeito e a convivência de forma saudável para todos os componentes familiares, tanto os cônjuges quanto os filhos.

1.2.1. Rompimento Do Vínculo Conjugal

No Brasil, atualmente se vivencia a exponencialidade quanto ao aumento dos rompimentos inerentes aos vínculos conjugais, observando-se a fragilidade destes com o desenvolvimento social, ocorrendo casamentos de forma abruptas e conseqüentemente com estabilidade volátil, fazendo com que chegue ao rompimento constantemente, sendo corroborado conforme apresentado por Bauman em sua obra denominada modernidade líquida,

O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro (BAUMAN, 2001, p. 12).

O filósofo Zygmunt Bauman apresenta como um dos principais aumentos nos índices relativos aos rompimentos dos relacionamentos em geral e conseqüentemente dos vínculos conjugais as questões relativas a tecnologia, a modernidade e o dinamismo da internet a qual vive-se nas redes sociais, onde a vida

do outro sempre encontra-se melhor e os indivíduos possuem centenas de escolhas à disposição de novos parceiros, comunicando-se diariamente.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

A prática da Alienação Parental baseia-se em campanha de desmoralização do outro cônjuge junto ao filho, esta prática geralmente é realizada pelos pais ou por parentes próximos à família, na maioria dos casos a criança ainda não compreende os motivos pelos quais terá que escolher apenas um dos pais para conviver, pois possui afeição à ambos.

De acordo com Waquim (2015, p.10):

Em termos simples, a Alienação Parental é caracterizada pela interferência maliciosa de um adulto na harmonia da convivência familiar de uma criança ou um adolescente com outro familiar, geralmente um genitor tentando afastá-la do outro genitor.

O pesquisador Richard Gardner foi o responsável pela descoberta da prática de Alienação Parental, tornando-a objetivo de estudo para buscar compreender os principais motivos causados por ela, o perfil do genitor alienador e as consequências psicológicas causadas aos filhos, essas consequências ficaram conhecidas como SAP – Síndrome da Alienação Parental. Conforme Gardner (1991, *apud* Waquim 2015, p. 10) a Síndrome da Alienação Parental (SAP) é definida como “distúrbio psicológico no qual a criança fica obcecada em depreciar e criticar um dos genitores, geralmente o pai, de forma injustificada ou exagerada, sendo que, na percepção dessa criança, um dos genitores é perfeito e o outro não faz nada certo”.

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 42).

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assedio, a própria criança contribui para a alienação.

Deparam-se diariamente com à alienação parental nas Varas de Família, fator que levou a observância quanto a necessidade da criação da Lei nº 12.318/2010, buscando-se trazer à tona a necessidade do combate as práticas de alienação e prever sanções para o genitor alienador, visando assim reduzir os índices relativos a alienação parental no Brasil.

A efetividade do direito diante da constatação das ações alienadoras praticadas pelos pais torna se importante para o desenvolvimento jurídico e social, principalmente por ser extremamente complexo o entendimento da realidade quanto a realização destes atos, devendo possuir equipe multidisciplinar para auxiliar o magistrado em suas análises para a comprovação de práticas de alienação.

Os atos de alienação parental ferem os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, através da efetivação de abuso moral. O artigo 73 do Estatuto da Criança e do Adolescente definiu que “a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei”.

Desta forma, deve-se analisar as consequências psicológicas da prática relativa à alienação parental dos pais mediante seus filhos, podendo incorrer em riscos sérios como depressão ou até o suicídio, pois a criança acaba se sentindo desprezada pelo genitor que está ausente do convívio familiar diário, abalando extremamente seu psicológico, ferindo assim os princípios básicos do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 ANÁLISE DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS PARA OS ALIENADOS

Diante da gravidade constatada pelas práticas relacionadas à Alienação Parental, devem ser analisadas as consequências destas nas crianças ou adolescentes, pois estas prejudicam seu desenvolvimento e a percepção pelo genitor alienado, podendo a criança crescer sem ensinamentos necessários para a sua vida adulta, por acabar bloqueando o afeiçoamento de um dos pais.

De acordo com Liana Brígida Araújo Carneiro e Alice Raquel Araújo Carneiro (2015) em seu artigo sobre os aspectos jurídicos acerca da Alienação Parental.

Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e às vezes suicídio, podendo o indivíduo ter tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas.

As crianças alienadas se recusam veementemente a manter contato com um dos genitores, como demonstração de lealdade ao outro genitor, tornando-se aliados valiosos nos esforços para punir e ferir o outro pai. (Waquim. 2015 *apud* Bernet *et al*, 2010.).

A SAP – Síndrome da Alienação Parental apresenta consequências irreversíveis como a depressão e a destruição da relação afetiva do genitor alienado com seu filho, isso pode vir a prejudicar a criança ou o adolescente em sua fase adulta nos relacionamentos afetivos, pois turvará sua percepção sobre a pessoa a qual se relaciona ao comparar com seu pai ou sua mãe e a impressão desviada que possui deste.

Ratificado por Cristiane de Lima (2010).

A Síndrome da Alienação Parental se refere aos danos comportamentais e emocionais sofridos pela criança vitimada. “Não é uma questão familiar, é social. O objetivo de cortar o vínculo entre genitor e filho de forma arbitrária é uma violência que traz consequências danosas. Quem sofre de Síndrome da Alienação Parental pode se tornar um adulto com dificuldade nas relações afetivas e sociais.

O genitor alienador ao realizar campanha de desmoralização do genitor alienado junto ao filho, busca atingir a imagem deste e principalmente sua integridade emocional ao ver seu próprio filho realizar contestação sobre seu afeto, amor, carinho e proximidade, necessitando em alguns casos de profissional especializado para conseguir findar a imagem gerada e reconstruir os vínculos afetivos entre pai e filho.

2.1.1 Possíveis causas da prática da Alienação Parental

O genitor alienador geralmente age no intuito de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor para prejudicá-lo e acaba prejudicando o filho de forma direta sem a devida intenção, segundo Trindade (2013, p. 27), “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 praticamente impossível”

Aparentemente uma das causas da alienação parental é o ciúme que o genitor alienador sente do ex-cônjuge por às vezes já ter um novo companheiro, sendo um grande fator contribuinte para a rejeição e o desejo de vingança. Tendo como exemplo pode-se citar o trecho.

Há casais que conseguem encarar uma separação sem abrir mão da proteção dos filhos. Outros, porém, não só fazem deste momento uma guerra, como não conservam os filhos distantes dos conflitos conjugais, utilizando-os como instrumentos de manobra para chegar ao ex-cônjuge ou companheiro de forma vil. (AGUIAR e SANTOS, 2016, p. 3).

Fazendo referência a estes comportamentos, não há dúvida de que a finalidade do genitor alienador é evitar ou dificultar, por todos os meios possíveis o contato dos filhos com o outro cônjuge. Entretanto, os pais ou responsáveis não percebem que o direito à convivência familiar é direito fundamental para o desenvolvimento da criança ou adolescente, previsto não apenas na CF/1988 e no ECA, mas também na Lei nº 12.318/2010, sendo parte essencial para o desenvolvimento de seus filhos.

2.1.2 Consequências da Alienação Parental

Para à análise dos fatores e consequências da Alienação Parental, deve-se focar principalmente no princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, ou seja, o principal objetivo dos estudos relacionados a Alienação Parental devem estar ligados a premissa de buscar métodos para reduzir os efeitos dessas práticas nas crianças ou adolescentes.

Conforme Guilhermano (2012, p. 13),

Nos casos de indício de Alienação Parental, “o trabalho do psicólogo perito consiste na realização de entrevistas individuais e conjuntas, com possibilidade de aplicação de testes quando necessário, com todas as partes envolvidas”. Isso é feito com o intuito de “avaliar a existência e/ou a extensão do dano causado, bem como a estrutura da personalidade dos mesmos”. O examinador deve investigar a verdade do contexto exposto a ele, pois cada caso é único e deve ser analisado de maneira criteriosa.

Constata-se que para conseguir efetivamente suprimir os atos praticados relativos à alienação parental pelos genitores deve ser utilizada equipe multidisciplinar, contendo especialistas da área da psique humana, visando descobrir a ocorrência real de alienação parental, principalmente nos casos onde esta ocorre de forma inconsciente tanto para os genitores como para os filhos alienados.

Na experiência clínica realizada através de perícia psicológica, contata-se uma série de buracos emocionais no mundo psíquico dessas crianças e jovens, em uma época de suas vidas onde a estabilidade emocional oferecida pelas funções parentais deveriam estar presente como alicerce. O que deve se observar em estudos periciais ou em atendimentos de crianças em processo de guarda é que na medida em que os pais conseguem diminuir as desavenças entre eles e passam a respeitar a criança como tal, a criança começa a apresentar uma melhora emocional significativa (BENTO, 2019).

Ocorrem na maior parte das situações a prática da alienação parental por parte de seus genitores, gerando lacunas emocionais aos filhos naturalmente em sua vida adulta, sendo agravados os efeitos colaterais psicológicos na adolescência, sendo uma fase delicada de descobertas e decisões que podem repercutir pelo resto de suas vidas.

De igual modo, a criança pode ser atingida por consequências mais sérias, como a depressão crônica, desespero, transtornos de identidade e de imagem, incapacidade de adaptação, isolamento, incontrolável, sentimento de culpa, desorganização, comportamento hostil, dupla personalidade, podendo chegar a casos mais graves ao envolvimento com entorpecentes, violência e futuramente até mesmo praticar suicídio (ROQUE E CHECHIA *apud* SILVEIRO, 2012).

As crianças são cruelmente penalizadas pela imaturidade dos pais, quando estes não sabem separar uma separação conjugal da relação com os filhos, utilizando de meios explícitos, fazendo ainda uma espécie de coação de abandono, desprezo, caso a criança não se aliar ao genitor alienador, sendo que esta fica ao seu lado, pois dependendo da idade não tem a quem recorrer e não entende direito as coisas (SOUSA, 2010).

De acordo com Maria Berenice Dias (2017, p. 574).

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.

Observa-se as prováveis consequência das práticas de alienação parental dos pais junto aos filhos, possuindo sérios reflexos psicológicos para os filhos, exemplificando através de atitudes violentas a dificuldade em construir

relacionamentos e até repressão, sendo assim, quando estiver configurada a SAP, o meio mais eficaz de sanar a prática de alienação parental é buscar o judiciário para que seja realizado atendimento multidisciplinar, verificando a possibilidade de manter a criança sobre o convívio familiar e em casos extremos, retirá-la deste convívio, ao destituir o poder familiar, visando assim garantir o melhor interesse da criança ou adolescente, devendo ser providenciado tratamento, perícia psicológica e a devida sanção ao genitor alienador, podendo ser revertida a guarda, tendo por fim, as medidas sugeridas que visam proteger a criança.

3. UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 12318/2010

A Lei nº 12.318/2010 foi promulgada pelo Estado com o intuito de dirimir os atos de alienação parental praticados pelos genitores mediante o outro, ocorrendo principalmente por meio do rompimento do vínculo conjugal, onde o sentimento de raiva entre os genitores acaba se sobressaindo pelo vínculo afetivo por seus filhos, o que deve então efetuar à análise jurídica diante do exposto.

Em seu art. 4^a a Lei nº 12.318/2010 apresenta o procedimento a ser adotado quando constatada a prática de alienação parental por parte de um dos genitores.

Art. 4^o Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Então quando constatada a prática de alienação parental por um dos genitores ou por ambos, poderá em qualquer fase processual ser solicitada a tramitação prioritária, visando agilizar os prazos processuais para beneficiar o menor alienado, como também serão tomadas todas as medidas protetivas necessárias para preservar a saúde mental da criança ou adolescente, necessitando em alguns casos

de auxílio na aproximação e também sendo garantido o direito mínimo a visita, buscando manter o convívio entre o filho e seus genitores.

A Lei nº 12.318/2010 ainda prevê as medidas que poderão ser tomadas pelo magistrado quando constatado caso de alienação parental, buscando garantir obviamente o melhor interesse da criança ou adolescente.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Pode o genitor alienador ser responsabilizado civil ou penalmente quando constatada a prática de alienação parental, podendo o magistrado tomar medidas que possam preservar a saúde mental da criança ou adolescente envolvido no processo, podendo chegar a pontos como aplicação de multa ou alteração de guarda para o genitor alienado, medidas estas que quando advertido o genitor alienador pode fazer com que as práticas de alienação sejam cessadas, o problema está no fato da população em geral desconhecer as possibilidades de sanções que podem vir a ser aplicadas pela prática da alienação parental.

A Lei nº 12.318/2010 em seus artigos 7º e 8º deixa claro a preferência em manter a criança ou adolescente junto ao seio familiar, dando preferência para a guarda compartilhada, quando

não seja possível a reversão de guarda com acompanhamento de equipe especializada na área da psicologia para acompanhar o encerramento dos atos de alienação.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de CONSENSO entre os genitores ou de decisão judicial.

Na prática jurídica existe certa dificuldade para aplicar a Lei nº 12.318/2010, devido a constatação das práticas de Alienação Parental, pois o comportamento dos genitores divergem diante do profissional da área jurídica do realizado diariamente no convívio com os filhos, necessitando da presença de equipe multidisciplinar para constatar, abordar e efetuar o acompanhamento tanto da criança ou adolescente como dos familiares, pois pode ocorrer a prática da Alienação Parental de forma inconsciente.

Então Monteiro (2011, p. 7) apresenta fatores encontrados que dificultam na aplicação da lei.

Dois fatores parecem se destacar dentre as dificuldades que a lei em questão enfrenta para ser executada conforme o desejo do legislador. O primeiro se liga a própria dificuldade intimista da realidade familiar, tão presente na legislação e no tecido social brasileiro. O segundo fator é relativo às dificuldades enfrentadas pela realidade brasileira em proporcionar acesso real da justiça aos profissionais requeridos na lei. Analisar e pensar sobre estes dois fatores é ajudar a própria realização concreta do dispositivo legal. [...]O primeiro fator é o questionamento saudável sobre os efeitos reais e profundos das sanções que são possíveis de serem aplicadas segundo os sete parágrafos do artigo 6º da lei. É notório que uma sanção não é algo que afete de maneira eficaz as questões complexas de um relacionamento familiar doente e prejudicial à criança. O dia-a-dia da família tende a ser intimista, trancado pelas paredes do lar e até pela proteção que a lei dá ao convívio familiar.

Existe realmente certa dificuldade relativa à aplicação da Lei nº 12.318./2010 em encontrar profissionais qualificados e voltados para o atendimento interdisciplinar jurídico por ser tarefa complexa, devendo o Estado buscar mecanismos para isso, no entanto, utiliza-se a Defensoria Pública para atingir o objetivo de prevenção e redução nos conflitos e consequências para as crianças ou adolescentes, realizando a condução à equipe qualificada.

A DPE – Defensoria Pública do Estado tem papel extremamente importante para atingir o princípio constitucional relativo a universalização do acesso à justiça, atendendo à diversas famílias brasileiras de forma gratuita, contudo, a democratização do acesso a justiça está ocorrendo de forma gradual.

No entanto, ainda existe certa dificuldade em casos onde a DPE – Defensoria Pública do Estado não possui atendimento físico em municípios longínquos da capital ou de grandes centros urbanos, necessitando da efetivação de locomoção para atendimento, possuindo o papel de conscientizar sobre as possíveis sanções relativas as práticas da alienação parental, podendo ocorrer a reversão de guarda e a perda do poder familiar em casos considerados graves.

Para Júnior e Costa (2014, p. 24).

Diante da extrema importância e urgência em buscar soluções mais adequadas aos casos concretos relativos à alienação parental, a Lei 12.318 entrou em vigor em 27 de agosto de 2010, na data de sua publicação, não foi fixado prazo de *vacatio legis*, por entender o legislador, bem como o amplo reconhecimento da matéria pela nossa doutrina, não ser necessário nenhum período de adaptação para a aplicação da lei. [...] Assim sendo, ocorrendo ato de alienação parental a partir dessa data, poderá a pessoa vitimada pela alienação parental provocar a atuação jurisdicional, seja por ação autônoma ou por incidente processual, para os processos em curso, a fim de fazer valer as medidas protetivas disciplinadas nos artigos 4º e 6º da lei supramencionada.

No ordenamento jurídico para avaliar quanto a guarda da criança ou adolescente são considerados fatores como a disponibilidade de tempo, as condições patrimoniais e financeiras e as frequências quanto a realização de visitas, recomendando-se a opção pela guarda compartilhada, devendo ser evitado o litígio entre os pais diante de seus filhos, dirimindo assim o agravamento dos efeitos psicológicos.

Para Monteiro (2011, p. 8) as decisões judiciais com o objetivo de afastamento são ineficazes no relacionamento familiar no casos de alienação parental.

Assim, um afastamento temporário ou uma ação mais forte, tem efeito limitado e não progressivo. No caso da alienação parental a briga se trata mais de problemas não resolvidos entre os cônjuges do que a própria questão da guarda. É através das crianças e adolescentes que os cônjuges continuam na luta entre si, agredindo pela manipulação dos filhos a outra parte. Infelizmente este estado de coisas pode não ser tão rapidamente solucionado, fazendo com que as sanções se tornem de tempo curto e paliativas.

Uma das formas de proteção aos direitos da criança é o cumprimento do princípio de atendimento do melhor interesse dos filhos, respeitando a idade, seu desenvolvimento e os possíveis conflitos entre os pais, procurando facilitar a comunicação entre ambos. Um avanço no ordenamento jurídico referente à constatação de práticas de alienação parental é o depoimento pessoal, definido por Dias (2017, p. 81).

O depoimento especial tramita em segredo de justiça e é gravado em áudio e vídeo. A escuta é feita por profissionais especializado que esclarecem ao depoente sobre o procedimento. É transmitido em tempo real para a sala de audiência. É assegurada à criança ou adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência. O juiz, agente ministerial, advogados e assistentes técnicos podem fazer perguntas a serem adaptadas pelo profissional tomador do depoimento à linguagem de melhor compreensão. Por solicitação do depoente ou do profissional especializado, pode o juiz determinar o afastamento do imputado da sala de audiência.

No processo de disputa de guarda dos filhos, geralmente, os pais acabam se valorizando e tentando denegrir o outro para demonstrar que os filhos devem ficar com o genitor que encontra-se efetuando o depoimento, sendo claro a necessidade do Poder Judiciário e profissionais aptos de auxílio e de equipe multidisciplinar para constatar realmente qual será a melhor escolha para garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

Segundo Morquecho (Online).

É por esse motivo, que os magistrados contam com apoio de equipes multidisciplinares, formadas por profissionais de diferentes áreas, como psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, responsáveis pelo fornecimento de importantes subsídios técnicos, através de seus laudos, estudos e testes, a fim de constatar de forma mais robusta a existência do processo de alienação parental

O Poder Judiciário recebe um número elevado de diligências relativas ao processo de guarda, rompimento dos vínculos conjugais e de Alienação Parental, dificultando assim a diferenciação ou ocorrência de práticas de Alienação Parental em um destes ou em todos, assim as varas de família, acabam sobrecarregadas, necessitando de um contingente maior de profissionais especializados nas áreas sociais e psicológicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Alienação Parental é uma forma de exercício de abuso psicológico dos genitores diante de seus filhos, podendo causar sérias consequências para a criança ou adolescente, essas consequências ficaram conhecidas como SAP – Síndrome da Alienação Parental, onde o filho alienado possui imagem completamente desvirtuada do genitor alienado.

Os genitores concentram-se apenas no sentimento entre si e esquecem que a separação dos pais é um processo árduo para seus filhos, naturalmente, mesmo que essa seja amigável o que acabam deixando de lado a integridade psicológica de seus filhos, realizando campanha de desmoralização do outro.

O Poder Judiciário como representante do Estado deve buscar cumprir a Lei nº 12.318/2010, podendo chegar a conversão de guarda ou destituição do poder familiar, buscando garantir a integridade psicológica da criança que deve ser avaliada por equipe multidisciplinar especializada na área jurídica, no entanto, buscando a mediação e a conscientização em primeiro lugar para atingir a guarda compartilhada e o bom convívio entre a criança ou adolescente e seus pais.

Deve-se adotar iniciativa para a conscientização dos profissionais relacionados as áreas que tratam da alienação parental, principalmente por contato direto, como as equipes da Deferensoria Pública, necessitando de aumento de contingente de equipes multidisciplinares competentes para lidar com à alienação parental de forma a primar pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Constatou-se que as consequências psicológicas ocorrem principalmente para os filhos alienados que são prejudicados em sua formação individual e social por seus pais alienadores, tornando o processo de rompimento do núcleo familiar ainda mais traumático e desgastante, podendo gerar sérias consequências como depressão, transtornos de identidade, comportamento hostil, chegando ao suicídio, isso desrespeita completamente o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente previsto na legislação pátria vigente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, André Pessanha de. SANTOS, Adilson Souza. **Alienação parental sob a exegese da doutrina, da jurisprudência e o contexto social**. 2016. Disponível: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_cientifico_alienacao_pa_rental_-_andre_aguiar.pdf . Acesso em: 05/11/2020 às 22:45.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BENTO, Renata. **Efeitos psicológicos da alienação parental**, 2019. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/72767/efeitos-psicologicos-da-alienacao-parental> . Acesso em 08/11/2020 às 00:52.

BRASIL, LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

CARNEIRO, Liana Brígida. CARNEIRO, Alice Raque Araújo. **Aspectos jurídicos acerca da Alienação Parental**, 2015. Disponível: <https://lianaesandro.jusbrasil.com.br/artigos/295864238/aspectos-juridicos-acerca-da-alienacao-parental> . Acesso em: 05/11/2020 às 21:20.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FACO, V.; MELCHIORI, L. **Conceitos de Família: adolescentes de zona rural e urbana**. In: VALLE, T. G. M. (Org.). Aprendizagem e desenvolvimento humano: avaliações e intervenções. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 121-135.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. **Alienação parental: aspectos jurídicos e Psíquicos**, 2012. Disponível: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf . Acesso em: 08/11/2020 às 01:08.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos. COSTA, Marilu Rodrigues da. **Alienação Parental – Uma Análise da Lei 12.318/2010**. 2014.

LIMA, Cristiane de. **A alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores.** 2010. Disponível em www.tjpe.jus.br/.../2010_07_22_Alienacao%20Parental%20x%20Sindrome%20da%20... Acesso em 05/11/2020 às 10:48.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO, Wesley Gomes. **O Rompimento Conjugal e suas Consequências Jurídicas: Ensaio sobre Alienação Parental.** 2011.

MORQUECHO, Marcela Bezerra Galvão. **Alienação parental: análise crítica sobre a lei nº 12.318/2010.** Disponível: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.alienacao-parental-analise-critica-sobre-a-lei-no-123182010,55708.html> . Acesso em 11/11/2020 às 11:48.

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

ROQUE, Yader de Castro. CHECHIA, Valéria Aparecida. Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança. **Revista Fafibe On-Line**, Bebedouro SP, 8 (1): 473-485, 2015.

ROSA, Viviane Lemes da. O contrato de namoro e os princípios constitucionais do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, 2014. v.2 n. 26,214 – ISSN 22363475. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/viewFile/10524/10830> . Acesso em: 20/11/2020.

SOUSA, Analicia Martins de / **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família/** Analicia Martins de Sousa. ---- São Paulo: Cortez, 2010. LEI nº 12.318/2010 **Alienação Parental.**

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito. 4ª ed. verificada, atualizada e ampliada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS COMO FUNDAMENTO PARA O PODER GERAL DE CAUTELA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG e em Direito Constitucional pela Univali. Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU) desde 2015. Advogado OAB-DF.

Resumo: O artigo analisa, sob o ponto de vista jurídico, se há um poder geral de cautela outorgado aos Tribunais de Contas. Para tanto, utilizou-se como objeto de estudo o Tribunal de Contas da União. Ao contrapor a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal - nos julgados em que a Corte autoriza a incidência do poder geral de cautela as Cortes de Contas com fundamento na Teoria dos Poderes Implícitos -, com os normativos constitucionais e legais que regem o Tribunal de Contas da União, observou-se que não há uma outorga geral de poderes cautelares. A Teoria dos Poderes Implícitos é insuficiente para legitimar poderes cautelares gerais. Nesse sentido, constatou-se que, para o bom desenvolvimento das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, faz-se necessária a regulamentação legal das medidas cautelares.

Palavras-chave: Controle Externo, Tribunais de Contas, Medidas Cautelares, Teoria dos Poderes Implícitos, Constituição Federal de 1988

Sumário: 1. Introdução – 2. O modelo de controle externo adotado no Brasil – 2.1. A competência técnica exercida pelos Tribunais de Contas – 2.2. As cautelares específicas contidas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.443/1992 – 3. A Teoria dos Poderes Implícitos – 3.1. Insuficiência e inadequação da Teoria dos Poderes Implícitos para justificar o poder geral de cautela das Cortes de Contas – 4. Conclusões – 5. Referências

1. Introdução

Nas democracias contemporâneas, principalmente as de recente formação, é forte o sentimento de descrença em relação às instituições estatais. Os escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e a cotidiana demonstração de frágeis barreiras éticas por aqueles que deveriam perseguir o interesse público elevam o tom das reivindicações populares, de modo a criar uma atmosfera de tensão e de ressignificação de papéis institucionais.

Nesse contexto, observa-se que a partir da Constituição Federal de 1988 (Constituição Federal), o controle externo^[1] da Administração Pública tomou rumos desafiadores: ampliou-se as tarefas do controlador, ao tempo em que o constituinte detidamente escolheu as notas regentes das competências do Tribunal de Contas. Mas há, a nosso ver, o alargamento dos poderes^[2], sem abrigo na Constituição Federal, das competências das Cortes de Contas.^[3]

Os argumentos que justificam a ampliação dessas competências são projeções dos legítimos sentimentos sociais. Fala-se em efetividade do controle de contas porquanto o controle tempestivo das contas públicas requer medidas suficientemente ágeis e dotadas de praticidade. Assim, tudo que for possível fazer no sentido de diminuir a possibilidade de lesão ao erário deve ser feito. Os fins justificam os meios, nesse sentido.

Exemplo prático dessa conjuntura é a construção doutrinária, albergada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)^[4], da existência de um poder geral de cautela das Cortes de Contas. Para a efetividade do controle do dinheiro público, há uma zona de poder inerente ao controle externo, apta a autorizar a incidência de medidas cautelares.

Nesse quadrante, o propósito do presente artigo é analisar se, a partir do que a Constituição Federal estabelece, há um poder geral de cautela pertencente aos Tribunais de Contas. Para tanto, focaremos, exclusivamente, no Tribunal de Contas da União (TCU), vez que este órgão representa o modelo perfilhado pelas demais cortes de contas nacionais. Além do que, a literatura referente ao tema trabalha, em grande parte, com a legislação referente ao TCU.

Assim, abordaremos inicialmente a tessitura do controle externo, nos termos da Constituição Federal. Após, analisaremos a incidência do poder geral de cautela, tendo em conta toda a dogmática que ampara esse fenômeno, mormente a teoria

dos poderes implícitos. Por fim, teceremos conclusões a respeito do quanto perquirido ao longo do texto.

2 O modelo de controle externo adotado no Brasil

2.1 A competência técnica exercida pelos Tribunais de Contas

A Constituição Federal manteve o modelo de controle externo exercido com o auxílio de órgãos colegiados: os Tribunais de Contas.[5] Como é cediço, a titularidade do controle externo pertence ao Poder Legislativo, visto que historicamente[6] a este Poder pertence a função típica de fiscalizar (teoria dos três poderes).[7] De outra banda, os Tribunais de Contas desenvolvem função eminentemente técnica, de maneira que o juízo político a respeito do julgamento de contas pertence ao parlamento. Nesse passo, destaca Ronaldo Chadid que:

(...) os controles político e técnico têm diferentes momentos e focos de atuação. Entretanto, não são dissociados, mas sim coordenados. Toma-se, como exemplo, o exercício do controle externo político exercido no julgamento das contas anuais (presidente, governador e prefeitos, no caso do Poder Executivo). O julgamento é realizado pelo Poder Legislativo de cada ente, abordando as chamadas contas de governo. Entretanto, antes do julgamento pelo Poder Legislativo as contas passam pelo crivo técnico do Tribunal de Contas, consubstanciado no parecer prévio (fase técnica).[8]

(Grifos nossos)

Nesse sentido, denota-se que o critério técnico de julgamento tem a ver, necessariamente, com a racionalidade própria do julgamento de contas, circunstância que exige a previsibilidade dos resultados e das medidas possíveis de serem adotadas pelas Cortes de Contas, bem como, por consequência lógica, da incidência da segurança jurídica no agir dos Tribunais de Contas.

Bem assim, observa-se que o processo de contas é processo administrativo[9], porquanto não contém os pressupostos do processo judicial: não é tocado por órgão judicial (as Cortes de Contas não desenvolvem função jurisdicional[10]); não há lide; não há coisa julgada[11]; não se julgam pessoas, julgam-se contas (leia-se: prestação de contas); o contraditório e a ampla defesa

existem, porém, não com a mesma incidência com que se manifestam no processo judicial[12].

Há quem defenda, porém, a incidência do Código de Processo Civil (CPC) no âmbito do processo de contas.[13] É o que defende, no ponto, Romano Scapin, na seguinte passagem:

"Por isso tudo é que o poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas pela Suprema Corte brasileira deve, em verdade, ser visto como um poder amplo de utilização da técnica processual antecipatória. Diante dessa realidade, as conclusões desta pesquisa permitem afirmar que há base teórica para que não somente as medidas cautelares sejam expedidas nos processos de contas, mas todas as medidas que utilizem a técnica antecipatória como fundamento. Portanto, o entendimento da presente pesquisa sustenta, já em consonância com a nova classificação do Código de Processo Civil sobre a matéria, a plena possibilidade de expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas brasileiros".[14]

(Grifos nossos)

A despeito disso, frise-se, o processo de contas é uma espécie do processo administrativo com peculiaridades que constroem uma racionalidade própria a este tipo de julgamento. O que é tutelado, pois, é o interesse patrimonial do Estado, o dinheiro público, nos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 71 da Constituição Federal)[15]. Como bem observa Marianna Montebello: *"De fato, ao estabelecer como parâmetros de controle a legalidade, a legitimidade e a economicidade, a própria Carta Constitucional aponta decisivamente para novos padrões de controle e supervisão".[16]*

Porém, faz-se necessário pontuar que a gramática aqui utilizada não é a mesma adotada pela dogmática do direito administrativo. Na seara administrativista, divide-se o interesse público em primário e secundário.[17] O interesse da coletividade é o interesse primário, já o interesse patrimonial do Estado é representado pelo interesse público secundário.[18] Essa classificação tem razão de ser quando se tenta verificar a disponibilidade do interesse público, vez que apenas o interesse público secundário é passível de disponibilização.

Ocorre que o bem jurídico tutelado pelo processo de contas é a boa gestão do dinheiro público, que deságua, por via de consequência, no direito coletivo à boa administração pública.[19] A boa gestão da coisa pública é interesse público primário, posto que toda a sociedade, sem distinção, tem o direito inerente a ver a gestão da coisa pública ser tocada da melhor maneira possível. Portanto, o processo de contas tutela o interesse primário da sociedade, mas não possui, contudo, as ferramentas do processo judicial, porque não há identidade completa entre os dois tipos de processo.[20]

2.2. As cautelares específicas contidas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.443/1992

Não por outra razão, a Constituição Federal, em seu art. 70 e seguintes, detalha a competência do TCU e evidencia o caráter técnico dessa Corte e, nesse caminhar, ressalta as peculiaridades inerentes ao processo de contas. Pela importância e didática, cabe transcrever o seu conteúdo, no que interessa ao presente estudo:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O *controle externo, a cargo do Congresso Nacional*, será exercido com o *auxílio do Tribunal de Contas da União*, ao qual compete:

I - *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República*, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos* da administração direta e indireta,

incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VIII - *aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;*

IX - *assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;*

X - *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;*

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

(...)

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e *jurisdição em todo o território nacional*, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

(Grifos nossos)

Os artigos acima destacados representam a pedra de toque do controle externo da Administração Pública exercido pelos Tribunais de Contas. A massa normativa advinda desses dispositivos rege toda a conformação das Cortes de

Contas nacionais, por força do art. 75.[21] O paradigma de controle externo está na Constituição Federal. É lá, portanto, que se deve verificar os limites da atuação dos Tribunais de Contas.

Nesse perquirir, contudo, observa-se a utilização de termos inerentes ao Poder Judiciário, que, conforme abalizada doutrina[22], não deveriam estar dedicados ao processo de contas. É o que ocorre com os termos “julgar” e “jurisdição”. Mas, reforça-se, esses termos não colocam os Tribunais de Contas na posição de órgão judicial. O “julgar” e a “jurisdição” utilizados pelo constituinte, tem o mesmo sentido já evidenciado por Cretella Júnior: *“Claro que essa palavra “jurisdição” é a mesma que se lê nas estradas de rodagem federais: “Aqui começa a jurisdição da Dersa.”*[23]

Nesse passo, o caráter eminentemente administrativo da “jurisdição” de contas fica mais uma vez evidenciado quando a Constituição Federal declara que em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, os responsáveis serão sancionados com multa proporcional ao dano causado ao erário, além de outras sanções previstas em lei. A lei em comento, no âmbito federal, é a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), que determina, em seu art. 44, a possibilidade de afastamento cautelar do responsável pela prestação de contas e a indisponibilidade de bens do responsável:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, *cautelamente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.*

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, *decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.*

(Grifos nossos)

Imperioso destacar que pela leitura dos mencionados artigos (art. 71 da Constituição Federal e art. 44 da Lei nº 8.443/1992), não se obtêm a autorização para a concessão de um poder geral de cautela as Cortes de Contas. A Constituição Federal autoriza a sustação de atos ilegais, quando não houver a correção da ilegalidade ou irregularidade no prazo concedido pelo Tribunal de Contas (art. 71, IX e X). Todavia, no tocante aos contratos, a Constituição Federal determina que o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (art. 71, §1º). Apenas, e tão somente, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas, é que o Tribunal de Contas decidirá a respeito (art. 71, §2º).

Por sua vez, a Lei nº 8.443/1992 determina duas outras formas de cautelares. O art. 44 autoriza o afastamento cautelar dos responsáveis, quando presentes indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possam retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. De igual modo, o § 2º, do mesmo artigo, autoriza a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, por prazo não superior a um ano. Os demais dispositivos são repetições quase que literais dos artigos constitucionais que tratam da suspensão de atos e contratos. No tocante a indisponibilidade de bens, porém, é válida a crítica registrada por Marcia Pelegrini, a seguir transcrita:

A indisponibilidade de bens, prevista no §2º do artigo 44 da LOTCU, é ato de extrema severidade que afeta direito fundamental, visto que a Constituição Federal consagra a tutela jurídica da propriedade. Segundo nosso entendimento, a relevância do direito assegurado impõe cautela e prudência, porque a medida causa inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas, de modo que somente o Poder Judiciário poderia decretá-la, por exigir predicados que só a magistratura possui. A ruptura do círculo de imunidade do valor constitucional só se justificará se ordenada por órgão estatal investido de competência jurisdicional para suspender a eficácia do princípio de proteção à propriedade. *A intervenção jurisdicional é fator de preservação do regime das franquias individuais, de forma*

que acreditamos tratar-se de matéria de reserva do Poder Judiciário.[24]

(Grifos nossos)

Assim, as medidas cautelares possíveis de serem adotadas, consoante autorização constitucional e legal, são três: a suspensão de atos, quanto não atendida a solicitação do Tribunal de Contas (art. 71, X e IX); o afastamento provisório dos responsáveis e a decretação da indisponibilidade de bens (art. 44, §2º, da Lei nº 8.443/1992). Não há, pois, a evidência da existência de um poder geral de cautela.[25]

Não há que se negligenciar, porém, a existência do art. 276, do Regimento Interno do TCU, que tem a seguinte redação:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992. (Grifos nossos)

Sucedede que, a nosso ver, tal previsão não encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei nº 8.443/1992. Ainda, regimento interno não é lei em sentido formal. Não é resultado do processo legislativo. Pode até ser materialmente lei, mas formalmente não o é. Assim, querer estabelecer a legitimidade de um poder geral de cautela a partir do conteúdo de um regimento interno é desvirtuar da lógica regente do Estado Democrático de Direito. A despeito disso, o STF não declarou inconstitucional a previsão contida no art. 276 do Regimento Interno do TCU. Nos termos destacados por José Ribamar Caldas Furtado:

A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada perante a Corte Suprema nos autos do Mandado de Segurança nº 24.510-7. Então ficou decidido que o Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar a suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para expedição de

medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. [26]

(Grifos nossos)

As cautelares, não obstante, são específicas, disciplinadas pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/1992.[27] Ocorre, porém, que a jurisprudência do STF concede ao TCU a utilização de um poder geral de cautela, com fundamento na teoria dos poderes implícitos.

3. A Teoria dos Poderes Implícitos

Argumento reiteradamente utilizado para justificar o poder geral de cautela das Cortes de Contas gira em torno da teoria dos poderes implícitos.[28] O marco jurisprudencial referente à matéria é o MS nº 24.510-7/DF, julgado pelo plenário do STF.[29] Conforme ficou assentado na ementa do julgado:

“O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”.[30]

(Grifos nossos)

O voto que melhor destaca o raciocínio utilizado pela Corte é o proferido pelo Min. Celso de Mello[31], para quem:

(...) entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite ao Tribunal de Contas da União adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas diretamente pela Constituição da República. Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente.[32]

(Grifos nossos)

A partir da leitura do acórdão, observa-se que o STF não destrinchou o raciocínio em volta da teoria dos poderes implícitos. O argumento foi singelo: se a Constituição autoriza expressamente X a determinado órgão, esse órgão está implicitamente autorizado a realizar Y. No que toca ao TCU, esse entendimento foi manifestado em diversos julgados, sempre na mesma linha.^[33] Sucede que, a rigor, a teoria dos poderes implícitos não tem, necessariamente, a dimensão interpretativa autorizada pelo STF.

Nesse passo, a literatura referente à matéria aponta que a mencionada teoria surgiu nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte teve que enfrentar a delicada tarefa de delimitar a intervenção da União nos assuntos afetos aos Estados Federados.^[34] O caso paradigmático é o julgamento *McCulloch v. Maryland*.^[35]

No recurso interposto por *James McCulloch*, bancário do *Bank of America*, questionava-se a incidência de determinada tributação. O Estado de *Maryland* exigia o imposto referente à atividade bancária dos bancos localizados em seu território. Contudo, a União havia incorporado, por meio de lei federal, o mencionado banco ao seu patrimônio. Com isso, o Estado de *Maryland* não poderia tributar o estabelecimento. O cerne da questão é que a Constituição Americana não detalha, expressamente, a possibilidade de a União incorporar estabelecimento bancário.

O juiz *Marshall* entendeu pela desnecessidade de previsão constitucional expressa de todos os poderes da federação, porquanto caberia ao Poder Legislativo criar os meios necessários e apropriados para a execução de determinado poder implícito contido na Constituição. Foi assim, portanto, que se registrou adequada a lei que autorizou a incorporação do *Bank of America*, vez que a Constituição Americana determina a regulação do comércio pela União.^[36]

Portanto, é válido registrar que, segundo decidido pela Corte *Marshall*, não caberia ao Poder Judiciário criar poderes implícitos. Tal mister ficaria sob a responsabilidade do Poder Legislativo, quando da confecção de leis federais. Ao Judiciário impõe-se o dever de reconhecer a validade ou invalidade de um poder implícito criado pela via do processo legislativo, a partir da sua compatibilidade com o poder expresso contido na Constituição.^[37]

O precedente americano, pois, exige a confecção de lei para a declaração de determinado poder implícito a partir da Constituição. O STF aplicou, como já

registrado, a teoria dos poderes implícitos em uma temática que nada tem a ver com competências federativas.[38] Mas o que toca de mais desafiador, porém, é que a Suprema Corte brasileira autorizou a incidência de um poder implícito sem fundamento na lei. Isso porque no julgamento do MS nº 24.510-7/DF não se registrou o fundamento legal que autoriza especificamente a incidência de um poder geral de cautela ao TCU.[39]

3.1. Insuficiência e inadequação da Teoria dos Poderes Implícitos para justificar o poder geral de cautela das Cortes de Contas

A teoria dos poderes implícitos, frise-se, é inadequada para justificar a ideia de um poder geral de cautela. Como destacado, a mencionada teoria, em sua origem, exige que a lei - e apenas a lei - detalhe o poder constitucionalmente atribuído, de modo expreso, a determinado órgão ou poder estatal. Bem dizer, assim, que a teoria supramencionada é utilizada para verificar a adequação constitucional de determinada lei, quando esta detalha específica competência contida na Constituição.

Avalia-se se a lei é compatível com a Constituição, se é necessária e apropriada. O poder é expreso na Constituição, mas a lei, em sentido formal e material, desenvolve o poder que a Constituição confere. A lei constrói um poder implícito, a partir da Constituição. Se não houver esse sistema de comunicação entre a Constituição e a lei, não se pode atribuir determinada competência a um órgão ou poder estatal.

No Brasil, a teoria dos poderes implícitos é utilizada para justificar a lógica segundo a qual "quem pode o mais pode o menos", ou, ainda, "os fins justificam os meios". Tal entendimento, a nosso ver, não se acopla à lógica do Estado Democrático de Direito, que, entre outros pressupostos, exige a delimitação - por meio de lei - dos poderes do Estado.[40] A teoria dos poderes implícitos exige lei. Não é um jogo de argumentos e frases de efeito que, do ponto de vista jurídico, autoriza a existência de um poder geral de cautela as Cortes de Contas. O que existe é um poder específico, delimitado pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/1992.[41] Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara apontam que:

"(...) a Constituição foi minuciosa ao construir o arranjo institucional relativo ao controle externo. Além de competências para punir os sujeitos, com isso influenciando de modo limitado na ação administrativa,

deu-lhe (TCU) um poder cautelar bem específico, este com efeito direto sobre a própria ação administrativa: a sustação de atos. Não é um poder implícito, reconhecido por interpretação extensiva ou por analogia; é explícito na Constituição, no art. 71, X – e é limitado por ela".[42]

(Grifos nossos)

Precisas, também, são as considerações de Eduardo Jordão que, ao analisar a possibilidade do TCU intervir em editais de licitação não publicados, deixou registrada passagem que, em muito, se adequa ao entendimento aqui defendido:

A leitura combinada dos incisos IX e X do mencionado art. 71 deixa claro que a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades administrativas pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. *Esta é a extensão do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU e este é o procedimento específico que deve ser seguido para exercê-lo.* Identificar a existência de um poder geral de cautela que permita ao TCU suspender atos e procedimentos administrativos sem que se estabeleça prazo às autoridades administrativas pertinentes para a adoção das soluções cabíveis não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria querido estabelecer — é desbaratar e ignorar a sistemática específica que o constituinte previu para a hipótese.[43]

(Grifos nossos)

No mesmo caminhar, André Ramos frisa a insuficiência da teoria dos poderes implícitos como fundamento para a concessão de um poder geral de cautela. Para o constitucionalista, faz-se necessária uma interpretação constitucional adequada da jurisdição de contas, levando em conta suas peculiaridades:

"Entendo o uso da teoria dos poderes implícitos como não plenamente satisfatória, devendo-se proceder a uma aproximação, com amparo em uma interpretação constitucional adequada, entre o regime típico da jurisdição-judicial e o regime reconhecido às

atividades próprias do Tribunal de Contas, tendo em vista a finalidade constitucional a ser atingida. É assim que se legitima, adequadamente, o poder e as medidas cautelares dos tribunais de contas”.[\[44\]](#)

(Grifos nossos)

A experiência revela, todavia, que a prática do TCU acolhe, em sua inteireza, o entendimento registrado pelo STF (MS nº 24.510-7/DF), a despeito da ausência de previsão constitucional e legal de um poder geral de cautela. Prova disso é que, consoante relatório de atividades do TCU para o exercício de 2019, observa-se que a Corte de Contas da União, de 2015 a 2019, concedeu 441 medidas cautelares, entre as quais destacam-se a suspensão de contratos, licitações e repasses/pagamentos. A tabela a seguir (elaborada pela equipe técnica do TCU), detalha os números mencionados:

Desse modo, é evidente a necessidade de regulamentação específica das medidas cautelares dos Tribunais de Contas[\[45\]](#), haja vista que, na prática, conforme exemplo do TCU, as Cortes de Contas exercitam essas medidas cautelares reiteradamente, o que tende a causar, a nosso ver, insegurança jurídica, uma vez que não há regulamentação legal da matéria.[\[46\]](#)

4 Conclusões

O processo de contas é processo administrativo, conforme se observou. Tutela-se o interesse público primário referente à boa gestão do dinheiro público, nas dimensões determinadas pela Constituição Federal (legalidade, legitimidade e economicidade). A importância dos Tribunais de Contas é irretocável. Não se objetivou argumentar no sentido de diminuir as sólidas competências das Cortes de Contas.

Pelo contrário, a ideia central desse artigo é abordar a necessidade de uma regulamentação legal (por meio de lei em sentido formal e material) dos poderes cautelares das Cortes de Contas. A exigência de lei é requisito democrático para o bom desenvolvimento e o fortalecimento dos Tribunais de Contas. A regulamentação da matéria apenas por meio de normativos administrativos não garante a necessária segurança jurídica, posto que a regulamentação ficara ao critério das Cortes de

Contas. Ou seja, o controlador, nesse sentido, estabeleceria suas competências e limites, no tocante aos poderes cautelares. A nosso ver, esse comportamento não se comunica com os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

De igual modo, entendemos, com ciência dos entendimentos doutrinários contrários, que os artigos do CPC referentes às medidas cautelares, não devem, em sua integralidade, ser aplicados ao processo de contas. A razão é lógica, processo de contas não é processo judicial. Há uma rede de peculiaridades que exigem uma regulamentação específica. A aproximação entre o processo judicial e o de contas não tem o condão de outorgar ao último os poderes inerentes a jurisdição Estatal personificada nos poderes instrutórios do magistrado. A regulamentação há de ser própria, porque as demandas não se misturam. A especificidade intrínseca do controle externo exige, para o seu bom desenvolvimento, legislação própria, que detalhe as competências outorgadas pela Constituição Federal.

A teoria dos poderes implícitos, pelo menos em sua origem, não autoriza a construção, sem amparo legal, de poderes cautelares gerais às Cortes de Contas. Quem pode o mais, pode o menos, se houver autorização legal. É assim em sociedade democráticas, regidas por constituições promulgadas e que escolheram o império da lei como instrumento de controle dos poderes estatais. Não se há de convir com a ideia segundo a qual os Tribunais de Contas, por fiscalizarem o dinheiro público, podem, ao seu livre arbítrio, adotar as medidas necessárias para dar cabo a tal desiderato.

O controle externo da Administração Pública, exatamente por manipular aquilo que, infelizmente, de mais valor se tem na sociedade contemporânea (o dinheiro), necessita estar em plena sintonia com os pressupostos da segurança jurídica e da previsibilidade da atuação das Cortes de Contas, no sentido de que esses órgãos submetem-se, como todo órgão do Estado, à tipicidade legal. A lei, em conformidade com a Constituição Federal, dita e delimita o agir das Cortes de Contas.

5.Referências

AGUIAR, Simone Coelho; ALVES FILHO, Paulo Roberto Frota. O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. *Revista Controle, Fortaleza*, v. 16, n.2, p. 269, jul/dez, 2018. BIM, Eduardo Fortunato. *O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. Interesse Público - IP*, ano 21, n. 36, p. 6, mar./ abr. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santo. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. *O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF*. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 263, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247.

CHADID, Ronaldo. *A Função Social do Tribunal de Contas No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p. 9, out./dez. 1986.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Controle de legalidade e medidas cautelares dos Tribunais de Contas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 18, n. 66, p. 3, jun. 2007.

HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. *Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo - RDA, ano 14, n. 278.2, p. 71-96, maio/ ago. 2019.

HODUN, Milozs. *Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Polities – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America*. 2015. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) - School of Law, Reykjavik University. Reykjavík: Islândia, 2015.

ISMAIL FILHO, Salomão. *Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

LAVAREDA, Daniel. *O Desenvolvimento do Processo de Contas e A Efetividade Jurisdicional*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEVY, José Luiz. *A suspensão imediata dos atos da administração determinada cautelarmente pelos Tribunais de Contas. Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, ano 17, n. 15, jan./ mar. 2005.

MAIA, Renata C. Vieira. *As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo - FA*, ano 19, n. 201, p. 61-69, nov. 2017.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública. 4. ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Controle de contas e o equilíbrio entre poderes: notas sobre a autonomia do sistema de controle externo. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 33, jan./fev. 2017.

PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas. 1. ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. *Controle de Contas da Administração Pública Brasileira Segundo A Jurisprudência do STF. 1. ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SALLES, Alexandre Aroeira. *O Processo nos Tribunais de Contas. 1. ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas. 1. ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. *O exercício da tutela cautelar pelos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, p. 10, mar. 2009.

SOUSA, Pedro. *A importação da teoria dos poderes implícitos: uma análise comparativa entre a teoria dos poderes implícitos na Suprema Corte Estadunidense e no Supremo Tribunal Federal.* 2017. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas. Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. 257, maio/ ago. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais*. *Fórum Administrativo - FA*, ano 19, n. 139, p. 71, set. 2012.

NOTAS:

[1] A ideia de controle é inerente a toda forma de organização, seja pública ou privada. Como bem pontua Ronaldo Chadid, "toda estrutura que se dispõe a obter resultados de maneira disciplinada e baseada em técnicas que exigem uma certa distribuição e harmonização de tarefas e funções necessita de constante verificação, fiscalização e correção a fim de evitar oscilações não desejadas no curso de suas ações" (CHADID, Ronaldo. *A Função Social do Tribunal de Contas No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 123).

[2] JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014

[3] A literatura sobre o tema, conforme será destacado, não é unânime, de modo que o nosso entendimento não é dominante.

[4] Conforme observa Romano Scapin: "Entende a jurisprudência do STF que, por aplicação da teoria dos poderes implícitos, o Tribunal de Contas contaria com poder geral de cautela para o exercício de suas funções" (SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 163).

[5] Marcia Pelegrine destaca que: "No Brasil, segundo José Afonso da Silva, a tentativa de instituir Tribunal de Contas surgiu pela primeira vez em 1826, por ideia dos Senadores do Império, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges. Não obstante as tentativas, o Império não teve seu Tribunal de Contas, ideia que só ganhou força com a Proclamação da República, em 1889" (PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 93).

No magistério de Cretella Júnior, encontramos idêntico registro: "A ideia do Tribunal de Contas remonta ao ano de 1826, quando Felisberto Caldeira Brant Pontes Oliveira Horta, o Visconde de Barbacena, e José Inácio Borges apresentaram ao Senado do Império o primeiro projeto a respeito" (CRETELLA

JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p. 9, out./dez. 1986).

[6] Daniel Lavareda aponta que, atualmente, a teoria da separação de poderes vem recebendo críticas. Nas palavras do autor: "Atualmente a teoria da tripartição dos poderes vem sofrendo severas críticas relacionadas à sua insuficiência e incompatibilidade com as dimensões do Estado contemporâneo, chegando-se mesmo a afirmação de que perdeu autoridade, vigor e prestígio, porque os valores que a inspiraram desapareceram ou estão em via de desaparecer, não havendo mais lugar para a prática de um princípio rígido de separação, em que o povo é o verdadeiro detentor do poder e o Estado assumiu responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu" (LAVAREDA, Daniel. *O Desenvolvimento do Processo de Contas e A Efetividade Jurisdicional*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91).

[7] MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 115.

[8] CHADID, Ronaldo. *A Função Social do Tribunal de Contas No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 134.

[9] SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74.

Em sentido contrário, Luís Henrique Vieira Rodrigues: "Nesse sentido, a atividade de controle deve ser concebida como diferenciada da atividade administrativa, que hoje se vincula à legalidade, à medida que se orienta também pela verificação do atingimento da eficiência e economicidade⁸⁴ na prestação dos serviços públicos" (RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. *Controle de Contas da Administração Pública Brasileira Segundo A Jurisprudência do STF*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 62).

[10] Odete Medauar registra que: "(...) nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas apresenta-se como jurisdicional. Uma das bases significativas deste entendimento se encontra no seguinte: conforme o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, nenhuma lesão de direito poderá ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário; e qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário, se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; assim, ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerente aos atos jurisdicionais (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 116).

- [11] PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 104.
- [12] Nos termos destacados por Alexandre Aroeira: “Nos processos perante o TCU, o acusado está sozinho, dialogando com aquele que o acusa e que em seguida o condenará. Se o acusado defende que o acusador está absolutamente errado, ele está na verdade dizendo que o seu julgador estava equivocado quando o acusou (difícil paradoxo psíquico-emocional). Veja que o processo já começa contra o acusado por uma tese sustentada pelo acusador e ao mesmo tempo pelo seu julgador, e pior, essa tese de acusação e de julgamento foi sustentada perante um colegiado que já a avalizou” (SALLES, Alexandre Aroeira. *O Processo nos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 148).
- [13] É esse o entendimento de Ronaldo Chadid, para quem: “(...) o provimento cautelar dos Tribunais de Contas, inspirado na teoria da cautelaridade desenvolvida no âmbito do Direito Processual Civil, se dá através de quatro pressupostos: i) o juízo sumário de cognição; ii) a iminência de dano irreparável; iii) a temporariedade; e iv) a decisão mandamental” (CHADID, Ronaldo. *A Função Social do Tribunal de Contas No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 191).
- [14] SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 217.
- [15] Odete Medauar aponta que: “O art. 70, caput, indicou as matérias sobre as quais incide o controle dos Tribunais de Contas, por vezes denominadas tipos ou modalidades de controle: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. O controle do Tribunal de Contas recai sobre os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade das matérias supra, daí a palavra quanto, a precedê-los, no art. 70, caput. Os termos aplicação de subvenções e renúncia de receitas, que sucedem à menção dos três aspectos, estão aí presentes de forma inadequada, pois não se revestem do sentido de aspecto das fiscalizações, sendo, isto sim, atuações da Administração sob o controle dos Tribunais de Contas. Por isso, serão tratadas no rol das atribuições destes” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 126).
- [16] WILLEMANN, Marianna Montebello. *Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais*. *Fórum Administrativo - FA*, ano 19, n. 139, p. 71, set. 2012.
- [17] CARVALHO FILHO, José dos Santo. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 400.
- [18] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

- [19] Conforme ressalta Salomão Ismail Filho: “A noção de boa administração, de fato, relaciona-se, primeiramente, com a persecução do interesse público pelo decisor político ou pelo administrador público. Ou seja, no exercício das suas atribuições, não basta ao gestor público encontrar qualquer solução administrativa; é preciso encontrar a melhor solução administrativa possível, diante da situação concreta que lhe é apresentada” (ISMAIL FILHO, Salomão. *Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 119, set./dez. 2018).
- [20] É o que destacam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, na seguinte passagem: (...) vale salientar que as competências dos Tribunais de Contas em nada se assemelham às do Judiciário, donde não ser correto transpor analogicamente os poderes cautelares deste para os órgãos de controle de contas” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, ano 14, n. 257, maio/ ago. 2011).
- [21] Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.
- [22] CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p. 1-16, out./dez. 1986.
- [23] CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p. 1-16, out./dez. 1986.
- [24] PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 93.
- [25] No dizer de Eduardo Jordão: “A Constituição Federal não foi silente sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu expressamente” (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 226, out./dez. 2014).
- [26] FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Controle de legalidade e medidas cautelares dos Tribunais de Contas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 18, n. 66, p. 3, jun. 2007.
- [27] Também em sentido contrário ao nosso, ver: MAIA, Renata C. Vieira. *As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas*. Fórum Administrativo - FA, ano 19, n. 201, p. 61-69, nov. 2017.

- [28] SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74.
- [29] José Levy destaca que o julgado supramencionado “se reveste de grande relevância na compreensão da competência dos Tribunais de Contas em nosso país, porquanto lhes reconhece o poder cautelar de determinar imediata sustação de atos da Administração cuja legalidade se questiona, em caso de fundado receio de grave lesão ao Erário ou de risco de ineficácia de futura decisão de mérito”(LEVY, José Luiz. *A suspensão imediata dos atos da administração determinada cautelarmente pelos Tribunais de Contas*. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, ano 17, n. 15, jan./ mar. 2005).
- [30] STF. *Mandado de Segurança 24.510-7/DF*. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie.
- [31] CHADID, Ronaldo. *A Função Social do Tribunal de Contas No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 190.
- [32] STF. *Mandado de Segurança 24.510-7/DF*. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie.
- [33] A partir da obra acadêmica de Romano Scapin, destacamos os seguintes julgados com suas respectivas fundamentações: MS nº 26.263, Poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS nº 24.510/DF. MS nº 26.547, Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). SS nº 3.789/ MA, Poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citados os mesmos argumentos do MS nº 24.510/DF. SS nº 4.009/ RR, Poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS nº 24.510/DF. MS nº 30.593, Poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS nº 24.510/DF. MS nº 33.092, Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais, teoria dos poderes implícitos (SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 158-160).
- [34] HODUN, Milozs. *Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Polities – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America*. 2015. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) - School of Law, Reykjavik University. Reykjavík: Islândia, 2015.

- [35] AGUIAR, Simone Coelho; ALVES FILHO, Paulo Roberto Frota. O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. *Revista Controle, Fortaleza*, v. 16, n.2, p. 269, jul/dez, 2018. BIM, Eduardo Fortunato. *O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. Interesse Público - IP*, ano 21, n. 36, p. 6, mar./ abr. 2006.
- [36] UNITED STATES. U. S. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 4 Wheat. 316, 1819.
- [37] SOUSA, Pedro. *A importação da teoria dos poderes implícitos: uma análise comparativa entre a teoria dos poderes implícitos na Suprema Corte Estadunidense e no Supremo Tribunal Federal*. 2017. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 16.
- [38] Como destacam Cássio Luís Casagrande e Jônatas Henrique: “Embora a teoria dos poderes implícitos, em *McCulloch v. Maryland*, estivesse mais relacionada à repartição de competência relativamente à estrutura federativa dos EUA, foi utilizada num problema constitucional brasileiro que nada tinha a ver com a forma de Estado” (CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. *O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 263, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247).
- [39] A corrente doutrinária que prestigia o entendimento do STF aponta que: “(...) a atribuição constitucional de um poder a um órgão está acompanhada automaticamente da possibilidade do uso dos meios e instrumentos conducentes ao seu exercício” (SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. *O exercício da tutela cautelar pelos Tribunais de Contas*. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, p. 10, mar. 2009).
- [40] Gabriel Heller e Guilherme Carvalho Sousa assinalam que: “(...) para resguardar a autonomia de que gozam os demais órgãos de soberania, a Constituição não autoriza a determinação de ações e a sustação de atos pelo Tribunal a seu bel-prazer” (HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. *Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. 278.2, p. 71-96, maio/ ago. 2019).
- [41] No preciso dizer de Alexandre Aroeira Salles: “Salvo mudança na CRFB/88, não poderá o TCU ter aumentada ou diminuída a sua gama de competências” (SALLES, Alexandre Aroeira. *O Processo nos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 26).

- [42] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas. Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. 257, maio/ ago. 2011.
- [43] JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 226, out./dez. 2014.
- [44] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.010.
- [45] Romano Scapin reforça que: “O processo que formaliza as atividades-fim dos Tribunais de Contas deveria, assim como já acontece com o processo administrativo e o processo judicial, ser regulamentado por uma lei nacional que previsse seus princípios e regras aplicáveis à atuação processual de todas as Cortes de Contas do país” (SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos Provisórios Pelos Tribunais de Contas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74).
- [46] O mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em lúcida explanação, deixou registrada a necessidade de controles nítidos, com assento direto na Constituição: “A coexistência de vários centros funcionais de poder dentro do Estado induz a necessidade de que se equilibrem, desenvolvendo-se controles recíprocos de matriz constitucional, assegurando-se que prevaleçam em quaisquer circunstâncias” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Controle de contas e o equilíbrio entre poderes: notas sobre a autonomia do sistema de controle externo*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 33, jan./fev. 2017).