BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 926

(Ano XI)

(05/10/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.*

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Que tiro foi esse? A narrativa de JANOT e a tática de desinformação

03/10/2019 | Eduardo Luiz Santos Cabette 06

ARTIGOS

Uma análise do imposto sobre grandes fortunas como justiça fiscal: Brasil e experiências similares em França, Alemanha e Espanha.

04/10/2019 | Cleber José Pontes Muniz Filho.....14

Perda de mandato eletivo por consequência do abuso do poder econômico

04/10/2019 | Raimundo Estevão Lisboa.....39

A responsabilização de mineradoras em acidentes de grandes proporções – análise do caso Brumadinho – MG

04/10/2019 | Antonio Carlos Hermont Nascimento.....61

O alto índice de cifra negra nos crimes sexuais

04/10/2019 | Anizielle Xavier Guimarães.....74

Importunação sexual e investigação defensiva, além da palavra da vitima

04/10/2019 | Paula Silva de Castro 89

Direito à saúde suplementar no Brasil: um estudo da crescente judicialização a partir da criação da Agência Nacional de Saúde

04/10/2019 | Phatricia Jesus da Silva 108

Instituto da colaboração premiada: estudo a partir de preceitos constitucionais

04/10/2019 | Felipe Júnior Bispo de Amaral 126

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dignidade da pessoa humana e a proteção do menor em idade núbil para casamento: análise da Lei nº 13.811/19

04/10/2019 | Eros Lopes Nogueira 144

O desenvolvimento da justiça consensual na resolução de conflitos penais: acordo de não persecução penal (Art. 18 RES. n. 181/17-CNMP)

03/10/2019 | Eloita Bianca da Silva Castro.....159

Crimes contra a Administração Pública: a distinção dos sujeitos ativos dos tipos penais dos artigos 313-A e 313-B do Código Penal

03/10/2019 | Felipe Menezes Valente.....169

O direito ao esquecimento como direito fundamental dos trabalhadores egressos do Sistema Carcerário brasileiro

03/10/2019 | Jonathan Rodrigues Silveira 187

Mediação em conflitos familiares

03/10/2019 | Beatriz Costa Libório.....204

Direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos das pessoas em situação de rua na cidade de Manaus

03/10/2019 | Matheus de Souza Barbosa.....219

Reconhecimento da paternidade afetiva versus registral e seus efeitos jurídicos

03/10/2019 | Michele Costa de Santana 232

Análise das políticas de prevenção a reincidência da conduta da abusada em caso da violência sexual infantil

03/10/2019 | Mayara Maia Barbosa 261

Interceptação telefônica como meio de prova para instrução criminal

02/10/2019 | Ida Tamilles Marinho Santos 290

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mandado de segurança no Direito Eleitoral: cabimento, competência e legitimidade

02/10/2019 | Tiago Marques Nogueira 315

A legalidade do acordo de não persecução penal à luz do ordenamento jurídico brasileiro

02/10/2019 | Lara Thais Martins de Castro 331

Depoimento sem dano: oitiva de crianças vítimas de violência sexual

02/10/2019 | Eulália Maria da Silva Costa 347

Violações ao Principio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma análise da Reforma Psiquiátrica à Luz do Direito

02/10/2019 | Davi José Muniz da Silva 375

A proteção do trabalho da mulher empregada vítima de violência doméstica e familiar na Lei Maria da Penha

02/10/2019 | Sillen Sandrewlly Leandro da Silva 400

Como a INTERPOL poderia contribuir mais eficazmente no enfrentamento ao crime organizado internacional

01/10/2019 | Ramon Cezar da Cunha Teixeira 417

O avanço das políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil após o advento da Lei Maria da Penha

01/10/2019 | Yamile Silva Souza 436

Direito Constitucional: fenômeno da judicialização no direito à saúde

01/10/2019 | Glauciene Moreira Soares 461

Refugiados no Brasil e a possibilidade de fechamento das fronteiras: estudo de caso venezuelanos ingressos em Roraima

01/10/2019 | Josias Martins de Oliveira 478

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade do sócio gerente e o redirecionamento da execução fiscal.

01/10/2019 | Maycky Fernando Zeni 505

A importância da propaganda eleitoral para o regime democrático

01/10/2019 | Samara Nogueira Izat Mustafá 516

Um estudo sobre a violência doméstica ao crime de feminicídio registradas na Secretaria de Segurança Pública do Amazonas

30/09/2019 | Maria Antonia Oliveira Dos Santos 526

Princípio da vedação ao confisco: efeito confiscatório da alíquota do IPVA

30/09/2019 | Washington Gomes de Souza Filho 536

Uma releitura do regime estatutário à luz da Constituição de 1988

30/09/2019 | Jéssica Campos Savi 550

Homeschooling: breves considerações sobre a educação domiciliar no Brasil

30/09/2019 | Hamonny Sadame Marcião Souza 559

O processo de parentalidade na construção da família contemporânea e seus reflexos jurídicos

30/09/2019 | Manoel Sebastião de Souza Dos Santos 573

Lavratura de auto de infração trabalhista após a regularização do fato gerador.

30/09/2019 | Alexandre Zambelli Pires 592

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

QUE TIRO FOI ESSE? A NARRATIVA DE JANOT E A TÁTICA DE DESINFORMAÇÃO

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

Rodrigo Janot foi Procurador-Geral da República de 2013 a 2017, cumprindo o papel do Ministério Público em casos de grande repercussão da chamada "Operação Lava – Jato" que tramitaram pelo STF devido à competência originária.

Depois de um período de recolhimento e ostracismo, ressurge lançando um livro intitulado "Nada menos que tudo" pela Editora Planeta, comentando os bastidores da "Lava – Jato". Em seguida, faz uma espécie de "confissão ou desabafo", alegando que certa feita chegou a pensar em ir armado com uma pistola no STF e matar o Ministro Gilmar Mendes, para logo depois suicidar-se. Deixa claro que desistiu desse intento sem qualquer ato executório e que teria sido, segundo suas palavras, "a mão de Deus" (sic) que o guiou para não cometer um desatino.

O resultado imediato foi um rebuliço tremendo. Gilmar Mendes declara abertamente que Janot é uma pessoa desequilibrada e que isso estaria vindo à tona agora. Mais ainda, que a "Operação Lava – Jato" poderia ter sido dirigida por pessoas com sérios desequilíbrios mentais e emocionais. Medidas extremas e ilegais são tomadas. Um inquérito é instaurado para apurar uma cogitação passada e apenas revelada como uma abortada hipótese, sem qualquer espécie de conduta efetiva. Inclusive, até mesmo uma busca domiciliar é determinada na residência de Janot. Sabe-se lá para investigar o que, já que a mera cogitação e pensamentos, não constituem crimes. No chamado "iter criminis", nem mesmo os atos preparatórios constituem um relevante penal, somente há sequer a possibilidade de se falar em tentativa de um crime quando o agente ingressa em atos executórios. Existe uma fase interna na gênese de uma conduta criminosa, consistente exatamente na "cogitatio" ou "cogitação", que é somente o surgimento da ideia de praticar a infração penal. Ainda numa fase interna, há quem mencione um momento chamado de "deliberação", que corresponderia a uma decisão segura de cometer o ilícito. Tudo isso ainda faz parte de um processo subjetivo interno, sem efeito algum

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no mundo exterior, ou seja, no mundo dos fatos, constituindo um irrelevante jurídico - penal. Assim leciona Mejía:

> Como anotamos anteriormente, esta fase está integrada por varios estados, el primero de los cuales es el llamado de la Ideación, o Idea que llaman otros. Está compuesto este primer estado, por la idea de delinquir, es decir cuando aparece en la mente del agente la intención de cometer un delito determinado. Es lógico que antes de fijarse esta idea en la mente del hombre, hayan ocurrido varios momentos, los cuales son necesarios. Precisamente, esta situación fué descrita por Ferri al apuntar que si, en el tiempo las representaciones de los sentimientos y de las ideas éstos se agotan pasivamente, o quedan neutralizados por los sentimientos o ideas contrarias, entonces esa idea queda reducida a una simple emoción íntima que, más tarde hará parte de los recuerdos, pero sin llegar a configurar una determinación de la voluntad que tienda a un obrar exterior y material; más si las fuerzas contrarias que actúan como moralizadoras no son lo bastante fuertes para vencer la fuerza de las primeras, entonces esas diversas sensaciones entran a hacer parte del sentimiento, lo que constituye la idea letal o criminal. Ocurre algunas veces que la idea es repelida definitivamente, o por lo menos en principio; pero al aparecer nuevamente y ya con una fuerza más arrolladora, da lugar al segundo estado, que es el ilamado ''de la deliberación'·. Este está caracterizado por un proceso de lucha entre la idea criminosa y las normas morales que batallan contra ese deseo inmoral. Se explica esa lucha dentro del estado denominado "de la deliberación", ya porque el hombre no puede sustraerse a la influencia que sobre él tienen aquellos controles o resortes morales, que son los que lo conducen a rechazar la idea criminosa y al tallar los instrumentos éticos o factores de utilidad que se oponen al desarrollo de la idea criminosa, entonces se da lugar al aparecimiento de este segundo estadio que se llama "la deliberación"'. Nadie puede negar que la ética, o sea lo que hemos llamado resortes morales, ejerce una inmensa influencia en la vida del hombre, a tal punto de que todo hombre debe tener necesariamente su ética, es decir, debe acomodar su actividad, a unas normas morales determinadas. De ahí que este estado de la deliberación haya sido definido como "proceso psíquico de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella". [1]

A situação é tão absurda que o raciocínio expresso em um "post" veiculado nas redes sociais é absolutamente coerente (embora, obviamente irônico), ou seja, se é possível afirmar que a ideia de matar é equiparável a um homicídio e que Janot deve ser investigado por mera cogitação, então, também se deve chegar à conclusão de que quando Janot cogitou matar Gilmar Mendes e depois se suicidar, ele já se suicidou, ainda que seja virtualmente, o que levaria à extinção de punibilidade pela morte do agente nos termos do artigo 107, I, CP. É o absurdo precisando ser exposto por meio de um "argumentum ad absurdum" ou "apagógico", na terminologia de Leibnz ou Kant. [2]

Mesmo assim medidas que assustariam um inquisidor medieval, tal como descrito sem maiores estudos por boa parte dos chamados "especialistas", são tomadas. Na época da Inquisição uma suposta autoridade que não tinha competência ou atribuição para conduzir os autos jamais seria admitida a fazê-lo, isso apenas para dar um exemplo básico. [3] Também somente seriam investigadas condutas para as quais houvesse o que hoje se conhece por "justa causa" para uma atuação, não fatos ou mesmo ideias considerados adiafóricos (algo indiferente ou neutro, nem bom nem mau sob o ponto de vista teológico – moral). O adiafórico, como se vê, corresponde ao indiferente jurídico – penal, que não constitui, por óbvio, justa causa para qualquer investigação.

Ademais, Janot, hoje atuando como advogado, é impedido de entrar no STF, ainda que seja para tratar de interesses de seus clientes, o que, sem a menor dúvida, fere de morte prerrogativa essencial dos causídicos. Estranhamente a OAB, por seu tão falante Presidente, não emite uma única nota de repúdio, muito menos atua de forma a assegurar as prerrogativas de um advogado e, inclusive, de alguma maneira, buscar a punição do responsável por essa conduta que hoje constitui claramente um crime de Abuso de Autoridade nos termos da Lei 13.869/19 (vide, v.g. artigos 20, 30,32 e 43, bem como artigo 7º. – B, da Lei 8.906/94).

Em suma, o reaparecimento midiático repentino de Janot e as reações, bem como passividades acima descritas são muito estranhos.

Algumas pessoas poderiam pensar que Janot fez essa declaração com o fito de divulgar seu livro ou apenas como uma bravata ingênua e irresponsável.

Ocorre que tudo isso só é possível de ser cogitado se não se pensa mais detidamente num quadro amplo que envolva a conhecida *"Guerra de Narrativas"* que marca a *batalha cultural* polarizada que tem guiado os acontecimentos sociais e políticos no Brasil. [4] Mais ainda, somente é viável crer em um mero intento de divulgação de um livro ou na ingenuidade e irresponsabilidade

de Janot, acaso não se tenha um seguro conhecimento do conceito de *"desinformação"*, enquanto estratégia de dominação ideológica e totalitária.

É muito surpreendente que um ex Procurador – Geral da República altamente criticado por suas reações mornas ou insípidas, pela total falta de entusiasmo com as revelações produzidas pela "Operação Lava – Jato", o qual agia e era conhecido muito mais como um apaziguador do que como uma espécie de membro do Ministério Público linha dura, com tendências persecutórias exageradas, se convole, de repente, em um vingador sanguinário. Estranho, muito estranho. [5]

Isso ocorre exatamente num momento em que o STF pretende colocar em xeque a legitimidade da fase judicial de vários casos integrantes da "Operação Lava – Jato", inclusive, segundo consta, o caso que envolve o mais destacado político implicado, Luiz Inácio Lula da Silva. [6]

É exatamente neste momento que um ex Procurador Geral da República se apresenta como uma espécie de projeto inconcluso de "justiceiro". Na condição de então Membro do Ministério Público em sua mais alta esfera, essa imagem concomitantemente ridícula e tenebrosa, pode penetrar no imaginário popular, como um modelo ou uma imagem das instituições e das pessoas que compõem as instituições dedicadas à persecução criminal. E ainda mais, Janot acrescenta à sua fala a alegação de que somente não teria agido por uma suposta "intervenção Divina", o que pode muito bem ser explorado exatamente como uma demonstração de que ideologias ou crenças religiosas ou dogmáticas impregnam grupos e pessoas envolvidos no chamado "combate" à corrupção. Está conformado um protótipo ideal ou idealizado para se tornar um espantalho a ser dilacerado e, com isso, desacreditar as instituições e pessoas que as integram, ensejando um clima ideal para o vitimismo dos supostos perseguidos e injustiçados. Aliás, isso já está acontecendo com grande mobilização midiática e militante. [7]

Note-se que apesar de toda pirotecnia do STF com a suposta "investigação" contra Janot, retirada de seu porte de arma e proibição de acesso, obviamente o mesmo Janot sabe muito bem, ele não é nenhum ingênuo ou ignorante jurídico, que tudo isso não passa de fanfarronice midiática sem qualquer possibilidade de alguma consequência prática que o possa prejudicar. O único prejuízo que ele certamente sabe que causou foi à imagem da "Operação Lava – Jato", em especial à imagem do Ministério Público como instituição formada por homens que deveriam ser marcados pelo seu equilíbrio, apego à legalidade e sanidade. Ele certamente sabe muito bem como essas suas declarações poderiam ser exploradas e estão sendo. Ele e todos os demais envolvidos sabem muito bem que generalizações e afirmações sem fundamento fático são totalmente assimiláveis pelo público na chamada era da "Pós – Verdade", marcada pela característica das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal". [8]

Observe-se que uma coisa muito menos portentosa são as críticas externas feitas às instituições e pessoas. Algo muito diverso é, por exemplo, pessoas como Gleisi Hoffman ou Fernando Haddad criticarem a "Operação Lava – Jato", dizerem que seus integrantes são pessoas que agem de maneira incontrolada, que não têm equilíbrio e imparcialidade, que são movidos pelo "ódio" ou coisas que o valham. Isso é uma coisa totalmente diversa do fato de um ex Procurador – Geral da República, que conduziu vários processos, se apresentar, deliberada e espontaneamente, como um indivíduo que cogitou executar em pleno STF um Ministro. É coisa muito diversa um ex Procurador – Geral, desde dentro da instituição, supostamente revelar que agia como uma espécie de "vingador", que tinha delírios de "justiceiro". Nesse momento, ele deliberadamente legitima toda a narrativa daqueles que pretendem deslegitimar a persecução criminal levada a efeito pela "Operação Lava – Jato".

E é exatamente esse aspecto, de que a notícia ou informação falseada, teatralizada, vem não de fora, como uma mentira ou uma crítica externa, mas de dentro daquilo que se quer desacreditar, que distingue uma mera "notícia falsa", uma "falsa informação ou declaração", de uma sutil e minuciosa operação de *"desinformação"*. A *"desinformação"* opera desde dentro e, por isso, tem força de convencimento, tem credibilidade e passa despercebida enquanto manobra ardilosa. [9] Sente-se que "nunca antes na história deste país" Rodrigo Janot fez tanta justiça ao apelido popular que lhe foi dado, qual seja, "Rodrigo Enganot".

Assim como no campo político tem sido tão frequente a existência de falsas oposições, entre Janot, Gilmar Mendes e o STF como um todo, não se vislumbra real atrito. O que transparece, para quem tem um horizonte de consciência que lhe permite vislumbrar a "Guerra de Narrativas" em andamento e o processo de "desinformação" encetado, fica muito claro que todos os atores envolvidos apenas cumprem papéis pré – determinados, não se importando sequer com eventuais constrangimentos que venham a sofrer, tudo em nome de uma causa ou de um fim. Fim este que clara e evidentemente se constitui, num primeiro e atual momento, na deslegitimação moral, jurídica e até racional da "Operação Lava – Jato", a fim de que a soltura e impunidade de indivíduos ali envolvidos não gere a revolta popular que pode e deve certamente gerar. A "desinformação" levada a efeito pode criar uma "narrativa" que se pretende capaz de estancar a convulsão social diante de uma "Justiça" (sic) que se politiza e pretende acusar os outros de se politizarem, de serem parciais, de serem injustos etc. Uma "Justiça" que segue a velha cartilha do "acusem-nos do que vocês são, digam que eles fazem o que vocês fazem".

De acordo com o exposto, conclui-se que, ao que tudo indica, as declarações tresloucadas de Rodrigo Janot não são oriundas de uma frivolidade ou leviandade pessoal e sim parte de um bem concatenado plano de *"desinformação"*, com a criação de uma falso conflito entre o ex Procurador Geral e o STF, bem como a demonização, desde dentro, dos atores da "Operação Lava – Jato", tudo a fim de criar um clima propício para o desmanche dos processos e, finalmente, a soltura e absolvição (senão jurídica, ao menos política e social) de Lula e de outros corruptos e corruptores.

O ardiloso processo de *"desinformação"* escolhe a dedo uma figura então componente importante do Ministério Público, a fim de dar credibilidade às críticas que podem agora surgir, voltadas contra esse espantalho, que se expõe como um modelo de insanidade e obsessão, o qual se transforma num símbolo ou num universal das figuras responsáveis pela persecução criminal. Agora, a crítica de fora ganha maior credibilidade e tem o poder de, no mínimo, abrandar a convulsão social que poderia advir de um repentino desmonte de uma investigação e processos que, legalmente, ensejaram condenações e encarceramentos de pessoas de alta estirpe financeira e política. Afinal, foi dentro da própria instituição responsável pela persecução criminal que se declarou a existência de obsessões, insanidades e ódio. Quem terá segurança para contraditar o que confessa o próprio acusado? Ao menos um símbolo ou modelo desse acusado?

Quem terá essa segurança, e deve ser a população em geral, será todo aquele que tiver consciência do sutil, hábil e insidioso processo de *desinformação* com que se pretende impor uma *narrativa* falseada com ares de legitimidade devido à sua fonte original. Entretanto, essa fonte é obviamente maculada pela afetação teatral que, quando posta a descoberto, chega a ser ridícula.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

D'ANCONA, Matthew. *Pós – Verdade*. Trad. Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018.

GLEISI denuncia golpe de Dallagnol: "Lula tem direito à liberdade". Disponível em https://www.brasil247.com/regionais/sul/gleisi-denuncia-golpe-de-dallagnol-lula-tem-direito-a-liberdade, acesso em 29.09.2019.

ITURRALDE, Cristian. *A Inquisição*. Trad. Mateus Leme. Campinas: Ecclesiae, 2017.

KADAMUS, Kelli, ABRÃO, Camila. Decisão do STF sobre Bendine pode levar à anulação de sentença contra Lula. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em https://www.gazetadopovo.com.br/republica/decisao-stf-bendine-levar-anulacao-sentenca-contra-lula/ , acesso em 29.09.2019.

LOYOLA, Leandro. Rodrigo Janot: a conversão do jeitoso em mão pesada. Disponível em https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/03/rodrigo-janot-conversao-do-jeitoso-em-mao-pesada.html , acesso em 29.09.2019.

MEJÍA, Humberto. Análisis del iter criminis. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 40, p. 21-30, 1966.

MINISTRO do STF diz que Procurador Rodrigo Janot atua como advogado de Dilma. Disponível em http://www.blogdopc.com/2015/08/ministro-do-stf-diz-que-procurador.html?m=0 , acesso em 29.09.2019.

O PRODURADOR – GERAL DA REPÚBLICA tem sido alvo de críticas, em especial de Michel Temer, pelo fato de Joesley Batista e demais executivos da JBS estarem em liberdade. Disponível em http://www.osul.com.br/o-procurador-geral-da-republica-tem-sido-alvo-de-criticas-em-especial-de-michel-temer-pelo-fato-de-joesley-batista-e-demais-executivos-da-jbs-estarem-em-liberdade/ , acesso em 29.09.2019.

PACEPA, Ion Mihai, RYCHLAK, Ronald J. *Desinformação*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Vide Editorial, 2015.

TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas: a crise política e a luta pelo controle do imaginário*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018.

V ASCONCELOS, Jorge. Decisão do STF sobre condenações pode beneficiar 143 réus da Lava – Jato. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/09/27/interna_politica,791107/decisao-do-stf-sobre-condenacoes-pode-beneficiar-143-reus-da-lava-jato.shtml , acesso em 29.09.2019.

NOTAS:

[1] MEJÍA, Humberto. Análisis del iter criminis. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 40, 1966. p. 23.

[2] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

[3] Para aprofundamento: ITURRALDE, Cristian. *A Inquisição*. Trad. Mateus Leme. Campinas: Ecclesiae, 2017, "passim".

[4] TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas: a crise política e a luta pelo controle do imaginário*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018, "passim".

[5] V.g. MINISTRO do STF diz que Procurador Rodrigo Janot atua como advogado de Dilma. Disponível em http://www.blogdopc.com/2015/08/ministro-do-stf-diz-que-procurador.html?m=0 , acesso em 29.09.2019. LOYOLA, Leandro. Rodrigo Janot: a conversão do jeitoso em mão pesada. Disponível em https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/03/rodrigo-janot-conversao-do-jeitoso-em-mao-pesada.html , acesso em 29.09.2019. O PRODURADOR – GERAL DA REPÚBLICA tem sido alvo de críticas, em especial de Michel Temer, pelo fato de Joesley Batista e demais executivos da JBS estarem em liberdade. Disponível em http://www.osul.com.br/o-procurador-geral-da-republica-tem-sido-alvo-de-criticas-em-especial-de-michel-temer-pelo-fato-de-joesley-batista-e-demais-executivos-da-jbs-estarem-em-liberdade/ , acesso em 29.09.2019. Esses são apenas alguns exemplos de como era conhecido Janot, ou seja, nada que possa remotamente apontar para um "justiceiro" sanguinário, mesmo em termos de delírios ou pensamentos.

[6] KADAMUS, Kelli, ABRÃO, Camila. Decisão do STF sobre Bendine pode levar à anulação de sentença contra Lula. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/republica/decisao-stf-bendine-levar-anulacao-sentenca-contra-lula/ , acesso em 29.09.2019. Vide ainda: V ASCONCELOS, Jorge. Decisão do STF sobre condenações pode beneficiar 143 réus da Lava – Jato. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/09/27/interna_politica,791107/decisao-do-stf-sobre-condenacoes-pode-beneficiar-143-reus-da-lava-jato.shtml , acesso em 29.09.2019.

[7] GLEISI denuncia golpe de Dallagnol: "Lula tem direito à liberdade". Disponível em https://www.brasil247.com/regionais/sul/gleisi-denuncia-golpe-de-dallagnol-lula-tem-direito-a-liberdade, acesso em 29.09.2019.

[8] D'ANCONA, Matthew. *Pós – Verdade*. Trad. Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018, p. 20.

[9] PACEPA, Ion Mihai, RYCHLAK, Ronald J. *Desinformação*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 69. No contexto da Guerra Fria Paceba e RyChlak descrevem a atuação para inserir "informações" que viriam do próprio ocidente e não dos governos socialistas, seja para legitimar seus governos, seja para difamar o ocidente: "Na realidade, a desinformação é tão diferente da má informação quanto a noite é diferente do dia. O ato de *informar mal* é uma ferramenta oficial de governo reconhecível enquanto tal. *Desinformar* (isto é, *dezinformatsiya*) é uma ferramenta secreta de inteligência, com a finalidade de outorgar uma chancela ocidental, não governamental, a mentiras do governo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

UMA ANÁLISE DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO JUSTIÇA FISCAL: BRASIL E EXPERIÊNCIAS SIMILARES EM FRANÇA, ALEMANHA E ESPANHA.

CLEBER JOSÉ PONTES MUNIZ FILHO: Mestrando (LL.M) em Direito, com ênfase em Direito Tributário, pela Universität Passau (Alemanha). Pós-graduando em Direito Tributário pela PUC-MG, graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7) em Fortaleza, Ceará. Advogado e membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-Ceará. Atua na área tributária e tem como temas de estudo: Teoria Geral do Direito Tributário, Direito Constitucional Tributário, Direito Tributário Comparado, Impostos sobre a Renda e sobre o Patrimônio, Reforma Tributária e Execução Fiscal.

Resumo: Este artigo tem como finalidade o estudo do Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF) no ordenamento jurídico brasileiro, bem como conhecer tributos e experiências similares do Direito estrangeiro à norma inserida pelo constituinte brasileiro de 1987/1988 e, mesmo em meio as mais variadas discussões sobre a realização de uma reforma tributária por meio de um Imposto Sobre Valor Agregado (IVA), continua sendo tema atual . Busca aprofundar o exame desse polêmico assunto, tão relevante, não só para o Direito, como também para a busca de uma otimização da justiça fiscal, possibilitando melhor prestação de serviços públicos essenciais, direitos e garantias fundamentais por parte do Estado para toda a sociedade, sobretudo para aqueles que não têm acesso a tais prestações por decorrência da falta de recursos financeiros pessoais. O desafio à sua execução é apresentar uma análise singular, de modo objetivo, sobre o Imposto Sobre Grandes Fortunas que, mesmo depois de transcorridos quase 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal, não foi instituído pelo legislador infraconstitucional por meio de Lei Complementar, mesmo na incessante busca em atender os objetivos da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Imposto sobre grandes fortunas. Tributação. Justiça fiscal. Capacidade contributiva.

Sumário: Introdução. 1. Noções Gerais e Arcabouço Constitucional do IGF. 1.1 A Justiça Fiscal. 1.2. Princípios Constitucionais relacionados com o IGF. 2. Análise do IGF e Conceito de Imposto. 2.1. Os Projetos de Lei Complementar e um (possível) Conceito de IGF. 3. Experiências Similares no Direito Estrangeiro. 3.1. A Experiência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Francesa. 3.2. A Experiência Alemã. 3.3. A Experiência Espanhola. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em meio as mais variadas discussões sobre uma reforma tributário ampla e em sede constitucional no Brasil, a qual visa solucionar problemas de tributação conhecida por "indireta", que incide sobre bens e serviços, através de inserção de um imposto sobre valor agregado (IVA) nos moldes de vários países mundo afora, persiste e passa despercebido com certo vácuo o problema da tributação sobre o patrimônio no Brasil, meio ainda por explorado em termos de atuação tributária do Estado.

O Imposto Sobre Grandes Fortunas, imposto tipicamente patrimonial, é tributo de competência privativa da União, conforme exposto no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 e sua introdução no ordenamento jurídico pátrio necessita de lei complementar. A experiência brasileira, desta forma, para no Texto Constitucional, no artigo 80 do ADCT e em inúmeros projetos de lei complementar das casas do Congresso Nacional elaborados desde o fundamento da presente ordem democrática.

Assim, o que seria o IGF para o ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, a sua conexão com a justiça fiscal e quais as experiências mais relevantes em ordenamentos jurídicos estrangeiros?

A relação desse imposto com a ideia de justiça fiscal, porquanto a necessidade de reduzir as desigualdades sociais e redistribuir a carga tributária, além do produto de sua arrecadação para o custeio de serviços públicos essenciais que constituem os direitos expressos no rol dos direitos fundamentais da Carta Política constituem pontos relevantes para o tema.

Na primeira parte deste artigo, são expressas as noções gerais e o arcabouço constitucional do Imposto Sobre Grandes Fortunas, tendo em vista a posterior abordagem de alguns dos projetos de lei complementar versando sobre ele, bem como, expõe-se a ideia de justiça fiscal, um dos pilares do funcionamento do Estado Democrático de Direito e, em seguida, aborda-se brevemente os princípios constitucionais relacionados com o IGF.

A segunda parte analisa o referido imposto propriamente dito, com suporte na conceituação geral e em visões doutrinárias acerca espécie tributária na qual ele está inserido, bem como a análise de alguns dos principais projetos de lei sobre o tema já apresentados ao Congresso Nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por último, investiga-se os tributos e as experiências assemelhadas no âmbito do Direito estrangeiro, sobretudo em França, na Alemanha e na Espanha. Abordam-se as noções constitucionais pertinentes a cada um desses países e os impostos que se assemelham ao IGF da Carta Política brasileira de 1988.

1. Noções Gerais e Arcabouço Constitucional do IGF.

As razões de ser do IGF têm explicações muito ligadas ao contexto histórico e aos problemas vividos pela sociedade e pelo Estado, muitas vezes se entrelaçando com a história da própria tributação. O Estado, para se sustentar, necessita de recursos financeiros, crescendo essa necessidade na medida que suas responsabilidades, tais como direitos fundamentais, aumentam.

As relações entre Estado e contribuinte nem sempre foram amistosas, uma vez que, em inúmeros momentos da história, a pessoa ou grupo sempre doou, pagou ou, de uma maneira ou de outra, cedeu parte da sua propriedade àquele, isso decorrendo da força e do poderio militar que ele detinha. Assim foi no Império Romano, ao dominar povos vencidos em batalhas, e nos diversos outros impérios da Antiguidade. (MOTA, 2010, p. 23).

Com efeito, a acumulação de riquezas em virtude dos mais diversos fatores, ocorreu ao longo da história da humanidade, passando pela Grécia Antiga, onde existiu um rápido acúmulo de riquezas nas mãos de um número muito limitado de pessoas que já eram ricas e, em decorrência disso, o nascimento de grandes fortunas, notando-se a evidente disparidade que existia na naquela sociedade. (FALCÃO, 1981, p. 82-84).

Ademais, não se tem registro de um tributo que recaísse especificamente sobre grandes fortunas antes do século XX. É fato que muito foram usados tributos sobre o patrimônio, que atingiam qualquer pessoa do povo, e, posteriormente, se criou tributos que objetivavam atingir a renda produzida do bem, e não o valor do bem em si, disso surgindo algumas controvérsias. A imprecisão de tributos que atingiam o patrimônio cessou, ao surgir, nos países do norte europeu, o primeiro imposto patrimonial propriamente dito, o tributo real (selective taxes), que atingia o patrimônio real dos contribuintes.

A problemática da tributação no Brasil não foi diferente dos demais países, em razão de tais problemas. Com base e motivos semelhantes com o que foi exposto até aqui, o senador Paulo Paim (PT/RS), assim como outros legisladores, ao elaborar o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 315, de 2015, que visa instituir o IGF justifica sua implantação como um modo de tributar a renda em estado estático, que é o patrimônio, bem como a supressão de distorções ao longo das fases anteriores da tributação, corrigindo eventual regressividade do sistema (2015, *online*).

A justificativa supra foi praticamente a mesma utilizada por outros legisladores em outros projetos sobre o assunto apresentados ao Congresso Nacional. Percebendo a conexão do assunto com a temática da Justiça Fiscal, passa-se agora ao exame desta em tópico próprio.

1.1 A JUSTIÇA FISCAL

Para discorrer sobre tal assunto é necessário ressaltar que, segundo Nunes, o Brasil possui aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) da riqueza do país concentrada nas mãos dos 10% (dez por cento) mais ricos. Além disso, "a concentração de renda no Brasil é tão grande que ficamos entre os doze países mais desiguais do Mundo, atrás de Macedônia, Malásia, Camarões, Colômbia, Venezuela, Camboja entre outros". (2012, *online*).

O Direito Tributário de um Estado de Direito se baliza não somente por tecnicidades, mas também por valores, já que há uma necessidade de que cada um contribua para que seja possível realizar tarefas que a todos interessam e que tornem possível o convívio entre as pessoas. Com base nisso, pode-se entender que os Estados de Direito, e o Brasil é um Estado Social de Direito, devem buscar e criar um direito justo, tendo em vista que este é o pilar mais fundamental, e, igualmente, abstrato. (TIPKE; YAMASHITA, 2002. p. 15-19).

O Estado não pode se ater tão somente a criar leis que garantam segurança jurídica aos cidadãos. Deve ele fazer com que a legislação seja materialmente justa. Assim, os princípios da igualdade, do Estado Social e o da liberdade formam os três fundamentos da justiça no Estado Social de Direito, podendo estes ser encontrados no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Caliendo (2009, p. 58) defende o ponto de vista que a Justiça Fiscal claramente se manifesta por via de princípios, sendo ponto hermenêutico fundamental de aplicação das normas jurídicas tributárias e estruturante do sistema jurídico-tributário. Por esse motivo, ter-se-ia a Justiça Fiscal como um princípio do qual derivam ou se orientam outros como, por exemplo, a capacidade contributiva, a progressividade.

Assim, pode-se afirmar que um sistema jurídico justo e sério baliza sua tributação por meio de justiça efetivamente fiscal, onde possíveis distorções do sistema e também distorções sociais, que não podem ser desprezadas, são atenuadas por meio da atividade tributante do Estado. A título de exemplo, é possível citar a seletividade ou inversão da forma tributante que onera a cesta básica ou os bens essenciais.

1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM O IGF

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao abordar os princípios constitucionais relacionados com o Imposto Sobre Grandes Fortunas, mister se faz proceder a uma análise sobre o conceito de princípio, para que assim sejam possíveis a compreensão e a importância que eles possuem dentro do ordenamento jurídico, sobretudo no campo do Direito Constitucional Tributário.

Dentre as mais conhecidas conceituações disponíveis sobre princípio está a de Alexy, ao assinalar o fato de ser possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais, mas, em termos de direitos fundamentais, a mais importante é a distinção entre regras e princípios, que, além de os princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, podem ser ainda normas de argumentação ou normas de comportamento. E vai além, pois para ele os princípios consistem em mandamentos de otimização, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. (2014, p. 85-91).

Fato incontroverso é a força normativa dos princípios em nosso sistema constitucional, sejam eles atuando ora como regra (como no caso do princípio da legalidade), sejam atuando como princípio propriamente dito como a ideia de Alexy. A força e a normatividade segundo Bonavides (2014, p. 300-301) os colocam como figura de suma importância no sistema jurídico brasileiro.

O primeiro dos princípios relacionados com o IGF é o Princípio da Igualdade que está positivado em várias das cartas dos países, como, por exemplo: a da Áustria, de 1920, em seu artigo 7º, a da Alemanha, de 1949, a da França, de 1958, em seu artigo 1º. (CONSTITUTE PROJECT, 2016, *online*). No âmbito brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), em seu art. 5º, *caput*, semelhantemente às demais cartas ao redor do mundo, estabelece a igualdade de todos 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.

Do princípio da igualdade em matéria tributária, mais especificamente, pode-se retirar o entendimento de que a lei tributária deve cuidar da mesma forma todos que estão em semelhante situação jurídica. Em outras palavras: todos os que estão na mesma situação devem ter tratamento igual perante a lei em matéria tributária, devendo ser excluída do ordenamento jurídico uma lei que aplique regras diferenciadas às pessoas na mesma situação. (CARRAZZA, 2013, p. 87-88).

Assim, o princípio da igualdade tributária vai muito além de uma simples ideia de igualdade em plano abstrato ou mencionada pela lei, devendo atingir os atos estatais para o exercício do poder de tributar, com a criação de normas mais justas e um tratamento diferenciado aos que se encontram em situação diferenciada.

Outro princípio estritamente correlacionado ao IGF é o da legalidade, que também deriva do art. 5º da CRFB/1988, mais especificamente em seu inciso segundo, ao estabelecer que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", nascendo, então, a obrigação de o Estado, ao querer impor algo às pessoas, somente poder agir mediante autorização de uma lei, evitando, assim, abusos de sua parte. (BRASIL, 1988). Mais interessante ainda para a tarefa universitária sob relação é o que dispõe o art. 150, inciso I, da Carta Política, que veda a majoração ou a exigência de um tributo sem existir lei estabelecendo isso. Tal dispositivo acentua ainda mais o princípio da legalidade, inclusive no que diz respeito à matéria tributária.

Efetivamente, pois, o disposto no art. 150, I, da CRFB/1988, merece melhor interpretação para efeitos tributários, já que a lei, ao surgir, deve não somente trazer a hipótese de incidência do tributo. Deve a lei conduzir, também, todas as informações pertinentes ao referido tributo, fazendo assim com que saiba qual fato faz nascer o dever de pagar o tributo, qual é o seu valor, quem é que deve contribuir para aquele tributo e a qual ente ele deve ser pago. Assim, a lei não pode surgir com margens que situem o contribuinte em situação de risco, sendo tal princípio um dos mais importantes meios, senão o mais, de impor aos governantes os limites na atividade de tributação. (MACHADO, 2015, p. 32-34).

Em suma, o Estado, em sua atuação em face do cidadão-contribuinte, e em outras áreas, também, só pode agir conforme o que está disposto na lei. Tal mecanismo visa a evitar possíveis abusos por parte daquele, colocando o contribuinte em uma posição mais segura juridicamente e, por que não, faticamente.

Mais um princípio relacionado com o imposto objeto do presente estudo é o Princípio do Não-confisco ou da vedação ao confisco, que encontra sua fonte no art. 150 da CRFB/1988, onde, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

De tal sorte, o princípio da vedação ao confisco constitui uma limitação assegurada pela Constituição Federal ao Estado, evitando que este, ao exercer o poder de tributar, oprima o direito de propriedade do contribuinte de maneira substancial. A solução para tal embate se resolveria por uma análise sistemática dos tributos, ou seja, uma análise em virtude dos tributos em conjunto. (MACHADO, 2015, p. 41).

Assim, o Estado não pode inviabilizar a vida do cidadão-contribuinte através de elevada carga tributária, mesmo que seja para justificar a manutenção dos custos essenciais para a sobrevida da sociedade, pois a lei foi criada para solucionar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

problemas entre Estado-individuo e individuo-individuo e não para trazer mais problemas.

Por último e não menos importante, aborda-se aqui o Princípio da Capacidade Contributiva, fortemente conectado com o ideal de Justiça Fiscal, e que encontra fonte no art. 145 da CRFB/1988, §1º, dispondo que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo os ensinamentos de Becker "antiquíssimo é o princípio de cada indivíduo contribuir para as despesas da coletividade, em razão da sua força econômica", havendo relatos sobre um excerto de Heródoto do qual se deduziria que tal princípio já vigoraria entre os egípcios de seu tempo. (2013, p. 513).

Mencionado princípio não é exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro, pois a capacidade contributiva é tão ou mais antiga quanto a Ciência das Finanças, sendo utilizada também em várias leis tributárias da Idade Média e em algumas dos primeiros séculos da Idade Moderna, podendo ser encontrada até mesmo na legislação fiscal das colônias inglesas da América. (BECKER, 2013, p. 514-515).

O conceito de princípio da capacidade contributiva pode ser sintetizado na ideia de que todas as pessoas devem pagar impostos conforme o montante de renda disponível, ou seja, o imposto é aumentado na medida que se aumenta a renda disponível, observado o mínimo existencial quanto à limitação do poder de tributar. (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 30-31).

2. Análise do IGF e Conceito de Imposto.

O intuito deste tópico é proceder à breve análise do que é o Imposto Sobre Grandes Fortunas para o ordenamento jurídico brasileiro. Necessário se faz esclarecer que não há norma concreta que estabeleça um conceito sobre imposto, tendo todas as opiniões formadas até agora se baseado nas experiências semelhantes vividas por outros países e da opinião de membros das casas do Congresso Nacional manifestada por meio de inúmeros projetos de lei complementar, muitos dos quais pouco tramitaram ou sequer foram aos plenários das casas.

Tal análise observa a ordem constitucional como um todo, ou seja, se atentará para uma interpretação sistemática da Constituição, sempre levando em consideração o momento histórico vivido pelo Brasil no final dos anos 1980, época do surgimento de movimentos por eleições diretas e pela realização da Assembleia Nacional Constituinte.

2.1 Conceito de Imposto

Não é possível conceituar imposto sem conceituar tributo, pois o primeiro é espécie e o segundo é o gênero a que esse pertence. Assim, abordam-se os dois conceitos partindo do gênero, para ter-se uma carga conceitual, e, depois, foca-se na espécie imposto em si. A definição de tributo com efeitos de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é encontrada no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN). De acordo com o referido artigo:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, online).

A compulsoriedade da prestação dos tributos no ordenamento jurídico pátrio se concentra no fato de que, da relação jurídico-tributária, ausente está o elemento vontade, nascendo, então, independentemente o dever de pagamento que é previsto em lei. (MACHADO, 2015, p. 57-58).

Outra particularidade do conceito de tributo é que esse não pode constituir sanção de ato ilícito, uma vez distinto da penalidade, que tem como hipótese de incidência o ato ilícito. Paulsen destaca a proibição de se instituir tributo com o objetivo de sancionar ato ilícito o seguinte:

O tributo não é sanção de ato ilícito e, portanto, não poderá o legislador colocar ilícito, abstratamente, como gerador da obrigação tributária ou dimensionar o montante devido tendo como critério a ilicitude[...]. Mas costuma-se dizer que a ilicitude subjacente é irrelevante. (2014, p. 36).

Já no que tange aos impostos, Becker assevera que "a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo *um fato lícito* qualquer (não consistente em serviço estatal ou coisa estatal), terá criado um imposto". (2013, p. 405). Consoante, entretanto, o mesmo autor (2013, p. 406), todo tributo ou será imposto ou será taxa, fugindo um pouco do reconhecido pelo Sistema Tributário Nacional hoje vigente.

Carvalho define imposto "[...] como tributo que tem por hipótese de incidência (confirmada pela base de cálculo) um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público". (2016, p. 59).

Ao examinar as hipóteses de incidência dos impostos, verifica-se que, como fatos quaisquer, o Estado não atua para o contribuinte, sendo esta a característica forte daqueles. Os impostos servem para custear as despesas gerais que o Estado possui, sem haver a necessidade de contraprestação, além de sua competência ser repartida pela Constituição Federal para os entes de Direito público interno, diferentemente do que acontece com outras espécies tributárias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1. Os Projetos de Lei Complementar e um (possível) Conceito de IGF.

O primeiro ponto a ser abordado é que o processo no qual resultou a Constituição Federal de 1988 se deu em meio a um grande movimento de recepção que ocorrera a época, destacando vários fatores que interagiram para produzir o resultado, dentre eles o mimetismo jurídico, a atração do elemento estrangeiro sobre o autóctone, a convicção de que o progresso jurídico é capaz de acelerar o socioeconômico, além dos tradicionais vínculos histórico-culturais entre o Brasil e os países europeus, sobretudo os da Península Ibérica, e também a afinidade do processo político de redemocratização que se deu, concomitantemente, em vários países. (MOTTA, 1996, p. 25).

O Constituinte originário dispôs, por via do artigo 153, inciso VII da CRFB/1988, que a União tem competência para instituir imposto sobre grandes fortunas, nos termos da lei complementar. Com isso, se estabeleceu que, para exercer tal competência, é exigido do legislador infraconstitucional um quórum qualificado para a inserção da norma no ordenamento jurídico, até mesmo pela fragilidade do tema.

Amaro entende ser o IGF um imposto sobre "grandes patrimônios", ao afirmar que é reservada "para a União competência para tributar grandes patrimônios com o imposto sobre grandes fortunas". (2014, p. 113).

Diversos projetos de Lei Complementar, como exige a CRFB/1988 em seu art. 153, VII, foram apresentados ao Congresso Nacional nos mais de trinta anos de história da Carta Magna e aborda-se aqui alguns deles:

A) Projeto de Lei Complementar do Senado (PLS) nº.162 de 1989 - No ano de 1989 à época titular de mandato eletivo no Senado Federal, Fernando Henrique Cardoso apresentou o projeto de lei complementar 162/89, que foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, recebendo o nº 202/89. Mencionado projeto, no entanto, não chegou a ser efetivamente votado pela Câmara dos Deputados, apesar de estar até hoje pronto para a pauta no Plenário da Câmara. Há ainda outros projetos de lei complementar apensados ao do então Senador Fernando Henrique Cardoso. (FERNANDES; MELO, 2016. p. 67). Seu critério material seria titularidade de fortuna em valor superior a dois milhões de cruzados novos, pouco mais de seis milhões de reais nos dias atuais. Já o critério espacial abrangeria a fortuna, esta sendo o conjunto de bens no Brasil ou no exterior. No que tange ao critério temporal, a prestação do imposto se daria no dia 1º de janeiro de cada ano, devido por pessoa física (critério pessoal) residente ou domiciliada no País (art. 2º) que seja titular de fortuna dos termos dos arts. 1º e 3º, do referido projeto de lei complementar. O critério quantitativo abrange alíquotas que vão de 0,3 %, em fortunas superiores a dois milhões de cruzados-novos, moeda corrente à

época da propositura do PL, até uma alíquota de 1% para fortunas superiores a oito milhões de cruzados-novos.

B) Projeto de Lei Complementar da Câmara (PLP) nº. 277, de 2008 - Tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei complementar, de autoria da então deputada Luciana Genro e dos deputados Ivan Valente e Chico Alencar, todos do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo apresentação ocorreu em 2008. Os deputados que apresentaram o referido projeto criticam os projetos anteriormente oferecidos às casas do Congresso Nacional. De acordo com a justificativa deles, tais projetos não cumpririam, em linhas gerais, o objetivo visado pela CRFB/1988, no que diz respeito à redução das desigualdades sociais, à progressividade do IGF e ao tratamento incoerente dado pelo referido projeto, ao permitir que se deduza da declaração do IGF o que fora declarado no IRPF, segundo os autores do projeto mencionado. No que tange a norma propriamente dita, os legisladores propuseram como critério material para a incidência do IGF a titularidade de fortuna em valor superior a dois milhões de reais, expressos em moeda de poder aquisitivo de 1° de janeiro do ano de 2009. Já o critério espacial seria o conjunto de todos os bens e direitos, situados no País ou no Exterior. A prestação seria no dia 1º de janeiro de cada ano (critério temporal) e O sujeito passivo da relação jurídico-tributária é a pessoa física residente ou domiciliada no País, o espólio e a pessoa física ou jurídica domiciliada no Exterior em relação ao patrimônio que tenha no Brasil (critério pessoal). As alíquotas (critério quantitativo) seriam progressivas e se iniciariam em 1% para fortunas superiores a dois milhões de reais, podendo chegarem até a 5%, caso a fortuna seja superior cinquenta milhões de reais.

C) Projeto de Lei Complementar do Senado (PLS) nº.315, de 2015 - Mais recentemente, fora apresentado ao Senado Federal o projeto de lei complementar nº. 315/2015, de autoria do senador Paulo Paim, do Partido dos Trabalhadores. Atualmente está em tramitação na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, tendo como relator o senador Fernando Bezerra Coelho. Aqui o legislador infraconstitucional fixou como critério material do imposto ser proprietário de patrimônio fixado no art. 2º do PL. Em relação ao critério espacial, o patrimônio em qualquer país de qualquer pessoa física brasileira, e, o patrimônio em território brasileiro, para pessoas físicas estrangeiras. O valor devido como imposto seria recolhido anualmente em 31 de dezembro. A título de critério quantitativo, a alíquota do IGF seria de 1%, podendo haver uma série de deduções, como, por exemplo, a dedução de outros impostos já devidamente pagos.

Muito se comenta a respeito dos prós e contras do IGF, caso esse fosse realmente instituído no ordenamento jurídico brasileiro. Martins (2002, *online*), por exemplo, afirma que o referido imposto teria o condão de afugentar e migrar investidores que tenham interesse no Brasil, retardando assim o crescimento econômico brasileiro. Fernandes e Melo (2016, p. 72-73).vão além e elencam um rol

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de possíveis prejuízos trazidos pela inserção do IGF, tais como o desestímulo a poupança, a fuga de capitais, altas despesas para fiscalização efetiva, elevado risco de sonegação, complexidade para instituição e arrecadação, dentre outros.

Para Machado (2015, *online*), entretanto, esses argumentos contrários à instituição do IGF não têm consistência, uma vez que há a possibilidade de se arrecadar com ele e isso poderia acontecer sem que houvesse uma evasão fiscal, desde que o ônus tributário não ultrapasse as medidas do razoável. O argumento de que tal tributo seria injusto também não se sustenta, uma vez que a acumulação da riqueza, em muitos casos, se dá de modo que evita a tributação, não havendo assim o pagamento do imposto de renda ou uma sonegação de parte do que realmente era devido. Indo além, pontua o notável tributarista, que as razões para a não instituição do IGF são meramente políticas.

Assim, salta aos olhos que os argumentos contra o IGF poderiam se encaixar em quaisquer outros tributos do Sistema Tributário Nacional atual, seja por causa da alta carga tributária, seja por causa da complexidade para arrecadação e fiscalização do Estado-fisco ou pela prestação de obrigações acessórias por parte do cidadão-contribuinte. Data vênia, não os argumentos contrários não merecem prosperar sem que haja uma efetiva inclusão e mensuração das consequências.

No que tange a um possível conceito de IGF, poder-se-ia afirmar que trata-se de imposto incidente sobre o patrimônio do contribuinte, sendo entendido como o conjunto de bens, direitos ou obrigações, que podem ser mensuradas em valor econômico, cujo caráter é predominantemente fiscal, mas de importância extrafiscal pela busca por uma correção das anomalias das fases de tributação no Brasil.

3. Experiências Similares no Direito Estrangeiro.

O terceiro e último ponto a ser abordado no presente estudo é como se deram as experiências similares ao IGF no direito estrangeiro, sobretudo em França, Alemanha e Espanha, partindo do pressuposto que a ideia de tributar o patrimônio dos contribuintes não é exclusiva do Brasil, vários países além dos já supra mencionados já fizeram isso, outros nunca.

Vega Borrego e Martínez Sánchez afirmam que:

> *El Impuesto sobre el Patrimonio no ha sido objeto de armonización en el marco de la Unión Europea. Parece razonable que sea así, en la medida en que son muy pocos los Estado comunitarios los que cuentan con un impuesto de esta natureza. De echo, en la UE únicamente España y Francia cuentan con un Impuesto sobre el Patrimonio.* (2013, p. 40).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Malta, tal modalidade de tributação é muito contestada por ignorar a origem do patrimônio, além de ser tributado independentemente de ter vindo de rendimentos de poupança, do labor ou, até mesmo, de origem ilícita, comentando ainda a respeito da rejeição de tal modo de tributação, que

> *Sous des appellations variées, telles que celles d'impôt sur le patrimoine, la fortune ou l'actif net du contribuable, cette première formule entend atteindre l'esemble des biens de celui-ci, sous réserve d'exonérations ou d'abattements extrêmement disparates d'un Etat à un autre, au moyen d'un impot déclaratif annuel. Elle a jusqu'ici été écartée par la Belgique, la Grande-bretagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie et le Portugal. Les autres Etats de la Communauté y ont, en revanche, recours, selon des modalités fort éloignées sur les plans organique, material et forme1*[1]. (1995, p. 401).

Com base nisso, abordam-se aqui algumas experiências em ordenamentos jurídicos estrangeiros que adotam ou adotaram essa modalidade de tributação sintética do patrimônio. Alguns outros países utilizam o citado método de tributação, a exemplo da Dinamarca, Luxemburgo e Holanda, cada um com especificidades.

. Com origem nessas experiências, foram selecionadas, nesta pesquisa, três delas para uma abordagem mais aprofundada, indo além do caráter histórico generalizado, que são as experiências francesa, alemã e espanhola com tributos semelhantes ao IGF consoante é previsto no artigo 153, inciso VII da CRFB/1988.

3.1 A Experiência Francesa

No início dos anos 1980, durante a campanha presidencial de 1982, surgiu forte corrente no País, seguida pelo futuro presidente francês eleito, para que se buscasse melhor divisão dos custos necessários à atividade estatal, a serem arcados pelo cidadão-contribuinte, de acordo com sua capacidade contributiva, para atender a um ideal de justiça fiscal, uma vez que, segundo os defensores, quem detivesse aquela riqueza teria uma maior capacidade fiscal. (COURTOIS, 1982, p. 1)

Malta relata brevemente a experiência francesa, resumidamente, com as seguintes palavras:

> *L'appellation même de cet impôt, instituié par les articles 2 à 11 de la loi de finances pour 1982, était révélatrice : il s'agissait de <<faire payer les riches>>, même si les seuils d'imposition choisis (cf. infra) n'ont pas confirmé pleinement cette afirmation. Suprimé à compter du 1er janvier 1987, il fut rétabli, à compter du 1er janvier 1989, sous le nom d'<<impôt*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *de solidarité sur la fortune>> ; les seuils d'imposition étant chaque anée légèrement relevés pour tenir partiellement compte de l'inflation [...] Bien que ces chiffres ne soient pas de nature à justifier l'appellation d'impôt sur les grandes fortunes, ils limitent l'aplication de cet impôt à un nombre restreint de contribuables : 101 050 en 1982, 140 461 en 1990, 144 084 en 1991***[2]**. (1995, p. 402-403).*

Mota vai além, e menciona que a ideia de tributar a fortuna em França surgiu durante a Revolução Francesa, com inspirações na Grécia Antiga e na República Florentina, que visavam à instituição de um imposto que atingisse o patrimônio, que viria a ser instituído em 1871. Experiências similares ocorreram em 1914 e no período pós-Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, após a elaboração de um estudo sobre as problemáticas de tal tributação, instituiu-se, em 1981, o IGF francês, sendo suprimido depois, dando origem a imposto com denominação distinta em 1989. (2010, p. 75-76).

Em tempos anteriores, na França já se pensava na tributação em moldes semelhantes ao que se fez com a instituição do *impôt sur les grandes fortunes***[3]** desde janeiro de 1982, haja vista que diversos projetos vinham sendo apresentados constantemente desde meados da primeira década do século XX, ao Parlamento francês, muitos deles nem sequer discutidos naquela casa. A exposição de motivos a *loi de finances***[4]** para 1982 traz quando da instituição do referido imposto a sustentação que este é socialmente justo, economicamente razoável e tecnicamente simples, conforme explica Courtois. (1982, p. 2-3).

O critério material para o Imposto Sobre Grandes Fortunas francês pode ser encontrado nos artigos 2º e 3º da *Loi de Finances pour* 1982[5], que estabelece a posse de um patrimônio tributável superior ao valor de três milhões de francos por uma pessoa física ou de cinco milhões de francos quando inclusos os bens profissionais, desde que estes excedam o valor de dois milhões de francos. Posteriormente, os limites mencionados foram constante e sucessivamente alterados.

O critério espacial extraído da lei supramencionada está contido no artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, onde os bens pessoais localizados dentro ou fora de França de pessoas com domicílio nesse país e, até mesmo de pessoas físicas que não têm seu domicilio fiscal em França, mas que possuem bens ali localizados.

A extração do critério temporal é feita no artigo 2º, *caput*, da *Loi de Finances pour* 1982, que estabelece o imposto aqui estudado como sendo anual, no mês de janeiro, válido e exigível desde de janeiro de 1982.

Já o sujeito passivo da relação jurídico-tributária é a pessoa física francesa ou não, que tenha seu domicílio fiscal em França ou que os bens lá estejam localizados, desde que superem os valores e as condições estabelecidas na lei supra.

A base de cálculo pode ser obtida por via do que dispõe o artigo 3º da lei retrocitada, sendo o conjunto de bens, direitos e valores tributáveis das pessoas mencionadas no artigo 2º, ou seja, as pessoas físicas, levando em consideração os critérios anteriormente mencionados e a composição do patrimônio. Já a alíquota varia conforme o patrimônio do contribuinte, indo de 0,5 % até 1,5% do total do patrimônio tributável.

Entretanto em 1988, se institui em França *L'Ímpôt de Solidarité sur la Fortune* (ISF), como substituto do antigo IGF, suprimido do ordenamento em 1987. O critério material do *Impôt de solidarité sur la fortune* **[6]** pode ser encontrado nos artigos 885-A e 885-E do *Code général des impôts*[7], onde a titularidade de patrimônio de valor superior a um milhão e trezentos mil euro faz nascer a obrigação tributária.

O critério espacial extraído do Código Geral de Impostos está contido também no artigo 885-A, parágrafos 1º e 2º, onde os bens pessoais localizados dentro ou fora da França de pessoas com domicílio nesse Estado, e, até mesmo de pessoas físicas que não têm seu domicilio fiscal em França, mas que possuem bens localizados naquele país. Já o critério temporal seria anual, tendo como data de recolhimento do tributo, 1º de janeiro de cada ano. Os sujeitos passivo e ativo praticamente permanecem os mesmos da legislação anterior e critério quantitativo possui alíquotas que se iniciam em 0,5% até 1,25% para patrimônios superiores a 800 mil euro e 5 milhões de euro, respectivamente.

3.2 A Experiência Alemã

A experiência alemã com a tributação e limitação do poder estatal se baseia nos ideais valorizados pela Lei Fundamental Alemã, promulgada no dia 23 de maio de 1949 pela Assembleia Nacional Constituinte na cidade de Bonn, que atribui forte peso aos direitos fundamentais, em muito influenciando os ideais que seriam positivados na CRFB/1988.

O princípio da capacidade contributiva (*Leistungsfähigkeitsprinzip*), assim como na Carta brasileira de 1988, também está inserido na *GG*, porém implicitamente, conforme jurisprudência do BVerfG, usando como referência o disposto no art. 3, Abs. 1, da *GG*, de acordo com decisão do BVerfG (BVerfGE[8] 8, 51) que versava sobre uma controvérsia na Lei do Imposto de Renda (EStG)[9].

A origem do Imposto Sobre a Fortuna, ou patrimônio (*Vermögensteuer*), está ligada ao antigo *Ergänzungssteuer* ***[10]*** da Prússia, um dos reinos do Império Alemão até o início do século XX, tendo forte influência do então ministro de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

finanças Johannes von Miquel com a ideia de conseguir uma reviravolta no sistema fiscal que funcionava aquém do desejado. Miquel introduziu o primeiro *Einkomnensteuer*[11] progressivo da Prússia como forte meio de arrecadação do Estado (WIELAND, 2003, p. 7).

Vees menciona que "*In Deutschland war die Vermögensteuer (VSt), vorgezeichnet durch das berühmte Preußische Ergänzungssteuergesetz v. 14.7.1893, schon recht früh aufgekommen*[12]". (2004, p. 1).

Segundo Wieland (2003, p. 11-12), com o advento da Constituição de Weimar de 1919, sucessivas reformas tributárias foram realizadas, afetando a tributação da fortuna, visando a primeira delas atender às despesas provenientes do Tratado de Versalhes, o que resultou em um problema com o crescimento da inflação. Em seguida, vieram as reformas de 1922, 1925 e 1934, todas sob intensiva influência do Imposto Suplementar prussiano de 1893, não havendo tantas mudanças entre cada uma, atingindo tanto pessoas físicas quanto jurídicas, excluídos os bens de produção e visando a bens meramente demonstradores de riqueza, tais como pedras e metais preciosos.

O Imposto Sobre a Fortuna (ou patrimônio) instituído pela *Vermögensteuergesetz* **[13]**, de 17 de abril de 1974, permaneceu válido até a decisão (*BVerfGE* 93, 121 ff) do *BVerfG* ser proferida em meados de 1995, fundamentada no princípio da igualdade extraído do art. 3. Abs. 1 da *GG* e nos critérios do *Existenzminimmuns*[14] e do *Hälftigen Teilung*[15], posteriormente abordados neste ensaio acadêmico.

Rose acentua que "*die Vermögensteuer ist eine Personalsteuer. Bei ihr ist deshalb zwischen unbeschränkter und beschränkter persönlicher Steuerplifcht zu unterscheiden.*[16]". (1991, p. 121).

O critério material da norma extraída da *Vermögensteuergesetz(VStG)* ***[17]*** consiste em ser titular de patrimônio tributável (*Steuerpflichtiges Vermögen*), de acordo com as várias peculiaridades dispostas ao longo do texto legal, e o critério espacial é variável, uma vez que podem ser tributadas as pessoas físicas ou jurídicas em seu patrimônio dentro ou fora da Alemanha, de acordo com as especificidades previstas. A prestação pecuniária se daria de forma anual (critério temporal), podendo ser dividido em 4 prestações, caso o sujeito passivo deseje.

Podem constituir o sujeito passivo da relação jurídico-tributária: I) a pessoa física residente ou domiciliada no País (§ 1, *Abs.* 1, *Nr.* 1); II) os cidadãos alemães que, apesar de não serem ali residentes ou domiciliados, tenham vínculo com pessoas jurídicas de direito público alemãs; III) quase todas as pessoas jurídicas que se sediem ou realizem negócios em Território Alemão; IV) as pessoas físicas sem

residência ou domicílio no País; V) as pessoas jurídicas, as associações e as universalidades de bens. As três primeiras hipóteses são fazem parte do grupo de sujeitos com responsabilidade ilimitada, enquanto as duas últimas fazem parte do grupo de sujeitos com responsabilidade limitada.

A base de cálculo (*Bemessungsgrundlage*), conforme o § 4 da *VStG*, é patrimônio geral, no caso de sujeito passivo ilimitado (§ 4, *Abs*. 1, *Nr.* 1), ou do patrimônio no Território Nacional, no caso de sujeito passivo limitado (§ 4, *Abs*. 1, *Nr.* 2). Em ambos os casos, leva-se em consideração a Lei de Avaliação de Bens. Já as alíquotas são de 0,5% pra pessoas físicas e 0,6% para pessoas jurídicas.

Entretanto, em 22 de junho de 1995, julgava-se no *BVerfG* um caso proposto por um casal questionando parte do § 10, da Lei do Imposto Sobre o Patrimônio de 1974 e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, principalmente, com o princípio da igualdade disposto na *GG*, quando confere tratamento distinto às espécies de patrimônio do contribuinte para a apuração do *quantum* devido de imposto. (SCHWABE, 2005, p. 775).

Na resolução do problema, o Segundo Senado do *BverfG* entendeu que o legislador não poderia conferir tratamento distinto, mediante base de cálculo e alíquota, para as formas de patrimônio do contribuinte, sem respeitar os limites do poder de tributar, pois, se feita como prevista na *VStG*, a tributação não obedece ao limite *fifty-fifty***[18]** e onera demasiadamente o contribuinte, se não observada sistematicamente sozinha, ou seja, o limite total da tributação pela renda e patrimônio.

Tipke (2012, p. 28-29) aduz a ideia de que, até pela menção expressa ao *Vermögensteuer* pelo artigo 106, *Abs.* 2, *Nr.* 1 da *GG,* o *BVerfG*, em seu Segundo Senado, ao proferir a decisão, não o declarou inconstitucional em essência, mas sim reduziu a extensão de sua base de cálculo, ou seja, a sua força de tributação, fazendo com que deixasse de ser cobrado[19] e restando apenas o *Grundsteuer***[20]**, outra espécie de imposto patrimonial.

Segundo Köppe (2006, p. 443), a arrecadação do tributo supra pelo Estado Alemão em 1993 foi de, aproximadamente, seis bilhões e oitocentos milhões de marco alemão. Já em 1996, o mesmo tributo rendeu para os cofres do Estado Alemão a quantia de quatro bilhões e seiscentos milhões de marco alemão.

3.3 A Experiência Espanhola

No âmbito das generalidades e do histórico, a experiência espanhola com a tributação e limitação do poder estatal se baseia nos ideais valorizados pelo texto constitucional aprovado e ratificado em 1978, de maneira semelhante aos ideais positivados ao longo do corpo da Constituição Brasileira de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Buscando seguir as diretrizes constitucionais, foi publicada, em 14 de novembro de 1977, pelo rei Juan Carlos, a *Ley* 50/1977 sobre as medidas urgentes de reforma discal que criava o *Impuesto Extraordinario sobre el patrimônio de las personas fisicas,* trazendo, logo em seu artigo primeiro, a disposição: "*se estabelece un impuesto excepcional y transitorio sobre el patrimonio neto de las personas ftsicas, como tributo directo de naturaleza personal, que se exigirá en todo el territorio español*".

De acordo com Vega Borrego e Martínez Sánchez, tal imposto, apesar de ter natureza extraordinária e excepcional, permaneceu quase que inalterado até sua modificação, em 1991, pela lei que ainda hoje é vigente na Espanha, alterando o nome para *Impuesto Sobre el Patrimonio* (IP) *e* tendo como finalidade conseguir uma tributação complementar ao *Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas* (IRPF). (2013, p.18).

Uma das grandes virtudes do IP, segundo os autores por último mencionados, é o fato de este incidir sobre o patrimônio, valendo assim para um controle recíproco com o IRPF, sustentando-se pela a ajuda a uma melhor gestão dos demais impostos, combatendo as fraudes fiscais. Há também o fato de ele servir como referência para a valorização dos bens, sendo de grande valia na gestão do *Impuesto sobre Sucesiones y Dotaciones* (ISD). (2013, p. 23-24).

O fato gerador do IP ocorre quando uma pessoa física é titular de um patrimônio, nos termos da referida lei, na data de 31 de dezembro de cada ano, o que é chamado pelos espanhóis de *la fecha del devengo del impuesto*. O mencionado imposto recai exclusivamente sobre as pessoas físicas, tendo somente como objeto de gravame o patrimônio líquido.

O artigo 5º da *Ley* 19/1991 estabelece o sujeito passivo do *Impuesto sobre el património*, que serão: I) as pessoas físicas, na obrigação pessoal, que tenham residência habitual no Território Espanhol onde é levada em conta para cálculo do imposto a totalidade de seu patrimônio líquido, independentemente de onde se encontrarem situados os bens ou o exercício de direitos; II) qualquer outra pessoa física que seja titular de bens e direitos quando estes se situarem ou puderem se exercer no Território Espanhol, o que se entende por obrigação real. No que tange aos critérios para a fixação da residência, a Lei do IP estabelece que serão seguidos os critérios utilizados pelo IRPF espanhol.

No que tange à base de cálculo, há regras especificas para os bens imóveis, os seguros de vida, os depósitos bancários e os valores que representam a cessão de capitais próprios e de participação em fundos próprios de qualquer tipo de entidade a terceiros, por exemplo, conforme estabelecido pelos artigos 10 a 25 da Lei do IP. Aplica-se as normas gerais de Direito tributário espanhol em caráter subsidiário as da *Ley* 19/1991, alterada pelo *Real Decreto-ley* 13/2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os artigos 28 e seguintes da *Ley* 19/1991, alterados pelo *Real Decreto-ley* 13/2011, possibilitarão a devida apuração do valor que o sujeito passivo é obrigado a pagar, especialmente o artigo 30, que expressa as alíquotas que serão aplicadas de acordo com o valor correspondente ao patrimônio do sujeito passivo. Em regra, as alíquotas variam de 0,20 a 2,5%, conforme o expresso anualmente na declaração e observadas as peculiaridades de cada caso e as previsões legais pertinentes, mas são passíveis de variação entre uma e outra CCAA.

No que tange a sua arrecadação, segundo dados colhidos de 1997 a 2007, esta variou, por motivos dos mais variados possíveis, como, dentre outros, a autonomia que as CCAA têm para legislar pontos críticos do referido imposto. Por exemplo, em 1997, a arrecadação do IP esteve na casa dos 760 milhões de euro. Em 2002, arrecadou-se aproximadamente 1,166 bilhão de euro. Já em 2007, a arrecadação esteve na faixa de 2,056 bilhões de euro.

Considerações Finais

Por tudo o que foi estudado no presente trabalho, tem-se que o Imposto Sobre Grandes Fortunas no Brasil, efetivamente instituído, melhor aplicaria os princípios e objetivos visados pelo Constituinte quando inseriu o texto do inciso VII do artigo 153 da Carta Política de 1988 e a promulgou. O legislador infraconstitucional, entretanto, até agora não atribuiu a importância devida aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, embora esses possuam força normativa reconhecida, independentemente da teoria defendida. Dentre os inúmeros obstáculos encontrados para a sua instituição pela União, estão a complexidade para fixar o valor exato de uma grande fortuna e a falta de vontade política associada ao poder econômico, detido muitas vezes pelos próprios representantes do povo.

Verifica-se que o Imposto Sobre Grandes Fortunas poderia ser, efetivamente, uma otimização dos princípios constitucionais, sobretudo o princípio da capacidade contributiva, ou seja, a instituição do referido tributo propulsionaria uma real observância da capacidade contributiva pelos impostos, do modo como estabelecido na Constituição Federal, uma vez que os contribuintes com maiores condições financeiras arcariam proporcionalmente com as despesas gerais do Estado, possibilitando a melhor prestação dos serviços essenciais para os mais necessitados.

Os projetos de lei de ambas as casas do Congresso Nacional têm uma substancial semelhança, conforme o exposto no decorrer deste trabalho. O PLS 315 de 2015, cujo o autor é o senador Paulo Paim, atende de melhor forma a exigência do Constituinte em o imposto previsto no artigo 153, inciso VII da Carta Política ser sobre grandes fortunas, uma vez que aquele dispõe que se considera uma grande

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fortuna o conjunto de bens que tenham valor superior a cinquenta milhões de reais, sendo esse valor corrido com o índice oficial de inflação.

O Imposto Sobre Grandes Fortunas atuaria como auxiliar ou complemento do Imposto de Renda, buscando atingir somente a outra parte do patrimônio, que não seja dinâmica como a renda, possuída pelo contribuinte.

Há uma interferência dos tributos nas mudanças sociais e econômicas do País, ora existindo a possibilidade de ser propulsor de tais, ora sendo inibidor de tais, gerando uma grave preocupação por parte do Estado quando se pensa em carga tributária e as reações que esta pode produzir na sociedade. Surge, assim, a necessidade da observância do princípio da vedação ao confisco, na medida em que o IGF não atinja tão gravosamente o patrimônio do cidadão-contribuinte por meio de uma alíquota exagerada ou por mediante a inclusão na base de cálculo de fatos já tributados.

O legislador infraconstitucional, atuando de acordo com os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico e a atividade estatal, poderia utilizar o referido imposto para garantir as prestações de serviços essenciais aos que mais necessitam, uma vez que o produto de sua arrecadação, necessariamente, não estaria vinculado a qualquer tipo de despesa estatal, mas, por buscar otimizar a aplicação dos princípios, concederia prestações positivas aos que mais necessitam, garantido o mínimo existencial, sobretudo a massa pobre da população, um grande fator impeditivo do desenvolvimento nacional.

As experiências trazidas neste trabalho demonstraram que a arrecadação de impostos patrimoniais semelhantes ao IGF brasileiro não foram as maiores dentre as arrecadações de tributos dos sistemas tributários respectivos. No que diz respeito à justiça fiscal, entretanto, a equalização da distribuição da carga tributária é válida, desde que, para tal feitura, não sejam desconsiderados os direitos fundamentais à propriedade, à dignidade e à liberdade, que poderiam ser feridos com uma exagerada carga tributária sobre o cidadão-contribuinte, por mais benéfica que seja a sua condição relativamente a maioria dos outros.

A decisão de 1995 proferida pela Suprema Corte alemã foi marco importante para a delimitação da atuação do legislador infraconstitucional no que diz respeito ao imposto que grava o patrimônio de maneira sintética, uma vez que não vedou a utilização deste dentro do ordenamento jurídico e seria possível uma coexistência com os demais tributos, desde que a sua tributação não contivesse efeitos confiscatórios.

Com origem nos argumentos levantados neste estudo, pretendeu-se demonstrar que uma possível utilização do Imposto Sobre Grandes Fortunas teria o potencial de melhorar a justiça fiscal e a divisão dos custos estatais entre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contribuintes, desde que o processo se desse com eficiência para realocar a carga tributária que afeta os mais frágeis para que afete os detentores de grandes fortunas, que não são tratados da mesma forma por um sistema que privilegia a tributação indireta e as limitações da tributação sobre a renda, o patrimônio dinâmico.

Referências:

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

_____. **Vermögensteuergesetz (VStG)**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vstg_1974/gesamt.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Código Tributário Nacional**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 13 jul. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **PLP 277/2008**. Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). Autor: Luciana Genro – PSOL/RS, Chico Alencar – PSOL/RJ, Ivan Valente – PSOL/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Emendas oferecidas em plenário ao PLC Nº 202-A, DE 1989 (PLS nº 162/89),** que dispõe sobre a tributação de grandes fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/171048.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. Câmara dos Deputados. **PLP 277/2008**. Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). Autor: Luciana Genro – PSOL/RS, Chico Alencar – PSOL/RJ, Ivan Valente – PSOL/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Emendas oferecidas em plenário ao PLC Nº 202-A, DE 1989 (PLS nº 162/89),** que dispõe sobre a tributação de grandes fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/171048.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 315, de 2015**. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências. Autor: Paulo Paim – PT/RS. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=582421>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário**: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do Direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=equal>. Acesso em: 06 jul. 2019.

COURTOIS, Pierre. **L'impôt sur les grandes fortunes**: personnes et biens imposables, règles d'évaluation des biens privés et professionnels, modalités d'application et de contrôle. Paris: Litec, 1982.

ESPANHA. **Constitución Española**. 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Ley 19/1991**, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. 1991. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-14392>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Ley 22/2009**, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. 2009.

Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-20375>. Acesso em 27 jan. 2017.

_____. **Real Decreto-ley 13/2011**, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-14809>. Acesso em: 25 jan. 2017.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERNANDES, André Dias; MELO, Álisson José Maia. O imposto sobre grandes fortunas no Brasil e a redução das desigualdades socioeconômicas: exame da constitucionalidade do PLP 277/2008. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36, n. 2, p. 65-86, jul./dez. 2016.

FRANÇA. **Constituição**. 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017

_____. **Loi de finances pour 1982 (nº 81-1160 du 30 decémbre 1981)**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000515870&pageCourante=03539>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. **Loi de finances pour 1982 (nº 82-1126 du 30 decémbre 1982)**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000503959&pageCourante=03927>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. **Code général des impôts**. Disponível em: <http://codes.droit.org/CodV3/impots.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

KÖPPE, Olaf. *In*: VAN OOYEN, Robert Chr.; MÖLLERS, Martin H. W. (orgs.). **Das Bundesverfassungsgericht im politischen System**. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 435-447.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Imposto sobre grandes fortunas. **O Povo**. Fortaleza, 24 abr. 2015. Disponível em: <http://www20.opovo.com.br/app/opovo/opiniao/2015/04/22/noticiasjornalopiniao,3426318/imposto-sobre-grandes-fortunas.shtml>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MALTA, Pierre di. **Droit fiscal euroéen comparé**. Paris: Presses Universtaires de France, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Imposto Sobre Grandes Fortunas. **Folha de São Paulo**, 06 fev. 2002. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/05/73dee55a200268_o_imp_sobre_gdes_forts.pdf >. Acesso em: 30 abr. 2019.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre grandes fortunas no Brasil**: origens, especulações e arquétipo constitucional. São Paulo: MP, 2010.

MOTTA, Maria Clara de Mello. Tributação sobre grandes fortunas: um fenômeno de recepção no campo fiscal. **Direito, Estado e Sociedade**, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, n. 8, p. 21-24, jan./jul. 1996.

NUNES, Allan Titonelli. Justiça Fiscal é uma necessidade para o país. **Consultor Jurídico**. 20 mar. 2012. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-mar-20/justica-fiscal-necessidade-pais-promove-bem-comum>. Acesso em: 12 fev. 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROSE, Gerd. **Die Substanzsteuern**. v. III. 8. ed. Wiesbaden: Gabler, 1991.

SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Beatriz Hennig. *et al*. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____; LANG, Joachim. **Direito Tributário.** v. I. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VEES, Carl Friedrich. **Vermögensteuer in Frankreich:** L'impôt de solidarité sur la fortune. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

VEGA BORREGO, Félix Alberto; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César. **El Impuesto Sobre el Patrimonio**. Madrid: Tirant, 2013.

WIELAND, Joachim. **Rechtliche Rahmenbedingingen für eine Wiedereinführung der Vermögensteuer**. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe-Universität, 2003. Disponível em: <https://goo.gl/jCTFqS>. Acesso em: 14 jan. 2017.

NOTAS:

[1] Sob vários nomes, tais como os de imposto sobre o patrimônio, sobre a fortuna ou sobre ativos líquidos do contribuinte, que a primeira fórmula visa atingir a propriedade conjuntamente, sujeito a isenções ou reduções extremamente díspares de um Estado para outro, usando um imposto que deve ser declarado anualmente. Foi até agora rejeitado pela Bélgica, Reino Unido, Grécia, Irlanda, Itália e Portugal. Os outros Estados Comunitários têm, no entanto, uso, como modalidades distantes no material de planos orgânico, material e formal.

[2] O nome mesmo deste imposto, instituído pelos artigos 2º a 11 da lei de finanças para 1982, é revelador: ele atua de modo a fazer os ricos pagarem, mesmo se seu limite imposto não confirme plenamente esta afirmação. Suprimido em 1º de janeiro de 1987, ele foi reintroduzido em 1º de janeiro de 1989, sob o nome de Imposto de Solidariedade sobre a Fortuna; o seu limite imposto é levantado a cada ano, levando-se em conta parcialmente a inflação[...] Bem que estes números não justificam a aplicação do imposto sobre grandes fortunas. A aplicação deste imposto limita-se a um número restrito de contribuintes: 101.050 em 1982, 140.461 em 1990, 144.084 em 1991.

[3] Imposto sobre grandes fortunas.

[4] Lei de finanças.

[5] Lei de Finanças para 1982.

[6] Imposto de solidariedade sobre a fortuna.

[7] Código Geral de Impostos.

[8] Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) utiliza-se, seguida da numeração correspondente do julgado, a nomenclatura abreviada para indicar que é decisão oriunda do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

[9] Einkommensteuergesetz.

[10] Imposto Suplementar.

[11] Imposto de Renda.

[12] Na Alemanha, o Imposto Sobre a Fortuna, definido pela famosa Lei prussiana do Imposto Suplementar de 14 de julho de 1893, surgiu muito cedo.

[13] Lei do Imposto Sobre o Patrimônio, de 17 de abril de 1974.

[14] Mínimo existencial.

[15] A divisão pela metade: tal critério adotado pelo BVerfG consiste em permitir uma tributação que grave, no máximo, em 50% do patrimônio do contribuinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[16] O imposto sobre o patrimônio é pessoal. Com ele se distingue a obrigação tributária ilimitada e limitada.

[17] Lei do Imposto Sobre o Patrimônio

[18] Critério utilizado pela jurisprudência alemã como limite de tributação, não podendo ser esta superior a cinquenta por cento no que tange ao gravame sobre o contribuinte.

[19] A decisão do BVerfG fixou um prazo para que o legislador infraconstitucional alterasse o modo como se dava a tributação pelo Vermögensteuer, porém esse prazo não foi cumprido, o que resultou, em 1997, na invalidade da cobrança do referido tributo nos moldes da lei apreciada pelo tribunal.

[20] Imposto predial ou Imposto sobre imóveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERDA DE MANDATO ELETIVO POR CONSEQUÊNCIA DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

RAIMUNDO ESTEVÃO LISBOA: Graduando em Direito 2019 pela CIESA/AM.

LELAND BARROSO DE SOUZA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de mostrar como abuso de poder econômico pode levar a cassação do mandato eletivo. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. O abuso do poder econômico, abuso do poder político (exercício abusivo da função pública), corrupção e fraude designam condutas ilícitas inteiramente diversas. Na verdade, porém, são conceitos indeterminados, que só podem ser classificados com base nos fatos. Tais fatos, entretanto, não poucas vezes, apresentam-se complexos, pois poder econômico poder político, corrupção e fraude se interpenetram de tal forma que pode ser difícil sua exata qualificação jurídica. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo a regra é o procedimento grosseiro e corriqueiro da compra e venda do voto. Há sempre a ação do corruptor e um sujeito passivo, o corrompido. Na corrupção, capta-se a vontade do eleitor de maneira torpe, e entre o corruptor e o corrompido se estabelece uma relação de cumplicidade. Naquele, abuso do poder econômico, não há a figura do corrompido; a captação do voto se faz de maneira indireta, sutil, imperceptível até mesmo para o próprio eleitor, que é o sujeito passivo. Na verdade, quer-se-lhe ganhar a adesão, conquistando-lhe o coração e a mente, mediante artifícios. Por aí se vê que o titular do uso do poder econômico não age como um corruptor do eleitorado, e os meios que emprega são moralmente admissíveis. A ilicitude está no desequilíbrio, na ofensa ao princípio da igualdade de oportunidades, relativamente aos partidos e candidatos que se conduziram, no decorrer da propaganda eleitoral, dentro dos parâmetros legais.

Palavras-chave: abuso; poder econômico; eletivo; perda; mandato.

ABSTRACT: This article aims to show how abuse of economic power can lead to the annulment of the elective term. It was elaborated according to the method of inductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. Abuse of economic power, abuse of political power (abusive exercise of the public function), corruption and fraud designate entirely different illicit conduct. In fact, however, they are indeterminate concepts, which can only be classified on the basis

of facts. These facts, however, are often complex, for economic power, political power, corruption and fraud interpenetrate themselves in such a way that their exact juridical qualification can be difficult. For this purpose, jurisprudence, precedents, statements and understandings of recurrent cases have been used which have been a parameter to solve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains to be said the rule is the crude and common procedure of buying and selling the vote. There is always the action of the corruptor and a passive, corrupt subject. In corruption, the will of the elector is captured in an awkward way, and between the corruptor and the corrupt, a relationship of complicity is established. In that, abuse of economic power, there is no figure of the corrupt; the capture of the vote is done indirectly, subtly, imperceptibly even to the voter himself, who is the passive subject. In fact, one wants to gain the adhesion, conquering to him the heart and the mind, by means of artifices. It is seen that the holder of the use of economic power does not act as a corruptor of the electorate, and the means he employs are morally admissible. The illegality is in the imbalance, in the offense to the principle of equality of opportunities, with respect to the parties and candidates that have been conducted, in the course of electoral propaganda, within the legal parameters.

Keywords: abuse; economic power; elective; loss; mandate.

INTRODUÇÃO

Não é de agora que os candidatos que concorrem a um cargo político alguns deles se valem dos meios não ortodoxos para cooptar votos dos possíveis eleitores oferecendo vantagens imediatas é um deles é dinheiro configurando a compra de voto.

Tem-se notar o seguinte o abuso do poder econômico em matéria eleitoral é a utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos financeiros ou patrimoniais buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando, assim, a normalidade e a legitimidade das eleições.

Perceba que um candidato leva a cunho prevalência oferecer vantagens indevidas para ganhar o pleito eleitoral a qualquer custo, ao passo que pleito eleitoral é um termômetro para medir o comportamento, o programa de governo, a iniciativa em prol da coletividade, a capacidade de doação.

Este artigo visa mostrar um panorama político que não deveria ser corriqueiro e quais medidas são tomadas para caso o Tribunal Regional Eleitoral quando acionada através de denuncia no sentido fazer justiça a população contra um possível candidato desonesto enfatizando a lisura, o senso de cidadania, participação popular, o dever moral do candidato, ou seja, participar não intuito de enriquecer seu próprio bolso e diminuir as desigualdades e injustiça presentes na nossa Sociedade culminando com cassação do seu mandato.

Tem como objetivo geral mostrar como abuso de poder econômico pode levar a cassação do mandato eletivo. E objetivos específicos:

- Abordar o que abuso de poder econômico;
- Descrever quais medidas que devem ser tomadas contra um candidato que abusa do poder econômico num pleito eleitoral;
- Caracterizar como ocorrer processo de cassação do mandato por abuso de poder econômico de um candidato num pleito eleitoral.

O Problema abordado é de que forma o abuso de poder econômico num pleito eletivo pode levar a cassação de mandato eletivo ?

Quanto a metodologia a presente pesquisa está definida pelo método indutivo que visa mostrar a cassação de mandato político causado pelo abuso de poder econômico para esta pesquisa será utilizado a técnica bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1 ABUSO DE PODER ECONÔMICO: PERCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

O abuso de poder econômico tem em seu princípio o desrespeito as normas e a vontade voluntária de transigir o que estabelecido em Lei.

Demeterco Neto (2008) alega que, pode-se entender que o abuso do poder econômico decorre do desrespeito e que a conduta transgrida os parâmetros constitucionais, de forma que o poder econômico venha a influenciar na probidade e moralidade administrativas.

No entanto, Caramuru (2002) alega que, deve-se compreender que há diferença entre o instituto da Influência do Poder Econômico para o do Abuso do Poder Econômico que, em questão, inicia-se a Influência do Poder Econômico pelo abuso de função ou cargo na administração direta ou indireta e deriva-se do Código Eleitoral de 1965, logo, anterior à Constituição Federal em vigência; e, quando em desacordo probatório ao § 10, do artigo 14 da C.F /88, dar-se-á a possibilidade de impugnação do mandato eletivo perante a Justiça Eleitoral caracterizando assim o Abuso do Poder Econômico.

Neste sentido, corrobora Ramayana (2010, p.5) de que a história do direito eleitoral é gradualmente estudada, em razão das mudanças ocorridas na constituição, oito constituições em 164 anos, além das emendas, o que possibilita uma idéia das sensíveis transformações políticas e sociais que ocorreram, no intuído de atender o clamor do povo, em um ideal.

No entendimento de Santana; Guimarães (2010, p.37) não basta enxergarmos onde nasce o direito, mas o modo pelo qual surge, de forma valida, é por esta razão que as fontes tradicionalmente indicadas são: a lei, o ato jurídico, o costume, a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais etc. Que por sua vez, contemplam o reconhecimento jurídico de um fato social, investindo-os das características próprias das normas jurídicas.

Para Brisola citando Gomes são duas as acepções do termo princípio:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] uma moral, outra lógica. A primeira refere-se às virtudes ou às qualidades apresentadas por uma pessoa. Quando se diz que alguém tem princípios, quer-se dizer que é virtuoso, possui boa formação ética, é honesto, diligente e probo; nele se pode confiar. Já sob o enfoque lógico os princípios são identificados como verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. (BRISOLA, 2012, p.20 *apud* GOMES, 2011, p.26).

Conforme Ramayana (2010, p.11) é importante mencionar-se que os direitos políticos são direitos públicos subjetivos. "essa denominação dá-se em razão do objeto ou do bem tutelado pela ordem jurídica, que lhes confere a natureza pública".

Deterioração, decomposição física de algo; putrefação. Modificação, adulteração das características originais de algo. É o ato ou efeito de se corromper, perdendo o seu status original de licitude, com o oferecimento de algum tipo de vantagem.

Conforme Machado o conceito de abuso de poder econômico:

> No plano conceitual, por uso do poder econômico tem-se o emprego de dinheiro mediante as mais diversas técnicas, que vão desde a ajuda financeira, pura e simples, a partidos e candidatos, até a manipulação da opinião pública, melhor dito, da vontade dos eleitores, por meio da propaganda política subliminar, com a aparência de propaganda meramente comercial. O uso do poder econômico, quando se faz por intermédio dos partidos e com obediência estrita à legislação pertinente, é lícito e moralmente admissível. O que o torna ilícito e moralmente reprovável é o seu emprego fora do sistema legal, visando a vantagens eleitorais imediatas, com o fato de intervir no processo eleitoral, definindo os resultados de acordo com determinados interesses. Sem este nexo causal, o ato abusivo, para os efeitos da ação processual constitucional, é irrelevante, embora possa ter interesse e repercussão em outras províncias do Direito. (MACHADO, 1995, p.1).

1.1 ASPECTO CONCEITUAL SOBRE CORRUPÇÃO

No aspecto conceitual no qual aborda-se a corrupção temos como premissa o que diz a Lei Penal trazendo a tipicidade e a pena ao infrator bem como sua repercussão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Lima (2018) cita que, a corrupção, onde se observa o Art. 317 - Solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) (LIMA, 2018, p.2).

Corrupção Ativa conforme o Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003). (BRASIL, 2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (KOCH *et al*, 2018).

Corrupção Eleitoral segundo o Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita. (TREC, 2012, p.5).

Falsidade ideológica Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais. Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias multa se o documento é particular. (BRASIL, 1984).

Kufa *et al* (2017) cita o Parágrafo único - Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.

Batini; Melman; Figueira (2015) conceituam o voto como um instrumento pelo qual se permite ao cidadão o exercício do sufrágio, ou seja, a sua concretização. O voto é o ato pelo qual os eleitores escolhem os ocupantes dos cargos políticos.

1.2 ASPECTO CONSTITUCIONAL SOBRE REPRESENTAÇÃO DO POVO

A constituição brasileira é premente quando se refere pluralismo partidário e político esse tipo democracia representativa deve alcança em prol do povo e para o povo os melhores representantes que façam o melhor para seu o povo e dessa relação possa se extrair benesses reais e altruístas. Não o que vemos corrupção generalizada em prol do político e seus asseclas e um verdadeiro balcões de negócios e que só perdem é o povo para sustentar as mordomias e vantagens.

De acordo com Machado descreve aprofundada as extrínsecas e as implicações intrínsecas:

> Por força de princípios constitucionais fundamentais, somos uma democracia representativa fundada no pluralismo partidário e político. A legitimidade do sistema depende da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> lisura do processo eleitoral. Esta, por sua vez, somente se alcança quando o processo é isento dos vícios do abuso do poder econômico, do abuso do poder político, da fraude e da corrupção. O pluralismo político e partidário, de seu lado, resulta, sempre, da observância do princípio da igualdade jurídica dos partidos e candidatos, concretizada pela igualdade de oportunidade de participação no processo de formação da vontade popular. No plano político, esta vontade se expressa por meio de eleições periódicas, nas quais o sufrágio seja universal e a manifestação de vontade do eleitor, livre de qualquer vício. Abuso do poder econômico, abuso do poder político (exercício abusivo da função pública), corrupção e fraude designam condutas ilícitas inteiramente diversas. Na verdade, porém, são conceitos indeterminados, que só podem ser classificados com base nos fatos. Tais fatos, entretanto, não poucas vezes, apresentam-se complexos, pois poder econômico poder político, corrupção e fraude se interpenetram de tal forma que pode ser difícil sua exata qualificação jurídica. (MACHADO, 1995, p.1).

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seus artigos 14 e 16, sobre os direitos políticos, no sentido de que são um conjunto de normas que regulam a atuação da soberania popular, e que corrobora com o disposto no Art. 1º, no sentido de que a República Federativa do Brasil constitui-se em um estado democrático de direito, que entre outros, esta fundada na soberania popular, ou seja, o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente. (Brasil, 1988).

O Brisola citando o conceito de Ramayana para o sufrágio ou a declaração de vontade do cidadão no exercício de sua capacidade política, representa a emanação, o desejo, a vontade política do cidadão expressada pelo voto, que pode resultar na eleição de representante (Presidente, Senadores, Deputados e outros), ou na decisão direta sobre certos temas de interesse público da sociedade (plebiscito ou referendo). O voto deve dignificar o efetivo exercício da manifestação livre e soberana da vontade. (Brisola, 2012, p.32 *apud* Ramayana, 2010, p.3).

O voto é o meio pelo qual se materializa à vontade dos cidadãos, um dos mais importantes instrumentos democráticos, demonstra o exercício da soberania popular e do sufrágio universal. Nas palavras de Mendes; Branco (2018, p. 44) "é o ato político pelo qual se materializa a vontade popular, ou seja, coloca no plano prático o direito de sufrágio", pode-se dizer então, que é uma garantia constitucional, assegurada para que o cidadão possa emitir sua opinião e escolher seus representantes, garantindo a representatividade político-estatal e a igualdade de escolha, independentemente de sexo, crença, etnia ou ideal.

2 JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA: FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

A função de proteger a democracia e zelar pelo pleito limpo e ordeiro cabe a Justiça Eleitoral Brasileira uma justiça especializada em conduzir e julgar seus excessos e fazer valer a Lei.

A Justiça Eleitoral é o ramo do Poder Judiciário criado em 1932 para ser responsável por todos os trabalhos eleitorais – do alistamento à proclamação dos eleitos Segundo Ramayana (2010, p.103) a Justiça Eleitoral tem a nobre missão de resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes disposto no art. 1º e incisos da Constituição Federal.

Desta forma segui efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituinte. Órgãos da Justiça Eleitoral De acordo com os artigos 92, V, e 118, I a IV, da Constituição Federal, a Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e pelas juntas eleitorais.

Cândido (2012) cita o desempenho da Justiça Eleitoral que consiste em quatro funções: jurisdicional, administrativa, normativa e consultiva.

Função Jurisdicional, para solucionar os conflitos de interesses e zelar pela uniformidade das decisões da Justiça Eleitoral, se atém ao julgamento de casos referentes ao processo eleitoral, tais como: pedidos de registro de candidatos; representações sobre propaganda eleitoral; ações para apuração de crimes eleitorais, condutas vedadas a agentes públicos, captação ilícita de sufrágio, entre outros. (CÂNDIDO, 2012, p. 213).

Função administrativa: Essa função da Justiça Eleitoral desempenha papel relevante, pois os atos preparatórios das eleições são dispendiosos e consomem dinheiro, material e força de trabalho de inúmeros servidores. É a Justiça Eleitoral que administra todo o processo eleitoral, ou seja, é ela que prepara, organiza e administra todas as etapas a ele relacionadas. (Gomes, 2012, p. 65)

Ramayana (2010, p. 110) alega que a função administrativa é a inexistência de conflito ou lide para ser resolvida. Logo, a função administrativa é responsável, dentre outras coisas, pelo alistamento de eleitores, emissão de título eleitoral, transferência de domicílio, fixação de local de votação, nomeação de mesários, apuração de votos e expedição de diplomas aos eleitos.

Função consultiva: Essa competência da Justiça Eleitoral encontra-se prevista nos artigos 23, XII, e 30, VIII, do Código Eleitoral, e determina que o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais devem responder a questionamentos sobre assuntos relacionados à matéria eleitoral. As questões formuladas não podem ter relação ou semelhança com casos concretos e devem ser respondidas pelo TSE, desde que feitas por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, ou pelos Tribunais Regionais Eleitorais, desde

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que demandas por autoridade pública ou partido político. As respostas às consultas não vinculam outros tribunais ou juízes, contudo, na prática, são usadas como referência e fundamento para casos similares. (Acórdão nº 21.792, de 15.9.2005, rel. Min. Caputo Bastos).

Função normativa: Refere-se à competência para expedir instruções para a fiel execução da legislação eleitoral. Cândido (2012, p. 217) ensina que a resolução da Justiça Eleitoral apresenta natureza de *ato-regra*, uma vez que cria situações gerais, abstratas e impessoais, modificáveis pela vontade do órgão que a produziu. A função normativa da Justiça Eleitoral é prevista no Código Eleitoral, no seu artigo 1º, parágrafo único, e nos artigos 23, IX, e 105, da Lei nº 9.504/975

Assim, sempre que à Justiça Eleitoral for submetida uma disputa e demanda, esta exercitará sua função jurisdicional, por meio de seus juízes que aplicarão ao caso concreto, o direito (GOMES, 2012, p.66).

Alguns exemplos do exercício da função administrativa são: alistamento eleitoral, transferência de domicílio eleitoral e medidas para impedir a prática de propaganda eleitoral irregular.

De outra parte, ao exercer a função jurisdicional, atuará na solução de conflitos sempre que provocada judicialmente para aplicar o Direito. Isso acontecerá em situações tais como ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC) e nas representações por propaganda eleitoral irregular.

Outra função atribuída à Justiça Eleitoral e que lhe confere um caráter peculiar é a normativa, descrita no art. 1º, parágrafo único e art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral e que lhe permite por meio de resoluções expedir instruções para a execução das leis eleitorais, entre elas o Código Eleitoral. O conteúdo inserido nessas normas tem o propósito de regulamentar as matérias de competência do órgão colegiado que as instituiu, criando situações gerais e abstratas.

Podemos citar, como exemplo, instruções criadas para auxiliar a execução de leis no ano das eleições, tal como a Res.-TSE nº 23.376/2012, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012.

Finalmente, a função consultiva permite o pronunciamento dessa Justiça especializada – sem caráter de decisão judicial – a respeito de questões que lhe são apresentadas em tese, ou seja, de situações abstratas e impessoais. Pode-se dizer que também é uma função de caráter particular da Justiça Eleitoral, haja vista que o Poder Judiciário não é, por natureza, órgão de consulta.

Conclui-se que a Justiça Eleitoral tem ampla atuação descrita em lei, o que permite, de fato, sejam preservadas a ordem e a lisura do processo eleitoral, e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assim, assegurados os fundamentos constitucionais da soberania popular e da cidadania.

3 MEDIDAS QUE DEVEM SER TOMADAS CONTRA UM CANDIDATO QUE ABUSA DO PODER ECONÔMICO NUM PLEITO ELEITORAL

Tem-se analisar o caso concreto em detrimento disso avaliar as circunstâncias e como procedente dentro dos ditames da Lei para se chegar a um consenso de provas e materialidades respeitando contraditório e a ampla defesa e analisar razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, bom-senso e equilíbrio para que defesa do povo possa se chegar a medida mais adequada dentro do que Lei preceitua.

Como anteriormente delineado, uma democracia representativa exige eleição livre, justa e igualitária. Nessa linha de pensar, tem-se que todos os candidatos na disputa pela conquista do poder devem se pautar pela liberdade de se expressar e agir, bem como disponham das mesmas oportunidades para a conquista do voto do eleitor, coibindo-se qualquer tipo de abuso de poder. (REBOUÇAS, 2012, p.31).

O uso adequado do poder, seja político ou econômico, é salutar e necessário durante o procedimento das eleições. De acordo com Decomain (2004) esse entendimento, registra: - Em primeiro plano, cumpre que registrado o uso do poder econômico e mesmo o uso do poder de autoridade, durante um pleito eleitoral, não significarão, por si mesmos, atividade que constitua ilícito eleitoral.

Gomes (2012) cita que, o uso do poder econômico, como dito linhas acima, é aceitável no processo eleitoral, havendo, inclusive, previsão legal disciplinando o seu uso. O que não se admite é o seu abuso, pois este se constitui em ilicitude ensejadora de reprimendas legais, especificamente a perda do mandato.

Com efeito, não se compraz com um estado democrático de direito representantes do povo no poder carentes de legitimidade por terem sido alçados aos cargos públicos eletivos com auxílio de métodos nem um pouco republicanos, pois que maculados pela imoralidade e ausentes de isonomia entre os concorrentes.

Santana; Guimarães (2010) citam que, afora essas hipóteses legais previstas na Lei das Eleições a jurisprudência tem entendido que quando o abuso de autoridade tiver repercussão na seara econômica fica configurado o abuso de poder econômico, passível de sofrer a reprimenda imposta pela ação de impugnação de mandato eletivo, doravante denominada apenas de AIME.

Conforme Rebouças (2012) é uma realidade aqui e alhures que a maioria dos exercentes de cargos políticos quase sempre pretende se perpetuar no poder seja por si mesmo ou por seu grupo político. Por isso comumente se verifica durante o processo eleitoral o abuso do poder pelos ocupantes de cargos públicos no afã de continuar no poder.

O uso de poder político, ou de autoridade, como também é conhecido, constitui-se em uma prática salutar da administração, não se caracterizando em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma situação de ilicitude. É comum, no entanto, entre aqueles que detêm o poder uma tendência ao arbítrio e ao abuso. (MEIRELLES; BURLE-FILHO, 2016, p.123).

Segundo Nascimento (1998) semelhante raciocínio deve se utilizar para a hipótese do uso indevido de veículos ou meios de comunicação social que transborde do seu dever de informar.

Barros (2010) alega que, um regime democrático e republicano não se compraz com eleições maculadas com abuso de poder econômico de qualquer espécie, notadamente naquele no qual se utilize indevidamente de veículos ou meio de comunicação social com o em de aliciar eleitores a aderirem à vontade de postulante a cargo eletivo. A lisura do procedimento das eleições faz parte da defesa da autenticidade do regime democrático.

Conforme Rebouças (2012) após o procedimento das eleições o constituinte previu no art. 14, § 10, da Constituição a ação de impugnação do mandato eletivo nos seguintes termos: "O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude".

Gomes (2012) cita que, uma ação eleitoral, a única de cunho eminentemente constitucional, constituindo-se em uma verdadeira ação anulatória de mandato eletivo quando constatado abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.

Barros (2010) alega que, a diferença entre a captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder econômico consiste na repercussão dos fatos ilícitos: no primeiro caso, haveria uma negociação direta com o eleitor, através da qual o candidato, ou mesmo alguém com a sua anuência, ofereceria alguma vantagem pessoal em troca do voto; no segundo caso, seriam outorgadas vantagens impessoais, para um universo indeterminado de beneficiários, que necessitaria gerar, para configurar a ilicitude, a potencialidade de alterar o resultado do pleito.

Demeterco Neto (2008) aborda que, enquanto para a caracterização do abuso do poder econômico se exige a potencialidade de influência no resultado do pleito; para a configuração da captação ilícita basta um único fato tido como ilícito.

Como se pode destacar o disposto constitucional previsto no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I - plebiscito;
>
> II - referendo;
>
> III - iniciativa popular.

> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
>
> 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Conforme Ribeiro (1998) se extrai da leitura dos dispositivos acima, a ação é cabível para combater "abuso do poder econômico, corrupção ou fraude".

Conforme Gomes (2012) a corrupção consiste do desvirtuamento das atividades de agente público em troca de vantagem, prometida ou entregue. Entende-se cabível a AIME fundada em alegação de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97), porquanto se trata de espécie de corrupção.

A fraude, conforme Gomes (2011, p. 113), "implica frustração do sentido e da finalidade da norma jurídica pelo uso de artimanha, artifício ou ardil". A expressão vem sendo associada à votação, o que acaba por indevidamente restringir sua eficácia.

Segundo Koch *et al* (2018) tal entendimento foi recentemente superado pelo TSE:

> - Recurso especial;
>
> - Ação de impugnação de mandato eletivo (AIME);
>
> - Extinção sem resolução do mérito;
>
> - Inadequação da via eleita;
>
> - Ausência de prova pré-constituída;
>
> - Fraude em ata de convenção que instruiu o registro de candidatura;
>
> - Viragem jurisprudencial.

Ramayana (2010) cita que, o conceito de fraude previsto no art. 14, § 10, da constituição federal, amplitude, desnecessidade de prova pré-constituída, acórdão regional que indica a presença de suporte probatório mínimo.

De acordo com Lima (2018) o prosseguimento da ação de provimento se deu:

> 1. Este Tribunal Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1-49/PI, superou entendimento anterior e passou a interpretar o termo "fraude" contido no art. 14, § 10, da CF de forma ampla, englobando todas as situações de fraude que possam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> afetar a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato.
>
> 2. No caso de estar à petição inicial acompanhada de mínimo suporte probatório, recomenda-se a instauração do juízo e o prosseguimento da instrução do feito em busca da verdade dos fatos, com respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, deixando as teses jurídicas para o julgamento do mérito da ação. Precedentes.

Mendes; Branco (2018) Enquanto no abuso do poder econômico o bem tutelado é a normalidade das eleições; na captação ilícita o que se visa proteger é a vontade livre do eleitor. Eis aí a principal distinção entre os dois institutos.

As conseqüências também são outras. Enquanto a punição para o abuso do poder econômico é a perda do mandato e do registro (art. 22, XIV, LC n°. 64/90) e a declaração de inelegibilidade para a eleição em que se deu e para as que ocorram nos próximos três anos (LC n° 64/90, art. 1°, I, "d"); na captação ilícita pune-se com a cassação do registro ou diploma do infrator. (CALDAS, 2016, p.60).

Quando se está diante de abuso de poder econômico e, portanto, de causa de inelegibilidade, necessária a demonstração de que o abuso influi na normalidade e legitimidade das eleições, pois que é este o bem jurídico de que cuidam as inelegibilidades (art. 14,§, 9°, da CF/88). Como a captação de sufrágio (art. 41 A) não é nova espécie de inelegibilidade, mas mera infração administrativa eleitoral, não se está a proteger a normalidade elegitimidade das eleições, e sim a liberdade de escolha do eleitor, que deve ser a todo custo respeitada. (NASCIMENTO, 1998).

Por conseguinte, para efeito de aplicação das sanções previstas no art. 41 (multa e cassação do registro ou diploma), não será necessária a demonstração de que o agente deu, ofereceu, prometeu ou entregou a um número expressivo de eleitores bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza. Na verdade, bastará a prova de que um único eleitor foi corrompido para que se tenha caracterizada a violação do art 41. (BARROS, 2010).

Caldas (2016) cita que, enquanto no abuso do poder econômico não se exige a individualização do eleitor corrompido; para a caracterização da captação ilícita é necessário que se faça a identificação do eleitor.

Segundo Pinto (2003) na captação ilícita a vantagem deve ser pessoal e não coletiva e visa cooptar o voto de um eleitor específico. No abuso do poder econômico a vantagem é de caráter coletivo, é ofertada a um número indeterminado de pessoas.

Ramayana (2010) alega que, no abuso do poder econômico, o rito a ser observado é o disposto no art 3º da LC n° 64/90, enquanto que para apuração da captação ilícita de sufrágio deve ser seguido o rito indicado no art 22 da LC n° 64/90, até a sentença.

Seguindo a lógica Rebouças (2012) aborda que, a captação não gera inelegibilidade, enquanto a condenação por abuso do poder econômico redunda na inelegibilidade (LC n° 64/90, art. 1°, I, "d"). O enfrentamento do abuso do poder econômico tem por finalidade evitar o comprometimento da normalidade do pleito, para tanto, exige-se a potencialidade, que é a aferição se o ato praticado teria conseqüências no resultado da eleição.

Conforme Batini, Melman, Figueira (2015) na prática, para a caracterização do abuso é necessário que o alcance do ato atinja um número considerável de eleitores. A captação ilícita de sufrágio, ao contrário, se perfaz com apenas um único eleitor que tenha sua vontade corrompida. Aqui o bem jurídico tutelado é a vontade livre do eleitor.

3.1 RECURSO ELEITORAL – INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – INELEGIBILIDADE E MULTA POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO

Podemos dizer que abuso de poder econômico pode influir no resultado do pleito eleitoral este tipo ilicitude deve ser combatido pela justiça eleitoral.

O abuso de poder econômico somente se caracteriza se o ato abusivo praticado tiver a potencialidade para influir no resultado do pleito. Para a caracterização da ilicitude prevista no artigo 41-A, da Lei nº 9.504/97, basta apenas à compra de um voto. Provimento parcial. (TREMA – RE 2276 – (4736) – Rel. Juiz Nivaldo Costa Guimarães – DJMA 06.09.2002 – p. 132).

Rebouças (2012) cita que, uma democracia representativa exige eleição livre, justa e igualitária. Nessa linha de pensar, tem-se que todos os candidatos na disputa pela conquista do poder devem se pautar pela liberdade de se expressar e agir, bem como disponham das mesmas oportunidades.

Para Gomes (2012) a conquista do voto do eleitor, coibindo-se qualquer tipo de abuso de poder. O uso adequado do poder, seja político ou econômico, é salutar e necessário durante o procedimento das eleições.

Segundo Decomain (2004) em primeiro plano, cumpre que registrado que o uso do poder econômico e mesmo o uso do poder de autoridade, durante um pleito eleitoral, não significarão, por si mesmos, atividade que constitua ilícito eleitoral.

Conforme Kufa *et al* (2017) não há o que censurar, o uso legal do poder durante o pleito eleitoral não só é permitido como previsto, no entanto quando se põe em risco a lisura das eleições e a legitimidade do mandato popular, face uma atuação abusiva desse poder, seja pelo candidato ou partido político, deve reprimir-se esse comportamento.

Koch *et al* (2018) alega que, o uso do poder no procedimento eleitoral por si só não constitui um ilícito eleitoral, em face de que a própria legislação eleitoral o disciplina, como por exemplo, no financiamento de recursos para as campanhas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eleitorais e nas condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral. O que não se tolera em hipótese alguma é o seu abuso, o seu exacerbamento, a sua prática contrária à lei.

3.2 CASSAÇÃO DO MANDATO POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Tem-se de forma premente a compra de voto entre outros meios neste sentido é enfático:

> Nesta, a regra é o procedimento grosseiro e corriqueiro da compra e venda do voto. Há sempre a ação do corruptor e um sujeito passivo, o corrompido. Na corrupção, capta-se a vontade do eleitor de maneira torpe, e entre o corruptor e o corrompido se estabelece uma relação de cumplicidade. Naquele, abuso do poder econômico, não há a figura do corrompido; a captação do voto se faz de maneira indireta, sutil, imperceptível até mesmo para o próprio eleitor, que é o sujeito passivo. Na verdade, quer-se-lhe ganhar a adesão, conquistando-lhe o coração e a mente, mediante artifícios. Por aí se vê que o titular do uso do poder econômico não age como um corruptor do eleitorado, e os meios que emprega são moralmente admissíveis. A ilicitude está no desequilíbrio, na ofensa ao princípio da igualdade de oportunidades, relativamente aos partidos e candidatos que se conduziram, no decorrer da propaganda eleitoral, dentro dos parâmetros legais. Este último registro é de extraordinária importância. É que, nos casos de corrupção, o comprometimento da lisura e normalidade da eleição se afere, logo no primeiro plano, pelas relações candidato-eleitor e, no segundo plano, pela quebra de igualdade jurídica. Já o comprometimento pela via do uso do poder econômico afere-se, visivelmente, apenas no segundo plano. (MACHADO, 1995, p.1).

O mandato de candidato obtido mediante condições consideradas lesivas pela nossa Constituição de 1988, como o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, poderá ser impugnado através da AIME, evidenciado que tais condições afrontam o Estado democrático de Direito.

> "Direito eleitoral e processual civil. Recurso especial eleitoral. Eleições 2016. AIJE. Abuso do poder econômico. Litisconsórcio. Teoria da asserção. Nulidade processual não verificada. Ausência de prova robusta. Recurso provido. 1. Recurso especial eleitoral contra acórdão do TRE/MG que, reformando sentença em AIJE por abuso do poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

econômico, condenou o ex-Prefeito do Município de Pedra Bonita/MG à pena de inelegibilidade por oito anos e o Prefeito e Vice-Prefeito eleitos em 2016 à cassação dos respectivos diplomas, convocando novas eleições. I Hipótese 2. Hipótese de realização de festa durante o período eleitoral em fazenda de propriedade do então prefeito, com oferecimento de churrasco e bebidas para grande número de pessoas, supostamente em comemoração de aniversário de motorista da prefeitura. 3. O acórdão concluiu que a festa teria sido desvirtuada em benefício dos candidatos, com base no seguinte conjunto fático-probatório: (i) vários convidados trajavam roupas na cor azul e o local estava enfeitado com bandeirolas da cor azul, que eram as cores de campanha dos candidatos; (ii) havia grande número de pessoas no local da festa (de 500 a 1000 pessoas); (iii) o aniversariante não tinha condições financeiras de custear evento de tal magnitude. 4. De acordo com o acórdão, o grande número de pessoas e a pequena diferença de votos evidenciariam a potencialidade lesiva da conduta para configurar abuso do poder econômico. Por outro lado, o acórdão afastou a configuração de conduta vedada e de captação ilícita de sufrágio, por não ter havido qualquer pedido de voto. [...] III Mérito 10. No mérito, não há, no acórdão regional, comprovação da gravidade das condutas reputadas ilegais para a configuração do abuso do poder econômico. A utilização de camisetas e de bandeirinhas nas cores da campanha dos candidatos e a quantidade de pessoas no evento não são aptas a comprometer a legitimidade do pleito e a paridade de armas, em um contexto em que não houve qualquer pedido de voto nem a presença dos candidatos. 11. Diante da gravidade das sanções impostas em AIJE por abuso de poder, exige-se prova robusta e inconteste para que haja condenação. Precedentes. IV Conclusão 12. Recurso especial eleitoral provido." (Ac. de 9.5.2019 no REspe nº 50120, rel. Min. Admar Gonzaga, red. designado Min. Luís Roberto Barroso.).

"Eleições 2014. Recurso ordinário. AIJE e AIME julgadas conjuntamente. Abuso do poder econômico. Utilização de grandioso evento religioso em benefício de candidaturas às vésperas do pleito. Pedido expresso de votos. Procedência no TRE/MG. Desprovimento. Histórico da demanda 1. Contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(TRE/MG) pelo qual julgados procedentes os pedidos veiculados em ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) e ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) - ajuizada por candidato não eleito ao cargo de Deputado Estadual pelo PTB nas eleições de 2014, à alegação da prática de abuso do poder econômico e de autoridade e de uso indevido dos meios de comunicação social, em que declarada a inelegibilidade dos investigados por oito anos e cassados os mandatos dos candidatos eleitos - interpuseram recuro ordinário Franklin Roberto de Lima Sousa, Márcio José Machado de Oliveira (eleitos Deputado Federal e Deputado Estadual, respectivamente, no pleito de 2014) e Valdemiro Santiago de Oliveira (líder da Igreja Mundial do Poder de Deus), manejado, ainda, recurso especial pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) - Estadual. 2. Consta da inicial que os recorrentes teriam se utilizado de grandioso evento religioso amplamente divulgado para impulsionar as candidaturas de Márcio José Machado de Oliveira e Franklin Roberto de Lima Sousa, ocasião em que teria havido pedido expresso de votos por parte do condutor da celebração - o autodenominado 'Apóstolo Valdemiro Santiago' -, intitulada 'Concentração de Poder e Milagres', realizada no dia 4 de outubro de 2014, a menos de 24 horas da eleição, em local de amplo acesso ao público - Praça da Estação, em Belo Horizonte/MG, com distribuição de material de campanha. Do recurso interposto pelo PC do B na condição de terceiro interveniente [...] 20. Todavia, sem embargo da pungente discussão sobre o tema, a se realizar em momento oportuno, a solução da controvérsia que se põe na espécie prescinde desse debate, uma vez incontroversa a utilização, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com shows e performances artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R$ 929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) - valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus - , cujas circunstâncias indicam a configuração do abuso do poder econômico. Do abuso do poder econômico 21. Evidenciada a utilização premeditada, a favor da candidatura dos recorrentes, de sofisticada estrutura de evento religioso

de grande proporção, à véspera do pleito, que contou com shows e performances artísticas, cujo dispêndio econômico foi estimado em R$ 929.980,00 (novecentos e vinte e nove mil e novecentos e oitenta reais) - valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus. 22. Suficientemente demonstrada a gravidade das condutas imputadas, não havendo margem a dúvidas de que desvirtuado o evento religioso, cuja estrutura e recursos envolvidos reverteram em benefício dos recorrentes, em evento político-religioso-partidário, durante período crítico, às vésperas da eleição, em manifesta vulneração à legitimidade do pleito. 23. A gravidade dos fatos pode ser aferida das seguintes circunstâncias: a) realização de pedido expresso de votos pelo celebrante do evento religioso - ocorrido a menos de 24 horas do pleito -, mediante súplica aos fiéis para que angariassem, cada um, mais dez votos aos candidatos recorrentes para o pleito que se realizaria no dia seguinte; b) distribuição de panfletos e material de campanha confeccionado pelos recorrentes durante todo o evento, levada a efeito por membros da Igreja Mundial do Poder de Deus. Do referido material, consta, ainda, apelativo pedido de votos em nome do celebrante, a reforçar a vinculação entre a solenidade religiosa e os candidatos beneficiados; c) presença de caravanas de diversos municípios mineiros, estimado o público em cinco mil pessoas em local de amplo acesso na capital mineira - Praça da Estação; d) alto custo do evento - que contou com sofisticada estrutura, realização de shows e performances artísticas, além de transmissão ao vivo -, estimado em quase um milhão de reais, valores não declarados em prestação de contas e integralmente custeados pela Igreja Mundial Poder de Deus; e e) divulgação ampla do evento, inclusive na rede social do candidato Márcio Santiago, o qual fez incluir em folder promocional o número e cargo pelo qual concorreu naquele pleito, vinculando previamente a sua campanha à celebração religiosa. Da anuência/participação dos candidatos nos ilícitos 24. Inafastável a responsabilidade dos candidatos recorrentes no desvirtuamento do evento religioso, visto que presentes no palco, ainda que nos minutos finais, durante o eloquente pedido de votos, a par de distribuírem, durante toda a celebração, material de campanha do qual consta expressa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vinculação à figura do líder religioso, demonstrada a anuência e participação na conduta, em desequilíbrio à disputa eleitoral [...] "(Ac. de 21.8.2018 no RO nº 537003, rel. Min. Rosa Weber.)

CONCLUSÃO

A Constituição Federal determina no art. 14, § 10, que o mandato eletivo daquele que agir durante o processo eleitoral com abuso do poder econômico poderá ter o seu mandato impugnado. Visou, pois, o constituinte tutelar a lisura das eleições e a legitimidade do mandato popular, face uma atuação abusiva do poder econômico por candidato ou partido político. O uso do poder econômico, bem como o uso do poder de autoridade e o uso dos meios de comunicação, durante um pleito eleitoral, não constitui, de per si, ilícito eleitoral.

Ao contrário, eles são salutares e necessários durante o processo eleitoral. O uso legal desses poderes e do uso dos meios de comunicação de massa durante o pleito eleitoral inclusive é previsto e permitido, tendo a legislação eleitoral disciplinado o seu uso, como por exemplo, no financiamento de recursos para as campanhas eleitorais e nas condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral. O que o ordenamento jurídico não tolera em hipótese alguma é o seu abuso, a sua prática contrária à lei, momento em que extrapola a moldura legal, tornando-se ilícitos, oportunidade em que o candidato infrator fica sujeito às reprimendas legais.

A jurisprudência do TSE, bem como os entendimentos doutrinários, entende que somente o abuso de poder econômico, a corrupção ou a fraude eleitoral pode ser combatido pela AIME. Dessa forma, o abuso de poder político e o uso indevido dos meios de comunicação, quando surgirem isoladamente, não podem ser atacados por referida ação e sim pela Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), prevista na LC nº. 64/90. No entanto, se estes ilícitos eleitorais também tiverem conotação econômica o seu processamento viabiliza o manejo da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME). Por fim, o TSE construiu os contornos processuais da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo a partir da conjugação das determinações do art. 14, §§ 10 e 11 da CF com o rito estabelecido no art. 3º da LC nº 64/90 e, supletivamente, o Código de Processo Civil.

Registre-se, ainda, que o abandono do rito previsto no CPC, originalmente adotado pela jurisprudência do TSE, deu-se pelo fato de que esse procedimento tornava muitas vezes inócua a referida ação, haja vista a demora de sua tramitação, sujeita que estava às regras e aos prazos do processo comum. Por fim, assinale-se que a AIME, em conformidade com os princípios democrático e republicano, como uma verdadeira cláusula de proteção a normalidade e legitimidade das eleições, visa anular o mandato eletivo de candidato eleito em desconformidade com as normas eleitorais de conteúdo econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 11 mar 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4.961, de 4 de maio de 1966**. Altera a redação, da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Brasília (DF): Site do Planalto, 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4961.htm>. Acesso em 11 mar 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 mar., 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº10.763, de 12 de novembro de 2003**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.763.htm>. Acesso em 15 maio 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº2. 848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 15 maio 2019.

BARRETTO, Rafael. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Processual Eleitoral**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

BATINI, Silvana; MELMAN, Ana Carolina; FIGUEIRA, Ricardo. **Direito Eleitoral**. 2015. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_eleitoral_2015-2.pdf>. Acesso em 15 maio 2019.

BRISOLA, Beatriz. **Propaganda Eleitoral**: abuso do poder político e econômico. Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECO. Área de Ciências Humanas e Jurídicas. Curso de Graduação em Direito. Trabalho de Conclusão de Curso. Santa Catarina (SC): UNOCHAPECO, 2012. Disponível em: <https://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1673.pdf>. Acesso em: 03 mar 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CALDAS, Felipe Ferreira Lima Lins. **Abuso de Poder, Igualdade e Eleição: O Direito Eleitoral em Perspectiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CARAMURU, Afonso Francisco. **Dos abusos nas eleições: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e Inelegibilidades**. São Paulo: Dialética, 2004.

DEMETERCO NETO, Antenor. **O abuso nas eleições: A conquista ilícita de mandato eletivo**. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. ed.rev.atual e ampl. São Paulo (SP): Atlas, 2011.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KOCH, Bruno Dienstmann; MACEDO, Elaine Harzheim; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; TORRES, Artur Puis Pereira. 2018. **O Abuso de Poder Político e Econômico no Direito Eleitoral e a Intervenção Do Poder Judiciário**. 2018. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/bruno_koch.pdf>. Acesso em: 16 jun 2019.

KUFA, Karina; KUFA, Amilton Augusto; MORAES, Marcos Ramayana Blum de; MORAES, Ana Luiza Sodré de. **Aspectos relevantes sobre o delito de falsidade ideológica eleitoral**. 2017. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-abr-26/aspectos-relevantes-delito-falsidade-ideologica-eleitoral>. Acesso em: 14 jun 2019.

LIMA, Thiago Guimarães Ferreira. **Breves comentários sobre o crime de corrupção passiva**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279531,41046-Breves+comentarios+sobre+o+crime+de+corrupcao+passiva>. Acesso em: 14 abr 2019.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **O abuso do poder econômico no processo eleitoral**. Santa Catarina: TRE-SC, resenha eleitoral. Santa Catarina (SC): TRE-SC, nova série, v. 2, edição especial, março, 1995. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-abuso-do-poder-economico-no-processo-

eleitoral/indexcfc5.html?no_cache=1&cHash=b210b4aa00c846aa7ef07e38b292a41b>. Acesso em: 03 mar 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo (SP): Atlas, 2002.

NASCIMENTO, José Anderson. **Tópicos de Direito Eleitoral**: anotações à Lei 9.504/97. São Paulo (SP): Ícone, 1998.

NIESS. Pedro Henrique Távora. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Bauru: Edipro, 1996.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. São Paulo (SP): Atlas, 2003.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 10. Ed. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2010.

REBOUÇAS, João Batista Rodrigues. Abuso de Poder Econômico no Processo Eleitoral e o Seu Instrumento Sancionador. Revista Eleitoral TRE/RN – Volume 26, 2012. Disponível em: <http://capa.tre-rs.gov.br/arquivos/REBOUCAS_Poder_economico.pdf>. Acesso em: 15 jun 2019.

RIBEIRO, Fávila. Abuso de Poder no Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. **Direito Eleitoral**: para compreender a dinâmica do poder político. 3. Ed. Belo Horizonte (MG): Forúm, 2010.

SARAK, Mayra Matuck. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) - um Instrumento do Direito para Exercitar a Democracia**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-um-instrumento-do-direito-para-exercitar-a-democracia>. Acesso em: 16 jun 2019.

STANSKY, Maria Claudia. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**. 2007. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n064-2007-maria-claudia-stansky>. Acesso em: 16 jun 2019.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ Secretaria Judiciária Coordenadoria de Sessões e Jurisprudência Seção de Jurisprudência e Legislação. EMENTÁRIO SOBRE CORRUPÇÃO ELEITORAL (Art. 299 do Código Eleitoral). 2012. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ce-ementarios-tematicos-corrupcao-eleitoral-1343072965712>. Acesso em: 16 jun 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TSE, Acórdão nº 19.566, de 18.12.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

TSE, Acórdão nº 21.264, de 2.9.2004, rel. Min. Carlos Velloso.

TSE, Acórdão nº 21.792, de 15.9.2005, rel. Min. Caputo Bastos.

---

[1] Professor Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6960689508807424.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIZAÇÃO DE MINERADORAS EM ACIDENTES DE GRANDES PROPORÇÕES – ANÁLISE DO CASO BRUMADINHO – MG

ANTONIO CARLOS HERMONT NASCIMENTO:
Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário De Ensino Superior Do Amazonas - CIESA.

TATIANE CAMPELO S. PALHARES[1]

(Orientadora)

RESUMO: A gestão ambiental na mineração brasileira evoluiu nos últimos anos conforme a lei se tornava progressivamente mais rígida de forma que as empresas grandes quanto as pequenas notaram essa evolução. Entretanto em 2019 ocorreu o desastre em Brumadinho, marcando a atualização dos cenários de riscos passados, o que inclui tanto os intensivos relacionados à segurança na operação das atividades de mineração e suas barragens, com todos os procedimentos de licenciamento, monitoramento e fiscalização que falharam seguidamente. Por outro, a partir do momento em que ocorrem, produzem novos cenários de riscos ambientais que se estendem no espaço, indo do local ao regional, assim como no tempo, produzindo uma multiplicidade e sobreposição de situações de exposições, riscos e efeitos sobre a saúde, que vão dos imediatos aos de longo prazo. O presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilização da empresa VALE S/A, no aspecto tributário em face de acidentes de grandes proporções.

Palavras chaves: Brumadinho. Responsabilidade Ambiental. Direitos Coletivos. Direito Tributário.

ABSTRACT: Environmental management in Brazilian mining has evolved in recent years as the law became progressively stricter so that both large and small companies noted this evolution. However in 2019 the disaster occurred in Brumadinho, marking the update of past risk scenarios, including both safety-related intensive operation of mining activities and their dams, with all licensing, monitoring and enforcement procedures that subsequently failed. On the other hand, from the moment they occur, they produce new scenarios of environmental risks that extend in space, from local to regional, as well as in time, producing a multiplicity and overlap of exposure situations, risks and health effects, ranging from immediate to long term. This paper aims to analyze the liability of the company VALE S / A, in the tax aspect in the face of major accidents.

Keywords: Brumadinho. Environmental Responsibility. Collective Rights. Tax Law.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo a organização World Information Service on Energy (Wise) nos últimos 50 anos ocorreram em torno de 37 desastres em barragens de mineração que foram considerados muito graves. O desastre ocorrido em Brumadinho em 25 de janeiro de 2019 no qual uma barragem da Mina Córrego do Feijão, da mineradora Vale, rompeu-se e alastrou um mar de lama que destruiu a comunidade próxima e construções da própria Vale, causando não apenas prejuízos financeiros, como também a morte de cebtenas de pessoas. Na nota técnica divulgada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em 01 de fevereiro de 2019, em torno de 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos úmidos de minério de ferro vazaram e percorreram o leito do ribeirão Ferro-Carvão, atingindo inicialmente as instalações da companhia Vale e se estendendo por todo este vale. A exposição das pessoas a riscos de desastres, particularmente nos últimos 50 anos, vem crescendo no mundo de maneira mais rápida que as disposições de diminuição da vulnerabilidade o que tem como resultado intensos e extensos impactos no tempo e no espaço.

Segundo a Vale, em Brumadinho apenas uma barragem rompeu e o volume dela era de 11,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos não tóxicos. O fato de não serem tóxicos não impossibilita o surgimento de outros problemas ambientais tais como a destruição da vegetação local e morte de diversas espécies de animais, as águas do rio Paraopeba, um dos afluentes do rio São Francisco, tornou-se imprópria para consumo além de ter reduzido as quantidades de oxigênio disponíveis, matando assim grande parte da fauna e flora aquáticas e o solo terá suas composições alteradas, prejudicando o desenvolvimento de algumas espécies vegetais.

O Estado deve se preocupar com a situação ambiental do país de forma a reduzir

os impactos e prevenir futuros desastres como os citados. Segundo LIMA e ALMEIDA 2017 a gestão do meio ambiente não deve ser trabalhada somente pela sociedade civil, bem como não deve ser meramente uma relação entre poluidores e vítimas da poluição.

Para esta pesquisa, utilizou-se o método dedutivo de procedimento científico com a técnica de pesquisa bibliográfica. Este trabalho foi desenvolvido por meio de uma abordagem qualitativa e comparativa com foco na revisão bibliográfica de artigos científicos, assim como a análise e interpretação da legislação e jurisprudência nacional.

Esse artigo tem como objetivo apresentar a responsabilidade pelo aspecto tributário de mineradoras em face de acidentes de grandes proporções, especificadamente o caso de Brumadinho-MG.

2. CASOS DE GRANDES PROPORÇÕES QUE OCORRERAM NO BRASIL

Utilizando a vulnerabilidade socioambiental como aspecto central para compreender-se os desastres não há como tentar descontextualizar resiliência e capacidades de redução de risco. É necessário o que se desenvolvam as capacidades para alcançar a resiliência. No aspecto ambiental, a parte social dos problemas tem causado preocupação uma vez que a sociedade é quem termina como a mais prejudicada. O caso ocorrido em Brumadinho não foi o primeiro a acontecer no país.

2.1 USINA HIDRELÉTRICA DE BALBINA – UHB

A represa de Balbina é na Amazônia Central e localiza-se no município de Presidente Figueiredo. A usina foi apresentada, na década de 1980, como uma fonte energética limpa, renovável e barata. A Usina Hidrelétrica de Balbina está situada a 72 quilômetros da BR-174, com acesso no quilômetro 102 dessa rodovia, cortada por uma via estadual, AM 240, que possibilita o acesso viário a esta usina.

Balbina foi exemplo de central hidrelétrica construída com a intenção de desenvolver local e nacionalmente a região, mas que teve consequências catastróficas às populações tradicionais. Segundo ROMÃO, 2018:

"Essa hidrelétrica alagou 2460 Km2 de floresta, interferiu em dois grupos culturais – os Caboclos (Ribeirinhos) e os Indígenas (os Waimiri e os Atroari), e produz apenas 250 MW de energia, tornando-se o quilowatt de energia mais caro do Brasil, em relação aos danos causados aos patrimônios paisagístico, ecológico e cultural".

Depois de construída a hidrelétrica, os conflitos foram determinados pela apropriação do espaço geográfico, pelo esfacelamento dos costumes, pela alteração econômica e porque o regime militar planejava utilizar o ambiente como mercadoria além de servir aos grandes centros urbanos como gerador de energia. Os sobreviventes passaram a disputar os poucos direitos resguardados e passaram a ser considerados mero detalhe no plano de implantação da Usina Hidrelétrica de Balbina.

Apesar de todos os danos ambientais já causados, na época de sua construção não existia a obrigatoriedade dos estudos de impacto ambiental com relatórios. Atualmente são obrigatórios os estudos de impacto ambiental para a concessão de licenciamento ambiental pelos órgãos competentes, evitando-se que obras que se mostrem economicamente viáveis se tornem catastróficas do ponto de vista ambiental.

2.2 MARIANA

E ainda assim no dia 05 de novembro de 2015, outro desastre ambiental aconteceu no Brasil, quando o dique da barragem de Fundão entrou em colapso e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

rompeu-se. Até agora, os efeitos dessa tragédia ainda podem ser observados a jusante da barragem destruída em Minas Gerais, até a foz do rio Doce, no mar do Espírito Santo.

A lama que escorreu depois do rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco, associada da Vale, em Mariana (MG), foi apresentada como em torno de 50 a 60 milhões de metros cúbicos, escorrendo e destruindo o distrito de Bento Rodrigues, além de afetar Águas Claras, Ponte do Gama, Paracatu e Pedras e cerca de mais 40 cidades localizadas na Bacia do Rio Doce em Minas Gerais e no Espírito Santo. Responsável por matar 19 pessoas, a lama ainda mudou a vida e economia da região, sua fauna e flora, tornando as águas do Rio Doce impróprias para o consumo humano e vidas animal e vegetal em muitas das cidades afetadas.

A Samarco Mineração S.A. é uma sociedade de economia fechada, fundada em 1973 para promover o conjunto de operações que vai desde a extração mineral, passando pelo processamento secundário, até o transporte transoceânico de pellet feed e, principalmente, de pelotas de minério de ferro. Organizada como joint venture societária - uma associação entre duas empresas independentes dotada de personalidade jurídica. Desde 2000, ela é dividida igualitariamente entre Vale (50%) e BHP Billiton Brasil Ltda. (50%), a subsidiária brasileira do grupo anglo-australiano BHP Billiton. Entretanto, o formato organizacional específico da Samarco assumiu para a anglo-australiano o caráter de uma non operated joint venture, de maneira que a responsabilidade operacional recai sobre a Vale.

Apesar disso as casas que foram destruídas e obrigaram pessoas a deixarem suas comunidades, até hoje não tiveram suas casas reconstruídas e nenhuma família foi reassentada. Conforme o Movimento dos Atingidos pelas Barragens (MAB), as empresas envolvidas dificultam ao máximo as transações provocando a desesperança dos atingidos ou levando-os a desistir dos seus direitos aceitando a oferta rebaixada de indenização proposta pela Fundação Renova, criada pelas empresas para cuidar das consequências da tragédia.

2.3 BRUMADINHO

E então em 25 de janeiro de 2019, novamente em Minas Gerais, mas na cidade de Brumadinho a barragem de rejeitos da mina Córrego do Feijão, da mineradora Vale S/A., rompe. Após o fato, o presidente da empresa afirma “o dano ambiental será muito menor que o de Mariana, mas a tragédia humana deverá ser maior”

Após um mês de buscas, o número de óbitos já ultrapassava trezentos, sendo que apenas 179 corpos haviam sido encontrados e ainda existiam 131 desaparecidos, apesar de não existir mais esperanças de encontrar esses indivíduos vivos decorrido todo esse período desde a tragédia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A lama de Brumadinho era de cerca de 11,7 milhões de metros cúbicos com alto teor de silício e ferro no leito do córrego Ferro e Carvão. O que entrou em contato com a lama foi soterrado, destruindo plantações, vidas e os sonhos das pessoas que estavam em seu caminho. A quantidade de lama vazada foi de um quarto da vazada em Mariana.

Todos esses desastres não podem ser reduzidos aos impactos nos municípios e aos atingidos, ao número imediato de feridos e óbitos ou mesmo de desabrigados. Os desastres vão além desses impactos imediatos e afetam as populações futuras pois prejudicam os rios atingidos, a biodiversidade e alterações dos ciclos de vetores, hospedeiros e reservatórios de doenças. A população também é afetada pois sua organização social e seus modos de viver e trabalhar é alterado de maneira abrupta.

Freitas, Silva e Menezes afirmam que não apenas os afetados cadastrados pela defesa civil e os registrados durante o período de resgate e socorro devem ser considerados, deve-se incluir também os que tiveram suas condições de vida e trabalho atingidas nos diferentes territórios. Acrescentam:

No caso específico de Brumadinho, tendo como referência dados do Censo Demográfico de 2010, a lama de rejeitos atingiu 9 setores censitários com população estimada em 3.485 pessoas e 1.090 domicílios, o que representa mais de 10% da população atingidos de forma direta e imediata. Tendo como referência os dados do Censo Agropecuário de 2017 e considerando um raio de 500 e 1.000 metros ao longo dos 18 municípios em que a lama atingiu o Rio Paraopeba, numa extensão aproximada de 250km, estima-se que há, respectivamente, 147 e 424 comunidades (indígenas, quilombolas, silvicultores e pescadores artesanais) atingidas. Para além das 138 pessoas definidas oficialmente como desabrigadas, há diversas populações que em seus territórios de vida e trabalho tiveram múltiplas rupturas e perdas, simbólicas, culturais, econômicas, infraestrutura, familiares (como as centenas de crianças que ficaram órfãs de uma hora para outra), amigos, vizinhanças e lugares de referência. E o número de expostos pode ser ainda maior se consideramos populações que se beneficiam dos serviços ecossistêmicos (rios, solos e matas) para os diversos modos de vida, uso e ocupação do solo, como, por exemplo, o consumo de águas e produção agrícola com risco de contaminação ao longo do Rio Paraopeba.

Nos desastres dessa magnitude, as pessoas que foram expostas aos novos riscos dos cenários são determinadas em dois grupos: o primeiro relacionado com as perdas, rupturas e interrupções dos modos de viver e trabalhar; já o segundo é o que está relacionado à exposição aos contaminantes presentes nesses impactos ambientais ou remobilizados a partir do desastre.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As lições depreendidas desses impactos sobre o modo de atuar das empresas devem ter como preocupação uma redução no risco desses impactos no meio ambiente bem como de doenças e ampliação de ações de vigilância e cuidados em saúde.

3. QUESTÕES TRIBUTÁRIAS APLICÁVEIS AO CASO ANALISADO

Se o ordenamento jurídico do Brasil, e de diversos outros países, tutela o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, às vezes até classificando-o como direito fundamental, compreende-se a importância desse direito e da necessidade de protegê-lo.

Os rompimentos de barragens tendem a causar uma série de impactos socioambientais de curto, médio e longo prazo. Segundo Wanderley e Outros, 2015:

O principal impacto imediato foi a total destruição de residências, infraestrutura e ainda de áreas de pastagem, roças e floresta. Além da perda de vidas humanas, houve também a morte de animais domésticos e silvestres. Uma parte considerável da calha do rio Doce foi assoreada, o que deverá aumentar os riscos de enchentes nos próximos anos e mudar a dinâmica de inundações nas cidades, com partes que antes não eram ocupadas pelas águas durante as cheias passando a ser atingidas

Segundo Machado, 2015 "a gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas da poluição". Até porque na Constituição Federal de 1988, impõe-se ao Poder Público e a coletividade o dever de não só defender, mas também preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. E o dever do Estado é reduzir os impactos ambientais, através de meios alternativos, incluindo-se aqui as audiências públicas, visando melhorar a situação ambiental sem priorizando uns em relação aos outros, mas a coletividade.

A tutela do meio ambiente deve-se utilizar de diversos instrumentos em relação aos quais se impõe dar notícia a fim de que possibilite o ajuizamento da ação cabível, sendo para isso necessário mobilizar todos os ramos de direito.

Nabais, 2008, acredita que atualmente é quase consensual a aceitação do papel do Direito Tributário em sede da tutela do meio ambiente, como meio ou instrumento da tutela. Segundo ele:

"Os meios de que a tutela do ambiente se pode servir tendem a ser distribuídos por três grandes sectores, a saber: meios directos de conformação de comportamentos, meios de direcção de comportamentos através do planeamento e meios indirectos de conformação de comportamentos O primeiro grupo de meios corresponde em geral às vias clássicas de actuação estadual em sede da protecção

ambiental, dentro dos quais se conta a via mais drástica de actuação, a via sancionatória penal, a qual, em virtude da natureza subsidiária do direito penal, só terá legitimidade para actuar quando as referidas externalidades, designadamente as emissões poluentes, atinjam patamares que sejam, de todo, intoleráveis ou inaceitáveis. Por isso a via mais comum de actuação dentro desse grupo de meios de tutela ambiental será naturalmente a via administrativa traduzida numa diversidade de actuações."

Já aqui no Brasil, inúmeros acidentes têm provocado impactos ambientais de grandes proporções e mesmo que a nossa legislação seja direta em relação à responsabilidade do agente causador quanto à reparação do dano causado, ainda há inúmeros casos em que a reparação não ocorre, seja por absoluta falta de recursos do responsável, seja por dificuldades na identificação deste. Quando isso ocorre, cabe ao Estado intervir e tentar, talvez no futuro, exigir e obter a restituição dos recursos financeiros investidos na recuperação ambiental.

Adoção de impostos ambientais, criação de benefícios fiscais destinados à promoção do desenvolvimento sustentável pós-meta, introdução de elementos ecológicos na estrutura de tributos já existentes, e uma reestruturação de todo o sistema fiscal orientada pela missão ecológica, todas essas são formas de proteção ambiental em decorrência do sistema fiscal. Aqui no Brasil, seriam necessárias a criação de leis para que possam ser criados impostos com a finalidade de arrecadar recursos para a prevenção do meio ambiente. Mas ainda assim, já existe um tributo ambiental, previsto no artigo 117 §4º da Constituição Federal: a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), a qual objetiva desestimular o consumo de combustíveis.

Os efeitos deletérios decorrentes das atividades mineradoras no Brasil, capitaneadas pela Vale, vêm sendo denunciados e confrontados por diversos movimentos sociais e sindicais. Após o desastre em Mariana, houve uma expectativa crescente de uma inversão da tendência de flexibilização da legislação ambiental nas últimas duas décadas.

A Constituição Federal ao ser interpretada atribui significados aos seus enunciados e dessa forma prevê a efetiva defesa e preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Os direitos e garantias fundamentais se subdividem em direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos da nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados a existência.

A inter-relação entre os direitos humanos fundamentais e o direito ambiental é essencial visto que o meio ambiente se relaciona com todos os aspectos da vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto aos limites da tutela ambiental pela via tributária NABAIS, 2008 afirma que eles decorrem da própria função do direito tributário e, em especial, da existência de específicos limites ou constrangimentos à utilização ambiental dos tributos ou dos benefícios fiscais.

Pois bem, quanto aos limites que os instrumentos tributários têm em sede da tutela do ambiente, é de começar por aludir às dificuldades que, por via de princípio, se colocam à utilização do direito tributário, e sobretudo do direito dos impostos, como instrumento ao serviço de outros senhores que não o da obtenção de receitas para a cobertura das despesas públicas.

A segurança tributária não se reduz à proibição de leis tributárias retroativas. Bem por isso ela é sintaticamente dependente de outros direitos e garantias constitucionais. Nenhuma segurança sem justiça tributária; nenhuma segurança sem legalidade. No sistema constitucional tributário, todas as normas que integram o subconjunto constituído pelas normas constitucionais tributárias, são assecuratórias de direitos e instituidoras de deveres. Mas não se pode esquecer do artigo 150 da Constituição Federal, que traz as limitações constitucionais do poder de tributar.

A competência tributária é a soma da autorização e limitação para o exercício de funções tributárias. Sob esse ângulo de análise, os desastres tiveram fortes impactos diretos nas pessoas, mas não foram cobrados na devida proporção.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DE MINERADORAS EM ACIDENTES DE GRANDES PROPORÇÕES

"Não foi acidente - foi crime!" protestam cidadãos indignados após o rompimento das duas barragens de rejeitos, Fundão da SMARACO S/A. em Mariana (MG), 2015, e Córrego do Feijão da Vale S/A. em Brumadinho (MG), 2019. Em se tratando de mineração, são dois dos maiores desastres ambientais do mundo. Na do Fundão 60 milhões de metros cúbicos de lama tóxica foram despejados num percurso de 663 quilômetros dos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce. A avalanche causou 19 mortes, cerca de 1.200 famílias perderam suas casas e atingiu 35 municípios. Em Brumadinho, rejeitos de minério seguiram o vale do Córrego do Feijão invadindo o deságue dos córregos adjacentes até o leito do Rio Paraopeba. No caminho atingiu residências e áreas rurais, de criações de animais e plantações da população local.

As condutas dos agentes responsáveis pelas barragens e pela hidrelétrica são, atualmente, tipificadas como crime ambiental, à luz do art. 38, da Lei 9.605/98:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas

cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Alcoforado, 2019 acredita que os desastres de Mariana e Brumadinho ocorreram pela irresponsabilidade na hora de escolher o tipo de barragem a ser implantada, além da negligência na sua manutenção e na inoperância da fiscalização dos órgãos públicos competentes. Ainda afirma que muitas mortes poderiam ter sido evitadas se um plano de contingência com avisos sonoros ou de qualquer natureza existisse para que as pessoas na área não fossem surpreendidas pelo evento catastrófico.

Com essa continua degradação do meio ambiente, não será possível às gerações futuras que desfrutem de uma vida com qualidade. Pelo Princípio do Poluidor-Pagador, busca-se evitar a ocorrência de danos ambientais, é o chamado caráter preventivo, e caso o dano venha a ocorrer, buscar-se-á a sua reparação, sendo este o caráter repressivo. No caso dos desastres apresentados, esse princípio deve ser utilizado para a reparação de danos.

Segundo Fiorillo, 2009 os recursos ambientais não são inesgotáveis, o que torna inadmissível que atividades econômicas se desenvolvam ignorando esse fato. A economia deve coexistir harmonicamente com o meio ambiente, desde que de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

Em contrapartida a recuperação econômica das empresas responsáveis pelos crimes socioambientais é surpreendentemente rápida. No período entre os dois desastres (2015 a 2018), a Vale triplicou seu lucro. O que leva a crer que mesmo o desastre de Brumadinho não irá afetar a imagem da empresa a ponto de resultar em perdas econômicas. Se é assim por que não endurecer a legislação em relação aos crimes ambientais?

O meio ambiente desempenha um papel nas constituições políticas atuais sendo apresentado nelas como uma obrigação ou conjunto de tarefas fundamentais do Estado e entes públicos. A partir da Constituição Federal de 1988, foi criado o princípio ambiental que prioriza a responsabilidade do município perante os assuntos relacionados ao meio ambiente demonstrando a sua forma de atuação e soluções. Mas não se deve limitar a responsabilização aos municípios envolvidos nas tragédias.

A forma de atuação dos municípios é evidenciada perante esses crimes ambientais pois eles aplicam as sanções administrativas e penais. Nabais, 2008 afirma:

Muito embora, seja de sublinhar a este respeito, que, hoje em dia, a própria doutrina que se tem mostrado mais adepta da compreensão do ambiente como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um direito subjectivo, chame a atenção para as dificuldades que um tal entendimento enfrenta. É que, muito embora o tema do ambiente como direito subjectivo continue a ter importante relevância jurídica e dogmática, a sua compreensão não pode reduzir-se aos problemas ecológicos da primeira geração reportados aos elementos constitutivos do ambiente (poluição das águas, do ar e do solo), antes implica os problemas ecológicos da segunda geração que extravasam em muito aqueles elementos constitutivos (camada do ozono, efeito estufa e mudanças climáticas)

Dentro das atribuições dos municípios, deve-se priorizar a fiscalização e controle preventivo, passando a aplicar sanções de natureza administrativa e as correspondentes sanções acessórias concretizadas na interdição do exercício de profissões ou atividades ou na cessação (revogação ou anulação) de autorizações e licenças. No caso dos desastres apresentados, é necessário que a Vale comprometa-se a fiscalizar e manter suas barragens sob pena de multa e perda de sua licença para exploração.

5. CONCLUSÕES

Por ser um bem de todos e para todos, a natureza deve ser conservada com a colaboração de todos, mas principalmente do Estado pois ele tem o dever de agir e assegurar um ecossistema equilibrado às futuras gerações.

Os desastres relatados nesse trabalho poderiam ter sido evitados se as empresas responsáveis pela construção e manutenção das barragens operassem corretamente, de forma que os gerentes das empresas deveriam ser responsabilizados pelo inafiançável crime social e ambiental ocorrido com o rompimento das barragens no distrito de Bento Rodrigues em Mariana e em Brumadinho, ambos em Minas Gerais.

Faz-se necessário que as empresas e seus dirigentes paguem indenização pelos danos ambientais e até os sociais causados além da responsabilização criminal preventiva, a fim de servir como exemplo para que não ocorram mais rompimentos desta natureza, afinal entre Mariana e Brumadinho passaram-se apenas 3 anos.

Com o tempo os desastres tendem a serem esquecidos e confinados aos arquivos institucionais e jurídicos, a população não acompanha a evolução das multas e promessas de mudanças que submergem em intrincados processos jurídicos, nos quais as empresas amparadas por escritórios de advocacia regiamente pagos atuam para reduzir ou deixar de pagar multas e reativar o ritmo de exploração e expansão da mineração.

A Lei de Políticas Nacional do Meio Ambiente traz a responsabilidade civil do meio ambiente como uma responsabilidade objetiva, ou seja, independente de

culpa é necessário reparar danos a terceiros e ao meio ambiente. As empresas devem além de pagar a indenização especifica, eliminar a prática errada, para não mais ocasionar danos no aspecto ambiental como os casos apresentados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Fernando. O desastre social e ambiental em Brumadinho. Disponível emhttps://www.academia.edu/38227523/O_DESASTRE_SOCIAL_E_AMBIENTAL_EM_BRUMADINHO.pdf. Acesso em 15 de agosto de 2019.

Arthur Pinto Chaves, Bruce Johnson, Francisco Fernandes, Glória Janaina de Castro Sirotheau, Maria Helena Rocha Lima, Maria Laura Barreto, Roberto C. Villas Bôas, Samir Nahass. Mineração e desenvolvimento sustentável: Desafios para o Brasil / Maria Laura Barreto. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2001

BORGES, Jose Souto Maior. O princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. Revista Diálogo Jurídico. Número 11 - fevereiro de 2002 - Salvador - Bahia - Brasil

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. 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. In: Diário Oficial da União. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 15 Agosto 2019.

CASALTA NABAIS, J. 2008. "Tributos com fins ambientais", El Tributo y su Aplicación: Perspectivas para el Siglo XXI – En Homanaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2: 2043 - 2069. Cesar Garcia Novoa / Catalina Hoyios Jiménez (Coord.).

COMAPA CAVALCANTE, Daniel Lopes. RESGATE ARQUEOLÓGICO UHE BALBINA: DE QUEM É O PASSIVO?. Manduarisawa - Revista Eletrônica Discente do Curso de História da UFAM, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 123-140, out. 2018. ISSN 2527-2640. Disponível em: <http://www.periodicos.ufam.edu.br/manduarisawa/article/view/4322>. Acesso em: 15 ago. 2019.

COSTA, Érika Cristina de Menezes Vieira. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL. Revista científica eletrônica de Sistemas de Informação – ISSN 1807-1872. Publicação científica da Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Garça/FAEG ano II, número, 03, agosto de 2005. Periodicidade: Semestral

E CASTRO LACAZ, Francisco Antonio; FIRPO DE SOUSA PORTO, Marcelo; MAGALHÃES PINHEIRO, Tarcísio Márcio. Tragédias brasileiras contemporâneas: o

caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, vol. 42, 2017, pp. 1-12 Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho São Paulo, Brasil

FEARNSIDE, P.M. 2015. A Hidrelétrica de Balbina: O faraonismo irreversível versus o meio ambiente na Amazônia. pp. 97-125. In: P.M. Fearnside (ed.) Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil. 296 pp.

FEARNSIDE, Philip M. Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras / Philip M. Fearnside. - Manaus: Editora do INPA, 2015. v. 2 : il. ISBN: 978-85-211-0143-7 (impreso), ISBN: 978-85-211-0151-2 (on-line)

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da and MENEZES, Fernanda Carvalho de. O desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres. Cienc. Cult. [online]. 2016, vol.68, n.3 [cited 2019-08-18], pp.25-30. Available from: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2317-6660. http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000300010.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Solidariedade social e cidadania na efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trabalho e Ambiente, v. 7, p. 205-216, jul./dez. 2006.

LASCHEFSKI, Klemens. Rompimento de barragens em Mariana e Brumadinho - MG: Desastres como meio de apropriação de territórios por mineradoras. 2019/07/26

LIMA, Clara Stephany Teixeira e ALMEIDA, Andreia Alves de. O princípio da Natureza Pública da Proteção Ambiental e sua Eficácia na Prevenção de Crimes Ambientais no Município de Porto Velho/RO. Anais do I Congresso de Direito Acadêmico de Direito Constitucional. Porto Velho. 23 de junho de 2017. P. 573 a 593.

LOPES, Luciano M. N. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. Disponível em http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377. Acesso em 15 de agosto de 2019

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 23º Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Valdir de Castro; OLIVEIRA, Daniela de Castro. A semântica do eufemismo: mineração e tragédia em Brumadinho. RECIIS - Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 1-26, jan./mar. 2019.

PINTO, Thamara Machado. A Tragédia no jornalismo: uma análise das escaladas do Jornal Nacional sobre Brumadinho (MG), Suzano (SP) e o incêndio no CT do Flamengo. XXIV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste – Vitória - ES – 03 a 05/06/2019

RODRIGUES, Renan Albuquerque. Vidas despedaçadas: impactos socioambientais da construção da Usina Hidrelétrica de Balbina (AM), Amazônia Central. Manaus: UFAM, 2013. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, 2013.

ROMÃO, Anselmo et al. Avaliação preliminar dos impactos sobre a saúde do desastre da mineração da Vale (Brumadinho, MG). In: DESASTRE DA VALE EM BRUMADINHO: Impactos sobre a saúde e desafios para a gestão de riscos, 2019, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: ENSP, ICICT, IOC, 2019.

SÁNCHEZ, L. E. Mineração e meio ambiente. In: Tendências tecnológicas Brasil 2015: geociências e tecnologia mineral. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2007. p.196-213.

SCANDAR, Maria José. Princípios do Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. Publicado em 03/2019. Elaborado em 12/2016. Este texto foi publicado no Jus no endereço https://jus.com.br/artigos/72693. Acesso em 15 de agosto de 2019

WANDERLEY, Luis Jardim; MANSUR, Maíra Sertã; MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni. Desastre da Samarco/Vale/ BHP no Vale do Rio Doce: aspectos econônicos, políticos e socioambientais. Revista Mariana Artigos. 2015.

NOTA:

[1] Professora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA e servidora do sistema de segurança pública do Estado Amazonas/AM (tatianepalhares@hotmail.com).

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O ALTO ÍNDICE DE CIFRA NEGRA NOS CRIMES SEXUAIS

ANIZIELLE XAVIER GUIMARÃES:
Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

GUILHERME VASQUES MOTA

(Orientador)

RESUMO: O objetivo deste artigo é relatar os inúmeros casos de Cifra Negra nos crimes sexuais. O propósito do trabalho é mostrar quais são os fatores que levam muitas vítimas de crimes sexuais a ficarem caladas e inseguras para procurarem autoridades que possam fazer justiça, e como muitos casos ainda ficam impunes. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. Os bens jurídicos tutelados nos crimes sexuais são a dignidade sexual e a liberdade sexual, sendo protegidos pelo Direito Penal. O índice de crimes sexuais no Brasil é elevado, muitos não solucionados, dessa forma fazendo parte da Cifra Negra. Através de pesquisas e analise de casos ficaram demonstrado os motivos de tantas vítimas não buscarem ajuda para autoridades.

Palavras-chave: crimes sexuais; cifra negra; dignidade sexual; liberdade sexual.

ABSTRACT: The objective of this article is to report the numerous cases of Black Cipher in sexual crimes. The purpose of the work is to show what are the factors that lead many victims of sexual crimes to remain silent and insecure to seek authorities who can do justice, and how many cases still go unpunished. It was prepared according to the deductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. The legal assets safeguarded in sexual crimes are sexual dignity and sexual freedom, and are protected by criminal law. The rate of sexual crimes in Brazil is high, many unsolved, thus being part of the Black Cipher. Research and case analysis have shown why so many victims do not seek help from authorities.

Keywords: sexual crimes; black cipher; sexual dignity; sexual freedom.

Sumário: 1. Introdução - 2. Bens jurídicos – 2.1. Bem jurídico tutelado: dignidade sexual – 2.2 Bem jurídico tutelado: liberdade sexual – 3. Cifra Negra – 3.1. Cifra negra

nos crimes sexuais – 4. Crimes contra a liberdade sexual- 4.1. Estupro- 4.1.1- Cultura do estupro 4.2- Importunação sexual – 4.3 Assédio sexual- 4.3.1. Assédio Sexual por Intimidação – 4.3.2. Assédio Sexual por chantagem – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A escolha deste tema se deu pelo fato de a violência sexual afetar muitas mulheres, podendo envolver alterações físicas, psicológicas e sociais. A escolha do termo Cifra Negra, usado na criminologia, surgiu conforme a sensação de impunidade sentida pelas vítimas.

A impunidade neste tipo de crime pode ficar caracterizada pela falha do Poder Judiciário ou por parte das vítimas que não conseguem levar o caso as autoridades específicas, e esse acanhamento por conta da vítima é o retrato de como o medo, o preconceito e o julgamento em relação aos crimes sexuais ainda são recorrentes na sociedade.

Este artigo trará uma visão mais ampla de alguns tipos de crimes sexuais, focando no estupro, assédio sexual e importunação sexual. Mostrará através de pesquisas, exemplificando como cada caso pode afetar a vida de uma pessoa para sempre, principalmente se não houver mecanismos para tratar o trauma.

Ocorrerão relatos sobre a cultura do estupro, a objetificação sexual das mulheres. Uma cultura que utiliza o corpo das mulheres para apresenta-las, ou seja, privadas de um protagonismo em relação a sua própria sexualidade.

Um dos pontos essenciais deste artigo é a proteção da dignidade sexual e da liberdade sexual, entendendo cada um desses bens jurídicos fica fácil saber como e quando pode enquadrar um crime sexual em determinada ação.

Para atingir os objetivos e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta.

2. BENS JURÍDICOS

A missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos. Bem jurídico é o bem vital da comunidade ou do indivíduo que por sua significação social é protegido juridicamente. A função do bem jurídico é delimitar o poder estatal de criar normas jurídicas, mas para os aplicadores do direito, possui uma função ainda mais importante com o direito penal sendo uma forma de proteção ao bem jurídico subjacente a um tipo penal, o alcance da interpretação é preciso ser referenciado a este bem jurídico subjacente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Roxin (2006), a missão de tutela de bens jurídicos surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático, fundado tanto em valores chaves, por exemplo, a dignidade humana, a liberdade, a justiça como na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana.

De acordo com a doutrina "os bens jurídicos-penais, ou seja, aqueles que são dignos de tutela penal, devem ser encontrados nos grandes espaços de consenso social, correspondendo aos valores fundamentais da sociedade" (LEITE, 2004, p. 25).

A doutrina majoritária tem defendido ser a principal função do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da pessoa, possibilitando o desenvolvimento de sua personalidade, sua realização ética, bem como a vida em comunidade.

2.1 Bem jurídico tutelado: dignidade sexual

Os direitos fundamentais são o resultado de lutas sangrentas contra sistemas despóticos e da traumática superação de regimes e épocas de opressão e apequenamento do homem. Seu fundamento é, exatamente, a dignidade que se afirma presente em toda e qualquer pessoa, independentemente de quaisquer atributos ou qualidades individuais. Majoritariamente, então, entende-se que os direitos humanos sejam um desdobramento do próprio reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ou, nesse mesmo sentido, que a dignidade da pessoa humana seja o fundamento dos direitos fundamentais.

A dignidade sexual compõe a dignidade da pessoa humana. Impossível supor uma existência verdadeiramente digna sem a preservação da dignidade sexual. O sexo é algo natural, uma necessidade para a maioria dos seres, mas só deve ser posto em prática observando determinadas condições. Pois pode ser construtivo, mas também tem a capacidade de ser destrutivo, traumático, ocorrendo depreciação física, psicológica e emocionalmente. Por isso, é impensável que seu exercício seja absolutamente livre.

Homem e mulher têm o direito de negar-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o memento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstancialmente na liberdade sexual e direto de escolha. (BITTENCOURT, 2012)

O conceito de dignidade sexual é caracterizado por:

> A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade. (NUCCI, 2009, p. 33).

Podem existir determinadas pessoas que, por circunstancias biopsicológicas (pensar, sentir e agir) pessoais, transitórias ou permanentes, não possuem a capacidade de discernimento para entender o que é o exercício saudável em relação a sexualidade. Podendo usar como exemplo pessoas muito jovens e inexperientes, que ainda não atingiram a maturidade emocional e o grau de desenvolvimento mental exigidos para a vida sexual.

A noção de dignidade mais aceita e difundida no meio jurídico é a que se constrói sobre as bases da ética kantiana. O ser humano é um fim em si mesmo, isto é, nunca pode ser tratado como meio para o alcance de fins e utilidades quaisquer. Não pode ser então, coisificado, transformando em objeto posto a disposição do arbítrio de outrem. As coisas são meios para o alcance de fins, e possuem preços que variam de acordo com sua utilidade. O ser humano não possui preço, mas dignidade, já que é ele mesmo, o fim de todas as coisas. Toda vez que um ser humano é coisificado, transformado em objeto, identificamos uma lesão a sua dignidade (JORIO, 2018).

2.2 Bem jurídico tutelado: liberdade sexual

O divisor de águas entre as tutelas penais das dignidades sexuais dos vulneráveis e dos não vulneráveis é a liberdade de escolha.

Os vulneráveis não possuem a liberdade de escolher. Juridicamente, partimos do pressuposto de que não dispõem das condições necessárias para fazer uma escolha livre e consciente, e por isso protegemos sua dignidade sexual a despeito da sua própria vontade ou percepção de lesão. Como no caso das pessoas não vulneráveis não nos é permitido trabalhar com lesões pressupostas, fica o Estado obrigado a respeitar o espaço das escolhas individuais. Sempre que elas existam, e sejam livres e conscientes, é ilegítima a intervenção penal, ainda que se possa reconhecer a existência de uma possível autolesão (JORIO, 2018).

Ainda seguindo as palavras de Jorio (2018, p.33) é correto dizer que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Toda lesão à liberdade sexual compromete a dignidade sexual, pois esta última exige um espaço de liberdade para a expressão e o exercício da sexualidade. Mas o contrário não é verdadeiro: nem sempre que existir uma violação da dignidade sexual será correto supor um dano à liberdade sexual, já que esse segundo objeto jurídico, diferentemente do primeiro, não se faz presente em toda e qualquer pessoa, mas somente nas consideradas não vulneráveis.

A liberdade sexual pode ser entendida a partir de duas vertentes, quais sejam a positiva e a negativa:

> A vertente positiva liberdade sexual impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade. Já a vertente negativa estabelece o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual contra a sua vontade (LEITE, 2004, p. 26).

Nota-se, portanto que as duas vertentes se completam; uma não existe sem a outra. Assim, para que a liberdade sexual seja plena, devem ser respeitadas ambas as vertentes, pois só assim poderá se falar em liberdade sexual no contexto dos crimes sexuais.

O Direito Penal faz uma proteção penal que é de conservar em poder do indivíduo não vulnerável a faculdade de decidir, no campo da manifestação e do exercício da sexualidade, a cerca do que se quer fazer, com quem, de que modo e quando se quer faze-lo.

3. CIFRA NEGRA

Os criminólogos sustentam que, por intermédio das estatísticas criminais, pode-se conhecer o liame causal entre os fatores de criminalidade e os ilícitos criminais praticados. Quanto à repressão criminal, as estatísticas servem como fundamento da política criminal e da doutrina de segurança pública, porém, as mesmas sofrem alterações quando são divulgadas oficialmente, na medida em que há uma quantia significativa de delitos não comunicados ao Poder Público ou mesmo quando os dados são manipulados pelo próprio Estado.

A criminologia faz uma classificação por "cores" para identificar alguns delitos, as chamadas cifras criminais, criadas pelo sociólogo Edwin H. Sutherland. A Cifra Negra é considerada a genitora de todas as outras cifras, refere-se aos delitos acontecidos que não chegam ao conhecimento policial e aos que até chegam ao conhecimento das autoridades, mas não são solucionados ou punidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A “cifra negra”, também conhecida como “cifra obscura” ou “zona obscura” (dark number) da criminalidade, pode ser definida como a defasagem entre a criminalidade real (condutas criminalizáveis efetivamente praticadas, isto é, totalidade de delitos realmente cometidos) e a criminalidade estatística, aparente, revelada (oficialmente registrada ou que chega ao conhecimento dos órgãos de controle) (ANDRADE, 2003, p. 261).

Na diferenciação obtida entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, destaca a contribuição da vítima para sua existência:

> Muitas vezes, a própria vítima tem cetra participação no incremento da cifra negra, por não dar conta da ocorrência do fato delituoso e por considerá-lo como não delituoso ou não judicialmente punível. Temendo represálias, a vítima não denuncia ou representa, outras vezes não faz uso dos meios judiciais pela existência de meios alternativos geralmente desproporcionais. (FERREIRA, 2002, p.10).

O belga chamado Lambert Adolphe Jacques Quételet foi um dos precursores da criminologia de bases sociológicas, pertencente à Escola Cartográfica, ponte entre clássicos e positivistas, seu foco era conceituar a criminalidade oculta. Para ele, a criminalidade poderia ser representada por uma função matemática em decorrência dos estados econômicos e sociais, afirmava que só após o século XIX que as ciências criminais passaram a se preocupar com a criminalidade de maneira a qual passou a levar em consideração suas causas, alertando para a questão dos crimes não comunicados ao Poder Público (FREITAS; FALEIROS JÚNIOR, 2011, p. 87).

3.1 Cifra negra nos crimes sexuais

As mulheres tem medo de denunciar um crime sexual por causa da ineficácia das nossas leis, por vergonha ou por não ter o atendimento adequado por parte das autoridades. Os casos registrados são baixos porque existe um comportamento persistente que cerca a vítima: o silêncio.

Para Drezett (2000), a atitude da vítima em não denunciar a violência parece estar relacionada a múltiplos fatores, como constrangimento, medo de humilhação, de incompreensão de parceiros, familiares, amigos, vizinhos e autoridades, que muitas vezes culpam a vítima, acreditando, erroneamente, que a mesma possa ter favorecido ou provocado a ocorrência da violência, pelo uso de determinadas vestimentas, por atitudes, local e horário em que se encontrava na ocasião.

Segundo pesquisa do Instituto IPSOS, 41% das mulheres brasileiras tem medo de defender seus direitos. As vítimas de agressões sexuais sofrem outras violências depois da brutalidade física em si, elas desistem de fazer a denuncia por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

medo de represália dos agressores e também por preconceito dos atendentes nos serviços que deveria protegê-las.

Muitas vezes somos estranhamente incrédulos para acreditar que crime sexual realmente acontece, mas esse é um problema bem mais comum do que se imagina. Assim como aconteceu no ano de 2018 com uma jovem de 20 anos que foi estuprada a noite com uma faca no pescoço, na Universidade Federal do ABC, em Santo André, São Paulo. Nesse caso, a omissão de socorro ficou em destaque, a estudante da universidade pediu ajuda aos seguranças do local, mas não deram importância ao ocorrido. No número de cinco vítimas que sofreram violência sexual aos arredores da faculdade, apenas duas fizeram a denuncia, o maior motivo é o medo.

Uma mulher que sai a procura de ajuda e acaba encontrando uma recepção empática de um funcionário do hospital, de um departamento policial ou qualquer outro local ou pessoa que se omite e julgue a mesma, pode ser uma ocasião fatal para que ela prossiga procurando um acolhimento. Foi o que aconteceu com a menina Maria, por exemplo, estuprada pelo avô aos 14 anos. Quando ela resolveu pedir ajuda à avó, ouviu que a culpa havia sido dela. "Você saiu do banho de toalha na frente do seu avô, que não sabe controlar os instintos." O avô seguiu normalmente a vida, e Maria viveu com a culpa de quase ter desestruturado toda a sua família, como insinuou a avó. Comentários assim surgem de amigos, familiares, policiais, médicos, advogados – e até de juízes. Todas as instâncias trabalham para abafar o crime e jogar o assunto para baixo do tapete.

A falta de empatia misturada com o pensamento preconceito e arcaico da sociedade podem surgir de qualquer âmbito. Assim, como aconteceu com uma garota de 14 anos que era abusada pelo pai e conseguiu na Justiça o direito de abortar, a mesma foi humilhada de forma machista pelo promotor de Justiça, do rio Grande do Sul. O promotor Theodoro Alexandre afirmou que a garota era culpada pelo caso, dizendo que ela tinha facilitado o abuso, além de acusar a garota pela violação de seus direitos, o promotor ainda ameaçou e amedrontou a adolescente.

O importante nessas situações é que a vítima possa de fato falar sobre o ocorrido, e a pessoa que esta escutando seja empática o suficiente, mas infelizmente essa empatia não é corriqueira nos momentos de atendimento. Vítimas não denunciam seus agressores, policiais não investigam as acusações, famílias ignoram os pedidos de ajuda, instituições não entregam seus criminosos – esses mecanismos invisíveis fazem com que 90% da violência sexual jamais seja conhecida por ninguém. E isso, sim, é um crime ainda maior do que a soma de cada caso. Falta preparo em todas as áreas do setor público e privado para receber mulheres vítimas de violência sexual.

4. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Os crimes previstos no Capítulo I, Título VI do Código Penal atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual, como também quando, onde e como exercitá-la.

4.1 Estupro

Crime previsto no art.213 do Código Penal, dizendo: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

É um dos crimes mais temidos pelas mulheres. O estupro é uma das formas mais cruéis de violência, um crime que machuca o corpo, destrói a alma e que não escolhe cor, idade ou classe social. Define-se por um ato de forçar ou obrigar alguém, através de violência (tapas, socos, imobilização...) ou ameaças (uma faca apontada para pessoa, uma arma de fogo...), a praticar algum ato sexual contra a própria vontade.

O estupro demonstra o domínio masculino através da violência sexual, é a imposição de poder ao sexo considerado frágil. Sobre o tema, Vilhena e Zamora (2004, p.13) afirmam:

> Desde os tempos pré-históricos até o presente, acredito, o estupro tem representado uma função vital; não é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação através do qual todos os homens mantem todas as mulheres num estado de medo... Como a arma básica de força contra as mulheres, o estupro, uma prerrogativa masculina, é menos um crime sexual do que uma chantagem de proteção; é um crime político, o meio definitivo de os homens manterem as mulheres subordinadas como o segundo sexo.

A ação sexual refere-se tanto aquela com ou sem penetração, por exemplo, diversos atos libidinosos que podem ser praticados. Na legislação antiga, o estupro só se configurava pela prática de conjunção carnal (penetração do pênis na vagina), só podendo ser cometido por homem contra mulher. E o atentado violento ao pudor era definido por praticar qualquer outro ato de libidinagem (sexo anal, oral, introdução do dedo na vagina etc.) podendo ser cometido por homem ou mulher contra qualquer individuo. A alteração feita pela Lei n.12.015 /2009 fez a união entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tudo sendo definido apenas como estupro, ou seja, há estupro para conjunção carnal ou para qualquer outro tipo de ato sexual.

Destaca-se que não é requisito para definição do crime o contato físico entre o autor e a vítima. Basta ele forçar a vítima a se automasturbar ou fazer a introdução de um vibrador, manter relação com terceiro ou até com animais. O que é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerado pressuposto do crime é o envolvimento corpóreo da vítima no ato sexual.

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública uma mulher é violentada a cada 11 minutos no Brasil. São 527 mil casos de estupro por ano, esses são os números oficiais, obtidos a partir da papelada formal. Mas eles não correspondem à realidade. O estupro é um dos crimes mais subnotificados que existem e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada estima que os dados oficiais representem apenas 10% dos casos ocorridos. O estupro é considerado um crime hediondo. Apesar do alto número de vítimas, poucas têm coragem de denunciar o agressor.

Com base nos dados do Sistema de Notificação do Ministério da Saúde, estimula-se que 0,26% da população feminina sofreu estupro, totalizando 527 mil vítimas de crime sexual (estupros tentados ou consumados), sendo que apenas 10% dos casos foram reportados a polícia. As crianças e adolescentes representam 70% das vítimas. Mais de 93% dos casos os agressores foram do sexo masculino, sendo 92,55% contra crianças; em 96,69% com adolescentes e 96,66% com adultos. Em 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima e em 24,1% são pais ou padrastos. A figura do desconhecido só é notada na fase adula da vítima (60,5%). A violência contra crianças pode se repetir em 48,3% e, contra adolescentes, em 47,6%, quando são conhecidos. Quando o agente é desconhecido a repetição se torna raridade.

4.1.1 Cultura do Estupro

Nome dado ao ambiente que banaliza, legitima e justifica a violência contra a mulher. Em grande medida isso acontece pela disseminação da ideia de que o valor da mulher esta ligado a suas condutas morais e sexuais. E o valor do homem não. É apoiar que homens ataquem sexualmente mulheres, no sentido de por a culpa nas vítimas.

Uma música aparentemente inofensiva, um comercial ou uma cena de novela que mostra violência sexual e romantiza o homem, pode não parecer, mas tudo isso constrói a chamada cultura do estupro. Para exemplificar, basta pensar nas ideias que ainda estão fixadas na mente da sociedade, por exemplo, achar errado as mulheres saírem com amigos sem o namorado, que não devem ficar bêbadas em festas, acreditar que ao usar roupas curtas merecem ser atacada ou não devem frequentar determinados lugares. Por outro lado, há um incentivo aos homens para consumir pornografia, ser pegador, acreditar que é instinto e não da para conter.

A expressão “cultura do estupro” é muito utilizada no ativismo feminista, mas não é nova. As feministas norte-americanas já falavam de uma cultura do estupro nos Estados Unidos nos anos 1970, dando início, a seguir, a um movimento antiestupro (SANDY, 1997).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Através de pesquisas, Herman (1984, p.15) afirma que:

> Quando o modelo é o de uma sexualidade masculina impulsiva, há uma naturalização do estupro, o que poderia explicar a dificuldade das vítimas denunciarem agressores, especialmente os conhecidos. Pesquisas revelaram que aquelas que denunciam o estupro cometido por conhecidos têm menores chances de serem acreditadas do que aquelas que reportam estupro cometido por estranhos.

A ligação entre a imagem da vítima sexualmente atraente e provocativa é irreal, pois o estupro é tanto cometido contra crianças de 6 meses como contra idosas de 93 anos. Assim, culpar a vítima pelo crime só serve para protagonizar o machismo, esse tipo de crime julga a vítima junto com o criminoso.

4.2. Importunação Sexual

Em 2018, o Senado aprovou um projeto que tornou crime tanto a importunação sexual quanto a divulgação de cena de estupro. O crime se caracteriza com o ato de praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

O maior exemplo desse tipo de crime é o caso de Diego Ferreira de Novaes, ele ejaculou em uma mulher dentro do ônibus, em São Paulo. Ele já tinha sido preso 15 vezes pelo mesmo motivo. No dia do que cometeu o ato, foi preso e logo solto. Na mesma semana, ele atacou outra passageira.

Conforme pesquisas realizadas entre o ano de 2018 até 2019, 884mulheres vítimas de importunação sexual tinham ente 18 e 24 anos. Constata-se que esse número se refere apenas aos casos que chegam as autoridades policiais. A subnotificação é alta, muitas mulheres nem sequer buscam registrar uma denúncia quando são vítimas de crimes sexuais.

Para encorajar mulheres a levarem seus relatos de seus casos para delegacia, muitas cidades distribuíram cartazes em ônibus com informações sobre violência contra a mulher, inclusive, a importunação sexual. Uma grande atitude, procurando dar cada vez mais visibilidade necessária ao assunto.

4.3. Assédio sexual

Para o Direito Penal, o crime de assédio sexual só se caracteriza quando a um vinculo de subordinação hierárquica ente o autor do assédio e a vítima. É um crime praticado nas relações empregatícias, no trabalho. Necessariamente, não precisa ser a chefia direta. Mas para ter essa caracterização o assediador deve ter uma posição hierárquica superior, porque a base do assédio é o uso do poder. A maioria das vítimas são mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Está previsto no art.216-A, Código Penal: "Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função".

Assédio sexual é toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuadamente reiterada, tolhendo-lhe a liberdade sexual (PAMPLONA FILHO, 2001, p.32)

Para a Organização Internacional do Trabalho, o assédio sexual fica definido como atos de insinuações, contatos físicos forçados e convites impertinentes, mediante ameaça de demissão ou em troca de uma vantagem, promoção ou contratação.

Um caso prático, que pode ser usado como exemplo, é o de uma ex-funcionária que alegou em juízo, no Tribunal do Trabalho do Acre, que o gerente administrativo e financeiro a assediava na empresa, condicionando seu aumento salarial a um encontro a sós. Como ela se negou, não somente deixou de ter o pleiteado aumento como, também, sofreu retaliações do gerente, perdendo cargos que exercia na empresa.

Casos de assédio ocorrem em qualquer âmbito profissional. No mês de outubro, de 2017, as maiores fontes de noticias mundiais relatavam escândalos sexuais em Hollywood, vários diretores estavam envolvidos, o executivo mais poderoso do mundo do cinema, Harvey Weinstein, foi denunciado por décadas de assédio sexual contra várias atrizes e funcionárias que passaram por suas produtoras. Weinstein tinha como alvo mulheres jovens que desejavam uma carreira na indústria cinematogrática. Esses crimes ficaram abafados por muito tempo porque as vítimas ficaram com medo, afinal, são acusações contra um dos homens mais poderosos do mundo

Em uma pesquisa feita com 4.975 usuários do site Vagas.com mais de 87% das pessoas já sofreram assédio moral ou sexual no local de trabalho e não denunciaram. O maior motivo desse fato é o medo de perder o emprego ou sofrer represália. Na mesma pesquisa ficou constatado que 76% dos denunciantes disseram que o agressor permaneceu na empresa mesmo após queixa.

A omissão da empresa nesse tipo de crime pode causar danos a sua reputação, enfrentando dificuldades como perder profissionais ou atrair novos funcionários. Mas o dano maior é para a vítima que passa por esse constrangimento, ornando-se incapacitada para o convívio pleno no ambiente profissional ou pessoal.

4.3.1. Assédio Sexual por Intimidação

Um tipo de assedio que também pode ser chamado de "assédio sexual ambiental" é uma forma de intimidação muitas vezes difusa, que viola o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio.

Com base nas palavras Barros (1998, pag.503):

> O assédio sexual por intimidação é o mais genérico e caracteriza-se por incitações sexuais inoportunas, uma solicitação sexual ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho.

Um ambiente de trabalho hostil pode incluir, mas não se limitando, a piadas ofensivas, apelidos, palavrões, insultos, zombaria, humilhação, agressões físicas ou ameaças, objetos ou imagens ofensivos e interferências n desempenho do trabalho.

4.3.2. Assédio Sexual por Chantagem

Tipo de assédio que "[...] traduz exigência formada para que o empregado se preste a atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de trabalho" (BARROS, 1998, p.503).

Uma das espécies mais comuns, sendo a única a ser tratada de forma expressa no Direito Brasileiro para efeito de tipificação penal. O agente exige da vítima a prática de uma conduta sexual, não desejada, sob a ameaça da perda de um determinado benefício.

5. CONCLUSÃO

Embora o Brasil tenha a terceira maior população carcerária do mundo, a sensação de impunidade ainda é bastante forte no país. As leis brasileiras e os aplicadores do direito ainda são muitas vezes atécnicos e defeituosos quando estão diante dos casos de crimes sexuais.

As leis podem até sofrer mudanças, obtendo mínimos resultados, mas os costumes levam muito tempo para serem modificados. Então, não adianta ter uma lei se o costume ainda não foi desnaturalizado, sendo necessárias políticas de intervenção cultural, a educação é a principal. A mídia também precisa de um controle porque faz uma naturalização desta objetificação da mulher, utilizando esse ato para o próprio lucro.

Um dos maiores problemas enfrentado pelas vítimas de crimes sexuais é a proximidade do agressor, se tornando uma ameaça que, na maioria das vezes, garante a impunidade. Muitos dos crimes sexuais são cometidos por pessoas da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

convivência das vítimas. Este fato leva as mulheres a ocultarem a agressão com medo de represálias, já que devem voltar ao convívio com seus agressores.

Quanto mais forte é a cultura do estupro no país, mais crimes sexuais são cometidos. Além disso, as mulheres vítimas de violência sexual acabam não denunciando os crimes, já que muitas vezes elas se sentem culpadas.

A ausência do Estado faz com que a situação, que por si só já é traumática, ficar pior, deixando a vítima sem rumo, não oferecendo o acolhimento adequado, não a deixando segura para procurar ajuda e outros motivos que impedem a chegada de uma solução. A violência sexual e suas consequências são consideradas problemas de saúde pública.

As vítimas precisam procurar ajuda, não podem levar esse sofrimento para a vida toda, se a vítima não possui condições psicológicas de procurar ajuda sozinha, que o vizinho ou um parente que saiba que ela esta sofrendo calada, tome uma atitude. Pois, se trata de casos que podem ser fatais, a mulher pode chegar a ser assassinada porque estamos falando de machismo, e ele mata.

A solução está em desconstruir velhos padrões. O primeiro passo é romper com a cultura machista, que apesar de estar sendo trabalhada positivamente nos últimos anos, ainda é algo bastante complicado para a sociedade. Trabalhar a educação das crianças é o ponto chave para mudanças, os pais precisam trabalhar com seus filhos, assim como os meios de educação por parte do Estado também precisam estar envolvidos. Não devemos cobrar de meninos que sejam "pegadores", nunca podemos culpar uma menina pelo fato ocorrido em sua vida. Precisamos entender que sexo é quando os dois estão interessados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de, **"O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado" in "Genesis** – Revista de Direito do Trabalho", vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral.** 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALHAU, Lélio Braga. **Resumo de Criminologia.** 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

----- **Código Penal Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Saraiva 1984.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direio Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmática)** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** Salvador: JusPodivm, 2016.

DREZETT, J. **Aspectos biopsicossociais da violência sexual.** Jornal da Rede saúde, São Paulo, n. 22, p. 9-12, novembro 2000.

FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. **Apontamentos criminológicos a respeito da delinquência.** Disponível em: http: / /www.cescage.com.br /graduação /art... /apontamentos%criminologicos.htm. Acesso em 18 maio 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: .Acesso em: 10 out. 2017.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica**. Revista Espaço Acadêmico (UEM), v. 123, p. 84-92, 2011.

HERMAN, Dianne F.**The rape culture**. In: FREEMAN, Jo. (Ed.). Women:a feminist perspective. 1984 CA: Mayfield, 1984.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LEITE, Inês Ferreira. **Tutela penal da liberdade sexual**.. Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, a.21n.1(Jan.-Mar.2004)

MARCÃO, Renato Flávio, GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Sofia, FÁVERO, **Marisalva, A Vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos, in Vitimologia – Ciência e Activismo**, coordenação de NEVES, Sofia; FÁVERO, Marisalva, Almedina, 2010;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAMPLONA FILHO. **O Assédio Sexual na Relação de Emprego**. Ed. Ltr. 2001.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia.** 3º ed. – São Paulo: Saraiva 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Tradução de CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANDAY, Peggy Reeves. **A woman scorned:acquaintance rape on trial.** Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press,1997.

VILHENA, J.; SANTOS, A. **Quem cala consente... A cultura da violência e a ética da psicanálise.** Psychê, nº 5. São Paulo: Unimarco, 2000.

VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. **Além do ato: os transbordamentos do estupro.** Dossiê Temático. Revista Rio de Janeiro, n. 12, jan-abril 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA, ALÉM DA PALAVRA DA VITIMA

PAULA SILVA DE CASTRO:
Acadêmica do Curso de Direito, 10° período – CIESA

BERNARDO SILVA DE SEIXAS[1]

(Orientador)

RESUMO: Almeja-se discutir a contextualização dogmática e jurisprudencial do crime de importunação sexual, artigo 215-A do Código Penal, traçando paralelos com o crime de estupro, artigo 213 do Código Penal, bem como observando a aplicação da investigação defensiva nesse tipo de delitos, em busca de uma verdade possível, visto que a famigerada verdade real, não encontra respaldo técnico em um processo democrático. Assim, através de revisão bibliográfica e legislativa, explica-se, a diferenciação dos tipos penais, a ocorrência de *inovatio legis in mellius*, dentre outros correlatos com o princípio da anterioridade. Aborda-se por fim, a questão da investigação defensiva e sua aplicação prática nos crimes sexuais, principalmente para superar a jurisprudência pátria, que se respalda principalmente na palavra da vítima para persecução penal, terminando-se por vezes, em ser o fator preponderante para uma condenação.

Palavras-Chave: Violação sexual mediante fraude. Estupro. Investigação defensiva. Jurisprudência.

ABSTRACT: The aim is to discuss the dogmatic and jurisprudential contextualization of the crime of sexual harassment, article 215-A of the Penal Code, drawing parallels with the crime of rape, article 213 of the Penal Code, as well as observing the application of defensive investigation in this type of crime, seeking a possible truth, since the infamous real truth finds no technical backing in a democratic process. Thus, through bibliographic and legislative revision, it is explained the differentiation of criminal types, the occurrence of *inovatio legis in mellius*, among other correlates with the principle of priority. Finally, the question of defensive investigation and its practical application in sexual crimes is approached, mainly to overcome the homeland jurisprudence, which is mainly supported by the victim's word for criminal prosecution, and sometimes ends up being the preponderant factor. for a conviction.

KEYWORDS: Sexual violation through fraud. Rape. Defensive Investigation. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Direito serve a sociedade que vem sofrendo profunda mudanças, cada vez mais rápidas e demandando soluções mais complexas a antigos problemas, exigindo resoluções em curto espaço de tempo.

A questão dos crimes contra a dignidade sexual, sempre ganharam papel de relevo no Código Penal, recentemente os dispositivos passaram por mais uma alteração, a lei 13.718/19, sendo curiosamente sancionada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli.

Contudo é necessário observar os reflexos da novel legislação, bem como seus reflexos na jurisprudência e principalmente seus efeitos nos casos anteriores e posteriores a lei no tocante aos crimes sexuais.

O presente artigo, tem como objetivo, uma leitura não apenas dogmática e jurisprudencial, mas eminentemente de prática, com o viés de investigação defensiva, que tem se mostrado importante para acusações desse gênero, uma vez que apesar de se tratar de crimes eminentemente material, muita das vezes a palavra da vítima tem ganhado preponderância, quando não é a única prova que efetivamente é levada em conta, ferindo-se o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, iniciamos a com a diferenciação, dogmática entre o assédio e o estupro, passando por brevíssima consideração histórica do atentando violento ao pudor e a penúltima reforma, que deixou de lado essa contravenção penal, para em seguida abordar uma visão jurisprudencial panorâmica, sobre a visão dos Tribunais Superiores, para enfim, abordar a importância da investigação defensiva como meio de prova, nesses delitos.

A discussão é ampla e deve ser explorada de maneira séria, visto que o tema funde questões processuais e materiais, buscando legitimar um processo democrático, em que a defesa pode passar de um papel passivo para um papel ativo, podendo produzir provas, que fogem do standard probatório padrão desses delitos, que por vezes dar demasiado valor a palavra da vítima.

1 CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS E HISTÓRICAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO E O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Iniciamos com o tipo penal descrito no artigo 213 do Código Penal, sendo a principal figura contida no Título VI, que positiva os crimes contra a dignidade sexual, com a seguinte redação: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

A redação do delito passou por diversas alterações, sendo a mais profunda realizada através da lei nº 12.015/09, no qual se dava nova redação ao delito de estupro e criava o estupro de vulnerável (artigo 213 e 217-A, respectivamente).

Reformas vem sendo feitas, tentando adequar a velocidade social, que Bauman (2001), diria que vivemos em tempos pós-modernos líquidos, onde relações são cada vez mais fluídas, relações que antes eram consideradas estáveis e tratadas de determinadas maneira, vem sofrendo constantes mudanças.

Essas mudanças, refletem no direito processual penal e no direito penal material, através de seguidas reformas, como por exemplo a retirada do crime de sedução que possuía como elementar a mulher honesta, tal conceito, quando da elaboração do Código Penal, fazia sentido, mas em contexto pós-moderno esvaziou-se, assim como o crime de estupro que antes somente salvaguardava a mulher, passando a resguardar homens e mulheres.

Atualmente a última reforma, que inclusive inclui o crime do artigo 215-A, de importunação sexual, são reflexos de uma sociedade que passa a ver condutas idênticas, que conforme os novos tipos penais, ganham subsunção diferente.

A outra questão, a ser considerada, como o professor Rogério Greco (2011) expõe, é a unificação sobre um tipo penal, duas condutas anteriormente tipificadas de maneira distinta, o estupro e o atentado violento ao pudor, que constava no artigo 214 do Código Penal, que atualmente encontra-se revogado.

A "reforma" na legislação penal, causou grande discussão entre doutrinadores de direito penal material e processo penal, principalmente por trazer uma redação parecida com o atentado violento ao pudor, tratado anteriormente como contravenção penal, algo parecido com a evolução que aconteceu no crime de porte e posse de arma de fogo, com o Estatuto do Desarmamento.

Destaque-se que pela redação antiga, era necessária a conjunção carnal, para a subsunção fática ao delito de estupro, com a reforma de 2009 e incorporação do atentado violento ao pudor, esse elementar aumentou sua abrangência através da redação, com outros atos libidinosos, que não a conjunção carnal propriamente dita.

Continuando as mudanças trazidas, a antiga redação era classificada como crime próprio, visto que tão somente a mulher poderia ser vitimada, contudo a redação mais moderna e a classificação doutrinária trata o crime como comum, visto que qualquer pessoa pode ser vítima do delito em tela, ressalvados os incapazes e menores de 14 anos, que enquadram-se no delito do artigo 217-A.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa questão aclara-se, pois, para a configuração do estupro era necessária a conjunção carnal, entendida como coito vagínico, ou seja, a penetração de pênis na vagina da mulher, sempre pressupondo uma relação heterossexual.

Nas palavras do consagrado Nelson Hungria (1976 apud GRECO, 2011, s. n.), o conceito de conjunção carnal dizia-se a cópula *secundum naturam,* o ajuntamento do órgão genital do homem com a da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal, observa-se que o conceito era correto até a modernização da legislação.

A técnica redacional, também pode ser questionada, visto que a própria conjunção carnal, caracteriza-se como espécie do qual ato libidinoso é gênero, no qual estão incorporados a citar exemplificativamente, sexo oral e anal, contudo, como a lei fez a diferenciação, a maioria dos doutrinadores, trata a conjunção carnal como sendo diferente dos atos libidinosos, tal diferenciação não possuí diferenciação prática, visto que com conjunção carnal ou com ato libidinoso diverso, pode-se configurar o delito em questão, desde que atendidos o verbo do tipo e as demais elementares.

Cuida-se segundo a classificação doutrinária de tipo misto alternativo, onde a prática de uma ou mais condutas, efetuadas no mesmo contexto, irá tão somente uma única infração, portanto não faz diferença se o autor, praticou diversas vezes ou uma apenas, ou diversas modalidades de conjunção carnal, para configuração do tipo (BRASIL, 2010a, 2010b)

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, denegou a ordem no *Habeas Corpus* 104724/MS, entendendo não ser possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas que antes tipificava o estupro e o atentado violento ao pudor.

Observa-se desde já, que o crime possuí como seus elementares a violência ou a grave ameaça, professores como o respeitadíssimo Luiz Flávio Gomes (2019) afirmam que no delito do artigo 215-A, não há o emprego desses elementares.

A elementar de violência ou grave ameaça, precisam ser analisadas a fundo, visto apesar de ser classificado como crime material, existem casos em que o delito não deixa vestígios, diferente de sua antiga redação, que trazia a necessidade de conjunção carnal, que por óbvio, poderia ser observada em laudo de conjunção carnal.

Nessa senda, começou-se a gerar um novo questionamento, como provar, um crime que pode não deixar vestígios, apesar de sua gravidade em abstrato, a construção jurisprudencial, foi no sentido de que a palavra da vítima seria suficiente para deflagrar a ação penal, possuindo os dois requisitos necessários a persecução

penal, qual seja, indícios de autoria e materialidade delitiva, que serão tratados mais à frente.

Nesse sentido, podemos observar através dos julgados, nos tribunais superiores, palavra da vítima como elemento de prova, conforme abaixo:

Nos crimes sexuais, a palavra da vítima ganha especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas. Precedentes. (BRASIL, 215).

De acordo com a jurisprudência desta Corte, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, tem grande validade como elemento de convicção, desde que coerente com as demais provas dos autos, o que não corre da espécie. (BRASIL, 2017).

A importunação sexual, por sua vez, foi criada pela Lei 13.718/18, com a seguinte redação: "praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Pena – reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave".

Destaque-se que anteriormente a conduta era tratada como contravenção penal, e invocando novamente as palavras de Nelson Hungria, um crime-anão, com a seguinte redação: "Importunar alguém, em lugar público, de modo ofensivo ao pudor: pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis." (artigo 61 da Leis de Contravenções Penais).

Atualmente, o crime é considerado de médio potencial ofensivo, admitindo pela aplicação do mínimo de pena cominada em abstrato o delito a quantidade de um ano, aplicável, portanto o sursis processual, conforme o artigo 89 da lei 9.099/95, conhecida como Lei do Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com efeito prático de suspender o processo, desde de que preenchidos alguns requisitos.

Por outro lado, pelo máximo de pena sempre cominado em abstrato ao delito, veda-se o arbitramento de fiança em sede policial, importante destacar que o crime admite liberdade provisória.

A importunação sexual, encontra-se positivada no título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, no entendimento do doutrinador Aury Lopes Junior (LOPES JÚNIOR et al., 2018), tal inserção, deixa clara a intenção do legislador em retirar do conceito "pudor público", passando-se a tutelar a dignidade sexual, entende-se tal adendo visto que tal conceito, encontra-se passível de duras críticas por remeter a sociedade de 1940, época bem diferente da atual, amoldando-se inclusive a conceitos líquidos na palavra de Bauman (2001).

Insta salientar, que a argumentação supramencionada também encontra fundamento no entendimento jurisprudencial sedimentado no Tribunal de Justiça

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de São Paulo e nos Tribunais Superiores, colacionamos os trechos abaixo, para exemplificar o entendimento, que os crimes contra a dignidade sexual, pouco tem a ver com o sentido de pudor, senão vejamos:

Não importa seja a vítima solteira, casada ou viúva, uma vestal inatacável ou uma meretriz de baixa formação moral. Em qualquer hipótese é ela senhora de seu corpo e só entregará livremente, como, quando, onde e a quem for de seu agrado (PARANÁ, 2004?).

Como é cediço, as alegações feitas pelos réus, no sentido de se tratar de jovem habituado ao chamado 'sexo em grupo', nada representam, para a tipificação do estupro, uma vez que a lei protege a liberdade sexual, sem nenhuma distinção. Até a 'prostituta de porta aberta' tem direito a dispor de seu corpo e eleger seus parceiros sexuais (RJTJSP, 130/458 apud ANDREUCCI, 2018).

Nesse sentido, pode-se observar que a condição de honra da vítima, pouco importa, sobre a qualidade pessoal.

Segundo Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, et al., 2018), "o crime de importunação sexual tem como bem jurídico protegido, conforme o capítulo que foi inserido, a liberdade sexual da vítima, ou seja, seu direito de escolher quando, como e com quem praticar o ato sexual."

Trata-se assim como o estupro, de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, não fazendo distinção de sexo ou gênero, o sujeito passivo, pode ser também qualquer pessoa, feita a ressalva dos vulneráveis.

Questão fulcral no novo tipo penal, diz respeito ao dolo do agente, entendido aqui, como conduta dirigida finalisticamente a um resultado. Nessa senda, o delito demanda dolo direito e especial, não bastando a mera conduta, leia-se um esbarrão despropositado ou mesmo um contado durante uma prática desportiva desprovido de qualquer cunho sexual ou lascivo, configura conduta atípica.

Ainda na questão do dolo, deve ser observado de maneira objetiva que a conduta dolosa do agente tenha o condão de ofender a liberdade sexual da vítima ao mesmo tempo, visto que eventual conduta meramente interna não pode ser penalmente tutelada, ou seja, exemplifica-se, um agente que olha insistentemente um decote, sem falar nada ou molestar fisicamente a outra pessoa não poderia ser enquadrada nesse delito, por ausência de exteriorização dessas conduta e subsunção fática ao tipo penal, visto que não há ofensa a liberdade sexual.

Isso se explica, pelo princípio da ofensividade, não podendo conduta que não é externada, gerar um resultado típico, como o crime admite a fragmentação do iter criminis, os atos meramente preparatórios, sequer são passíveis de punição, estando a lascívia na mente do sujeito ativo, que não chega a exterioriza-la não há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o que se falar em punição ou mesmo em subsunção fática na questão da importunação sexual.

Sobre a questão da tentativa, o crime admite a forma tentada, contudo de difícil configuração, visto que o iter criminis pode ser fragmentado, porém a conduta é pouco factível.

1.1 Novatio Legis in Mellius, Novatio Legis in Pejus ou Norma Penal Incriminadora

No direito penal material, a regra é o tempo deve reger o ato penal, essa máxima decorre justamente do princípio da anterioridade, prevendo que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal.

O grande doutrinador Juarez Cirino (2017), diz: "o princípio da legalidade somente é afastado pelo critério específico da lei penal mais favorável, aplicável sem exceção e crimes, penas e medidas de segurança, independentemente do trânsito em julgado da decisão judicial ou da fase de execução da pena. (art.5º XL, Constituição)".

Tal princípio ganha relevo tanto no Código Penal quanto na Constituição Federal, em seus artigos, 1º e 5º, inciso XXXIX, portanto a regra é clara e deve ser observada.

Contudo, o princípio deve ser mitigado, quando determinadas condutas, passam a ser apenadas de maneira mais branda, ou mesmo deixam de ser considerados crimes, tal fenômeno, é denominado pela doutrina como *novatio legis in mellius* e/ou *abolitio criminis*.

Aparentemente, o artigo 215-A, não se enquadraria em nenhuma das condições anteriores, configurando pelo menos a princípio novo tipo penal, ou seja, *novatio legis* incriminadora.

Contudo, existia uma zona cinzenta, que poderá beneficiar os réus anteriormente acusados de crimes sexuais, explica-se, o estupro é nas palavras de Aury Lopez Júnior:

O estuprador é aquele que pratica o ato libidinoso, em sua potencialidade máxima (coito anal, vaginal, felação, etc.) e continuará respondendo pelo crime previsto no artigo 213, estupro (hediondo), mas agora pelo princípio da proporcionalidade, os atos libidinosos diversos foram "divididos", até mesmo em respeito às vítimas que tiveram sua liberdade sexuais ofendidas em nível máximo (LOPES JÚNIOR, et al., 2018, s. n).

Existiam, condutas que por diversas vezes foram questionadas perante os Tribunais Superiores, como o "beijo lascivo", "o passar de mão no ônibus", que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vinham sendo tratados condutas passíveis a subsunção com o artigo 213 do Código Penal, ao que tudo indica passa a ser classificado como importunação sexual nos exatos termos do artigo 215-A do Código Penal, nesse sentido, destacamos trecho divulgado no próprio site do Conselho Nacional de Justiça:

O crime de importunação sexual, definido pela Lei nº 13.718/18, é caracterizado pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de 'satisfazer a própria lascívia ou de terceiro'. O caso mais comum é o assédio sofrido por mulheres em meios de transporte coletivo, mas também enquadra ações como beijos forçados e passar a mão no corpo alheio se permissão. O infrator pode ser púnico com a prisão de um a cinco anos (BRASIL, 2019a).

Nesse sentido, nos parece acertadíssima, o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, desclassificar a conduta de tentativa de estupro para o crime previsto na importunação sexual, conforme os fundamentos abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 654, § 2º, DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, QUE SE IMPÕE. 1. É narrado na exordial acusatória que o increpado aproveitou do momento em que a mãe da vítima (S B da S) não estava presente no recinto (saiu para buscar o filho na APAE), para submeter a vítima à prática de atos libidinosos diversos, consistente em o increpado passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, enquanto esta tentava em vão se desvencilhar do ofensor. 2. Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criado o tipo penal da importunação sexual, inserida no Código Penal por meio do art. 215-A. A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro, senão o novo tipo penal da importunação sexual.6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa. De ofício, concedida a ordem de habeas corpus a fim de alterar a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código (BRASIL, 2019b).

2. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO MEIO DE PROVA NOS DELITOS DE CUNHO SEXUAL.

A investigação defensiva é tema razoavelmente moderno, possuindo importância principalmente, com a proposta de implementação do *plea bargain*, método importado do sistema norte-americano, no qual o Ministério Público dispõe da ação penal e da acusação, não sendo necessário por exemplo, oferecer denúncia, podendo-se propor acordos antes da persecução penal, algo parecido com o já feito em sede de juizados especiais criminais, conforme artigo 89 da lei 9.099/95, com o sursis processual.

Por isso, esses novos contornos trazem novidades na apuração de uma verdade processual, sendo indispensáveis e necessários, a discussões sobre a liquidez inclusive do judiciário, se seria benéfico, ou se teria um custo ao contraditório e a ampla defesa ou mesmo teria a segurança jurídica necessária.

Tal discussão insere-se exemplo no âmbito de crimes sexuais, oportunizando a colheita de elementos probatórios pela defesa para equilibrar a relação processual na qual se dá muita ênfase à palavra da vítima restando uma investigação muito parcial.

A questão ganhou a mídia recentemente, vide o caso do jogador Neymar (LOURENÇO, 2019), que foi acusado primeiramente de estupro (artigo 213 do Código Penal), posteriormente chegou-se a ventilar a possibilidade de ter incorrido no tipo penal de importunação sexual (art. 215-A), terminando por resultar no indiciamento da suposta vítima em crime de extorsão.

Existe também a discussão, sobre a aplicabilidade dos limites da investigação defensiva, como por exemplo, se poderia o advogado da parte defendida, intimar testemunhas para depor em sede de investigação defensiva, ou mesmo reduzir a termo depoimentos e se teriam validade probatória, visto que a princípio seria feito sem observar o contraditório, nos moldes do que é realizado pela autoridade policial.

Colaborando-se assim com um direito rápido a ágil, requerendo-se perícias complementares ou mesmo requerendo essas investigações, as críticas também são pertinentes, como por exemplo ser o método dispendioso financeiramente.

2.1. Introdução a Investigação Defensiva

O Inquérito Policial é considerado fase anterior ao processo propriamente dito, buscando fornecer ao órgão judicial indícios de autoria e materialidade delitiva. Previsto segundo o artigo 4º do Código de Processo Penal, sendo feito via de regra pela autoridade policial civil ou federal, não havendo nisso surpresa ou mesmo necessidade de aprofundamento.

Ocorre que esperar que o delegado de polícia produza todas as provas cabíveis em crimes desse cunho, ou mesmo esperar que seja produzida provas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

favoráveis a defesa, sendo que o foco principal é buscar indícios de autoria e de materialidade delitiva, dever ser considerada tática dominada, conforme a teoria dos jogos aplicada ao processo penal (MORAIS DA ROSA, 2019).

Superada a questão, passamos para a questão da investigação pode ser realizada pelo Ministério Público de maneira, direta, nesse sentido interessantíssimo o apontamento Lopes Junior (2018, p. 122):

(...) quanto à Atuação do Ministério Público, está o parquet legalmente autorizado a requerer a abertura como também acompanhar a atividade policial no curso do inquérito. Contudo, por falta de uma norma que satisfatoriamente defina o chamado controle externo da atividade policial – subordinação ou dependência funcional da polícia em relação ao MP -, não podemos afirmar que o Ministério Público pode assumir o ando do inquérito policial, mas sim participar ativamente, requerendo diligências e acompanhando a atividade policial.

A questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009), no sentindo de permitir que o Ministério Público, atue e presida o próprio inquérito, no caso citado, tratava-se de controle de atividade policial pelo crime de tortura, nesse sentido o Conselho Nacional do Ministério Público manifestou-se favoravelmente a investigação direta pelo parquet.

A investigação também se mostra legal, na figura da assistência de acusação, que inclusive pode colher novos elementos de prova em fase processual, o que figura em âmbito diametralmente oposto da investigação defensiva propriamente dita.

Pelo princípio do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, começou a ventilar-se a possibilidade dos defensores, assim como o Ministério Público, fazerem investigações particulares, indicando peritos, ouvindo testemunhas e outras diligências, bem como qual seria a validade dessas provas em juízo ou mesmo sua valoração.

A Ordem dos Advogados do Brasil, editou o provimento 188, datado de 11 de dezembro de 2018, tratando especificamente da investigação criminal feita por advogado e dando outros provimentos intrínsecos a essa nova questão.

Com especial destaque para o artigo 3º, que diz que a investigação defensiva, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: (i) pedido de instauração ou trancamento de inquérito; (ii) rejeição ou recebimento da denúncia, (iii) reposta à acusação, (iv) pedido de medidas cautelares, (v) defesa em ação pública ou privada, (vi) razões em recurso, (vii) revisão criminal, (viii) habeas corpus, (ix) proposta de acordo de colaboração premiada, (x) proposta de acordo de leniência, (xi) outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimento de natureza criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A questão ainda é polêmica, existe forte corrente contrária, que afirma ser o provimento 188, inconstitucional, que em síntese afirmar ter a necessidade de a matéria ser tratada pela Constituição Federal, em especial o artigo 144, que regula as atividades policiais.

Por outro lado, quem defende a investigação defensiva e consequentemente o provimento 188 da OAB, afirma que o mesmo possuí constitucionalidade e também segue os tratados de direitos humanos em especial a Convenção Interamericana, nesse sentido, citamos:

A nosso ver, a resposta é positiva. Alcançamos ao nível constitucional e convencional, a ampla defesa e o contraditório previsto no artigo 5º, LV, da Constituição representam os elementos-chaves para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno (SILVA, 2019).

Apesar de no ordenamento jurídico pátrio incorporar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro já possui condenações, por infrações Corte Interamericana de Direitos Humanas (BRASIL, 2016) e descumpri sistematicamente seus dispostos, não há dúvida, que o diploma legal é claro principalmente em seus artigos, 8º, itens 1 e 2, 'b', 'c', 'd', 'e' e 'f', observando assim garantias mínimas necessárias ao réu e ao seu defensor, nesse sentido não se pode ter uma visão restritiva, e sim extensiva, albergando-se por óbvio, a investigação feita pela defesa.

Uma leitura da legislação comparada e especial nos próprio Estados Unidos e na Itália, a investigação criminal ganha papel de destaque e faz parte até de casos famosos, vide por exemplo o caso de O. J. Simpson apresentado em documentário da Netflix (2016), nesse sentido citamos Zanardi (2016), cita exemplificativamente: promover o colóquio de documentos, consistentes na entrevista pessoal e informal de potenciais testemunhas; receber ou colher a declaração escrita de pessoas, requerer laudos periciais, efetuar vistoria em coisa ou inspecionar, solicitar documentos em poder da Administração Pública, dentre outras medidas.

Destacamos que algumas medidas, mesmo que adotadas em jurisdições estrangeiras, precisam passar por um crivo do direito pátrio é o caso de o advogado por exemplo em depoimentos colhidos em sede de investigação defensiva, utilizar-se dos cartórios de notas, para produzir a prova e reduzir a termo os depoimentos através de ata notarial, vez que não possuí fé-pública, em sede de investigação criminal.

Sobre os limites dos meios de prova a serem produzidos em sede de investigação defensiva, devem ser observados segundo Gabriel Bulhões (2018) além

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

das proibições constitucionais e infraconstitucionais, tão somente o orçamento e a criatividade.

Portanto, percebe-se que provas que demandam autorização judicial, não podem ser feitas pela defesa unilateralmente, leia-se interceptação telefônicas, quebra de sigilo fiscal, dentro outras, no contexto de crimes contra a dignidade sexual, observa-se que não vislumbramos possibilidade de se fazer por exemplo um exame de corpo de delito direito na vítima, mesmo que tendo a contratação de perito para tanto.

Contudo há espaço, para o exame indireto, que seria justamente a elaboração de contra laudo, portanto aplica-se o dito por Bulhões (2018) que o limite é sempre a legalidade, orçamento e criatividade.

Na busca pela captura psíquica do julgador, a defesa não possuí carga probatória, ademais até o termo, distribuição de ônus probatório mostra-se equivocado, visto que o réu está protegido pela garantia constitucional da presunção da inocência, contudo, a investigação defensiva visa uma verdadeira gestão de riscos, em atuar para diminuir a perspectivas e expectativas de uma sentença favorável/desfavorável através da liberação de cargas pelo aproveitamento de chances, que surgem no próprio processo (LOPES JUNIOR, 2019).

A questão é no delito de importunação sexual, onde a prova parte de uma análise muita das vezes de um standard probatório mínimo, que consiste na ausência de laudo de corpo de delito, visto que a lesão via de regra não deixa vestígios materiais, pois nesse contexto estaríamos falando de estupro, e não no artigo 215-A, parte-se então da palavra da vítima.

A questão é justamente até que ponto, a palavra da vítima pode ser considerada para uma condenação criminal para qualquer delito, em especial nos crimes cometidos na seara sexual.

Bulhões (2018) chega a afirmar que a questão monetária é de uma seletividade cruel, não se vislumbra que se o caso de Neymar Junior, famoso jogador de futebol, não tivesse acesso aos meios de prova, perícia e a bons advogados, teria conseguido eximir-se de uma acusação de estupro.

Nesse sentido, a de se diferenciar, as provas mínimas para iniciar uma persecução penal, que devem sempre partir do pressuposto de uma hipótese, que se chama denúncia, a ser confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, através de provas, em não sendo o arcabouço probatório suficiente, não há o que se falar em condenação, porque quando do oferecimento da denúncia, não há exame aprofundado de mérito, a jurisprudência e a doutrina

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

afirmam que existe a incidência do princípio do *in dubio pro societati*, quando no final do procedimento existe o constitucionalmente consagrado, in dubio pro reo.

Algumas questões estão sendo levantadas e se mostram pertinentes, como por exemplo o que fazer, quando o advogado descobrir que seu cliente foi realmente o autor do crime ou terminar por descobrir novos crimes?

Bulhões (2018, p. 8) afirma que:

São questões éticas e morais relevantes que exigem um grau de maturidade teórico e prático da classe para afirmar parâmetros e balizas adequadas às exigências democráticas e constitucionais, de sorte que, ao seu tempo serão devidamente exploradas.

A grande realidade é que o tema é atualíssimo, sendo os maiores limites de ordem criativa, visto que todos os elementos são aptos a provar sob o crivo da ampla defesa, ressalvando-se sempre as vedações legais.

O apoio de peritos particulares a até de bancas especializadas em determinadas espécies de crimes, começa a ganhar força na investigação defensiva.

Nos crimes contra a dignidade sexual, pode o advogado por exemplo, colher elementos de prova mesmo com o réu confesso?

A resposta deve ser afirmativa, explica-se, no cumprimento e na defesa de determinada tese, ainda mais na zona cinzenta que será o campo prático, naqueles casos em que eventualmente eram tratados como estupro e poderão passar a ser enquadrados como importunação sexual.

Pois as provas, carreadas aos autos, podem trazer novos elementos de prova para corroborar a tese de desclassificação pretendida pela defesa, mesmo que o réu tenha confessado eventualmente determinada conduta.

Bulhões (2018) ainda propõe uma divisão para a investigação defensiva, enquanto gênero, em quatro espécies, sendo às seguintes: a) investigação *stricto sensu,* b) investigação defensiva dos interesses das vítimas, c) investigação defensiva corporativa, d) investigação defensiva colaboracional.

No tocante a eventual concorrência de investigações, por exemplo a investigação policial e a investigação defensiva, o delegado é obrigado a aceitar os elementos de prova colhidos pelo advogado?

A resposta a essa questão encontra-se segmentado no nosso ordenamento jurídico e na doutrina, que confere ao inquérito policial algumas características dentre ele ser inquisitivo, ou seja, a autoridade policial que preside o inquérito, ao seu critério, pode ou não aceitar, sugestões de provas ou mesmo juntadas de determinados documentos, não ficando em momento algum, sujeito ou mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vinculado, ao apurado pela investigação defensiva, o que não obsta o prosseguimento investigação por parte do advogado.

No tocante a investigação policial já concluída, e ainda pendente de análise por parte do promotor ou procurador, também se aplica o pensamento anterior, de que existe o critério subjetivo, do representante estatal para aceitar ou não o elemento de prova, trazido pela defesa, visto que não existe qualquer obrigatoriedade, consistindo em faculdade, possuindo a fundamentação do artigo 14 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, parágrafo único, da Lei Federal, 13.432/2017.

Continuando em linha, cronológica, o melhor momento para a juntada de prova, é justamente quando da apresentação da resposta escrita à acusação ou defesa prévia, prevista no artigo 396 e 396-A do Código de Processo Penal, devendo todo o material já documentando, ser juntado no prazo previsto em lei, sob pena de preclusão.

Contudo, por razões defensivas ou mesmo pôr a investigação ainda estar acontecendo, em não sendo possível a juntada até o prazo legal, seria possível juntar posteriormente essa prova?

Nesse sentido faz-se menção o artigo 6º: "A Investigação Defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte sugerido como técnica de Defesa pelo advogado (...) §3º Durante a instrução processual, após o recebimento da Denúncia, a Investigação Defensiva, pode ser juntadas aos autos a qualquer tempo, devendo o material já autuado até o oferecimento da Resposta à Acusação ou Defesa Prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possam frustrar a eficácia da medida.

Existe também questão de novas provas, fundamentam inclusive revisões criminais, portanto nada obsta a investigação defensiva, mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que inclusive é pressuposto de admissibilidade para a revisão criminal.

2.2. Aplicação da investigação defensiva aos crimes do artigo 215-A.

A defesa de qualquer pessoa acusada ou mesmo vítima do crime do artigo 215-A, parte do pressuposto de que estratégia irá ser adotada e seus interesses, portanto iniciamos, a questão, tratando da possibilidade da investigação na figura do assistente de acusação.

O momento processual deve ser observado, visto que a assistência de acusação tão somente é admitida após o recebimento da denúncia, o que não impede o advogado de acompanhar documentos e ter acesso aos documentos já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

documentados em sede de inquérito policial, ou mesmo de apresentar e fazer requerimentos, que podem ser aceitos ou não a critério da autoridade policial.

Após o oferecimento da denúncia, deve-se observar por parte da defesa do acusado, se existem elementos para eventual condenação, em sendo a resposta afirmativa, pode-se optar pela suspensão condicional do processo, condição essa que leva o réu a se submeter a um acordo, em troca de se sustar a persecução criminal, alguns dos benefícios são justamente não perder a sua primariedade e não configurar antecedentes e uma vez cumpridos todos os requisitos extingue-se a punibilidade.

Uma vez superada essa questão, deve-se observar os seguintes pontos, se existiu ou não contato físico apto a ensejar a aplicação do artigo 215-A ou se houve uma conduta mais grave, a ponto de termos a conduta do artigo 213 do Código Penal.

Nesses casos, deve-se desde já observar o loca do crime, se há por exemplo câmeras, testemunhas que possam comprovar ou pelo menos indicar indícios suficientes de autoria delitiva.

Destaque-se que eventual colheita de depoimento, através de ata notarial ou mesmo de gravação, deve ser imprescindível a qualificação da testemunha, fazendo-se a advertência e prestando compromisso em dizer a verdade, sob pena de incorrer-se no crime de falso testemunho.

A solicitação de filmagem e vídeos pode ser requerida extrajudicialmente, assim como demais diligências, inclusive a câmeras de monitoramento pertencentes ao Estado, através de ofício e protocolo a autoridade competente.

Todas essas diligências, precisam ser documentadas, não bastando tão somente menção, não podendo sob hipótese nenhuma fazer-se menção a testemunhos e documentos não juntados ao processo.

Feitas diligências prévias, pode-se verificar na incapacidade de o advogado ou investigador ir a determinado lugar, a possibilidade de utilizar tecnologias, como por exemplo Google Street View, dentre outros assemelhados, para ter a visão aproximada ou ao menos ideia dos arredores da suposta infração.

Pedra de toque, deve ser a realização de exame de corpo de delito por parte da vítima, principalmente no tocante, a laudo ser negativo, visto que como já demonstrado anteriormente condutas antes consideradas, como estupro, passaram a ser consideradas importunação sexual, nesse sentido, nos crimes que já tenham por ventura transitado em julgado e estejam nessas condições, pode ser manejado recurso cabível, qual seja a revisão criminal, calçado, na ausência de laudo, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo, na realização de diligências posteriores, ou ainda, na aplicação de nova lei mais benéfica.

3 CONCLUSÃO

É de suma importância que a sociedade e a Academia acompanhem o desenvolvimento desta discussão, pois tanto a chegada no novo tipo penal do artigo 215-A, com eventual aplicação de *inovatio legis in mellius*, bem como o instituto da investigação defensiva, passam pelo fortalecimento de princípios constitucionais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal.

Nesse sentido, o protagonismo do advogado – quer na figura do assistente de acusação ou de defensor propriamente dito –, deve sempre respeitar as normas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente ao observa-se o crivo do contraditório, tendo como norte o provimento 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Novas táticas devem ser observadas, principalmente quando do surgimento de novos tipos penais, ou mesmo de novas normas processuais, leia-se o pacote Moro, que dá papel destacado dentre,outros a justiça negocial em âmbito penal, mudando substancialmente as regras do jogo no processo penal pátrio.

No tocante a leitura a dogmática dos tipos penais, percebe-se que os tipos penais não se confundem, deixando antigas lacunas preenchidas, não se falando em impunidade da lei de contravenções ou a punição gravíssima do delito de estupro, nesse sentido, andou bem o legislador.

Na leitura jurisprudencial, ainda há pendência da análise do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, contudo o Superior Tribunal de Justiça em suas Quinta e Sexta Turma, encampam a ideia central do artigo, no sentido de ocorrência de lei penal mais benéfica.

A principal questão controvertida é a aplicação do artigo 215-A, ao artigo 217-A, onde a violência é presumida, que deve ser um dos próximos pontos a serem discutidos em sede de Tribunais Superiores.

Existe, portanto, importante espaço, para que processos antes considerado artigo 213, na sua modalidade tentada principalmente, sejam revisados desde que se amoldem a eventual subsunção do artigo 215-A, em havendo dúvida, pode ser o caso de eventual investigação defensiva por parte da defesa.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAUMAN, Zygmunt**. Modernidade líquida**. Rio de janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que é o crime de importunação sexual? Disponível em:<cnj.jus.br/noticias/cnj/88445-cnj-servico-o-que-e-o-crime-de-importunacao-sexual>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Itamaraty. **Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Online, 2019a. Disponível em:<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 89.837/DF**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **HC 104.724-MS** – Rel. originário Min. Jorge Mussi – Rel. para acórdão Min. Felix Fischer – julgado em 22-6-2010. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010a.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Nesse sentido, os julgados do Supremo Tribunal Federal**: HC 99544/RS – Rel. Min. Ayres Britto – Dje 1.º 2-2011; HC 101116/SP Rel. Min. Gilmar Mendes – 2.ªT. – Dje 22-11-2010 Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1745333 RS 2018/0134332-9**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2019. Brasília: Supremo Tribunal de Justiça, 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **STJ – AgRg no AREsp: 1005466 DF 2016/0282395-5**, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 27/06/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **STJ – HC: 206730 RS 2011/0109674-2**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 05/03/2015, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/03/2015.

BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, v. 26, n. 305, abril. 2018.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. rev.atual.ampl. – Florianópolis: Empório Direito, 2017.

GOMES, Luiz Flavio. **Blog Acontece**. Disponível em:<www.lfg.com.br>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em:< https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. et al. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118#_edn2>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

LOURENÇO, Leonardo. **Neymar é acusado de estupro; jogador nega e fala em tentativa de extorsão**. Disponível em:<https://globoesporte.globo.com/blogs/bastidores-fc/post/2019/06/01/neymar-e-acusado-de-estupro-em-paris-boletim-de-ocorrencia-e-registrado-em-sao-paulo.ghtml>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: EMais, 2019.

NETFLIX. **O povo contra O. J. Simpson**. Disponível em:< https://www.netflix.com/br/title/80083977>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **TJ-PR - ACR: 2428559 PR 0242855-9**, Relator: Lauro Augusto Fabrício de Melo, Data de Julgamento: 01/07/2004, Quarta Câmara Criminal (extinto TA). Disponível em:<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6368545/apelacao-crime-acr-2428559-pr-0242855-9/inteiro-teor-12487314>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico.** Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

ZANARDI, Tatiane Imai. **Investigação criminal defensiva**: uma prática a ser difundida. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016.

NOTA:

[1] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo. Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2014). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (2011) e Atualmente é assessor de desembargador - Tribunal

de Justiça do Estado do Amazonas, professor titular da Universidade Federal do Amazonas e professor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, mandado de injunção, direito constitucional, omissão inconstitucional e controle de constitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO À SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UM ESTUDO DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO A PARTIR DA CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

PHATRICIA JESUS DA SILVA: Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO[1]**:** A saúde suplementar é um setor específico, em que a saúde, de caráter privado, é prestada por operadoras de saúde, por meio da comercialização de planos privados de assistência à saúde. Segundo a Agência Nacional de Saúde - ANS, 527 (quinhentos e vinte e sete) mil pessoas utilizam desse serviço no estado do Amazonas (Dados de Jun/2018). O presente trabalho tem por escopo discutir o crescente processo de Judicialização deste setor a partir da criação da ANS nos anos 2000. Para isso, foi elaborada uma pesquisa de cunho bibliográfico e jurisprudencial, quanto a posição da doutrina e viabilidade de sua utilização no contexto processual, a partir de uma abordagem Dedutiva e coleta de dados indireta no acervo de dados pertinente, de forma a produzir resultados qualitativos acerca da temática apresentada.

Palavras chaves: Judicialização; Saúde Suplementar; ANS.

ABSTRACT: Supplementary health is a specific sector in which private health is provided by health operators through the commercialization of private health care plans. According to the National Health Agency - ANS, 527 (five hundred and twenty seven) thousand people use this service in the state of Amazonas (Data from Jun / 2018). This paper aims to discuss the growing process of judicialization of this sector since the creation of the ANS in the 2000s. For this, a bibliographic and jurisprudential research was prepared, regarding the position of the doctrine and feasibility of its use in the procedural context. , from a Deductive approach and indirect data collection in the relevant data collection, in order to produce qualitative results about the presented theme.

Keywords: Judicialization; Health Supplemental; ANS.

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988, o direito à saúde se estabelece como o de maior força quanto à sua aplicação, haja vista a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) para atender tal finalidade. Houve

um reconhecimento e apropriação desse direito por parte da população ao longo das duas últimas décadas, o que culminou no fenômeno da Judicialização.

Esta problemática no que tange o acesso à saúde, vem expressando a indignação do cidadão frente à efetiva ausência do estado. Este fenômeno constitui tanto uma alternativa extrema dos cidadãos para clamar por soluções, quanto revela a extrapolação de condutas por parte do judiciário, que ultrapassa os componentes legais e operacionais do SUS, respondendo de forma satisfatória ao demandante, destituindo portanto os princípios coletivos.

O presente trabalho foi pensado com o objetivo de discorrer sobre o crescente processo de Judicialização da saúde suplementar a partir da criação da ANS, em sua abrangência geral, mas também explicar os aspectos históricos e conceituais do Direito à saúde; demonstrar o crescente processo de Judicialização da saúde Suplementar e discutir os reflexos das decisões contrárias a regulamentação da ANS.

Para o alcance de seus objetivos o arcabouço teórico do trabalho foi dividido em 03 seções. No Capítulo 01 foi feita uma investigação a respeito do Direito à Saúde em seus aspectos históricos e conceituais, assim como a criação da Agência Nacional de Saúde - ANS. No Capítulo 02 é demonstrado o processo de Judicialização da saúde Suplementar no Brasil e por fim, no Capitulo 03 são discutidos os reflexos das decisões contrárias a regulamentação da ANS.

Em termos de metodologia foi elaborada uma pesquisa bibliográfica de natureza exploratória e método dedutivo acerca do tema, com coleta indireta de dados em Livros, artigos, Sites, dentre outros documentos da literatura pertinente, de forma a produzir resultados qualitativos sobre a temática proposta.

O que se busca na saúde, através do SUS, é o cumprimento do regramento legal que estabelece e assegura o dever de prestar integralmente os serviços de saúde e seus produtos vinculados, como efetivação do direito e do dever do estado. Considera-se o estudo proposto neste trabalho de relativa importância acadêmica, mas também social, uma vez que traz a discussão de um tema vigente, contribuindo para a literatura pertinente a área de estudo.

1. DO DIREITO À SAÚDE: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

A saúde da população sempre incomodou aos governantes. A construção e o desenvolvimento do que se entende por saúde, de sua definição, vem acontecendo entre avanços e retrocessos ao longo da história, sendo considerada muitas vezes como dispêndio de recursos para conter avanços de surtos epidêmicos de doenças que poderiam ameaçar as residências mais ricas e reduzir a força de trabalho dos mais pobres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A medicina também caminhou, mas num modelo "medicalocêntrico", em que seu produto principal era a doença e não a saúde. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu saúde como um direito que todo ser humano tem, para ele e para sua família, de bem estar, segurança, e vida.

Partindo do entendimento de saúde sob a ótica da saúde coletiva, verifica-se que o direito das pessoas à saúde vem sendo visto de forma reducionista de fazer consulta, tomar remédio, exame, cirurgia, como se essas tecnologias fossem suficientes para esgotar tudo aquilo que a saúde representa.

De alguma forma, este entendimento mínimo, unilateral e fragmentado está positivado na história do direito à saúde brasileiro que, desde a Constituição de 1934, preocupa-se em garantir medidas legislativas e administrativas para restrição da mortalidade e morbidade infantis, e de higiene social para conter a propagação de doenças transmissíveis (DALLARI, 2008).

Contudo, a Constituição de 1988 é diferente. Ela é fruto de um intenso movimento social nunca visto no Brasil, uma expressiva participação popular e da organização dos profissionais de saúde que conseguiram inserir na Assembleia Constituinte uma emenda popular; Esta se originou na VIII Conferência Nacional de Saúde e que fez nascerem os artigos que se constituem hoje em cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser alterados. Conforme destaca Paim (2008):

> A Reforma Sanitária Brasileira e o SUS nasceram dos movimentos sociais, na sociedade civil (Faleiros et al., 2006). Não foram criados pelo Estado brasileiro, por governos nem por partidos. Portanto, o SUS é uma conquista histórica do povo, podendo ser considerado a maior política pública gerada da sociedade e que chegou ao Estado por meio dos poderes Legislativo, Executivo e, progressivamente, Judiciário (PAIM, 2008, p. 96).

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, trazendo para a realidade brasileira a saúde como um direito de todos e dever do Estado, verifica-se mais fortemente o desencadeamento do processo de construção desse direito.

A inserção da saúde como direito fundamental não foi suficiente para que houvesse sua efetivação no mundo físico, necessitando da ação positiva do Estado para existir. Estando positivada na lei máxima de nosso país, nasceu uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de este direito ser oponível imediatamente e junto com outras garantias constitucionais.

Teve início o movimento através do qual qualquer cidadão poderia recorrer ao judiciário para exigir do Estado o que estava no texto Constitucional. A

Constituição cidadã criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que foi regulamentado através da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, a chamada Lei Orgânica da Saúde, por abordar as condições para promover, proteger e recuperar a saúde, dispondo ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços também relacionados à saúde.

É possível afirmar que, hoje, há um entendimento generalizado de que, para se conseguir usufruir de tratamentos de saúde, é necessário recorrer aos tribunais para obrigar o Estado Brasileiro a fazer o que prometia através da letra da Constituição.

A formulação e implementação de políticas públicas de saúde, estão além do acesso a serviços e produtos médicos e são um reconhecimento de que a saúde e seus múltiplos e complexos determinantes estão relacionados ao modo de viver das pessoas, dos seus locais de trabalho e de convivência e que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e fatores de risco à população (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Importante observar que, em paralelo às mudanças positivas sobre saúde, um fenômeno do mundo jurídico começa a permear o cotidiano das instituições e das pessoas: a judicialização da saúde. Embora não seja algo novo, a judicialização ou o ato de recorrer ao judiciário para buscar, por exemplo, uma cirurgia ou um medicamento trouxe a saúde para os tribunais. O termo judicialização foi apropriado pelo direito e é usado para significar que um conflito foi levado ao judiciário objetivando sua resolução, "envolve, essencialmente, tomar algo, no caso, as políticas públicas, sob a forma do processo jurídico" (MACHADO; DAIN, 2012, p. 1018).

Assim, quando se fala em judicialização da saúde, se faz referência à submissão ao judiciário dos litígios envolvendo demandas ajuizadas para obter o fornecimento de alguma prestação dos mais diversos tipos. Após a edição da Portaria/GM nº 2.510, de 19 de dezembro de 2005, que instituiu a Comissão para Elaboração da Política de Gestão Tecnológica no âmbito do Sistema Único de Saúde – CPGT, passou-se a usar o termo tecnologia em saúde para designar medicamentos, equipamentos e procedimentos técnicos, sistemas organizacionais, informacionais, educacionais e de suporte, programas e protocolos assistenciais por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde são prestados à população (Ministério da Saúde, 2005).

Temos que levar em conta, ainda, as importantes alterações na jurisprudência brasileira sobre o direito à saúde, justamente na década de 1990 e que são consequência também da abertura democrática. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para os juristas, a judicialização da saúde é definida como a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do poder judiciário (SALAZAR ET AL., 2009), ou seja, a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade. Também pode significar a análise e a decisão, em sede judicial, das questões envolvendo uma variada gama de prestações de saúde ou, ainda, a busca da efetivação de prerrogativas presentes na constituição de cada Estado de Direito (LOPES et al., 2017).

Neste entendimento a judicialização se refere à procura do Judiciário numa tentativa de forçar o poder executivo a realizar ações em saúde julgadas deficitárias pelo autor da demanda. A judicialização da saúde tem aspectos positivos e negativos. Temos grandes conquistas coletivas trazidas através da judicialização, como é o caso dos medicamentos para HIV, mas também temos pontos negativos tais como as decisões individuais com impacto orçamentário imediato (MACHADO, 2010).

Além disso, deve-se reconhecer que a "judicialização da saúde não é um problema em si, e sim um efeito de diversos problemas construídos ao longo das últimas décadas, especialmente em função da omissão do poder público em atuar nessa área tão fundamental para a vida das pessoas.

1.1 A Judicialização e o princípio da Integralidade

Analisar a judicialização no contexto da integralidade é uma tarefa complexa, é necessário entender seus múltiplos significados e dimensões. Ao falar da integralidade como princípio do SUS e, mais que isso, como bandeira de luta do Movimento Sanitário, expressa que a integralidade tem funcionado "como uma forma de indicar (ainda que de modo sintético), características desejáveis do sistema de saúde e das práticas que nele são exercidas, contrastando-as com características vigentes ou predominantes" (MATTOS, 2004, p. 1411).

A integralidade tem vários sentidos, e o autor aponta três deles: o primeiro, relacionado às políticas de saúde ou às respostas governamentais a problemas de saúde; o segundo, referente a aspectos da organização dos serviços de saúde; e o terceiro, relativo aos atributos das práticas de saúde. Mattos (2014) comenta, ainda, que o princípio da integralidade talvez seja o menos visível na trajetória do sistema e de suas práticas, pois as mudanças rumo a um atendimento com integralidade não são evidentes.

Talvez este seja o entendimento do judiciário. No que se refere à articulação entre assistência e prevenção, o SUS ainda não consegue articulá-las, prevalecendo a lógica assistencial que oferece uma ideologia de alento ao sofrimento no serviço de saúde. Assim, uma primeira dimensão da integralidade seria justamente a capacidade dos profissionais do SUS em responder ao sofrimento manifesto, ou

melhor, "há que se adotar uma postura que identifica a partir de conhecimentos técnicos as necessidades de prevenção e as assistenciais, e que seleciona as intervenções a serem ofertadas no contexto de cada encontro" (MATTOS, 2004).

Para o SUS, a integralidade está relacionada ao emprego de meios necessários para a efetivação do cuidado, dispondo de tipos diferentes de tratamento de acordo com o grau de complexidade da atenção à saúde (VIEIRA, 2008).

É razoável pensar que, além de não produzir integralidade, os tribunais têm reforçado uma lógica medicalizante que reduz a ideia de saúde ao consumo de tecnologias de saúde. O judiciário proporciona, dessa forma, acesso a grupos que não encontraram acolhimento na saúde. Este acesso, entretanto, é através da imposição do atendimento, que não leva em conta os estudos e saberes sobre saúde e nem os planejamentos realizados para a organização do atendimento.

1.2 A Agência Nacional de Saúde

O marco regulatório da saúde suplementar no Brasil foi na década de 1990, por meio da Lei de Planos de Saúde. As regras foram criadas antes de ter uma agência reguladora. Com isso as operadoras sabiam suas obrigações, porém não tinham sanções imediatas, pois sem uma agência reguladora era difícil controlar todas as operadoras.

Foi nesse momento que o Estado percebeu que precisava de uma agência reguladora e criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a Lei Federal n° 9.961 de 28 de janeiro de 2000.

A ANS é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. As atribuições definidas na lei correspondem exatamente àquelas previstas no art. 1972 da CF/88.

A agência é dotada de personalidade jurídica de direito público, mas com ampla autonomia, "inclusive no tocante à gestão administrativa e financeira, patrimônio e receita própria, destinada a controlar (regulamentar e fiscalizar) um setor de atividades de interesse público em nome do Estado brasileiro" (FERREIRA FILHO, 2002).

De acordo com Moraes (2002), a ANS possui um poder normativo frente as Operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus consumidores.

Nesse sentido aduz Mello (2012, p. 75):

> É importante notar que a legislação da ANS representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada (não se trata de serviço público) dos planos de saúde, o que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mais uma vez, demonstra que a criação de agências reguladoras no Brasil não se deu somente na senda de uma descentralização/desregulação. No caso ora analisado, a instituição da Agência propiciou exatamente um grande aumento da intervenção e regulação estatal sobre a atividade da iniciativa privada.

Os serviços públicos passaram a ser efetivados pela iniciativa privada, antes os serviços eram efetivados pelo próprio Estado. A privatização de serviços estatais teve início na década de 1990. Segundo Barroso (2002), as reformas que modificaram o cenário econômico correspondem (a) à extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; (b) à flexibilização de monopólios estatais; e (c) às privatizações. Para Barroso (2002, p.117):

> drástica transformação no papel do Estado, em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização [...]. É nesse contexto histórico que surgem como personagens fundamentais, as agências reguladoras.

Castro (2011), também fala sobre a privatização que ocorreu no final da década de 1990, aduz que o modelo regulatório brasileiro corresponde à adoção da "instituição de agências reguladoras setoriais, com a incumbência de controlar, fiscalizar e, ainda, normatizar a prestação de serviços públicos concedidos na privatização.

As agências reguladoras podem atuar e editar normas, de acordo com as necessidades técnicas. Nessa linha, Moraes (2002, p.20) defende que:

> As Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades.

O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, estabelece metas e indicadores para a ANS, refletidos em um Contrato de Gestão, assinado entre as partes anualmente e avaliado por uma Comissão composta por representantes do ministério supervisor e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Contudo, embora as agências reguladoras gozem de autonomia política, estrutural e financeira, em especial a ANS, também estão sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, pois todo ente público ou privado que se sentir lesionado em seu direito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou tê-lo ameaçado, poderá recorrer ao Judiciário, para que suas alegações e direitos sejam juridicamente apreciados.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS tem competência para elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Este rol exemplificativo possui uma cobertura básica assistencial mínima obrigatória que deverá ser cumprida pelos planos privados de assistência à saúde.

O rol é atualizado periodicamente. O artigo 283 da RN 387/2015 que instituiu o rol atualmente em vigor, prevê que sua revisão será a cada 2 (dois) anos. De acordo com Bottesini e Machado (2005, p.92), o rol de procedimentos e eventos da ANS é "ideal, visado pelo Ministério da Saúde como necessário ao atendimento das necessidades básicas da população, no que diz respeito ás metas programáticas postas pela Constituição Federal", no que tange a saúde suplementar.

De acordo com o que refere o Conass (2011, p.41):

> Os contratos passam a ter sua cobertura determinada pelo poder público: o que garante ao consumidor que sua assistência manterá o padrão ao longo do tempo, encerrando o período em que uma operadora fazia um contrato vinculado a uma determinada lista de procedimentos, criada, na maioria das vezes pelas associações médicas. Como tais listas sofriam mudanças, os contratos tendiam a ficar com suas cláusulas de cobertura ultrapassadas, permitindo que uma operadora cobrisse, ou não, um determinado exame ou tratamento. Ou selecionasse, por consumidor e/ou procedimento, o que seria coberto.

O rol de procedimentos prevê uma gama de tratamentos e procedimentos a serem garantidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, evitando que seja feita a vontade das operadoras, de cumprir ou não o que o beneficiário necessita.

Contudo, o rol é exemplificativo, a operadora terá que cumprir as normas da ANS, mas não tem obrigação de pleitear os pedidos que não constam no rol. Mesmo

com todos os respaldos não é possível afastar a possibilidade de pleitos judiciais que visam outras coberturas.

Quando um beneficiário vai no judiciário pedir liberação de algum procedimento, na maioria das vezes não se observa que o procedimento não é coberto pelo plano contratado, não consta no rol da ANS e poderá prejudicar a cadeia de mutualismo. Mathias (2012, p.110) assim aduz acerca do tema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> é fundamental que o julgador, ao examinar as questões atinentes aos contratos celebrados entre usuários e plano de saúde, leve em consideração o mutualismo e a estrutura técnico-econômica, tendo sempre presente a ideia de que a concessão de benefícios não cobertos e a criação de novos direitos sem amparo contratual desfalcarão o fundo mútuo, formado pelas contribuições da coletividade de segurados, que será diretamente atingida por aquela decisão.

Desta forma, sempre que o plano é obrigada a arcar com custos que não se comprometeu, haverá um desiquilíbrio econômico-financeiro na operadora de planos privados de assistência à saúde.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

As investigações prévias sobre o tema Judicialização, realizadas através da análise de artigos científicos, demonstraram que a Judicialização da saúde tem sido objeto de estudo em dois grandes eixos, ambos decorrentes da pretensão almejada pelos cidadãos requerentes: discussão sobre acesso a medicamentos e o acesso a insumos, consultas e procedimentos médicos especializados, além de órteses, próteses e materiais especiais.

Há pouquíssima produção científica sobre o tema quando buscamos o estado do Amazonas ou o município de Manaus. As poucas produções encontradas se referem a medicamentos, ou melhor, ao percurso terapêutico para a aquisição de medicamentos via judicial, através de um estudo qualitativo, prospectivo, com utilização de entrevistas semiestruturadas, e concluíram mostrando a Judicialização como fator agregador de reconhecimento dos direitos de cidadania.

2.1 Divergências entre o Estado Juiz e o Estado Regulador

É fato que existe divergência entre o Estado regulador e o Estado-juiz. O Estado-regulador (ANS) criou o rol de procedimentos que é atualizado a cada 2 (dois) anos. O rol é exemplificativo, as operadoras devem cumprir no mínimo o estipulado lá. Porém, tem procedimentos de alto custo que prevê exclusão expressamente no contrato firmado, mas o beneficiário vai buscar seus "direitos" pelas vias judiciais. No momento que isso ocorre, o Estado-juiz aplica o CDC e julga ao contrário daquilo que está previsto na lei dos planos de saúde e no rol de procedimentos da ANS. Mathias (2012, p. 96) possui o seguinte posicionamento:

> O crescimento significativo do volume de ações judiciais, individuais e coletivas, contadas hoje, aos milhares, avulta a influência do Poder Judiciário no Sistema de Saúde Suplementar. Não é ocioso lembrar que algumas decisões judiciais, criadoras de direitos novos, nem sempre amparados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> no ordenamento jurídico, são capazes de alterar significativamente o mercado específico, gerando graves prejuízos para algumas operadoras individualmente consideradas e para o mercado como um todo, o que acaba por afetar o próprio usuário.

Quando o Estado-juiz julga de maneira favorável ao beneficiário do plano de saúde, não está sendo observado o art. 4°, III, da Lei 9.661/00 e o art. 10, § 4°, da Lei 9.656/98.

Em muitos casos o motivo de negativa feita pela operadora de planos privados de assistência à saúde, se dá pelo fato de não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Não obstante, o colegiado entende que o direito a saúde é considerado direito fundamental. Em reforço a esse fundamento, referiu-se também a dignidade da pessoa humana. O fundamento é de que cabe exclusivamente ao médico assistente determinar o tratamento adequado ao beneficiário, sem intervenção da operadora de planos privados de assistência à saúde.

Aliny Felisbino (2014), afirma que alguns magistrados, utilizando-se dos artigos da Lei Consumerista, muitas vezes decidem em favor dos consumidores ilimitadamente, sem analisar a irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde quanto aos contratos antigos, ou se, tendo sido oferecida proposta de migração aos beneficiários para aderirem a contratos novos, esses optaram por se manter no antigo (pelo princípio da autonomia privada, o beneficiário tem a opção de contratar o plano de saúde e, aceitando-o, estará concordando com as disposições contratuais). Isso acabaria por gerar uma onerosidade para as operadoras, uma vez que o valor da mensalidade é cobrado do beneficiário com base na cobertura contratual.

Ao decidir pelo fornecimento ao beneficiário de procedimento, material ou medicamento não cobertos pelo contrato, o magistrado passa um custo, além do previsto, à operadora, a qual terá que suportá-lo até poder aumentar a mensalidade do próprio beneficiário e de outros. Conforme se verifica, o fundamento do direito à saúde como direito fundamental do homem, está acompanhado da aplicabilidade das normas protetivas do CDC, para proteger a parte mais vulnerável.

O entendimento do STJ quanto às negativas de coberturas previstas no rol de

procedimentos da ANS, é que a limitação de cobertura deve se atrelar à doença, e não ao seu tratamento.

Pode-se afirmar que a Corte Superior possui entendimento consolidado dos limites impostos aos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde, no sentido de que, mesmo que não conste no rol de procedimentos da ANS, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tratamento deve ser assegurado sempre que a doença de sua prescrição esteja coberta em contrato, lei ou na regulamentação da ANS.

Diante de toda a análise jurisprudencial, pode-se afirmar que o Poder Judiciário decide favoravelmente aos consumidores, mesmo diante das normas regulamentares da ANS, em razão da vulnerabilidade e pelo direito à saúde ser um direito fundamental. Ademais, o rol de procedimentos e eventos é considerado meramente exemplificativo e a prescrição médica é considerado algo intangível, no qual as operadoras de planos de saúde devem respeitar. No entanto, com essa percepção, as decisões contrariam a regulamentação da ANS causam muitos impactos no setor da saúde suplementar, tema que será explanado no próximo subcapítulo.

3. REFLEXOS DAS DECISÕES CONTRÁRIAS A REGULAMENTAÇÃO DA ANS

No subcapítulo anterior, pôde-se verificar os fundamentos usados nas decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça. Dos diversos fundamentos, percebe-se a tendência de se privilegiar os direitos do consumidor em detrimento das decisões administrativas das operadoras.

Neste sentindo aduzem Gonçalves e Machado (2011):

> Percebeu-se que o Poder Judiciário tem interferido de diversas maneiras nas relações entre consumidor e plano de saúde, este órgão, na maioria das vezes, entende que a saúde deve ser protegida em qualquer situação, independentemente da existência de um contrato que estabeleça limite de prestação de serviços e fornecimento de medicamentos.

De acordo com os dados da revista Visão Saúde, os números da judicialização impressionam. "De acordo com o último levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o total de processos envolvendo assistência à saúde, tanto pública quanto privada, já ultrapassava 400 mil em todo o país". (2016, p. 20).

Não espanta, portanto, que esse fenômeno represente forte impacto no caixa das operadoras. Segundo um levantamento da Associação Brasileira de Planos de Saúde - ABRAMGE, o gasto do setor para atender a demandas judiciais praticamente dobrou em apenas dois anos, saltando de R$ 558 milhões em 2013 para R$ 1,2 bilhão em 2015. Nas contas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cerca de um quarto desse montante foi consumido com procedimentos não previstos em contrato, ou seja, aos quais os consumidores, pelo menos em tese, não teriam direito.

Diante desse problema, Souza e Pires (2008, p. 72) questionam: Qual o limite de vinculação do plano de saúde com o cuidado da saúde de seu beneficiário? O Poder Judiciário reconhece o necessário equilíbrio atuarial das entidades privadas, limitadas à receita proveniente de seus segurados?.

O questionamento feito por Souza e Pires mostra o problema vivido pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, diante dos efeitos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. Nas decisões que extrapolam os limites preestabelecidos na relação entre operadora e consumidores, o melhor argumento a ser utilizado é a quebra do respectivo equilíbrio econômico-financeiro (OLIVEIRA, 2008).

De acordo com Carneiro (2012, p.70), os planos privados de assistência à saúde têm os mesmos princípios dos contratos de seguro. Ao tratar de seguros, aduz que "no contrato são previamente estabelecidos os riscos cobertos pelo seguro, os limites de cada cobertura, o prazo de vigência da contratação e o prêmio a ser pago pelo segurado à seguradora por esta assumir os referidos riscos cobertos"

É possível afirmar que, sem se estabelecer um limite de cobertura aos beneficiários, as operadoras de planos privados de assistência à saúde, não conseguirão determinar um valor a ser cobrado a título de contraprestação pecuniária e a operadora poderá ficar insolvente, pois ficará incapacitada de prever o *quantum* de gatos terá com os beneficiários.

Nesse sentido aduz Carneiro (2012, p. 90):

> Não há dúvida de que, para se viabilizar a existência de um mercado de planos de saúde que garanta a proteção dos segurados contra os riscos cobertos, é essencial preservar as condições de solvência das operadoras. Dessa forma, para que o mercado possa manter sua solidez e garantir os interesses dos segurados, é necessário que os prêmios cobrados dos segurados guardem relação com os respectivos riscos gerados ao grupo segurado.

Pelo que se pode notar, no Brasil os valores pagos pelos planos de saúde não podem aumentar ou diminuir de acordo com os hábitos de saúde, problemas já existentes e etc. Por conta disso, para que as operadoras de planos privados de assistência à saúde se mantenham solventes, deve ser feita uma relação entre os valores cobrados e os limites assistências do rol de procedimentos da ANS.

Contudo, resta possível afirmar que o limite assistencial que serve para determinação do *quantum*, não é levado em consideração. O fator levado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consideração não é o rol de procedimentos da ANS, mas sim o consumidor, considerado a parte mais frágil da relação contratual.

A tendência de obrigar as operadoras a cobertura de procedimentos não previstos no rol de procedimentos, acaba ocorrendo a transferência de responsabilidade, que por obvio é dever do Estado em prover a saúde, as operadoras atuam de maneira suplementar. As operadoras quando prestam os serviços voltados à saúde como direito fundamental, estão assumindo os mesmos deveres que o Estado tem com os cidadãos, mas esse papel é tão e somente do Estado.

Levando em consideração que o Estado deve garantir a saúde de forma integral, aduz Souza (2012, p. 148):

> Independente das posições adotadas pela ANS ou pelo Poder Judiciário e, se corretas ou não, o fato é que esse posicionamento de concessão do mais (do novo ou do não previsto no contrato) sem revisão do preço, embora claramente mais favorável ao consumidor individual, tem o poder de aumentar o risco da OPS, causando-lhes desequilíbrio e, dependendo do porte e da situação econômico-financeira da OPS, essas decisões teriam, mesmo, um efeito extremamente negativo para a coletividade de consumidores e para a sociedade em geral.

Percebe-se que as decisões contrárias ao contrato e ao rol de procedimentos da ANS promovem um desiquilíbrio econômico-financeiro nas operadoras, tendo em vista que para a operadora de plano de saúde manter higidez o equilíbrio é essencial.

Ademais, as alterações feitas no rol de procedimentos deverão ser acompanhadas e terá que ser feito uma adequação imediata do preço, para que o equilíbrio se mantenha.

Diante do exposto, é possível afirmar que um dos elementos mais importantes na atuação das operadoras de planos privados de assistência à saúde é o equilíbrio

econômico-financeiro. Sendo esse, importante fator prejudicado pelas decisões do Estado-juiz, não pensando que os prejuízos serão sentidos tanto pela operadora

quanto por toda a carteira de beneficiários.

Por fim conclui-se que é necessário o rol de procedimentos e eventos da ANS para que as operadoras de planos de saúde possam honrar com as coberturas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelas quais se comprometem, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro, bem como a separação das obrigações relacionadas a saúde suplementar e a saúde pública prevista na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÕES

Na Constituição Federal de 1988, a saúde é reconhecida no seu artigo 6º como um direito social, portanto, um direito humano fundamental diretamente relacionado com a proteção da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O direito à saúde consolidado, exige uma estrutura política complexa e abrangente para o sistema de saúde brasileiro, com a organização do Sistema Único de Saúde (SUS). As políticas de saúde do SUS devem ser garantidas integralmente a todos, com responsabilização entre os entes federados para execução e financiamento dessas políticas.

Podemos afirmar que uma decisão judicial pode comprometer a isonomia pelo fato de não ser estendida à coletividade. Nos últimos anos, várias questões têm contribuído para o aumento da Judicialização da saúde, tais como o fortalecimento das instituições judiciárias, a ampliação dos direitos sociais, ambos garantidos através da Constituição de 1988, e a falha do sistema público de saúde em fornecer o tratamento, insumos e medicamentos que o paciente necessita.

O **Gráfico 1,** apresenta a distribuição das 1744 ações judiciais impetradas contra a SUSAM e a SEMSA entre 1991 e 2018. Não é possível apontar os motivos de tal tendência, mas é provável que o decréscimo no número de processos tenha ocorrido em função da estratégia de atuação do TJAM e do CNJ.

Gráfico 1 – Processos judiciais impetrados contra a SEMSA e SUSAM entre 1991 e 2018

Fonte: Pesquisa do autor, 2019.

Interessante, ressaltar o caráter reducionista da Judicialização no que diz respeito a saúde, uma vez que se preocupa, apenas, com questões relacionadas ao ato curativo, encontrando-se ações relacionadas a pedidos de componentes materiais, exames, cirurgias, enfim, as mais diversas tecnologias em saúde, não havendo nenhuma ação relacionada à prevenção de doenças ou de causas

Por essa razão, os próprios órgãos do judiciário e do executivo vêm buscando uma maior aproximação entre os poderes, na lógica dos programas e políticas, para, assim, estabelecer maior agilidade, transparência e efetividade nas ações em saúde pelo executivo, a fim de que ocorra uma redução da Judicialização, sem comprometer o direito constitucional e fundamental à Saúde previsto na Carta Magna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

. Conclui-se que isso demonstra que o princípio da integralidade ainda não é uma bandeira de luta, estando subsumido nas necessidades prementes de cura. Aspecto este que vem sendo bem recepcionado pelos tribunais brasileiros. O direito à saúde não pode se restringir àquilo que pode ser recebido no posto médico, precisa ser muito mais, pois tem relação com o modo de andar a vida dos sujeitos, e a outros direitos básicos também garantidos pela CF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANGE – Associação Brasileira de Planos de Saúde. Disponível em: < https://

www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/>. Acesso em: 20 de jul. 2019.

BARROSO, Luís R. **Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre. (Org.). *Agências Reguladoras*.** São Paulo: Atlas, 2002.

BOTTESINI, Maury A.; MACHADO, Mauro C. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde:**

comentada artigo por artigo. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de mai.2019.

CARNEIRO, Luiz A. F. (Org). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CASTRO, Carlos R. S. **Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre S. (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*.** 2.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21-58.

CONASS - **CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE**. *Saúde Suplementar:*coleção para entender a gestão do SUS. 1. ed. Brasília, 2011.

DALLARI, S. **A construção do direito à saúde no Brasil. Revista de Direito Sanitário,** [São Paulo], v. 9, n. 3, p. 9-34, 1 nov. 2008.

FELISBINO, Aliny. **A judicialização da saúde suplementar dos planos privados de assistência à saúde firmados antes da Lei n° 9.656/98. *Jus Navigandi.*** Publicado em: maio 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29030/a-judicializacao-dasaude-suplementar-dos-planos-privados-de-assistencia-a-saude-firmados-antes-dalei-n-9-656-98>. Acesso em: 20 de mai.2019.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras.** In: MORAES, Alexandre M. (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Otávio Luiz Mota; VIEIRA, Fabíolo Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação dominante. Revista de Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, v. 52, n. 01, p.223-251, 2009.

Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planal

to.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 20 de jul.2019.

Lei n° 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em 23 de jul.2019.

Lei n° 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/L9656

.htm. Acesso em 23 de jul.2019.

LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugênio Portela Fernandes de. **Por que as pessoas recorrem ao Judiciário para obter o acesso aos medicamentos? Caso das insulinas análogas na Bahia. Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 6, p. 1857-1864, 2010.

LOPES, Luciano Motta Nunes; ASSENSI, Felipe Dutra; SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da. **A Judicialização Indireta da Saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim. Revista Direito Praxis,** Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan.-mar. 2017.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. **A Audiência Pública da Saúde: questões para a Judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 1017-1036, ago. 2012. Disponível em:<https://goo.gl/UVSiyF>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **A Judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias. 2010. Tese (doutorado em Saúde Coletiva),** Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org). *Planos de Saúde*: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MATTOS, Rubem Araújo de. **A Integralidade na prática (ou sobre a prática da integralidade).** Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v.20, n. 5. p. 1411-6, set.-out. 2004.

MELLO, Marco **A. Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). *Planos de Saúde*: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORAES, Alexandre. **Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre. (Org.). Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Luiz G. M. **Assistência integral à saúde: ônus público, privado ou particular? Afinal, quem paga a conta? In: PIRES, Danielle S. AGUIAR, Livia C.SOUZA, Jordana M. (Coord.) *Judicialização da Saúde Suplementar*.** Belo Horizonte:Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2008.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS. Boletim do Instituto de Saúde.** São Paulo, v. 12, n. 2, ago. 2010. Disponível em:<https://goo.gl/aB2JNs> . Acesso em: 17 jun. 2019.

Portaria nº 2.510 de 19 de dezembro de 2005. Institui Comissão para Elaboração da Política de Gestão Tecnológica no âmbito do Sistema Único de Saúde - CPGT. Disponível em:http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2510_19_12_2005.html. Acesso em 02 de ago.2019.

REVISTA VISÃO SAÚDE. São Paulo: out./nov./dez. 2016.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SOUZA, Jordana. M. PIRES, Danielle S. **Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência "Judicialização da Saúde Suplementar".** In: PIRES, D. S. AGUIAR, Livia C. SOUZA, Jordana M. (Coord.). **Judicialização da Saúde Suplementar**. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. 2008.

SOUZA, Henrique F. O. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). *Planos de saúde*: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Revista Saúde Pública. São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-9, abr. 2008.

www.conteudojuridico.com.br

INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: ESTUDO A PARTIR DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

FELIPE JÚNIOR BISPO DE AMARAL:
Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]

(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem como principal objetivo demonstrar a compatibilidade do instituto da colaboração premiada, método especial de investigação, com regras e princípios contidos na Constituição Federal de 1988, analisando alguns pontos de vistas doutrinários divergentes em torno do tema para então demonstrar à base argumentativa favorável do Supremo Tribunal Federal a utilização do instituto através, principalmente, da utilização da proporcionalidade e da ponderação. Será utilizado a metodologia dedutiva e bibliográfica para fazer a análise das problemáticas envolvendo o tema para que seja possível chegar a uma conclusão sobre a compatibilidade do instituto com o nosso ordenamento pátrio, de modo a ser utilizado no combate à criminalidade organizada.

Palavras-Chave: Colaboração Premiada; Método especial de investigação; Proporcionalidade; Ponderação.

ABSTRACT: This research aims to demonstrate the compatibility of the Institute of Awarded Collaboration, Special Method of Investigation, with the rules and principles contained in the Federal Constitution of 1988, analyzing some divergent doctrinal views around the theme and then demonstrating to the favorable argumentative basis. Federal Supreme Court the use of the institute mainly through the use of proportionality and weighting. The deductive and bibliographic methodology will be used to analyze the problems involving the theme so that it is possible to reach a conclusion about the compatibility of the institute with our homeland order, in order to be used in the fight against organized crime.

Keywords: Awarded Collaboration; Special method of investigation; Proportionality; Weighting.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como principal objetivo o estudo do instituto da colaboração premiada, que é um método especial de investigação novo e diferente dos meios tradicionais, e sua compatibilidade com os regramentos e princípios contidos na Constituição Federal de 1988. As discussões acadêmicas e doutrinárias que norteiam a colaboração premiada tratam, principalmente, de posicionamentos

que divergem, tendo de um lado, os que acreditam que tal instituto veio para fortalecer o sistema penal e trazer verdadeira eficácia no combate ao crime organizado, e de outro lado, aqueles que defendem os direitos, garantias e princípios da Carta Magna e enxergam a utilização da colaboração como verdadeira violação ao Estado de Direito.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o instituto da colaboração premiada pode ser utilizado em conformidade com os princípios e regras contidos na Constituição Federal de 1988, sendo necessário para tanto, avaliar se o combate à criminalidade justifica a utilização de um método de investigação que necessita, para sua utilização, de ponderações e moderações junto ao Sistema Constitucional e Penal, para que dessa forma se possa combater a criminalidade organizada.

O que se busca não é adotar um posicionamento absoluto, mas buscar o equilíbrio necessário para que se possa ponderar direitos e garantias em conflito, de modo a preservá-los e garantir dessa forma, a legitimidade na utilização do instituto da colaboração premiada, fazendo isto através do método dedutivo e bibliográfico.

Será feita uma abordagem em três capítulos, abordando no primeiro capítulo a evolução histórica do instituto, seu conceito e natureza jurídica, além de sua idoneidade probatória. No segundo capítulo será abordado os princípios constitucionais em favor do colaborador, como a isonomia, o direito ao silencio e o princípio da culpabilidade. Por fim, no terceiro capítulo, será analisado os princípios constitucionais suscitados em face dos delatados após isso será abordado o posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal na utilização do instituto da colaboração premiada.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A figura do traidor é conhecida desde os tempos mais remotos, podendo ser encontrada até mesmo em escritos bíblicos. No entanto, a delação para obter alguma vantagem apareceu no tempo das Ordenações Filipinas, no Brasil, e no Sistema anglo-saxão, no mundo, onde já apresentava o formato que conhecemos, no sentido de dar vantagens para aquele que trair seus parceiros e cúmplices na prática delituosa. Vejamos o que explica Walter Barbosa Bittar:

A história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que a previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (11.jan.1603, que é o início da vigência, até 16.dez.1830, com a sanção do Código Criminal do Império), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação, de conspiração, ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de explicação (BITTAR, 2011, p. 83).

A Itália teve papel importantíssimo na perpetuação da utilização do instituto da Colaboração Premiada por diversos países como os Estados Unidos e o Brasil, ao usá-la de forma efetiva no combate a máfia, nas décadas de 1970 e 1980, inspirando a legislação de muitos países sobre este método de investigação.

Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Cézar Busato:

Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam. O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita "criminalidade organizada", que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma "organização" ou "sofisticação" operacional da delinquência massificada. (BITTENCOURT, 2014, p. 116).

No Brasil, o instituto da colaboração premiada apareceu pela primeira vez na Lei de crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), que trouxe a previsão da redução de pena em crimes hediondos praticados por participantes ou associados de atividade criminosa que colaborasse com a persecução penal.

Após isso, tivemos a figura da colaboração em diversas leis esparsas, no entanto, sem a devida regulamentação de conceitos e procedimentos que a adoção de uma técnica de investigação dessa importância necessita. Essa falta de regulamentação contribuiu muito para as discussões em torno do tema, que tratavam, principalmente, de dúvidas quanto a sua legitimidade, valor probatório e aplicabilidade frente a direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados.

O advento da Lei nº. 12.850/2013 foi importantíssimo para a utilização do instituto, uma vez que trouxe regulamentação conceitual e procedimental para o mesmo, além de preveruma série de inovações no que tange ao instituto, como por exemplo, a definição do que são as organizações criminosas, a utilização da denominação colaboração premiada, considerada a mais adequada por demonstrar a abrangência do instituto, a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a inclusão de forma expressa do instituto como meio de obtenção de prova e a impossibilidade de condenação baseada exclusivamente em declarações do colaborador, entre outros.

Com essas inovações e regulamentações foi possível apaziguar algumas das discussões sobre o método de investigação em análise, havendo ainda, muitas questões a serem analisadas até que se chegue a um consenso sobre a importância da utilização deste instituto no combate ao crime organizado de forma legítima e em harmonia com nosso sistema constitucional.

1.1 Distinções Terminológicas do Instituto da Colaboração Premiada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para que seja possível entender o instituto da colaboração premiada é necessário entender do que se trata e porque a utilização da expressão colaboração premiada é a mais adequada.

Embora o instituto seja popularmente conhecido como Delação Premiada, expressão que se tornou conhecida através, principalmente, da mídia, a Colaboração é mais abrangente e revela o verdadeiro espírito deste método especial de investigação, que considera colaboração diversos atos do acusado que auxiliem de alguma forma a obter provas durante a investigação criminal.

Colaboração Premiada abrange a delação, que se trata apenas do ato de delatar outro envolvido na organização criminosa, por exemplo, quando na verdade, o instituto é muito mais abrangente, podendo o acusado não delatar ninguém, mas informar onde está uma vítima, produtos provenientes da atividade criminosa, localização de dinheiro obtido através da realização de crimes, entre outros. Desta forma, podemos concluir que Colaboração premiada é gênero da qual a delação e algumas outras expressões, como a chamada de co-réu, são espécies.

Vejamos, por fim, o que afirma Mariana de Souza Lima Lauand:

Somente no direito brasileiro se faz uso da expressão delação premiada, enquanto que nos demais ordenamentos refere-se ao instituto por colaboração processual, colaboração premiada ou colaboração com a Justiça. A ideia principal da delação premiada é, de fato, a de premiar o delator que, de alguma forma, colabore com autoridade policial ou judiciária, permitindo, eficazmente, evidenciar fatos que venham a contribuir com a apuração da materialidade delitiva e sua autoria. No entanto, merece ser pontuado que, conforme se observou, o legislador nacional em nenhum momento fez uso da expressão delação premiada, sendo tal denominação fruto de construção doutrinária e jurisprudencial. Por oportuno, há que se registrar a existência de texto projetado, em trâmite no Congresso Nacional, que se utiliza da terminologia *colaboração premiada,* objeto de comentário mais adiante. (LAUAND, 2008, p. 60).

Como foi possível observar, a denominação delação premiada ficou popularmente conhecida no Brasil, mas não se trata da expressão correta para tratar do instituto em questão, que abrange inúmeras formas de colaboração que não somente a de delatar cúmplices da atividade ilícita, inclusive sendo a expressão colaboração premiada a escolhida pelo nosso legislador para denominar o método especial de investigação, que em nenhum momento menciona a delação premiada, sendo este termo utilizado frequentemente apenas pela doutrina, mídia e jurisprudência.

1.2 Conceito e Natureza Jurídica da Colaboração Premiada

O instituto da Colaboração premiada é um método especial de investigação voltado, principalmente, ao combate da criminalidade organizada, objetivando frear o avanço dessas organizações, assim como desfaze-las, em virtude do fracasso do Estado em obter êxito com os meios tradicionais de investigação, que se mostraram incapazes de surtir efeito em meio a uma criminalidade extremamente organizada, complexa e sofisticada. Vejamos o que afirma De Plácido e Silva:

A delação premiada é um instrumento de combate ao crime organizado. O termo delação advém do latim *"delatione"* e expressa uma revelação, uma acusação, mais especificamente, a "acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participam da *conspiração,* revelando uma traição aos próprios companheiros". Trata-se da acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos da infração penal. Por essa delação, o delator recebe um prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento da pena em regime penitenciário mais brando etc.). A delação premiada é confissão, é acusação formulada por co-autor ou partícipe a outro integrante do concurso de pessoas que praticaram um delito e é a revelação do local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos de uma ilicidade penal, o que gera um elemento de convicção acerca da *autoria* nas primeiras hipóteses e da autoria e da materialidade na terceira situação. Tecnicamente, é um meio de prova que, nos primeiros casos, denomina-se chamada de co-réu e, no último, suplementação da confissão. (SILVA, 1996, p. 26).

Como podemos verificar, o principal objetivo da colaboração premiada é que um dos membros da atividade criminosa decida contribuir de forma espontânea com a investigação criminal, fornecendo informações capazes de guiar a persecução penal, encontrando locais onde possam estar vítimas de crimes, indicando outros envolvidos na organização ou, ainda, informando locais onde se encontrem bens ou valores provenientes das atividades ilícitas, em troca de um benefício legal, seja ele, redução da pena ou até mesmo o perdão judicial, conforme decisão judicial.

Quanto à natureza jurídica, é importante destacar que a própria Lei nº. 12.850/2013 classifica o instituto como sendo um meio de obtenção de provas, uma vez que através da colaboração é possível obter acesso a provas e informações capazes de influenciar diretamente no desfazimento da criminalidade organizada e na decisão judicial, fato este que não seria possível alcançar de outra maneira ou por outros meios tradicionais de investigação, tendo em vista a lei do silencio que reina no seio dessas organizações, sua complexidade e alta sofisticação, adquirida ao longo das décadas.

Jaques de Camargo Penteado esclarece que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto a considerar a delação premiada como meio de obtenção de prova, parece ser o enquadramento que melhor coaduna com os fins a que ela se destina, vale dizer, instrumento de repressão à criminalidade organizada. A delação, por si só, é neutra, o que guarda nexo com a definição de meio de obtenção de prova, e poderá, a depender do resultado advindo das palavras do imputado, contribuir para a atividade estatal de persecução penal. Também é possível que do ato de delação não advenha qualquer resultado processual, o que ainda sim faz perdurar a natureza da delação como meio de obtenção de prova. (PENTEADO, 2006, p. 68).

Portanto, resta claro, inclusive por conta da própria Lei nº. 12.850/2013, que se refere ao instituto como meio de obtenção de provas, que esta é a melhor definição para a natureza jurídica deste método especial de investigação, em virtude das características da colaboração e dos objetivos que são possíveis alcançar através da utilização do mesmo, que é a obtenção de provas e informações capazes de fundamentar decisões judiciais e desfazer a atividade ilícita em andamento.

1.3 Idoneidade Probatória da Colaboração Premiada

Para que o Instituto da Colaboração Premiada seja considerado válido e legítimo na persecução penal, é necessário que alguns requisitos sejam cumpridos, quais sejam, a voluntariedade e a imprescindibilidade da presença do defensor e do representante do Ministério Público. Se esses requisitos forem preenchidos, a colaboração está totalmente apta a atuar como meio de obtenção de provas, mas caso contrário, a utilização da mesma será considerada nula e sem efeitos jurídicos.

Quanto ao requisito da voluntariedade, é importante destacar que se tratada livre decisão do colaborador em fornecer informações relevantes para as autoridades, sem que essa decisão seja fruto de qualquer tipo de coação ou ameaça. É extremamente importante e necessário que seja uma decisão voluntária do acusado, o que não implica dizer que não possa ser motivada, pois muitas vezes os prêmios legais oferecidos são uma motivação que não anula em nada o requisito da voluntariedade. Neste sentido, vejamos o que explica Eduardo Araújo Silva:

A voluntariedade pressupõe a livre vontade do imputado em se manifestar, sendo incompatível com qualquer meio de coação física ou psíquica. Por vontade livre, inicialmente há que se ponderar sobre as condições físicas do próprio imputado. Se o imputado, ao tempo da delação, padece de comprometimento mental que venha a prejudicar o entendimento da natureza do ato, isto vicia a vontade, podendo ser declarada a nulidade do ato, por ausência da voluntariedade, sem qualquer consequência ao imputado. A higidez psíquica e mental deste, pois, revela se circunstância inicial obrigatória para a validade do ato. (SILVA, 2003, p. 48).

É importante salientar, que não devemos confundir a voluntariedade com a espontaneidade, que tem significados diferentes neste contexto da aplicação deste

método de investigação, uma vez que o colaborador é informado antecipadamente dos benefícios que poderá usufruir caso colabore de forma satisfatória e verdadeira com a investigação criminal, fato este que não interfere na sua voluntariedade, mas não significa que a decisão é espontânea. Neste sentido, explica Gustavo Senna:

A voluntariedade há de ser o primeiro requisito. Se o ato não for voluntário, necessariamente será nulo e tudo o mais que dele decorrer. E aqui entra a discussão entre espontaneidade e voluntariedade. Por ato espontâneo depreende-se que seja livre de qualquer espécie de questionamento, o que não soa ser a melhor diretriz. O imputado tem todo o direito de saber sobre a existência da possibilidade de usufruir de possíveis benefícios decorrentes da delação premiada e ter o direito de decidir se adere ou não a tal proposta. Não é possível presumir que o imputado tenha prévia ciência da possibilidade legal de contribuir para a investigação ou resultado útil do processo e, com isso, suprimir-lhe o direito de ter ao menos acesso a esta informação. E nem é razoável exigir que esta informação lhe seja noticiada apenas e tão somente pela defesa. Daí a dispensa de qualquer espontaneidade, bastando o caráter voluntário do ato. (SENNA, 2010, p. 27).

O segundo requisito, a indispensabilidade da presença do defensor e do representante do Ministério Público, tem como finalidade garantir a legalidade e legitimidade dos atos praticados para firmar a colaboração, como por exemplo, avaliar se o próprio requisito da voluntariedade foi cumprido e outros aspetos procedimentais, como o direito de defesa do acusado, assegurado constitucionalmente por meio do princípio da ampla defesa e do contraditório, seja por defensor público ou advogado de preferência do acusado.

Nesse sentido afirma Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy:

Quando a delação se der na fase judicial torna-se imprescindível a presença das partes, acusação e defesa técnica, sob pena de nulidade do ato. Dessa maneira, pode-se concluir que a presença do defensor, seja na fase pré-processual ou em juízo, faz-se imprescindível para a validade da delação. (GOMES FILHO, 2007, p. 175).

Por fim, conclui-se que, presentes os requisitos da voluntariedade e da indispensabilidade da presença do Ministério Público e da assistência por meio de defensor ou advogado, o instituto da colaboração premiada é perfeitamente legítimo e apto a funcionar como meio de obtenção de provas na investigação criminal que visa o desfazimento de organizações criminosas.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS EM FACE DOS COLABORADORES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O instituto da colaboração premiada tem como principal objetivo contribuir para a eficiência penal, no sentido de efetivar a justiça e garantir que o Estado seja capaz de fornecer a segurança que a sociedade necessita através do controle da criminalidade e da punição das pessoas acusadas de fazerem parte de organizações criminosas. Diante disso, torna-se necessário, diante do cenário conflituoso em torno do instituto em questão, analisar se o Estado está disposto a conviver com a colaboração premiada, e consequentemente, com a figura do traidor.

O que se pretende é descobrir se este método especial de investigação pode ser utilizado sem ferir direitos e garantias típicas do Estado de Direito, presentes na Constituição Federal de 1988 como regras basilares e de máxima efetividade. O legislador, claramente, já se convenceu da legitimidade da colaboração, que vem sendo amplamente utilizada, no entanto as discussões acadêmicas e doutrinárias continuam a todo vapor, para que seja possível conhecer de forma profunda o instituto que vem sendo colocado como a maior inovação no que tange a métodos de investigação da atualidade. Carlos Ruga Riva nos explica que:

Sintetizando o problema de legitimidade constitucional no tema da delação premiada, de um dos lados dos polos em latente tencionamento tem-se princípios constitucionais direcionados à exigência de operatividade do sistema penal compreendido conjuntamente, os quais radicariam em um interesse da ordem jurídico-penal de eficiência na investigação e esclarecimento dos delitos. No extremo contrário estariam princípios oriundos de conformidade à justiça e garantia, tais como igualdade, culpabilidade, tratamento isonômico dos acusados, que em tese tenderiam a afastar a possibilidade de a ordem jurídica receber mecanismo de persecução embasado na atitude cooperativa de coautores de crime. (RIVA, 2002, p. 415).

Nossa Carta Magna apresenta uma série de direitos, princípios e garantias que protegem o acusado, dentre os quais podemos destacar o direito ao silencio e a não autoincriminação e o princípio da culpabilidade, que são apontados por parte da doutrina, como regramentos diretamente violados quando há a utilização do instituto da colaboração premiada. O que se pretende é analisar se realmente há violação desses direitos, garantias e princípios a fim de esclarecer o porquê de o instituto da colaboração premiada ser totalmente válido, legítimo e legal.

2.1 Direito ao Silêncio ou a Não Autoincriminação

A discussão em torno do direito ao silencio e da não autoincriminação se dá, principalmente, porque parte-se da premissa de que para se tornar um colaborador, o acusado tem que confessar que faz parte da organização criminosa, alvo da investigação criminal, deixando de lado seu direito. No entanto, estranho seria que isso não ocorresse, uma vez que o instituto se torna tão inovador e eficaz, exatamente por adquirir informações de alguém de dentro da organização, que

participou da execução dos crimes e que, portanto, conhece todas as nuances e especificidades da criminalidade. Se o acusado não confessasse fazer parte da atividade delituosa, sentido nenhum teria a utilização deste método especial de investigação.

Nesse sentido afirma Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

A razão de ser da colaboração premiada é a busca de provas internas à estrutura delituosa, em tese rígida e compartimentada, valendo-se de pessoa com conhecimento privilegiado exatamente pela condição de ter atuado nessa associação, ou em fatos delituosos por ela cometidos, portanto entende-se desbordar da gênese e razão de ser do instituto admitir sua configuração sem que o colaborador confesse os fatos nos quais tenha atuado. (CAMARGO ARANHA, 2006, p. 132).

Verificamos que a colaboração premiada foi importada de outros países por apresentar bons resultados no combate a organizações criminosas complexas, sendo a colaboração do acusado fator primordial para que isso seja possível, não sendo possível desvirtuar o sentido de tal método de investigação por conta deste princípio constitucional, que não é absoluto, muito menos irrenunciável, sendo totalmente compatível com o nosso ordenamento jurídico a figura da renúncia de determinados direitos ou garantias, o que ocorre no caso do instituto em análise. Maria Luísa Cuerda-Arnau afirma:

Exatamente por ser sujeito processual, o réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional a não colaborar significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor, à imputação. Sendo assim, e acaso não paire dúvidas de que a escolha a colaborar foi feita livremente, a renúncia ao direito insere-se na estratégia processual dotada pelo acusado. (CUERDA-ARNAU, 1995, p. 593).

Por isso a importância da voluntariedade, requisito de validade para a idoneidade probatória do instituto, uma vez que desde que a decisão de colaborar seja livre, torna-se compatível com nosso ordenamento jurídico que o acusado decida abrir mão de seu direito ao silencio ou não autoincriminação.

2.2 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade, dentro das discussões em torno do instituto da colaboração premiada estão diretamente ligados a questão da proporcionalidade entre o fato imputado ao acusado e sua pena, princípio que rege todo o sistema penal. É pacífico que a pena imputada ao réu é sempre proporcional a gravidade do crime que cometeu, no entanto, quando a colaboração premiada entra em cena, esse cenário muda, uma vez que há, assim como ocorre com o direito ao silencio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou não autoincriminação, a renúncia deste princípio, justificada pela necessidade investigativa e punitiva do nosso sistema repressivo.

Este princípio decorre do princípio da proporcionalidade, previsto em nossa Carta Magna e considerado basilar em toda e qualquer relação, seja privada ou pública, regendo inclusive a administração pública em seus atos. Diante disso, o sistema penal tem o dever de considerá-lo, por se tratar de norma constitucional e, portanto, enraizada de normatividade. Nesse sentido, esclarece Augusto Silva Dias:

No substrato da acepção do princípio da culpabilidade, portanto da exigência de proporção entre resposta penal e crime, figura a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, pois punir o agente sem atenção à culpa manifestada no comportamento, mas sim a outros interesses político-criminais, significaria tratá-lo como meio para a obtenção de fins que o ignoram, "violando dessa forma o reconhecimento que lhe é devido como cidadão. Numa expressão oriunda do legado kantiano, significaria tratá-lo como um valor de troca e não como valor em si". (DIAS, 2008, p. 166).

No entanto, devemos analisar, que mesmo princípios constitucionais, na utilização em casos concretos, vez ou outra entram em conflito. Nesses casos há a utilização da figura da ponderação, onde se afasta um princípio para o outro prevalecer, análise feita apenas sob a luz do caso concreto. Na colaboração premiada ocorre o mesmo, principalmente por se tratar de instituto penal incriminador, onde sempre haverá, mesmo fora do contexto da colaboração, a restrição de um direito fundamental, como a liberdade, em detrimento de outro, que homenageie e garanta a repressão penal.

No caso do instituto em análise, parte dos estudiosos que afirmam que a utilização da colaboração viola gravemente este princípio, afirmam isso porque em virtude do prêmio legal oferecido ao colaborador, ele não terá uma pena proporcional ao delito que confessou ter praticado. Isto porque, diante da magnitude dos resultados que poderão ser alcançados, torna-se preferível afastar a aplicação deste princípio para o acusado colaborador, em troca de obter uma série de informações que jamais poderiam ser adquiridas de outra forma, e que levarão a punição de muitos outros envolvidos na atividade criminosa. Fábio Roberto D'Ávila reafirma este entendimento:

Ainda na questão introdutória de esboçar o substrato constitucional da exigência de proporção entre a sanção penal e a gravidade objetiva e subjetiva do fato, o que será importante para as conclusões que seguem, é imperioso tomar-se como referência a máxima da proporcionalidade enquanto ferramenta argumentativa de controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Isso porque as normas penais incriminadoras pressupõem sempre a restrição de um direito fundamental, no mais das vezes o direito à liberdade,

portanto, são resultado de uma ponderação na qual a liberdade é restringida em prol de outros valores fundamentais. (D'AVILA, 2009, p. 70).

Por fim, cumpre esclarecer que além da possibilidade de afastar a aplicação deste princípio, devemos enfatizar que o mesmo se dá, principalmente, no sentido de não permitir uma punição excessiva, sem maiores justificativas em sentido contrário, o que reafirma a total compatibilidade da utilização do instituto da colaboração premiada com essa premissa constitucional.

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL EM FAVOR DO DELATADO: A ISONOMIA

Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988 prevê uma série de direitos, garantias e princípios que protegem o acusado, há também, proteção para aqueles que estão sendo delatados pelo colaborador. Nesse sentido, alguns estudiosos afirmam que as declarações do colaborador, que receberá um prêmio legal, e posteriormente, a condenação de um delatado, que receberá uma pena rigorosa, violaria diretamente o princípio da isonomia, previsto expressamente em nossa Carta Magna e norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

As críticas em torno da violação do princípio da isonomia se dão, principalmente, pelo fato de o colaborador ter praticado, muita das vezes, o mesmo crime que o delatado e, no entanto, receber uma pena muito mais branda, ou até mesmo, um perdão judicial. Isto porque, mais uma vez, trata-se de instituto que necessita de ponderação de princípios para que se possa alcançar seus objetivos de garantismo penal. Destaca-se o entendimento de Carlos Ruga Riva:

A justificação racional que está na base do tratamento não isonômico como motivo real e plausível a justificar a desigualdade sustenta-se na emergência investigativa identificada, sem maior esforço argumentativo, nos delitos cometidos no âmbito de associação criminosa estruturada e orientada à prática de delitos graves; presentes que estão, nessas hipóteses, as características de periculosidade e impenetrabilidade a indicar concretamente impasse na persecução dos demais membros, e graves riscos decorrentes da disfunção repressiva minimamente eficiente. Ou seja, a situação justificadora do tratamento penal diferenciado reconduz-se à situação do estado de necessidade da investigação, o qual se pode manifestar apenas quando presente, além do bloqueio investigativo pela natureza organizada ou associativa do fenômeno criminal, uma singular imposição de prevenção e repressão ela gravidade de crimes que atinjam bens e valores fundamentais. (RIVA, 2002, p. 504).

Podemos perceber que a quebra da isonomia se justifica pelos objetivos que serão alcançados ao fim da persecução criminal, pela renúncia e pela proporcionalidade no tratamento diferenciado, diante da cooperação realizada que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

irá possibilitar a punição de muitos outros criminosos e a interrupção de atividades criminosas que atingem toda a sociedade todos os dias.

3.1 Posicionamento Favorável do Supremo Tribunal Federal a Utilização do Instituto da Colaboração Premiada

Com o passar dos anos, a quantidade de crimes praticados por organizações criminosas aumentou absurdamente, saindo de controle do Estado, que se viu cada vez mais impossibilitado de fazer frente a essa criminalidade por meio dos métodos tradicionais de investigação. Isso porque com o aumento da criminalidade veio também o aumento de formas criminais, da complexidade dessas organizações, o alto nível de organização e sofisticação e, principalmente, a violência, que gerou a chamada lei do silencio, onde se torna cada vez mais difícil conseguir informações de dentro da organização, como a identidade dos chefes, estrutura hierárquica, entre outros.

Em virtude dessa lacuna no sistema penal, tornou-se necessário buscar outros meios capazes de fazer frente e frear a atuação dessas atividades ilícitas, que estão atuando em todos os níveis sociais, em diferentes ramos, colocando em risco a estabilidade política, econômica e social do país e influenciando de forma negativa a vida de todos os cidadãos, com a sensação cada vez maior de insegurança, impunidade e restrição do direito de ir e vir. Por tudo isso, esse problema da criminalidade tem se tornado um dos mais complexos e discutidos em todo o mundo. Vejamos o que nos explica Mario Daniel Montoya:

Múltiplos são os campos de atuação do crime organizado, sendo cada vez mais raro ligar a atuação dessas organizações a somente um tipo de delito. Valendo-se de sua incrível capacidade de adaptação e mutação, a título de exemplo, podem ser lembradas as seguintes infrações penais perpetradas por tais organizações: tráfico de drogas (a mais tradicional das formas de atuação), tráfico de armas, tráfico de órgãos e seres humanos, terrorismo, pirataria marítima, contrabando, exploração da prostituição (inclusive infantil - pedofilia), exploração de jogos de azar (jogo do bicho, bingos, máquinas de caça-níquel, etc.), ciber crimes, crimes contra a administração pública (corrupção pública em todas suas formas, com destaque para as fraudes à licitação), crimes econômicos (como sonegação fiscal, delitos contra o sistema financeiro nacional), lavagem de dinheiro, sequestros, ação de grupos de extermínio, etc. (MONTOYA, 2007, p. 40).

Como é possível verificar, além de toda a complexidade envolvendo a criminalidade organizada na atualidade, temos a variedade de crimes que as mesmas cometem, desde crimes financeiros e fiscais até crimes hediondos, demonstrando a enorme periculosidade das ações dessas organizações, extremamente nocivas a sociedade e que precisam, de forma emergencial, serem combatidas de forma eficaz.

Sobre a multiplicidade de crimes praticados pelas organizações criminosas, não podemos esquecer dos escândalos envolvendo organizações criminosas dentro dos três poderes do Estado, principalmente crimes de corrupção, onde o instituto da colaboração premiada vem sendo utilizado de forma frequente e eficaz, obtendo até o momento, muitas informações que jamais foram reveladas durante décadas. Winfried Hassemer afirma que:

Assim, é lamentável verificar que a maioria dos manuais (de direito e processo penal), salvo raras exceções, passam completamente ao largo de tão relevante questão, tratando o direito penal e processual penal como se ainda se prestassem tão-somente para a denominada criminalidade de massa, olvidando da real e cada vez mais crescente criminalidade difusa, na qual se insere inequivocamente a criminalidade organizada, cujos efeitos para a coletividade são muito mais deletérios, e que reclamam outra forma de atuação e de pensar o direito penal e processual penal. (HASSEMER, 1993, p. 27).

O direito penal e processual penal ficou obsoleto com o passar dos anos, principalmente por não ter evoluído juntamente com a criminalidade, que não mais está restrita a crimes de menor potencial ofensivo e comuns, atingindo um nível elevado e sofisticado de crimes dos mais diversos e praticados, inclusive simultaneamente. Em decorrência disso, houve a necessidade de novos métodos de investigação, dentre os quais se destaca, na atualidade, a colaboração premiada.

Com relação à emergência investigativa mencionada, José Paulo Baltazar Jr. nos explica que:

A situação da emergência investigativa manifesta-se atualmente de forma mais provável na criminalidade organizada, associativa ou difusa, tendo em vista as reconhecidas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar algum efeito diante desses fenômenos criminais, principalmente por terem sido instrumentos apuratórios moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizado pela estrutura individual da lesão, cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individualizado, levando autoridades responsáveis pela investigação e repressão a condicionar a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado à adoção de métodos especiais de investigação e inteligência. (BALTAZAR JR, 2010, p. 170).

A questão a ser analisada com base na ineficiência estatal no combate ao crime organizado é qual seria o meio encontrado pelo Estado para fazer frente a esse problema social, econômico e político. Dentre as diversas opções existentes, a colaboração premiada foi escolhida, principalmente, por já estar sendo usada em outros países, como a Itália, no combate a máfia, com êxito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Devemos esclarecer que a adoção de técnicas especiais de investigação, como a colaboração premiada, só se fazem necessárias em relação a criminalidade organizada complexa, altamente sofisticada e organizada, não se fazendo necessária a utilização de tais métodos para os crimes de massa, totalmente possíveis de serem solucionados por meio dos meios tradicionais de investigação e através do policiamento preventivo e ostensivo, investimento em educação, lazer e cultura e trabalho social de conscientização.

Com relação ao fato de que a utilização do instituto violaria direitos e garantias fundamentais dos acusados, já foi esclarecido que há compatibilidade dos mesmos com o método de investigação em análise, uma vez que esses direitos e garantias são renunciáveis e se justificam perante o resultado a ser alcançado pela persecução criminal. Além disso, devemos nos lembrar que a tutela constitucional não foi feita para tutelar apenas os direitos e garantias dos acusados, mas de toda a sociedade, que nesse contexto da criminalidade, encontra-se em situação de vulnerabilidade extrema. Vejamos o entendimento de Lenio Luiz Streck:

Os chamados deveres de proteção do Estado adquiriram maior consistência dogmática a partir da concepção do princípio da proporcionalidade com uma dupla face ou dupla perspectiva. Para além de postulado de controle da ilegitimidade decorrente do excesso estatal (proibição de excesso), o princípio destina-se também a aferir a inconstitucionalidade quando esta advier de proteção insuficiente de um direito fundamental, falando-se então em uma proibição de insuficiência, que, segundo Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio de proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. (STRECK, 2004, p. 303).

O princípio da proporcionalidade vem para fortalecer todo o sistema jurídico e dar equilíbrio as normas e princípios constitucionais, uma vez que sua aplicação é extremamente ampla e serve, dentro do contexto da utilização do instituto da colaboração premiada, para justificar o afastamento ou renúncia de alguns princípios, por exemplo, para que o uso do método de investigação seja legítimo.

Sobre o princípio mencionado, afirma Gustavo Zagrebelsky:

A constatação do tensionamento do instrumento dos arrependidos com alguns princípios constitucionais, mormente pela possível distorção da dinâmica processual e dos papéis da acusação e defesa, não induz necessariamente ao reconhecimento da ilegitimidade das normas reguladoras do benefício; mas sim ao imperioso juízo de concordância prática com vista a apreciar a compatibilização possível do instrumento, tendo em conta a assunção prévia da ideia de que a dogmática constitucional deve ser como o líquido onde os conceitos mantêm sua individualidade ecoexistem sem choques destrutivos, "sin que jamásun solo componente pueda imponerse o eliminara los demás". (ZAGREBELSKY, 2008, p. 17).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não há nenhum tipo de imposição ao Estado para a adoção de novos métodos de investigação, como o da colaboração premiada, mas sim, consciência por parte da máquina estatal da necessidade de fazer frente à criminalidade organizada, uma vez que a mesma está ameaçando o equilíbrio político e social do país, estando às organizações criminosas tomando conta do todos os âmbitos da vida em sociedade, inclusive dentro dos poderes estatais.

Algumas outras dúvidas que podem pairar sobre questões processuais envolvendo a colaboração premiada, como por exemplo, o fato de o juiz poder ou não homologar o acordo de colaboração em algumas situações, estão sendo enfrentadas por nosso Supremo Tribunal Federal, conforme as problemáticas práticas ocorrem. Nessa situação, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal enfrentou parte dessa questão no Habeas Corpus nº 127.483, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, onde definiu-se, dentre outras questões, a natureza do acordo (um meio de obtenção de prova e não a prova em si) e proibiu-se o uso cruzado de delações para condenar (dois depoimentos de colaborador são insuficientes para afirmar um fato), exigindo-se prova independente; no julgamento da Petição 7074, de relatoria do Ministro Edson Fachin, reafirmou-se a atribuição do Relator (em caso de acordo celebrado perante Juízo colegiado), que poderá, monocraticamente, homologar o acordo sob a perspectiva formal (sem análise de mérito do conteúdo) e a do colegiado, que deverá avaliar, em decisão final, o cumprimento dos termos e a eficácia do acordo para a concessão definitiva dos benefícios.

Como é possível verificar, algumas questões práticas serão avaliadas e definidas conforme a aplicação do instituto acontecer no caso concreto, fato este que já ocorre na análise de outras situações dentro da esfera penal, que ainda não foi capaz de prever tudo e sob todas as óticas e vez ou outra precisa parar e discutir determinado assunto e situação para consolidar um entendimento.

Parece não restar dúvidas quanto à importância e legitimidade deste instituto, principalmente sob a ótica teórica, onde muitas questões polemicas são logo esclarecidas mediante discussões acadêmicas profundas. Na questão prática, muitas serão as questões a serem analisadas e estruturadas, conforme dito anteriormente, principalmente por se tratar de instrumento de investigação relativamente novo e extremamente inovador, sem comparação com nenhum outro método já utilizado.

CONCLUSÃO

A questão da criminalidade organizada, na atualidade, é preocupação latente em praticamente todos os países, os quais estão tendo que lidar com um avanço desenfreado da violência e cometimento dos mais diversos crimes, fenômeno este que levou os poderes estatais e os estudiosos do direito a se questionarem onde o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

poder repressivo ficou para trás para que a criminalidade tenha enraizado de forma tão forte em nossa sociedade e evoluído tão rapidamente e de forma tão complexa.

Após analisar o contexto em que nossa sociedade está vivendo atualmente, refém de uma criminalidade extremamente cruel, dinâmica, sofisticada e complexa, restou justificada a necessidade do Estado em buscar novos métodos especiais de investigação capazes de fazer frente a essas atividades organizadas ilícitas, diante do fracasso dos meios tradicionais de investigação, que se tornaram verdadeiras lacunas do direito, abrindo espaço para que organizações criminosas de todos os tipos se proliferassem.

Dentre uma série de métodos que poderiam ser utilizados, a colaboração premiada, objeto de estudo desta pesquisa, foi trazido para o Brasil, por influência, principalmente, da Itália, que obteve êxito na utilização do método contra a máfia, e atualmente vem sendo amplamente utilizada para entrar no seio das organizações criminosas e obter informações capazes de desfaze-las, entrando na estrutura hierárquica das mesmas, localizando locais onde são realizadas atividades ilícitas e encontram-se produtos provenientes do crime e até mesmo a localização de possíveis vítimas.

Os benefícios na utilização do instituto são inúmeros, destacando-se, principalmente, o fato de ter se tornado possível, a partir do instituto, a obtenção de informações e provas que jamais seriam adquiridas através de qualquer outro meio, por se tratar de pessoa colaboradora com informações privilegiadas. A utilização da colaboração se justifica pela emergência investigativa e se materializa através das ponderações necessárias à sua utilização, por meio do princípio da proporcionalidade, que como demonstrado, é totalmente compatível com nosso ordenamento jurídico, sendo algumas questões processuais analisadas conforme surgirem os casos concretos e, assim, firmados os entendimentos necessários.

A questão de sua compatibilidade com regra e princípios constitucionais, problemática principal para a aplicação do instituto foi superada uma vez que se reconheceu que tais regras e princípios não ao absoluto e que podem ser afastados no caso concreto para viabilizar a concretização de outros direitos e garantias, igualmente importantes, pois sabemos que a Constituição Federal não tem como objetivo apenas a proteção de acusados, mas de toda a necessidade, sendo assim, a importância da proporcionalidade e da ponderação no momento de análise de tais princípios, direitos e garantias e sua forma de aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define a organização criminosa e dispõe sobre a organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maior de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 ago. 2013.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUERDA-ARNAU, Maria Luisa. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Madrid: Ministério de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensívidade em direito penal**: *escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1996.

DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro**: *ambiente, consumo e genética humana.* Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, vol. 65mar. 2007.

HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no estado de direito**. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

IHERING, Rudolf Von. Apud. CERQUEIRA, Thales Tácio P. Pádua. **Delação Premiada**. Revista Jurídica Consulex, Ano XI, nº. 208, 2005.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PENTEADO, Jacques de Camargo. **Delação premiada**. Revista dos Tribunais, vol 848, 2006.

RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazioneprocessuale**. Milano: Giuffrè, 2002. pp. 415-416.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SENNA, Gustavo. O Ministério Público e a colaboração premiada. In: CHAVES, Cristiano e outros. **Delação Premiada e Idoneidade Probatória**. Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal (LGL\1988\3). 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) àproibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normaspenais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, vol. 80, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

[1] Professora Mestre e Orientadora do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/8597777809090859

www.conteudojuridico.com.br

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DO MENOR EM IDADE NÚBIL PARA CASAMENTO: ANÁLISE DA LEI Nº 13.811/19

EROS LOPES NOGUEIRA: Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior Do Amazonas – CIESA

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a dignidade da pessoa humana e a proteção do menor em idade núbil para casamento de acordo com a nova lei Nº 13.811/19. É um tema novo e controverso em nosso ordenamento jurídico brasileiro, o que faz levar a seguinte indagação: A lei nº 13.811/19 restringiu-se a alterar somente o art. 1.520 do código civil. Quais são os seus reflexos quanto aos demais artigos que versam sobre o mesmo? Por conseguinte, a finalidade do presente trabalho é a discussão sobre a proibição do casamento do menor antes da idade núbil e sobre seus reflexos na sociedade, bem como explanar sobre as lacunas que a nova lei traz consigo e por assim, mostras as possíveis soluções para sanar tal erro, e, por fim, aclarar sobre o que fazer quando o casamento for celebrado. Diante do exposto, este artigo tem como método de abordagem o método indutivo e, por este, conclui-se que a nova lei se restringiu à proibir definitivamente o casamento em qualquer hipótese o casamento de menores de 16 anos, proibindo-se assim, o casamento infantil.

Palavras-chave: Menor. Casamento. Idade Núbil. Lei Nº 13.811/19. Dignidade Da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article aims to analyze the dignity of the human person and the protection of the marriage núbil age according to the new law Nº 13.811 /19. It is a new and controversial topic in our Brazilian legal system, This leads to the following question: The law Nº 13.811 / 19 was restricted to alter only art. 1,520 of the civil code. What are your reflections on other articles on the same? Therefore, The purpose of this paper is to discuss the prohibition of marriage of minors before the age of nubile and its reflexes in society, as well as explaining the shortcomings that the new law brings with it, and thus, show possible solutions to remedy such a mistake, and finally clarify what to do when the marriage is celebrated.Given the above, this article has as its method of approach the inductive method and, therefore, it is concluded that the new law was restricted to permanently prohibit marriage in any event the marriage of children under 16 years, thus prohibiting the child marriage.

Keywords: Minor. Marriage. Nubil age. Law Nº 13.811/19. Dignity Of The Human Person

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Foi sancionada a lei que altera o Código Civil e proíbe o casamento de menores de 16 anos de idade (Lei 13.811/19). O código permitia o casamento de menores de 16, desde que autorizado pelos pais, para evitar cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. A mudança partiu de um projeto de lei (PL 7119/17) da ex-deputada Laura Carneiro (RJ), aprovado pela Câmara dos Deputados no ano passado.

O Direito da Família é uma das áreas do Direto Civil que está ligado com a vida das pessoas, já que as pessoas formam estruturas familiares e a elas ficam unidas.

A família é o bem mais importante de uma pessoa, é a parte de nossas maiores felicidades e também muitas vezes a responsável de nossas maiores preocupações. Contudo sem uma família ninguém é completamente feliz. Assim tudo que está relacionado a família é amparado pelo Direito de Família, que é uma parte do direito civil relacionada ao nosso ordenamento jurídico.

No presente artigo vamos tratar da alteração do Código Civil, que proibiu o casamento infantil menor de 16 anos.

Em 12 de março foi publicada a Lei 13.811/2019, que proíbe o casamento de menores de 16 anos, ao atribuir nova redação ao artigo 1.520 do Código Civil, que permitia em caráter excepcional, o casamento de quem ainda não tivesse atingido a maioridade civil. Pelo novo texto do artigo 1.520 do Código Civil está peremptoriamente proibido o matrimônio de menores de 16 anos.

Este artigo trata de pontos relevantes, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando assim, uma maior compreensão pela sociedade da mudança que o art. 1.520 do código civil trouxe para nosso ordenamento. Visando ainda esclarecer e explanar algumas indagações muitos frequentes pela sociedade.

Como objetivo, tem que ser verificados pontos essenciais sobre as lacunas que essa nova lei (lei nº13.811/19) trouxe, bem como situações benéficas que ajudam ou ajudaram os menores que se submetiam a tal fato. Verificando-se então a presença de tal preceito em diversos documentos diferentes, concedendo a criança e ao adolescente uma maior segurança.

Com isso, o presente artigo, revela-se com o seguinte problema: Quais os reflexos jurídicos quanto aos demais artigos do código civil que versam sobre o menor em idade núbil para o casamento. O que se torna possível pelos objetivos específicos citados: indicar as lacunas constantes trazidas pela nova lei nº13.811/19;

verificar as possíveis soluções de seus reflexos; pacificar sobre as consequências caso o casamento seja realizado pós lei; aclarar sobre os efeitos da emancipação do menor.

Estes objetivos específicos decorrem do objetivo geral, a saber: Compreender a aplicação da lei nº 13.811/19 na atuação do caso concreto e verificar a sua efetividade. Para atingir os objetivos e discuti soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, caracterizado pelo raciocínio que um número suficiente de casos particulares.

O método de procedimento consiste na forma mais pratica de realização do método que melhor se ajusta nesta pesquisa, já a técnica de pesquisa tem-se a observância de fatos para posterior descoberta e generalização será decisivo para o método indutivo a qual o tema por sua vez escolheu.

1.DO DIREITO DA FAMILIA: CONCEITO

O direito da família é o ramo do direito que contém um regimento jurídico relacionado a organização, proteção e estrutura da família. É o lado do direito que atua para as relações familiares e para as obrigações e direitos consequentes dessas relações, isto é, o ramo do direito que realiza e determina as normas de convivência familiar.

Nesta parte, no Direito da Família, encontramos o Casamento, que é a união voluntária de duas pessoas que desejam se juntar para a construção de uma família.

Segundo Gonçalves (2010, p 17) comparando se o direito de família a todos os outros ramos do direito, é o que se figura profundamente ligado à própria vida, afinal, as pessoas ao todo são providos de um organismo familiar. Para o autor, família é visto como um instituto de realidade sociológica e compõe a base do Estado, o núcleo principal de qualquer organização social, conforme se demonstra a seguir:

Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2010, p 17).

Ademais, ao longo da evolução histórica, a família vem sofrendo importantes transformações, sendo encarado por alguns povos antigos como um instituto de imensa importância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo o autor Venosa (2007, p3) nas primeiras civilizações como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a família era uma entidade ampla e hierarquizada, sendo hoje quase de âmbito exclusivo de pais e filhos.

Deste modo, a obrigação jurídica com a sociedade modificou, sendo fundamental que a jurisprudência seja o maior aliado das modificações pelo qual a sociedade está vivendo, seja no âmbito da família e do casamento.

Portanto, com a evolução do instituto da família, demonstra-se que as considerações para a construção de uma família mudaram, e é necessário um amparo jurídico legislativo para acompanhar o processo de mudanças do conceito familiar.

Assim, o novo direito de família é conduzido por diversos princípios, que podemos analisar abaixo.

2. CRIANÇA E ADOLESCENTE

Segundo ARIÈS (1981) na Idade Média (476-1453), considerava-se a infância como um período caracterizado pela inexperiência, dependência e incapacidade de corresponder a demandas sociais mais complexas. A criança era vista como um adulto em miniatura e, por isso, trabalhava nos mesmos locais, usava as mesmas roupas, era tratada da mesma forma que o adulto.

Sem o estabelecimento das diferenças entre adultos e crianças, restava para ela o aprendizado das tarefas do dia a dia. Para tal, eram criadas por outras famílias, para que morassem, iniciassem suas vidas e, nesse novo ambiente, aprendessem um ofício. Dessa maneira, a passagem da criança pela própria família era muito breve e as comunicações sociais e as trocas afetivas eram realizadas fora do círculo familiar num composto de homens, mulheres, vizinhos, amos e criados, velhos e crianças.

No início do século XVII, no período denominado Renascimento, a estrutura de ensino é um identificador da ausência de um conceito específico para infância. Não havia instituição escolar e os educadores ministravam aulas em lugares públicos, igrejas, mercados, praças, etc., para grupos de estudantes que não se dividiam por idade.

No decorrer do século XVII, percebe-se o início do processo de escolarização, por meio do surgimento da escola e com ele o início do que mais adiante seria chamado de turma ou série. Neste momento, as crianças foram separadas dos adultos e enclausuradas em espaços, chamados de quarentena.

Mesmo com o aparecimento dessas instituições, o conceito de infância ainda não era claro, não se constituíam etapas de desenvolvimento nem concepção de aquisição de responsabilidade como um processo educacional. Foi no fim daquele

século, que o conceito de infância começou a mudar, em decorrência da Igreja, da família no processo de escolarização, das descobertas sobre as práticas de higiene e de vacinação, que aumentaram a expectativa de vida.

Então, a partir do século XVIII, as crianças começaram a ser reconhecida em suas particularidades, obtendo o seu próprio quarto, alimentação considerada específica e adequada, ocupando um espaço maior no meio social. Nascia a concepção de infância.

Antes, como se viu, a infância era considerada um período de transição sem importância. Agora a família começa a dar ênfase ao sentimento que tem em relação à criança.

Por fim, em 1990, o Brasil criou o Estatuto Da Criança E Do Adolescente – ECA, trazendo assim direitos e deveres da criança e do adolescente, bem como direitos e garantias fundamentais. E o ECA trouxe consigo sua definição de criança e adolescente considerando criança a pessoa com idade inferior a doze anos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

ECA, art.2º considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até 12(doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12(doze) e 18(dezoito) anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplicam-se excepcionalmente este estatuto às pessoas entre 18(dezoito) e 21(vinte e um) anos de idade.

3 .DOS PRINCIPIOS

Os princípios são a base da sustentação da estrutura da norma, ideia genérica de onde pode extrair convicções e opiniões para criação de outras normas.

Se tratando de princípios do Direito da Família, observamos que os mesmos buscam harmonizar a igualdade plena entre os indivíduos, seja no propósito de igualdade entre o casal ou na igualdade de tratamento entre os filhos tidos ou não no casamento. Sendo assim, seguem os que tem maior importância e relevância no Direito da Família:

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus **direitos respeitados pelo Estado**. O principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do Brasil, e significa que é um objetivo a ser cumprido pelo Estado através da ação dos seus governos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio é ligado a direitos e deveres e envolve as condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito a esses direitos e deveres. Também se relaciona com os valores morais porque objetiva garantir que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores pessoais.

O princípio da dignidade humana não é especificamente conceituado no ordenamento jurídico brasileiro, porém, está expressamente previsto na Constituição Federal/88, no artigo 1°, inciso III, que vincula todo ordenamento jurídico a sua direção:

Art.1 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana baseia-se na importância de acompanhar a consciência e o bem-estar de todos, dando ao Estado o dever de garantir aos seus administradores direitos que lhe sejam fundamentais para viver com dignidade.

3.2 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar está previsto no art. 3° inciso I, também da Constituição Federal/88, que tem por objetivo fundamental buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O princípio da solidariedade familiar pode ser observado no Código Civil, em diversos institutos, quais sejam: na responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos (arts. 932, I e 933); na comunhão de vida instituída pela família, com a cooperação entre seus membros (art.1.513); na mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724), na colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567); na obrigação dos cônjuges a concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); na adoção (art. 1.618); no poder familiar (art. 1.630); no regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); no dever de prestar alimentos, devido aos parentes, aos cônjuges ou companheiros que poderão 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 (art. 1.694); no direito real de habitação, presente no art. 1.831, da lei civil, que tem como essência a proteção do direito de moradia do cônjuge supérstite.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse princípio reflete nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais.

Sendo assim, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º, da CF/88) – o que promove também a solidariedade social na ótica familiar.

3.3 Princípio da igualdade entre os filhos

É importante registrar que vigora o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6ª da Constituição Federal. Sendo assim, em regra, não deve existir diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados aos filhos pelo genitor, pois, se presume que a prole possui as mesmas demandas vitais e as mesmas necessidades para o exercício da dignidade da pessoa humana.

Porém, tal igualdade não é absolta, uma vez que é possível o deferimento de percentuais diferentes para cada filho, dependendo da particularidade e da necessidade de cada descendente, por exemplo: o filho portador de alguma necessidade especial poderá receber um percentual ou valor diferenciado em relação ao filho saudável, pois possui uma necessidade específica, o que justifica a distinção, não havendo qualquer ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

3.4 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

Assim como há igualdade entre filhos, a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável.

A Constituição também caracteriza a igualdade entre as partes no que se refere a sociedade conjugal formada pela união estável, casamento. Além do art. 5° da Constituição Federal, o art. 1.511 do Código Civil prevê que, que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges

Os exemplos clássicos que podemos usar aqui nesse princípio para reconhecimento dessa igualdade é o marido/companheiro pode pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1º, do CC).

3.5 Princípio da igualdade na chefia familiar

Pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher num regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar.

No CC o princípio em questão pode ser percebido nos incisos III e IV do art. 1556, dispondo que são deveres do casamento a mútua assistência e o respeito e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consideração mútuos. Complementando, prevê o artigo 1631 que durante o casamento ou união estável compete o poder familiar aos pais. O exercício do poder familiar também vem expresso no artigo 1634.

3.6 Princípio da não intervenção ou liberdade

O artigo 1.513 do Código Civil que define esse princípio, diz: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

A leitura desse texto legal citado acima entende que, o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir forçadamente nas relações da família. Sendo assim, o Estado poderá estimular o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.

3.7 Princípio do melhor interesse da criança

Segundo o caput do art. 227 da Constituição Federal prevê que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. "

Esse princípio também é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3°, 4° e 5°. Sendo assim, o princípio do melhor interesse da criança deve ser compreendido como a razão primária de todas as ações apontadas a população infanto-juvenil, sendo que, qualquer sentido ou decisão, comprometendo referida população, deve levar em conta o que é mais certo e adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, tendo em vista, a proteção integral dos seus direitos.

3.8 Princípio da afetividade

Esse último princípio é apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não contendo a palavra *afeto* na Constituição como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização permanente da dignidade humana.

Para nós, sociedade, o princípio da afetividade é extremamente importante, pois quebra "padrões", trazendo a idealização de família de acordo com o meio social.

3.9.Princípio da função social da família

As relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida que a sociedade também

deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim com outros ramos do Direito Civil.

4.MUDANÇA DO ART 1.520 CC/02 PARA O NOVO ART 1.520, CC PELA LEI Nº 13.811/19

No passado era permitido o casamento de menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez, e o juiz podia suprir o consentimento dos pais para evitar a aplicação de pena ao agressor. Esta excludente abrangia os delitos enumerados nos artigos 213 a 220 do Código Penal. O código civil com sua antiga redação: CC, art. 1.520 - Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art.1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Em 12 de março foi publicada a Lei 13.811/2019, que proíbe o casamento de menores de 16 anos, ao atribuir nova redação ao artigo 1.520 do Código Civil, que permitia em caráter excepcional, o casamento de quem ainda não tivesse atingido a maioridade civil. Pelo novo texto do artigo 1.520 do Código Civil está peremptoriamente proibido o matrimônio de menores de 16 anos. O código civil com sua nova redação: CC, art.1520 - Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observando o disposto no art. 1.517 deste código.

5.QUAL É A IDADE NÚBIL?

O casamento é uma união que produz efeitos jurídicos. Diante disso, o legislador entendeu por bem estipular uma idade mínima para que a pessoa possa celebrar este ato (casar). Isso é chamado de idade núbil (ou capacidade núbil).

A idade núbil consiste, portanto, na idade mínima exigida pelo Código Civil para que a pessoa possa casar.

Vale ressaltar, no entanto, que se a pessoa tiver menor que 18 anos, ela só poderá casar se tiver autorização dos pais.

É o que prevê o art. 1.517 do Código Civil:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

A maioridade civil é atingida com 18 anos completos (art. 5º do CC).

6.AUTORIZAÇÃO POR AMBOS OS PAIS?

Sim, vale ressaltar, mais uma vez, que a autorização deve ser dada por ambos (pai e mãe).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Somente será admitida a autorização unilateral se o outro genitor:

for falecido;

tiver sido declarado ausente; ou

estiver destituído do poder familiar

6.1.REVOGAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO

O pai ou a mãe poderá revogar a autorização que deram, desde que isso seja feito antes da data da celebração do casamento (art. 1.518).

7.O QUE ACONTECE SE HOUVER DIVERGÊNCIA ENTRE OS PAIS? EX: A MÃE AUTORIZOU, MAS O PAI NÃO.

Em caso de divergência, qualquer um dos dois poderá "recorrer ao juiz para solução do desacordo" (art. 1.517 CC art. 1.631, parágrafo único).

Em outras palavras, será possível ingressar com um pedido de "suprimento judicial de consentimento". Trata-se de um requerimento formulado ao juiz em procedimento voluntário pedindo que o magistrado analise a situação e veja se as razões invocadas pelo genitor para negar a autorização são justificáveis.

Se o juiz entender que os motivos alegados não são razoáveis, ele irá autorizar a celebração do casamento mesmo contra a vontade do pai ou da mãe.

8.E SE AMBOS OS PAIS NÃO QUISEREM DAR A AUTORIZAÇÃO? AINDA HAVERÁ ALGUMA CHANCE DE O CASAMENTO OCORRER?

SIM. Aqui também será possível iniciar um procedimento de jurisdição voluntária pedindo o suprimento judicial do consentimento. Veja o que diz o art. 1.519 do CC: a denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

Apesar de a lei não explicitar, a doutrina afirma que esse pedido de suprimento pode ser formulado:

pelo (a) filho (a) que não foi autorizado por seus pais;

pelo outro nubente que quer casar com ele (a); ou

pelo Ministério Público.

9.REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA

Se um ou ambos os pais não autorizarem e o juiz entender que a recusa foi injusta, ele irá autorizar o casamento, expedindo um alvará judicial que será juntado no procedimento de habilitação no cartório de registro de pessoas naturais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um ponto interessante a ser ressaltado é que, neste caso, o casamento terá que ser realizado sob o regime da separação obrigatória de bens (também chamada de separação legal de bens). É o que prevê o art. 1.641, III, do CC: é obrigatório da separação de bens no casamento: III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

10.QUAIS MENORES PODEM CASAR?

Desde o dia 13 de março de 2019 apenas podem casar no Brasil aqueles que já tiverem completado a idade núbil (16 anos), agora que o casamento de menor de 16 anos está terminantemente proibido, nada esclarece a Lei 13.811/2019 acerca de seus efeitos jurídicos. Mas trata-se de casamento proibido e, portanto, ingressa nos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil (lembrando que impedimento e incapacidade não são palavras sinônimas, porque a pessoa pode ter capacidade para casar, mas mesmo assim estar impedida de contrair núpcias, por exemplo, com seu ascendente ou outro parente em proximidade de grau). Permanecendo em vigor o art. 1.517/CC que dispõe que: CC, art. 1517 **-** O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

De outro lado, para os menores que ainda não completaram os 16 anos de idade o casamento está proibido.

11.MENOR EMANCIPADO

Deve ser lembrado que com base nos incisos III, IV, IV, do art. 5º, é possível a emancipação legal de uma pessoa com menos de 16 anos. Contudo, embora a Parte Geral do Código Civil autorize o menor emancipado à prática dos atos da civil, o art. 1.517, da Parte Especial, deve ser lido como uma regra limitadora, uma exceção. CC, art. 1.517 - O homem e a mulher com 16(dezesseis) anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus responsáveis legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Assim, ainda que emancipado para outros atos da vida civil, o menor com menos de 16 anos não poderá casar. Quanto aos menores emancipados com 16 ou 17 anos o casamento continua permitido, sem qualquer alteração.

12.CONSEQUENCIAS SE O CASAMENTO FOR REALIZADO ANTES DOS 16 ANOS OU SEM AUTORIZAÇÃO DOS PAIS E SEM SUPRIMENTO JUDICIAL

Essa questão é polêmica. Pode ser afirmado, de plano, que a consequência é a invalidade (gênero), o problema é definir de qual espécie: nulo ou anulável.

A nulidade pode ser apontada, pois o legislador proibiu expressamente o casamento dos menores de 16 anos e tal vedação pode ser interpretada sistematicamente com o art. 166/CC que dispõe: CC, art. 166 - É nulo o negócio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídico quando: VII - A lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Por outro lado, também é possível defender a anulabilidade do casamento celebrado em tais condições, pois o legislador brasileiro não revogou o art. 1.550, I, II do CC/02, que determina que é anulável o casamento "de quem não completou a idade mínima para casar". CC, art. 1.550 - É anulável o casamento quando: I – De quem não completou a idade mínima para casar; II – Do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal.

Assim, havendo previsão específica na parte dedicada ao Direito de Família no Código Civil, ela deve ser aplicada, afastando a solução prevista na parte geral (nulidade – art. 166/CC).

Embora pareça a mais acertada, esta interpretação também se depara com um grave problema, pois, na sequência do Código Civil, o art. 1.551 dispõe que "não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez". CC, art. 1.551 - Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.

O objetivo deste dispositivo legal sempre foi o de proteger a família constituída de fato, protegendo seus integrantes, sobretudo os filhos concebidos. Ciente da *ratio legis*, fica difícil defender a aplicabilidade do art. 1.551/CC de forma restrita às hipóteses em que os filhos foram concebidos só após a celebração do casamento, afastando-a caso os filhos tenham sido concebidos antes.

A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos poderá ser requerida:

I - Pelo próprio cônjuge menor;

II - Por seus representantes legais;

III - Por seus ascendentes.

13.SÃO INVALIDOS OS CASAMENTOS CELEBRAADOS ANTES DA VIGÊCIA DA LEI Nº 13.811/19?

Não! Os casamentos celebrados até o dia 12 de março de 2019, com base na redação anterior do art. 1.520/CC, são considerados válidos e não serão atingidos pelos efeitos da nova lei, pois, em regra, a incapacidade superveniente de uma pessoa não invalida os atos civis praticados por ela quando era capaz.

14.PODE SER OBTIDA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO DE MENOR DE 16 ANOS?

O tema ainda é muito recente, mas parte da doutrina do direito de família entende que a vedação absoluta ao casamento infanto-juvenil pode vir a

representar medida injusta em alguns casos concretos, aumentando a situação de vulnerabilidade enfrentada pelo casal menor de idade e pelo recém-nascido. Então, ao menos em tese, é possível que a aplicabilidade da norma seja afastada, mediante decisão judicial com declaração incidental de inconstitucionalidade, sustentada em princípios constitucionais protetivos das famílias, das crianças e dos adolescentes.

Agora que o casamento de menor de 16 anos está terminantemente proibido, nada esclarece a Lei 13.811/2019 acerca de seus efeitos jurídicos. Mas trata-se de casamento proibido e, portanto, ingressa nos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil (lembrando que impedimento e incapacidade não são palavras sinônimas, porque a pessoa pode ter capacidade para casar, mas mesmo assim estar impedida de contrair núpcias, por exemplo, com seu ascendente ou outro parente em proximidade de grau).

Sendo regra geral a aptidão para o casamento, tratou o legislador de enumerar as proibições consideradas absolutas do artigo 1.521 do Código Civil, e os impedimentos traduzem a proibição imposta pela lei à realização de um casamento, contudo, se for transposta esta barreira, desavisada ou deliberadamente pelos nubentes, o ordenamento jurídico sanciona as núpcias com decreto de nulidade total, enquanto as causas suspensivas do artigo 1.523, impõem apenas a adoção obrigatória do regime de separação de bens.

Aparentemente, restaria um impasse diante da singeleza da Lei 13.811/2019, que se restringiu a alterar o artigo 1.520 do Código Civil e proibir o casamento de menores de 16 anos, nada referindo, por exemplo, acerca dos reflexos jurídicos dos artigos 1.517, 1.518, 1.519, 1.525, II, 1.537, 1.550, I e II, 1.551, 1.552, 1.553, 1.555, 1.560, § 1°, e 1.641, III do Código Civil, que incontestavelmente se encontram tacitamente derrogados diante do atual artigo 1.520 (Lei 13.811/2019), e do artigo 1.548, II, este também do Código Civil, que afirma ser nulo o casamento contraído por infringência de impedimento e impõe a decretação de nulidade, que inclusive é imprescritível, e pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público (CC, art. 1.549).

15.CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a refletir sobre a temática referente a dignidade da pessoa humana e a proteção do menor em idade núbil para casamento depois do advento da nova lei nº 13.811/19. Há muitos conflitos em relação a esse tema, pois tal lei, apenas se restringiu a modificar somente um artigo do Código Civil, o artigo 1.520 se omitindo assim a respeito dos demais artigos que versam sobre o mesmo.

Em face de discussão, teve-se como problema a seguinte questão: a lei nº 13.811/2019, que se restringiu a alterar somente o artigo 1.520 do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quais os reflexos jurídicos quanto aos demais artigos do Código Civil que versam sobre o mesmo? Como método de estudo, o melhor que se adequa a pesquisa é o método indutivo a qual parte das situações gerais e externas para firmar um entendimento em face do caso concreto.

Diante do exposto, averígua-se que a idade núbil do Brasil continua de 16 anos mesmo com a alteração do artigo 1.520 do Código Civil. Porém, ainda é necessário a autorização dos responsáveis para o acontecimento do casamento dos menores entre 16 e 17 anos.

Ocorreu que tal alteração proibiu de vez em qualquer circunstância o casamento do menor de 16 anos. Persiste, portanto, que mesmo em caso de gravidez não será mais permitido o casamento, mesmo sendo da vontade das partes e em caso de para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal.

Tal alteração é de extrema importância em comparação dos números negativos de pesquisas realizadas em nosso país referentes a abusos, crimes contra as crianças, a decadência na educação, entre muitas outras. Sendo assim, com essa nova mudança, acreditamos em novos números positivos, que valorizem nosso país gerando principalmente bem-estar, segurança e educação as nossas crianças e adolescentes.

EFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, André. **Breves notas a respeito do impacto da lei 13.811/19 que proibiu o casamento de menores de 16 anos de idade**. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njg2OQ==&filtro=10

BRASIL, Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm

BRASIL. **Informativo n. 0628 STJ Publicação: 27 de julho de 2018.** REsp 1.578.848-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018

FARIAS, Cristiano. **A nova regra da impossibilidade de casamento do menor de 16 anos (a nova lei 13.811/19).** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6874/A+nova+regra+da+impossibilidade+de+casamento+do+menor+de+16+anos+%28a+nova+Lei+13.881-19%29

MARTINS, Rafael. **3 gráficos que mostram como a geração Y lida com o casamento.** disponível em: https://www.google.com.br/amp/s/exame.abril.com.br/brasil/jovens-tem-menor-taxa-de-casamentos-em-40-anos-veja-grafico/amp/

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Orientadores do Direito de Família**. 2º edição. São Paulo: Editora Saraiva.

PIERRE, Triboli. **Câmara dos Deputados. Sancionada a lei que proíbe casamento antes dos 16 anos de idade.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/573628-SANCIONADA-LEI-QUE-PROIBE-CASAMENTO-ANTES-DOS-16-ANOS-DE-IDADE.html

PORTAL EDUCAÇÃO. **Histórico do Desenvolvimento da Infância desde a Idade Média até os dias de hoje.** Disponível em: https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/historico-do-desenvolvimento-da-infancia-desde-a-idade-media-ate-os-dias-de-hoje/26666

TARTUCI, Flavio. **Casamento de menores de 16 anos – Lei 13.811/2019.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/03/14/casamento-de-menores-de-16-anos-lei-13-811-19/

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Vol.5. 7º edição**. São Paulo: Editora Método.

TIÉ, Lenzi. **Significado de dignidade da pessoa humana.** Disponível em: https://www.significados.com.br/dignidade-da-pessoa-humana/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 18 RES. N. 181/17-CNMP)

ELOITA BIANCA DA SILVA CASTRO:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

SEBASTIÃO RICARDO BRAGA BRAZ

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise do desenvolvimento da justiça consensual nos conflitos penais, com implemento do acordo de não persecução penal. A finalidade do presente trabalho é a compreensão do novo instituto criado pelo art. 18 da Resolução 181/17-CNMP, seu atendimento aos princípios e garantias constitucionais, aplicabilidade, permissões e vedações, bem como sua efetividade para Justiça Criminal no Brasil. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. O acordo de não persecução penal está positivado na Resolução n. 181/2017 do CNMP com alterações feitas pela Resolução 183/2018 do CNMP. Para este fim, foram utilizadas as Resoluções, a Constituição Federal de 1988, doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo que a Justiça Consensual, desde que disciplinada e aplicada adequadamente, implementa maior eficiência ao sistema penal.

Palavras-chave: justiça consensual; acordo de não persecução penal; princípios constitucionais; sistema penal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the development of consensual justice in criminal conflicts, with the implementation of the agreement of non-prosecution. The purpose of this work is to understand the new institute created by art. 18 of resolution 181/17-CNMP, its compliance with the constitutional principles and guarantees, applicability, permissions and seals, as well as its effectiveness for Criminal justice in Brazil. It was elaborated according to the method of deductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. The non-criminal prosecution agreement is posited in resolution No. 181/2017 of the CNMP with changes made by resolution 183/2018 of the CNMP. To this end, the resolutions, the Federal constitution of 1988, doctrine and articles already published were used. It remains certain that Consensual Justice, since disciplined and applied appropriately, implements greater efficiency in the penal system.

Keywords: Consensual justice; Non-prosecution agreement; Constitutional principles; Criminal system.

INTRODUÇÃO

O processo penal destina-se à resolução de conflitos penais entre o Estado e o particular que se veja acusado pela prática de um crime, ambos com papéis definidos e interesses contrários. De um lado, o Estado, que persegue a punição do culpado em decorrência de sua titularidade do poder-dever de punir (jus puniendi); de outro lado, o particular, a quem interessa o resguardo e asseguração ao direito de liberdade.

A Constituição Federal de 1988, além de garantir ao cidadão o direito ao devido processo legal, garantiu também o direito de ter sua pretensão apreciada pelo Poder Judiciário por meio da tutela jurisdicional, é o chamado direito de ação. A ação penal, portanto, seria o exercício do direito à jurisdição penal, a materialização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV.

Nas últimas décadas, a justiça consensual vem ganhando espaço no Brasil. Várias leis surgiram contemplando institutos fundados no consenso entre as partes para a resolução de conflitos penais, como por exemplo a composição civil dos danos, a transação penal e a suspenção condicional do processo (previstas na Lei 9.099/1995), bem como a colaboração premiada prevista em lei especial.

A Resolução n. 181/17- CNMP implementou um novo instituto consensual, o acordo de não persecução penal, e muitos argumentos se levantaram no sentido de demonstrá-lo como inconstitucional, abusivo ou ainda como desfavorável à política criminal no Brasil, uma vez que sua aplicação implica em mudanças significativas e representa inovação normativa para o Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

A ampliação da justiça negociada no Brasil com implemento de modelos de acordo é inevitável, sobretudo diante à ausência de lei específica nesse sentido e a sobrecarga de trabalho enfrentada pelos Tribunais. Diante disso, o artigo tem como objetivo a compreensão do novo instituto, demonstrando sua funcionalidade, aplicabilidade, permissões e vedações na solução de conflitos penais.

Para atingir os objetivos e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta.

1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Conselho Nacional do Ministério Público, em 07 de agosto de 2017, editou a Resolução n. 181, a qual "dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público", prevendo assim o acordo de não persecução penal, o instituto se apresenta como um negócio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídico-processual, celebrado entre o Ministério Público e o investigado, que autoriza, mediante cumprimento de condições impostas ao investigado, o arquivamento da investigação preliminar.

1.1 Conceito e Finalidade

O Acordo de não persecução penal não possui natureza de norma processual ou de norma penal. Trata-se de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, uma vez que é realizado no âmbito do procedimento administrativo investigatório, dispensa o prévio oferecimento de denúncia ou queixa e não exige uma prestação jurisdicional Estado-Juiz.

1.1.1 Conceito

Negócio jurídico bilateral de eficácia condicionada à homologação judicial, impacta sobre o exercício da ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Implica em confissão voluntária e não exige delação de terceiros.

Regulado pelo art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, o acordo de não persecução penal tem seu fundamento constitucional nos arts. 5º, inciso LXXVIII, 37 e 129, inciso I, da Constituição Federal e base normativa no art. 28 do CPP (que regula o arquivamento das investigações criminais pelas razões que o Ministério Público invocar), no art. 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/1993 e nos arts. 10,12 e 29 da Lei 8.625/1993 (Brasil,1993).

O acordo de não persecução penal é, essencialmente, um arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais, assemelha-se a um termo de ajustamento de conduta, mas no campo criminal, mediante o qual o Ministério Público, como titular privativo do direito de ação do Estado e o suspeito de uma infração penal, com o seu defensor, convencionam o não exercício da ação penal em troca da aceitação pelo investigado de obrigações de fazer, não fazer ou dar.

1.1.2 Finalidade

O acordo tem a finalidade de consubstanciar a política criminal do titular da ação penal pública, conferindo agilidade na resolução das lides, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação burocratizada, centralizada e sigilosa.

1.2 Aplicabilidade

O Acordo de não persecução penal possui natureza subsidiária em relação ao instituto despenalizador da transação penal, sendo aplicável apenas aos delitos de média lesividade e funcionando como um instrumento de justiça restaurativa, ao lado da composição civil dos danos, da transação penal e outros. Além disso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não comporta aplicação quando sua demora possa acarretar a prescrição punitiva estatal.

1.2.1 Requisitos de Admissibilidade

Conforme Resolução 181/17CNMP, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, que será admitido nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima não superior a 04 (quatro) anos, desde que o investigado confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento.

1.2.2 Condições do acordo de não persecução penal

Além dos requisitos de admissibilidade, o investigado deverá cumprir as seguintes condições, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público;

IV – 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;

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

1.2.3 Vedações

Nos termos do §1º, do art. 18, da Resolução 181 do CNMP, 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 econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 05 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida;

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

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O instituto, por sua regulamentação restritiva, independente do quantum da pena, não se aplica aos delitos mais reprováveis, como por exemplo os crimes hediondos e equiparados e os de violência doméstica e familiar contra a mulher.

1.2.4 Consequência do cumprimento e/ou descumprimento das condições do acordo de não persecução penal

O cumprimento integral do acordo implica no requerimento do arquivamento das investigações pelo Membro do Ministério Público. Tal requerimento, se em conformidade com a lei e com a resolução do CNMP, vinculará toda a Instituição, de modo a inviabilizar propositura da ação penal com a finalidade de punir os fatos abrangidos no acordo.

No entanto, havendo o descumprimento de quaisquer das condições estipuladas no acordo, ou não havendo comprovação de seu cumprimento pelo investigado na forma e no prazo estabelecidos, o Membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. O oferecimento da denúncia é uma consequência natural decorrente da desavença de ajuste, ocasião em que ocorre a retomada do caso exatamente do ponto que estava antes da celebração do acordo.

O descumprimento também poderá ser utilizado pelo Parquet como justificativa para, eventualmente, não oferecer a proposta de suspensão condicional do processo.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a implementação do acordo de não persecução penal, muitos argumentos se levantaram no sentido de demonstrá-lo inconstitucional e/ou abusivo.

As alegações se deram, em parte, porque o instituto analisado não foi regulamentado pela via legislativa, mas por meio de Resolução 181/17 - CNMP que, apesar das críticas, constitui meio idôneo dotado de força de regulamento autônomo.

A Resolução trouxe a figura do acordo de não persecução penal como norma mais benéfica aos investigados que podem, através do acordo, evitar ostentar a condição de réu num processo penal, além de terem seus direitos fundamentais ampliados.

2.1 A constitucionalidade do acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal, apesar de muito criticado, é viável e constitucional, uma vez que o Ministério Público, titular da ação penal, possui legitimidade para adotar os critérios que julgar mais adequados à persecução penal, sendo Resolução 181/17-CNMP dotada de força normativa.

O poder investigatório do Ministério Público é tema que observa previsão constitucional compreendido no artigo 129, incisos I, VI, VII, VIII, IX e, ainda, diversas previsões legais, tais como o Código de Processo Penal, a Lei complementar n. 75/1993 e a Lei 8.625/1993. Foi objeto do RE 593.727 estabelecendo a tese que:

> O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

2.1.1 Força normativa das Resoluções do CNMP

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal em seu artigo 130-A, § 2º, inciso I, estabelece que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público "zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências".

Sobre esse poder regulamentar, o STF admitiu a validade de expedição de regulamentos autônomos por parte do CNJ e CNMP dotando as de caráter normativo primário, ou seja, as Resoluções são normas que retiram o seu fundamento de validade do próprio texto constitucional, obedecendo tanto ao processo legislativo inserido na Constituição, quanto aos princípios constitucionais que orientam a sua elaboração.

Dessa forma, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, o Conselho Nacional do Ministério Público conferiu máxima efetividade aos princípios constitucionais, a fim de tornar a persecução penal brasileira mais célere, justa e adequada.

2.2 O acordo de não persecução penal e sua relação com os princípios constitucionais

2.2.1 Princípio da obrigatoriedade da ação penal e princípios da oportunidade

A expansão do direito penal provocou a impossibilidade processual de acusação de todos os crimes descobertos e, com isso, possibilitou a mitigação do Princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O legislador reconheceu a necessidade do consenso. A transação penal, nos juizados especiais, foi uma importante quebra do princípio da obrigatoriedade e, depois, a colaboração premiada, com a possibilidade de acordos de imunidade, na Lei 12.850/13, fortaleceu por completo o exercício da justiça consensual no Brasil. Não há portanto, nesses casos, uma relação de exclusão do princípio da obrigatoriedade, mas, somente, a celebração de acordo com ideia de oportunidade.

O princípio da oportunidade, neste caso, está necessariamente ligado a ideia de intervenção mínima, o qual permite ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer denúncia ou não, ou seja, facilita-se a intervenção penal mínima, sem que seja preciso abandonar o dever de defesa da sociedade.

2.2.2 Princípio do devido processo penal

O princípio do devido processo penal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, determina que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Acordos penais processuais já fazem parte da vida forense desde os anos 1990 para infrações penais de menor potencial ofensivo (composição civil,

transação penal e suspensão condicional do processo) e para crimes graves (delação e colaboração premiada). O acordo de não persecução penal é um híbrido entre a composição civil e a transação penal da Lei 9.099/95 e não viola o devido processo legal, visto que é mero ajuste para o não exercício do direito de ação pelo seu titular.

2.2.3 Outras garantias e princípios constitucionais

O consenso entre as partes contribui para a duração razoável do processo, garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88 e no art. 8.1 da CADH: toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente.

A Resolução 181/17, com o implemento do acordo, buscou claramente aplicar os princípios constitucionais da eficiência; da proporcionalidade; da celeridade e do acusatório nas resoluções dos conflitos penais.

O acordo de não persecução penal é permeado por muitos princípios constitucionais, além de assegurar direitos e garantias fundamentais.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO OPÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL PARA O BRASIL

As medidas adotadas pelo Ministério Público, com a Resolução n. 181/17 – CNMP, visam dotar o sistema penal de maior racionalidade, assegurando resposta rápida aos crimes menos graves, respeitando a ampla defesa e autonomia de vontade do investigado e permitindo ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade à apuração de crimes graves.

Assim opina Balbi (1983, p.37):

> "O tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para o atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção daqueles órgãos."

3.1 O Enfrentamento da sobrecarga de trabalho no Sistema de justiça criminal

O Conselho Nacional do Ministério Público, seguindo a trilha das experiências estrangeiras, viabilizou a possibilidade de celebração do acordo de não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

persecução penal, ocasionando uma mudança da cultura que promete ajudar a justiça brasileira com os problemas enfrentados no Sistema criminal, quais sejam, varas criminais abarrotadas de processos, juízes e promotores sobrecarregados, impunidade e presídios superlotados.

O surgimento desses institutos se dão, precipuamente, pela necessidade de alternativas que minimizem transtornos ocasionados pelo grande número de processos que se amontoam nas varas judiciais criminais, impondo aos ofendidos, com a impunidade, a falta de assistência e reparação dos danos sofridos e, aos acusados, pelo mesmo motivo, a consequência de ter contra si, por prazo longo e indefinido, o peso de uma acusação criminal.

3.2 Problemas decorrentes de um Sistema sem acordo penal

Num modelo de Sistema criminal sem acordo penal, a demora na tramitação processual, o excesso de serviço e a pressa para fazer frente a esse volume de trabalho, resulta em grave efeito colateral: o aumento da injustiça.

Injustiça do Estado, que não consegue cumprir com o seu dever de proteção aos bens jurídicos e, ainda, do próprio processo penal que, enfraquecido pela morosidade, perde sua capacidade de ser materialmente justo.

3.3 A efetividade do acordo de não persecução penal no Direito Processual Penal

Um acordo tempestivo e adequado, inevitavelmente, reforça a ideia de credibilidade e eficiência do Sistema criminal, propiciando o fortalecimento do vínculo de confiança entre os cidadãos e o Estado.

O acordo de não persecução penal torna efetiva e palpável a ideia de reparação da vítima, isso porque o acordo somente é cumprido com a efetiva reparação do dano à vítima, não bastando o mero reconhecimento formal desse dever. Assim, não havendo o pagamento ou a reparação efetiva, o acordo não surte efeitos.

Esse modelo, como se pode ver, oferece uma série de vantagens sociais ao país, conferindo efetividade, agilidade e credibilidade ao sistema penal.

3.4 Da imprescindibilidade de homologação judicial do acordo

O acordo de não persecução penal tem sua eficácia condicionada à prévia homologação judicial. Existe controle sobre a legalidade e adequação do acordo de não persecução penal, uma vez que ele somente pode ser feito na presença do acusado, seu defensor e do Membro do Ministério Público. A celebração do acordo e a confissão são gravadas em áudio e vídeo, devendo, posteriormente, ser homologado pelo juiz, pressuposto necessário à lhe conferir eficácia.

4. CONCLUSÃO

O atraso na tramitação processual, causado pela imposição de dever de processar e julgar todos os casos, acarreta muitos prejuízos à pretensão de justiça, enquanto que um processo célere traz vantagens tanto para a sociedade, quanto para o sentenciado.

O acordo de não persecução penal se apresenta como um dos mais promissores caminhos diante da incapacidade do Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente, todos os conflitos que a ele são levados. O diploma normativo que o implementou se mostra atual em relação ao momento crítico vivido pelo sistema judicial brasileiro, que sofre com problemas estruturais graves no sistema prisional e elevado número de processos judiciais, tornando morosa e ineficiente a prestação jurisdicional.

A regulamentação por Resolução, além de trazer a possibilidade de alívio imediato ao sistema penal, representa um importante "teste drive" para uma eventual futura regulamentação por meio de lei, permitindo aprimoramentos e avalições do que funcionou adequadamente e o que não funcionou.

Portanto, o acordo analisado, sem nenhuma dúvida, é um bom instrumento para a realização dos objetivos políticos-criminais preventivos e de pretensão de justiça, uma vez que uma resposta célere, mesmo que não privativa de liberdade, traz efetividade e credibilidade ao Sistema de Justiça Criminal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Acordo de não persecução penal. 2ª. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CUNHA, Rogério Sanches. Acordo de não persecução penal. 2ª. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal. 14ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2ª. ed. São Paulo, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 13ª. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DISTINÇÃO DOS SUJEITOS ATIVOS DOS TIPOS PENAIS DOS ARTIGOS 313-A E 313-B DO CÓDIGO PENAL

FELIPE MENEZES VALENTE: Graduado em Ciência da Computação - 2011; Graduando em Direito - 2019; Aprovado no exame da OAB XXIX - 2019.

FERNANDO BEZERRA DE OLIVEIRA LIMA[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre os Artigos 313-A e 313-B, enquanto dispositivos jurídicos no que tange aos sujeitos ativos do tipo penal nos crimes cibernéticos no ambiente da administração pública. Para o alcance dos objetivos o trabalho foi dividido em 3 capítulos, onde são analisados o Administração pública, a figura do funcionário público, os Artigos supracitados e as conclusões acerca da temática proposta. Como metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem qualitativa do tema, garantindo assim, relativa importância acadêmica ao trabalho.

Palavras-chave: Crimes contra Administração Pública; Sujeitos Ativos; Artigos 313-A e 313-B.

ABSTRACT: The present work has articles 313-A and 313-B, as legal provisions regarding active subjects of the criminal type in cyber crimes in the public administration environment. In order to achieve the objectives, the work was divided into 3 chapters, where the Public Administration, the public official figure, the aforementioned Articles and the conclusions about the proposed theme are analyzed. As a development methodology, a bibliographic research was carried out in the pertinent literature collection, with a qualitative approach to the theme, thus ensuring, relative academic importance to the work.

Keywords: Crimes Against Public Administration; Active Subjects; Articles 313-A and 313-B.

INTRODUÇÃO

Quando nos deparamos com o termo “serviço público” percebemos que não é necessária uma análise demasiadamente profunda para que possamos entender que se trata de uma prestação de serviço, por parte do poder estatal, do poder público, para a sociedade, para a coletividade, em prol de garantias e práticas

efetivas de seus direitos e também na segurança de que cada particular cumpra seu dever dentro da esfera social.

É sabido pela sociedade em geral, que o serviço público tem suas burocracias, o que a meu ver, acaba por favorecer em completo a prática de crimes por funcionário público, pois em um sistema muito denso de exigências, cheios de requisições e possibilidades, se torna uma tarefa quase impossível conseguir fiscalizar cada ato e conduta tomada por um funcionário, sendo assim, a prática de crime de funcionário público contra administração pública tem se tornado algo corriqueiro.

Além do fato de que os próprios prestadores do serviço público podem, pela posição que ocupam, cometer crimes contra a administração pública, há hipóteses de crimes de particulares cometido contra a administração pública. Destaca-se neste contexto a pratica dos crimes chamados "cibernéticos", por isso os Artigos 313-A e 313-B têm como objeto jurídico a proteção de banco de dados de administração pública, caracterizando-se por inserir ou facilitar a inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública.

O crime próprio, sendo assim, só pode ser cometido por funcionário público, o qual é seu sujeito ativo, seu sujeito passivo é o Estado e pessoas que eventualmente se prejudiquem pela conduta. A Ação penal é pública incondicionada.

Perante tais condutas, que acabam por ser normais nos dias atuais, o direito penal fez bem em tutelar aquilo que mais importa: A administração pública. O Código Penal passou a prevê crimes praticados tanto pelos próprios funcionários públicos quanto pelos particulares, para que a função, o objetivo e a finalidade do serviço público não sejam perdidos e desvirtuados.

1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que procuram satisfazer as necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, entre outras. Podemos dizer que administração pública é a gestão dos interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, sendo dividida em administração direta e indireta.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Administração Pública divide-se em dois sentidos: em sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (DI PIETRO, 2003, p. 69).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A administração pública tem como objetivo trabalhar em favor do interesse público e dos direitos e interesses dos cidadãos que administra. Ela está organizada de forma a reduzir processos burocráticos. Também é comum existir a descentralização administrativa, no caso da administração pública indireta, que significa que alguns interessados podem participar de forma efetiva na gestão de serviços.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO BEM JURÍDICO

A concretização do modelo de bem jurídico, precisamente o bem jurídico-penal, se estabeleceu pelo abandono do ponto de partida individual do delito como lesão de um direito subjetivo em favor de uma ampliação a um bem jurídico não necessariamente subjetivo, por meio de um progressivo processo de abstração da vítima individual. Este fato se deu ao se conceber vida ou a propriedade da vítima concreta como objeto de ação, entendendo o bem jurídico "vida" e "propriedade" de modo meramente abstraído e institucionalizado em detrimento da vítima concreta.

Um dos primeiros autores a usar o termo bem jurídico penal foi Karl Binding, positivista, entendendo que o crime seria a lesão a um direito subjetivo do Estado, sendo o bem jurídico aquilo que a lei estabelecesse neste sentido. (REALE JR., Miguel. 2009).

O Direito Penal figura como um dos mais importantes sistemas de controle social institucionalizados dentre os existentes. Busca, por meio da proteção de bens jurídicos, a pacificação e a viabilidade social. No entanto, uma vez inserido em um Estado Democrático de Direito, sua atuação somente pode ser considerada legítima quando voltado à missão que o fundamenta: a proteção de bens jurídicos-penais.

O bem jurídico aqui trabalhado é um objeto tutelado em relação aos delitos do Título XI do Código Penal "Dos Crimes Contra a Administração Pública", onde é do interesse público concernente ao normal funcionamento e prestígio da Administração Pública, em sentido amplo, tendo em vista a probidade, desinteresse, capacidade, competência, disciplina, fidelidade, segurança, liberdade, decoro funcional e respeito devido à vontade do Estado, em relação a determinados atos e relações da própria Administração Pública.

Segundo Aníbal Bruno (2003, p.27), os interesses administrativos fazem objeto de preceitos penais. Na verdade, o Direito Administrativo precede a atuação do Direito Penal pela atividade da polícia, com a função de prevenir os fatos puníveis.

Tanto o Direito Penal como o direito de mera ordenação tutelam bens jurídicos, mas só o Direito Penal e não o direito de mera ordenação, tutela bens jurídico-penais, onde se descortina aquela particular relação com a ordem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

axiológica jurídico-constitucional que faz de simples bens jurídicos, bens jurídicos dignos de tutela jurídico-penal.

1.2 O FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Necessariamente, para a prática de qualquer delito ou conduta prevista no art. 313-A, "inserção de dados falsos em sistema de informações" e no artigo 313-B, "modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações", é mister a conduta de um agente que tenha a qualidade de funcionário público, por isso este trabalho requer uma explanação sobre este sujeito e sua responsabilidade penal.

O artigo 327 do Código Penal vigente conceitua, para fins penais, o funcionário público, considerando-o como:

> Todo aquele que exercer, de algum modo, a função pública ou qualquer cargo ou emprego público, mesmo em caráter transitório e independentemente de remuneração.

Desse modo, cargos públicos seriam aqueles criados pelo legislador, com número determinado de funcionários, com despesas diretas pagas pelos cofres públicos. Já emprego público, seriam os servidores contratados através das normas constantes na CLT o em regime especial. E, por fim, o agente que ocupar outra função na Administração Pública que não se enquadrar em cargo ou emprego público.

Estabelece ainda que funcionários de entidade paraestatal serão funcionários públicos equiparados, assim como em empresas que prestam serviços à Administração Pública conveniadas ou contratadas. Ou seja, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações, assim como concessionárias e permissionárias (Bitencourt, 2013).

Logo, diferentemente do direito administrativo que estabelece critérios específicos para emprego, cargo ou função pública, no Direito Penal, basta que o sujeito esteja exercendo um múnus público para que a imputação ocorra, sem distinção de hierarquia ou subordinação.

Insta mencionar que o agente no crime de peculato deve estar no exercício das suas funções, isto é, não caracterizará como crime funcional se a investidura não ocorreu (antes de assumi-la) ou em momento posterior à ocupação no cargo. Do mesmo modo o funcionário público exonerado, aposentado, licenciado ou ainda, se no momento da ação, esteja fora da função pública, como período de férias, após o expediente de trabalho etc.

Para os crimes praticados contra a Administração Pública, é essencial que o núcleo do tipo seja realizado por algum funcionário no pleno exercício funcional. São crimes que admitem o concurso de agentes, coautoria e/ou participação, ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que particular (crime próprio). Ressalvando-se quando a infração for de mão própria ou atuação pessoal (Hungria, 2010).

Logo, se qualquer pessoa, tiver a intenção de praticar um crime funcional, desde que tenha conhecimento da circunstância e aproveitar-se da condição do outro por ser funcionário público, ambos responderão por um dos tipos previstos no capítulo em análise em concurso. Aplicando-se a regra prevista no art. 30, do Código Penal: "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Segundo Nucci (2005) se pessoa estranha à função pública, desconhecer a qualidade subjetiva de outrem, haverá exceção pluralística à teoria monista e o funcionário responderá por crime funcional e o particular pela conduta criminosa que se enquadrar sua ação, não sendo imputada a mesma infração penal no tocante à culpabilidade. Ressalta-se que excepcionalmente a teoria pluralista é adotada no Direito Penal brasileiro.

2. DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

As denominações quanto aos crimes praticados em ambiente virtual são diversas, não há um consenso sobre a melhor denominação para os delitos que se relacionam com a tecnologia. Entre outros, temos crimes de computação, delitos de informática, abuso de computador, fraude informática, em fim, os conceitos ainda não abarcam todos os crimes ligados à tecnologia, e, portanto, deve-se ficar atento quando se conceitua determinado crime, tendo em vista que existem muitas situações complexas no ambiente virtual.

Segundo Chaves (2003, p.97) cibernética é a "ciência geral dos sistemas informantes e, em particular, dos sistemas de informação." Sendo a ciência da comunicação e dos sistemas de informação, parece o termo mais amplo, e apropriado, a denominação dos delitos tratados nesse trabalho de crimes cibernéticos.

2.1 ARTIGO 313-A DO CÓDIGO PENAL

O artigo 313-A do Código Penal Brasileiro foi inserido pela lei 9.983/2000 que trata dos crimes contra o sistema previdenciário. Como é comum no Brasil, muitas leis surgem após acontecimentos de grande repercussão, a edição da referida lei foi feita durante um escândalo no sistema previdenciário.

O Projeto de Lei 933/99 foi resultado da MSC 624/1999 (Poder Executivo) que criava o artigo 312-A e assim dispunha:

Inserção de dados falsos em sistema informatizado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 312-A. Inserir o funcionário autorizado ou facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da previdência social com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano à previdência social: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Verifica-se que o crime estava diretamente conectado com a previdência social e o seu sistema de dados e estava atrelado ao crime de peculato (artigo 312).

A modificação ou alteração não autorizada de sistema informatizado, por sua vez, seria prevista no art. 319-A e, portanto, relacionado ao crime de prevaricação e assim dispunha:

> Art. 319-A. Modificar ou alterar o funcionário sistema ou programa de informática sem autorização ou solicitação da autoridade competente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> Parágrafo único.
>
> As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a previdência social ou para segurado ou contribuinte.

O PL 933/99 recebeu oito emendas, e sua redação final, após os vetos presidenciais resultou na Lei 9.983/2000 que passou a dispor os crimes da seguinte forma:

> Inserção de dados falsos em sistema informatizado
>
> **Art. 313**-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Como pode ser observado, o crime deixou de fazer referência ao sistema previdenciário e passou a ser aplicado a toda administração pública. Também deixou de estar atrelado ao de Peculato (Artigo 312 do Código Penal) para estar debaixo do crime de Peculato mediante erro de outrem (Artigo 313 do Código Penal). O que seria o novo artigo 319-A, como visto acima, passou a ser o artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

313-B, com a seguinte redação: Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (Estefam, 2011).

O art. 313-A é crime próprio e formal. Exige que seja praticado por funcionário público autorizado e basta que se dê a inserção ou modificação dos dados para que seja consumado. Por ser formal, a intenção do agente é presumida a partir de seu próprio ato.

Os crimes cibernéticos ou de informática podem ocorrer de três formas. Contra o computador ou sistema informatizado, como ocorre nos ataques de hackers e no caso do art. 313-B, como também pode ser praticado com o uso do computador, que seria o caso do art.313-A ou ainda tendo o sistema de computação como local para armazenamento de evidências de outros crimes. Este é um conceito internacionalmente aceito e aplicado em diversos países, o que inclui os Estados Unidos.

Em se tratando do art.313-A, afirmar que pelo fato de ter sido alguém beneficiado por dinheiro ou qualquer benefício, o transforma no responsável pela inserção ou alteração de dados, é assertiva que somente pode ser realizada após perícia de computação forense.

Nos crimes de informática, tanto o art.313-A como o art.313-B, devem ser assim enquadrados, é fundamental que seja periciado tanto o computador como o sistema. Sem esta análise, nada pode ser dito. Imaginemos uma situação onde determinados servidores de um órgão público tenham sido favorecidos com benefícios indevidos. Diversas situações podem ter causado tal irregularidade. Um erro de sistema, a digitação incorreta, a inserção acidental de informações indevidas, a inserção de dados falsos de forma dolosa propriamente dita, dentre outras possibilidades (Ferreira, 2007).

O fato de terem sido beneficiados não significa de forma alguma que tenham sido os responsáveis pela inserção falsa ou mesmo que tenha havido o concurso de pessoas no cometimento do crime.

O corpo de delito nos crimes de informática (qualquer crime em que o sistema de informatização tenha sido utilizado, incluindo o art. 313-A) é o sistema de computação ou o computador do servidor acusado de ter cometido o crime. É ali que serão encontradas as evidências do crime, se tiver ocorrido, bem como quem os cometeu.

Para Gonçalves (2011) se existe um crime, onde é possível encontrar com alto grau de certeza os culpados, com base no exame pericial, são os crimes que envolvem a computação, pois todos os passos são registrados, tanto na máquina como no sistema. No caso do art. 313-A, a premissa básica é de que tenha sido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

praticado por servidor autorizado. Apenas a perícia pode confirmar ou refutar tal afirmação.

2.1.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A persecução penal deste tipo de infração penal é complexa, uma vez que para comprovação da materialidade exige-se o exame de corpo de delito. É um crime que deixa vestígio, de modo que a prova pericial revela-se inexorável para lastrear a existência do fato típico.

O Código de Processo Penal no Art. 158 dispõe que "Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado"

O art. 167 do CPP prevê que: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Em se tratando da investigação do crime previsto no art. 313-A, tal possibilidade só poderia ser encontrada, se o computador tiver desaparecido, destruído e o sistema de computação, danificado a ponto de não permitir a sua auditoria, algo extremamente improvável e quase impossível de ser obtido. De qualquer forma, nos termos do CPP, não tendo havido exame de corpo de delito e nem o testemunho de quem tenha presenciado o crime, fica caracterizada a nulidade do processo, nos termos do art. 564:

> *Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
>
> *III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:*
>
> *b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;*

A exigência do exame de corpo de delito não contraria o princípio da liberdade de livre convencimento do juiz prevista no art. 182, mas é condição para que o juiz possa aceitar no todo, em parte ou descartá-lo como prova (Gonçalves, 2011).

O primeiro passo na perícia forense de informática é verificar se de fato houve crime. Qualquer usuário ao acessar um sistema precisa ser identificado, autenticado e autorizado para que possa efetuar qualquer alteração. Todo sistema informatizado funciona desta forma no serviço público. O servidor deve se identificar inserindo seu número de ponto, nome ou e-mail, seguido de senha, que é a autenticação (Paesani, 2005).

O sistema de autenticação do usuário visa garantir que de fato, o usuário é quem ele afirma ser. Pode ocorrer através de diferentes fatores, como a biometria,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uso de crachás, senhas ou pins, bem como o local onde o computador está sendo acessado.

Toda informação desde o ingresso da identificação e senha do servidor passam a ser registradas, o que inclui a hora, data e local de acesso (computador utilizado). Estas informações podem ser obtidas através de relatório do sistema e mesmo que o computador não esteja disponível, contudo, uma vez que o usuário tenha acessado o sistema (log in), todos seus passos estarão ali registrados.

De acordo com Sêmola (2014 p.41), "podemos definir segurança da informação como uma área de conhecimento dedicada à proteção de ativos da informação contra acessos não autorizados, alterações indevidas ou sua indisponibilidade."

Uma vez que o servidor público tenha sido autenticado, o sistema vai verificar se ele está autorizado ou não a realizar uma série de procedimentos, o que inclui a inserção ou alteração de dados. É o chamado princípio do "privilégio mínimo". Este é um conceito criado na década de 1970, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos e que estabelece que todo servidor deve ter o mínimo de privilégios de acesso ao sistema, necessário para a realização de suas funções (Ferreira, 2007).

Assim, para que a primeira parte do art.313-A seja de fato estabelecida, qual seja, "inserção de dados falsos, por funcionário autorizado", se faz necessário que sejam conhecidas e devidamente provado que o servidor acessou o sistema e foi identificado, se ele foi devidamente autenticado e estava previamente autorizado para realizar a inserção ou alteração dos dados.

A segurança da informação tem um grande desafio, conscientizar o setor humano sobre sua importância, como ressalta Ferreira e Araújo (2014, p.89), "os colaboradores devem manter suas senhas como informação confidencial. Não deve ser permitido compartilhá-las, nem acessar sistemas de outros colaboradores sem autorização expressa".

Tal comprovação, como já dito, apenas pode ser realizada através de perícia de informática. Qualquer outra afirmação, não possui respaldo técnico-científico. No entanto, tal informação é de extrema relevância e fundamental para que a denúncia seja aceita e que o processo possa ser devidamente instruído por não ter havido crime, mas um erro de sistema, a inserção ou alteração dos dados pode ter sido realizada por funcionário não autorizado e neste caso, o crime não seria o previsto no art. 313-A, mas o de falsidade ideológica (previsto no Art. 290), uma vez que os arquivos digitais são documentos públicos, pode acontecer de o sistema ter sido intencionalmente modificado para que a ação criminosa pudesse ser realizada e neste caso, o crime seria o previsto no art.313-B (Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações), ou o crime cometido pode ter sido o

previsto na Lei 12.737/12 que dispõe sobre crimes de delitos informáticos, previsto no Art. 154-B.

Assim, apenas se devidamente comprovado por perícia, a inserção ou alteração de dados por funcionário autorizado, a primeira parte do art.313-A pode ser sanada. Não há nem que se falar em concurso de pessoas, se o funcionário público autorizado não tiver acessado o sistema ou facilitado o acesso e a não realização de exame de corpo de delito, deve ser causa de nulidade da ação penal.

2.2 ARTIGO 313-B DO CÓDIGO PENAL

O artigo 313-B do Código Penal prevê a norma incriminadora que tutela a adulteração dos próprios sistemas de informações, e recebe o *nomen juris* de Modificação ou Alteração Não Autorizada de Sistema de Informações.

> *Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:*
>
> *Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.*

A composição do crime do artigo 313-B, por meio da sistematização das elementares delitivas, ocorre de forma semelhante à do crime anteriormente tratado. A distinção mais significativa entre tais delitos é que naquele pune-se a inserção ou facilitação para inserção, alteração ou exclusão de dados, enquanto neste o que se coíbe é a conduta física de se modificar a programação informática dos sistemas de dados (FRANCO; STOCO, 2007).

Bitencourt (2009, p. 1000) justifica a pertinência na norma na legislação contemporânea:

> Nos tempos atuais a utilização da informática passou a ser indispensável em qualquer atividade pública ou privada, sendo necessário, por evidente, que o próprio direito penal fosse chamado a coibir a prática de determinadas condutas, ante os graves danos e irreparáveis prejuízos que o seu mau uso pode produzir na sociedade, agigantando-se na mesma proporção da grandeza das instituições, públicas ou privadas, nacionais ou internacionais. Por outro lado, a facilidade do seu uso lícito dessas máquinas está diretamente ligada à facilidade também de sua adulteração, modificação ou simples alteração, que precisa ser eficazmente combatida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por vezes a vituperação aos dados das bases governamentais ocorre de acordo com os parâmetros de programação e acesso do sistema de informações, ou seja, o funcionário autorizado facilita o acesso ao sistema por meio de seu protocolo de acesso, sem violação à programação informática em si do sistema. Nesta situação, há a ocorrência de um fato típico, nos termos do artigo 313-A do Código Penal.

Muito embora, em outra perspectiva, a violação poderá ser encetada de modo diverso. Quando um funcionário público, autorizado ou não, desfragmenta ou adultera a própria programação informática do sistema de informação, haverá a adulteração de dados por meio da violação do sistema que os operacionalizam para consulta e recuperação. Deste modo, a conduta dar-se-á de forma ilícita ao próprio sistema, sendo também penalmente típica, conforme a previsão do artigo 313-B do CP.

Segundo Prado (2001, p. 377), os núcleos da conduta "modificar" e "alterar" ostentam ligeira diferenciação em seus sentidos, concebendo o primeiro como adulteração total e o segundo como uma mudança parcial nos códigos de programação:

> Embora os dicionários apontem tais palavras como sinônimas, denotando um sentido de mudança, observa-se que, no sentido do texto, a ação de modificar expressa uma transformação radical no programa ou no sistema de informações, enquanto na alteração, embora também se concretize uma mudança no programa, ela não chega a desnaturá-lo totalmente (Prado, 2001, p.377).

O legislador olvidou-se de mencionar a propriedade do sistema de informações ou programa de informática como sendo da Administração Pública (tendo-o feito no artigo 313-A), o que possibilita que seja imputado o delito ao funcionário público que adultere todo e qualquer tipo de sistema/programa, ainda que de particular.

Levando em consideração tal aspecto, o bem jurídico tutelado sofre ligeira modificação, a saber, o que a norma penal tutela diretamente neste caso é a incolumidade dos próprios sistemas de informações e programas de informática que tenham uso e acesso os servidores da Administração Pública. Por sua vez, indiretamente a tutela penal recai sobre a proteção dos próprios dados armazenados em tais sistemas, nos termos da exegese do crime anteriormente analisado (Capez, 2007).

Note-se que o tipo incriminador não faz qualquer exigência quanto à finalidade específica da subtração/adulteração de dados, bastando apenas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inequívoca intenção de modificar o programa informático. Outrossim, a modificação do programa ou sistema deverá ser realizada de modo injustificado, a saber, sem autorização ou solicitação da autoridade competente, consubstanciando o elemento normativo do tipo. Jesus (2010, p. 177) ratifica a importância da tutela penal: "Por isso, não havendo tal aquiescência, a conduta é punida, tanto mais por se levar em consideração que tais informações, muitas vezes, encerram sigilo e interesses estratégicos do próprio Estado".

Outro aspecto que merece destaque é acerca da amplitude da incidência da norma. A opção legislativa, no que tange no artigo 313-A foi a de reprimir tão somente o funcionário administrativamente autorizado a realizar a manipulação das bases de dados e sistemas de informações (uma das razões pelas quais se justifica a penalidade mais acentuada), ao mesmo tempo retirando tal exigência do delito previsto no artigo 313-B.

No que tange ao elemento normativo do tipo, Bitencourt (2009, p. 1001) esclarece que a expressão "sem autorização ou solicitação de autoridade competente":

> Constitui elemento normativo especial da ilicitude [...]. A falta de autorização ou solicitação não representa mera irregularidade administrativa, mas constitui a própria ilicitude da conduta, representando um elemento normativo constitutivo negativo do tipo penal.[...]

Enfim, qualquer das condutas - modificar ou alterar - deve ser realizada sem autorização ou solicitação de autoridade competente. Significa dizer que a existência de autorização ou solicitação de autoridade competente não só afasta eventual ilicitude da conduta, como também afasta a própria tipicidade. Sintetizando, como o dolo deve abranger todos os elementos que compõem a figura típica, e se as características especiais do dever jurídico forem elemento determinante da tipicidade concreta, como é o caso, a nosso juízo, o erro sobre elas deve ser tratado como erro de tipo, excluindo, logicamente, a tipicidade.

Entendeu o legislador em reprimir com maior austeridade a violação direta aos dados e de maneira mais amena a adulteração do próprio sistema que armazena ou operacionaliza tais informações. No crime em análise, observa-se que sua penalidade é apenas de detenção de 3 meses à 2 anos e multa, não constituindo o dano como elementar do tipo, mas sim como exaurimento e eventual causa de aumento de pena (nos termos do § único), se efetivamente comprovada.

Franco e Stoco (2007, p. 1449) afirmam que a causa de aumento de pena deverá só poderá ser aplicada em caso de efetiva comprovação do dano causado, não podendo ser presumido através da mera modificação do programa ou sistema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Como se verifica, o resultado danoso da ação delituosa não constitui elementar do crime, nem exsurge como condição para a realização do tipo. Atua como causa de aumento de pena.
>
> O aumento de pena só encontra justificação quando do exaurimento do crime, posto que essa majoração só ocorrerá quando houver efetivo prejuízo tanto à Administração como para o administrado, ou seja, um ou outro. Esse dano deve ficar plenamente demonstrado, não podendo ser presumido em hipótese alguma, nem inferido pelo só fato da alteração no software.
>
> Está-se falando de dano efetivo e real, e não hipotético ou presumido.

Hipoteticamente o funcionário público com a finalidade de inserir, facilitar a inserção de dados falsos; alterar ou excluir dados verdadeiros, poderá se valer da adulteração do programa informático ou do sistema de informações. Neste caso, em tese, há a ocorrência da prática de ambos os ilícitos (art. 313-A e 313-B). Não obstante, nesta situação este último configurar-se-ia como crime meio para a execução do primeiro, desembocando na consunção penal e consequente absorção do delito meio pelo delito fim.

Em outra perspectiva, a fraude aos sistemas de informações poderá se dar através de outras condutas não previstas em lei. Por meio da adulteração do programa de informática ou banco de dados, é possível configurá-los para que não mais registrem as informações capturadas e indexadas.

Partindo de tal premissa, o autor do delito poderá, por exemplo, modificar o sistema de multas de determinado órgão público, de modo que este não armazene as autuações aplicadas pelos agentes fiscalizatórios desta instituição. Assim, ao invés de encetar a indevida exclusão das multas registradas, o funcionário modifica o sistema para que tais penalidades não sejam registradas (Delmanto, 2011).

Diante de tal situação há a impossibilidade da aplicação do artigo 313-A, pois o agente não veio a realizar qualquer uma das condutas nele previstas (inserir, facilitar a inserção, modificar ou excluir). Este expediente confere ao agente a possibilidade de, ao arrepio da lei penal, obter vantagem indevida de forma semelhante a aquela prevista no artigo 313-A, violando o mesmo bem jurídico que a lei penal pretende tutelar, sem, contudo, a subsunção típica de sua conduta ao tipo penal do crime mais grave.

A exigência legal da preexistência dos dados nos sistemas de informações ou bancos de dados governamentais exclui a imputação do agente que apenas

modifica, ainda que indevidamente, a programação informática destes sistemas, posto o agente não estar inserindo, alterando ou excluindo dados preexistentes, mas tão somente impedindo o registro de novos dados inexistentes à época da conduta. Desta feita, a imputação penal recairá sobre o delito do artigo 313-B, que ostenta penalidade mais branda em relação à do crime do artigo 313-A.

Uma análise comparativa dos dois artigos (Art.313-A e 313-B) já deixa clara a infelicidade do legislador na elaboração da lei. O art.313-B é muito mais grave que o anterior. Se um sistema de informações ou programa de informática é alterado, não há que se falar em culpa, mas tão somente em dolo. Pode por exemplo ser criado um programa que cause danos graves à administração ou que permita o desvio de grandes somas de dinheiro. No entanto, a pena máxima é de 02 anos, podendo ser aumentada de um terço até a metade se causa danos à administração pública.

3. TIPO PENAL

O tipo penal consiste em um conjunto de elementos de um fato punível descrito na lei penal. É uma construção abstrata do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Cada tipo tem as suas características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros.

O tipo, é o modelo padrão de conduta que o Estado, por meio da lei, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós. A palavra tipo, na lição de Cirilo de Vargas, "constitui uma tradução livre do vocábulo Tatbestand, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina corpus delicti. Podemos dizer que o tipo é a descrição precisa do comportamento humano, feita pela lei penal."

3.1 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O sujeito ativo poderá ser somente o funcionário no exercício do cargo, autorizado ou não ou que tenha obtido solicitação da autoridade competente para a finalidade de alterar sistema de informações ou programa de informática.

Por se tratar de crime funcional próprio, apenas poderá ser sujeito ativo do delito o funcionário típico ou por equiparação. Assim, entende-se como funcionário para efeitos penais, o conceito previsto de funcionários públicos do artigo 327 do Código Penal, ele visa não proteger o estado em si, mas o funcionamento dos poderes (legislativo, executivo e judiciário).

Para o direito administrativo, o funcionário público é o concursado com funções determinadas em lei, já para o direito penal, contudo, de acordo com o artigo 327, é toda pessoa que está investido em cargo público, emprego público e função pública, transitoriamente ou sem remuneração alguma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Maria Sylvia Zanella di Pietro firma que "são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos". (Di Pietro, 2003)

O sujeito passivo é o Estado. Admite-se como sujeito passivo secundário, o particular, na hipótese do dano a terceiro. O sujeito passivo é o Estado, mas sobretudo a Previdência Social (Monteiro, 2000).

Convém distinguir que se o objeto material for de natureza pública, o sujeito passivo será o Estado ou outra entidade de direito público (Estado-Membro, Município, entidade paraestatal etc.).

3.2 TIPOS OBJETIVO E SUBJETIVO

O tipo penal visa proteger o sistema de informações e programas de informática da Administração Pública. São duas as condutas incriminadoras:

a. *modificar (mudar, transformar de maneira determinada) sistema de informações ou programa de informática;*

b. *alterar (adulterar, decompor o sistema original) sistema de informações ou programa de informática.*

As condutas embora semelhantes não são sinônimas. Conforme entendimento de **Antonio Lopes Monteiro (2000)**, a ordem das elementares do tipo deveria ser invertida. O conceito de *alterar* é mais abrangente que o de modificar. Alterar encerra em si a noção de falsificar, de tornar o que era de uma forma em outra. "É como se alteração fosse o gênero e a modificação, espécie: altera-se algum dado em certo sentido, de certo modo de ser".

Para **Damásio de Jesus (2002)** os verbos não são idênticos, já que *modificar* prende-se a dados que dizem respeito à estrutura do sistema (de dados) ou ao programa de informática, e o *alterar* vincula-se a informações contidas no sistema ou no programa.

A colocação dos dói núcleos tão parecidos teve a finalidade de não deixar dúvidas aos intérpretes e aplicadores da norma penal. Conforme determina **Nucci (2005)** nova forma ao sistema ou programa, enquanto a conduta de *alterar* tem a conotação de manter o sistema ou programa anterior, embora conturbando a sua forma original.

CONCLUSÕES

O primeiro tópico deste artigo tratou do conceito e objetivos da administração pública, já no segundo tópico, foi abordado o crime cibernético contra a administração pública em si, apontando seu conceito e os artigos do

código penal relacionados a este tipo de delito, sendo o artigo 313-A e 313-B, buscando diferenciar os sujeitos ativos destes dois dispositivos e apontando o procedimento correto para a aplicação da lei, definindo assim o seu tipo penal, que foi detalhado no terceiro tópico do presente artigo.

A previsibilidade penal dos crimes cometidos por funcionários públicos ou por particulares contra a administração pública é uma perfeita adequação á realidade social atual, onde, não raras vezes, podemos notar a ocorrência de práticas de favorecimento, desvirtuamento, desvio e quebra de valores no que se refere à intenção inicial da prestação do serviço público em prol da sociedade.

O acréscimo ao Código Penal de duas normas incriminadoras denotou grande avanço legislativo ante aos novos e caros bens jurídico que careciam de tutela penal. Trilhando este juízo, houve a criminalização da inserção de dados falsos, facilitação para tal inserção, modificação e exclusão de dados verdadeiros, nas bases de dados e sistemas governamentais, praticados pelo funcionário público autorizado a operar tais sistemas (artigo 313-A). Outrossim, pune-se a adulteração de sistemas de informações e programas informáticos encetados por funcionário público (artigo 313-B).

No que tange aos tipos penais, conforme previsto no 327 do Código Penal, assume a posição de exclusivo sujeito ativo o funcionário típico ou por equiparação, ou seja, no exercício do cargo, autorizado ou não a finalidade de alterar sistema de informações ou programa de informática. Por outro lado, o sujeito passivo é o Estado e como sujeito passivo secundário, o particular, na hipótese do dano a terceiro.

Em suma, concluiu-se que, muito embora a legislação penal tutele com relativa suficiência a incolumidade dos sistemas e bases de dados governamentais, faz-se necessária pontual revisão legislativa na redação destes delitos, visando à efetividade do direito penal ante todas as situações práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O art.313-A do Código Penal é crime cibernético e requer perícia para condenação. Disponível em: <**https://jus.com.br/artigos/37798/o-art-313-a-do-codigo-penal-e-crime-cibernetico-e-requer-pericia-para-condenacao>. Acesso em 01 de jun.2019.**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. **Tratado de direito penal parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** dos crimes contra os costumes e contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

Crimes Contra Administração Pública – Cometidos Por Agentes Públicos. Disponível em:**https://jus.com.br/artigos/32954/crimes-contra-administracao-publica-cometidos-por-agentes-publicos**>. Acesso em 02 de jun.2019.

Crimes funcionais na sociedade da informação. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/>. Acesso em 12 de mai.2019.

DELMANTO, C. et al. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM. André. **Direito penal parte especial**. São Paulo: Saraiva. 2011.

SÊMOLA, M. Gestão da Segurança da Informação - Uma Visão Executiva - 2 ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

FERREIRA, Ivette Senise. **A criminalidade informática**. Bauru: Edipro, 2007.

FERREIRA, F. N. F.; ARAÚJO, M. T. D. Políticas de Segurança da Informação - Guia Prático para elaboração e implementação. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2008.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES. V. E. Rios. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2011.

HUNGRIA, Nélson. *Direito Penal*.19ed. V.3. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes contra a previdência social: Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentário e aspectos políticos.* São Paulo: Saraiva, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática:** Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009

NOTA:

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6586891410124854

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRABALHADORES EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

JONATHAN RODRIGUES SILVEIRA: Bancário, funcionário público federal, graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA

(Orientador) [1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar como é aplicado o princípio da insignificância e sua repercussão no O presente trabalho tem por escopo discutir o direito ao Esquecimento, enquanto direito fundamental aplicado aos egressos do sistema carcerário. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. Para isso, será elaborada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo livros e artigos jurídicos específicos sobre o tema, bem como a posição de doutrina quanto à viabilidade de utilização do referido princípio no contexto do Direito Trabalhista e Penal contemporâneos. No desenvolvimento do trabalho, foi apresentado o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o Direito ao Esquecimento e sua aplicação a população egressa do sistema prisional, uma vez que estes enfrentam graves problemas ao buscar um trabalho o que muitas vezes os fazem retornar ao cárcere. De tal forma, o tema estudado mostra-se importante não só para a sociedade como também para a academia de Direito, pois aborda um tema atemporal que envolve não só os reflexos sociais/trabalhistas na vida de cada ex-detento mas também os reflexos que impactam toda a sociedade.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Direito ao esquecimento; Sistema carcerário.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate and start a discussion about the *right to be forgotten*, as a fundamental right applied even to those people who came from the prison system. It was written according to the inductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. Thus, it will be elaborated a bibliographic and jurisprudence research, including books and specific law articles about the topic, as well as the doctrine view about the *right to be forgotten* concept use to those people who came from the prison system, once they face really enormous problems while trying to get a job, problems that can lead them back to the prison. The topic is very important not just for our society but also to those who are at the law university, jurists, lawyers and even to those not directly involved with law studies, because the topic brings a timeless discussion that involves not just the social/labor reflections in the workers lives but also the reflects in the hole human society.

Keywords: labor law; right to be forgotten; jail system.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata acerca do direito ao esquecimento, sendo este direcionado aos condenados que já cumpriram a pena que lhes foi imposta, e agora terão a árdua tarefa de se reintegrarem à sociedade. Os institutos da reabilitação criminal e o que está previsto no art. 202 da lei de execução penal, são os fundamentos do direito ao esquecimento, a partir do momento que versam acerca do dever de manter em sigilo quaisquer informações que digam respeito ao processo ou à condenação do apenado.

Esse sigilo tem por escopo a efetivação do direito que tem o egresso do sistema prisional, de novamente poder viver em sociedade, procurando restabelecer os laços perdidos durante o tempo que passou encarcerado.

O grande problema enfrentado é a falta da efetivação dos instrumentos criados pela lei, para garantirem o sigilo dessas informações, sigilo esse que é essencial para que tais indivíduos consigam se restabelecer na sociedade, conquistando oportunidades de emprego e a confiança da comunidade e da família, que havia perdido devido a sua prática delituosa. A reabilitação criminal é de fundamental importância, pois é a partir dela e do art. 202 da lei de execução penal, que surge o fundamento do direito ao esquecimento, quando trazem à baila o direito que tem os ex-detentos de não terem seus registros divulgados e nem disponibilizados para consultas, vigorando o dever de sigilo pelos detentores de tais informações.

Outro ponto importante é a questão dos direitos e garantias individuais, dando ênfase ao direito à imagem, que é o que mais sofre lesões na situação de egressos do sistema carcerário, pois os tais terão que enfrentar, além das barreiras já esperadas do preconceito e da falta de oportunidades, a violação, por parte da mídia, de sua imagem e de sua vida privada, quando noticiam os passos daqueles que cometeram algum crime de grande repercussão na sociedade.

A efetivação do direito ao esquecimento é um requisito básico para que o apenado tenha o direito a conviver em sociedade novamente, acredita-se ser importante para conseguir diminuir os índices de reincidência, pois aqueles que cumprirem sua pena e após sua saída, decidirem trilhar por caminhos corretos, encontrarão oportunidades e não terão que buscar trabalho junto a organizações criminosas, que tem recrutado pessoas para estarem atuando no mundo do crime.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há a discussão se o direito de não ver uma informação passada relacionada a si mesmo voltar a ser divulgada, o denominado direito ao esquecimento, pode ser considerado um direito de personalidade ou um direito fundamental, mesmo não se encontrando positivado em nosso ordenamento jurídico. Além disso, questiona-se se o controle das informações a respeito de si próprio se relaciona com os direitos de personalidade do direito à honra, à privacidade e à intimidade.

Dessa forma, para analisar se o direito ao esquecimento configura um direito de personalidade ou ainda um direito fundamental, é necessário que se faça uma análise dos direitos fundamentais, entendidos como positivação dos direitos humanos, bem como dos direitos de personalidade.

Para isto será feita uma breve recapitulação histórica dos direitos humanos, a fim de poder defini-los, para posteriormente relacioná-los com os direitos fundamentais e com os direitos de personalidade, em especial o direito à honra e à privacidade. Assim, poderá se analisar se o direito ao esquecimento pode ser considerado um direito de personalidade ou um direito fundamental, ou ainda um desdobramento do direito do direito à honra ou do direito à privacidade.

1.1 Conceituação e Características

Direitos humanos podem ser conceituados como direitos inerentes às pessoas em razão unicamente de serem seres humanos, —estabelecendo um nível protetivo mínimo que todos os Estados devem respeitar (Mazzuoli, 2014). Assim, os direitos humanos têm por objetivo proteger a dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer fator. Sidney Guerra (2013) conceitua os direitos humanos da seguinte forma:

> A Direitos da pessoa humana (consagrados no plano internacional e interno) tem por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas ao indivíduo, bem como coibir excessos que porventura sejam cometidos por parte do Estado e de particulares **(**Guerra, 2013, p.43).

Muitas são as características atribuídas aos direitos humanos, destacando-se a universalidade, ou seja, os direitos humanos são devidos a todos os seres humanos independentemente de nacionalidade, gênero, raça, cor ou credo. Nesse sentido, Robert Alexy (2014, p.173) atribui cinco características aos direitos humanos:

> a) universalidade: Todo ser humano enquanto ser humano é portador ou titular de direitos humanos.

b) fundamentalidade de seu objeto: Os direitos humanos não protegem todas as fontes e condições imagináveis do bem-estar, mas somente interesses, capacidades e necessidades fundamentais.

c) Os direitos humanos são direitos abstratos: Eles se referem simplesmente, por exemplo, à liberdade e à igualdade, à vida e à propriedade, à livre manifestação e à proteção da personalidade. Como direitos abstratos, direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com bens coletivos como a proteção do meio-ambiente e a segurança pública.

d) caráter moral: Um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite participar de um discurso racional. Nesse sentido, a validade moral é uma validade universal.

e) prioridade. Os direitos humanos, enquanto direitos morais, não podem ter sua força invalidada por normas jurídico-positivas. Ao contrário, direitos humanos são padrões de avaliação do direito positivo.

Contemporaneamente a noção de direitos humanos foi introduzida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 que estabeleceu em seu artigo primeiro que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". (Piovesan, 2013).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão influenciou a criação de constituições escritas, com a incorporação de direitos humanos, visando criar limites ao poder político. Assim, quando os direitos humanos são positivados nas constituições dos estados nacionais passam a serem denominados Direitos Fundamentais (Moraes, 2014).

Sobre o assunto, Pedro Lenza (2012) assevera que os direitos fundamentais têm eficácia indireta ou mediata (são aplicados de maneira reflexiva) e eficácia direta ou imediata (Podem ser aplicados às relações privadas, sem intermediação legislativa). Verifica-se assim, os direitos fundamentais, além de imporem limites ao Estado e aos legisladores, obrigam também a todo povo, que tem o dever de respeitar os direitos fundamentais de seu próximo. Dessa forma, a Constituição irradia seus efeitos por todas as esferas da sociedade, obrigando a todos o seu cumprimento.

No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo (2011,p.137):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os direitos de personalidade são essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano.

Os direitos de personalidade são, portanto um ponto de intersecção entre o direito civil e o direito constitucional35. Consequentemente, podem ser considerados pluridisciplinares, pois não se pode dizer se são de caráter civil ou constitucional exclusivamente (Tepedino, 2008).

Assim, os direitos humanos foram positivados constituindo os direitos fundamentais, os quais não constituem número exaustivo. Entre os direitos fundamentais constam os direitos de personalidade, previstos tanto na Constituição quanto no Código de Processo Civil, e que também não constituem cláusula exaustiva. Dessa forma, é possível que novos direitos fundamentais e novos direitos à personalidade venham a ser criados.

Dessa forma, aduz-se que novos direitos podem ser acrescentados ao rol de direitos fundamentais e de direitos de personalidade na medida em que a sociedade avança e novas necessidades de proteção por parte do direito vão surgindo. Com a era atual da superinformação, fatos passados podem ser relembrados por meios de comunicação, causando sofrimento ao indivíduo, de forma que surgiu a necessidade de tutelar o direito de ser esquecido.

Esse direito de ser esquecido vincula-se aos direitos à privacidade, à honra, à imagem e à intimidade, podendo também ser considerado um desdobramento destes direitos. Isto porque ao ter uma informação do passado revelada, podem-se afrontar os referidos direitos.

Neste sentido se faz necessária uma análise dos direitos previstos constitucionalmente a fim de verificar em que medida esses direitos podem ser afrontados pela retomada constante de informações passadas a respeito de alguém. Além disso, busca-se descobrir se o direito ao esquecimento pode ser considerado um desdobramento de um destes direitos de personalidade previstos constitucionalmente.

1.2 Direitos Previstos Constitucionalmente

Os direitos humanos surgiram como resposta ao poder ilimitado do Estado sobre os cidadãos. Embora não exista consenso entre os estudiosos do tema acerca da real diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, uma parcela majoritária adota a conceito de que direitos humanos são as regras internacionais que visam a proteção da dignidade da pessoa humana e suas relações em sociedade enquanto que direitos fundamentais, "são posições jurídicas essenciais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

extraídas do ordenamento jurídico pátrio que visam a tutelar a dignidade da pessoa humana" (SANDIM, 2009, p. 159).

Os direitos de personalidade previstos pela Constituição garantem proteção à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade, conforme artigo 5º, X, que dispõe que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". A Constituição prevê os sigilos de dados pessoais, que pode ser considerado âmbito do direito à privacidade, conforme se constata no artigo 5º, XII , da CF:

> Art. 5º [...] XII—é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena.

Direito a Privacidade: se encontra em diversas constituições. Pode ser traduzido pelo direito de estar só, ou direito de ser deixado em paz – não permitindo a divulgação de informações pessoais, bem como garantindo a proteção ao repouso do lar e o anonimato em ambiente público (Sampaio, 2013). Assim, como o direito à intimidade compreende proteção contra —injeções, intromissões ou interferências na vida pessoal do indivíduo e da sua família, sem qualquer relação com o interesse público ou social Porém o direito à vida privada, tal como referido no texto constitucional, compreende aspecto bem mais amplo que o direito à intimidade, englobando o direito à liberdade sexual, à vida familiar, à intimidade, entre outros. Assim, o direito à intimidade constitui aspecto do direito à privacidade, estando aquela englobada nesta (Rizzardo, 2011).

Direito à honra vincula-se com o direito à dignidade da pessoa humana, dizendo respeito ao bom nome e a reputação. Segundo Gagliano (2012) é também um direito de personalidade que pode se manifestar de forma objetiva ou subjetiva e operar tanto em sentido negativo (direito de defesa), quanto em sentido positivo (direito de se defender de ofensas à sua honra).

O direito à imagem, referido no art.5º, X da Constituição, refere-se à imagem retrato, no aspecto material. Assim, é garantido aos indivíduos que não sejam feitas ou divulgadas fotografias suas, sem autorização. Caso se refira ao direito à exposição de uma fotografia feita pelo indivíduo, será campo dos direitos autorais.

1.3 O Direito ao Esquecimento como um Direito de Personalidade

O direito ao esquecimento é o direito de não ter uma informação pretérita a respeito de si mesmo, a qual se deseja esquecer, ser retomada pela mídia ou por usuários da internet. Também, pode ser relacionado com o direito de autotutela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dos dados pessoais, ao se possibilitar tirar de circulação informações antigas referentes a si mesmo.

Também pode ser caracterizado pela divulgação no presente de um fato passado que não tenha mais relevância para a sociedade, sendo que sua violação caracterizaria um dano moral65. Como exemplo de violação ao direito ao esquecimento o caso de uma pessoa, julgada inocente do cometimento de determinado crime, ter seu nome veiculado ao episódio.

Andre Francez (2013, p.61) conceitua o direito ao esquecimento da seguinte forma:

> O direito ao esquecimento pode ser definido como o direito da pessoa de apagar informações pretéritas suas e que não têm nenhum interesse público, ou seja, algo que não fere o direito à informação ou à liberdade de expressão e que, também, respeita os princípios constitucionalmente protegidos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5o, X, da CF/88).

Nesse sentido, verifica-se que o direito ao esquecimento vincula-se ao direito de determinar o que fazer com dados a respeito de si mesmo, permitindo-se apagá-los ou retificá-los. Também se refere ao direito de não ter aspectos da sua vida expostos sem seu consentimento.

O Direito ao esquecimento tem origem no âmbito do direito penal, de forma a garantir que o condenado por determinado crime não seja obrigado a ser perseguido indefinidamente pelo crime o qual já pagou (Francez, 2013).

Nesse sentido, o art. 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que "alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação70".Na mesma linha, o art. 748 do Código de Processo Penal afirma que, concedida a reabilitação, "a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal71". Além o artigo 20.272 da Lei de execuções penais dispõe:

> Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei

Fora do âmbito penal, pode-se considerar que o direito ao esquecimento está positivado no nosso ordenamento jurídico no instituto da prescrição, bem como na determinação de incinerar processos após cinco anos de arquivamento, prevista no artigo 1.215 do Código de Processo Civil.

2. PENA E REABILITAÇÃO

2.1 **A Pena e Suas Finalidades**

Pena é o castigo imposto àqueles que violam algum dos preceitos estabelecidos em lei que são regras de conduta a serem seguidas por todos, são impostas pelo Estado, e a partir de sua violação surge para o mesmo, o poder/dever de punir, para que seja mantida a ordem social.

Rogério Greco (2006, p. 519) corroborando com a definição acima proposta, aduz que:

> A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi.*

Como visto na citação acima a pena é imposta pelo Estado a alguém que praticou uma infração penal, ou como ensina Damásio E. de Jesus (2005, p. 519):

> Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo o fim é evitar novos delitos. Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem a finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações.

No conceito trazido por Damásio, fica clara a presença além do conceito, de elementos que indicam as finalidades da aplicação da pena, que são a retribuição pelo ato cometido e a prevenção, com o fim de evitar a prática de novos delitos, e esta prevenção é feita com a busca da reeducação e ressocialização do indivíduo que se encontra cumprindo uma pena por ter infringido uma norma penal.

Porém, a realidade evidenciada, é a da falta de uma estrutura que propicie que essas finalidades da pena sejam realmente alcançadas, e essa realidade dificulta a vida daqueles que, mesmo sem essa estrutura, conseguiram perceber o erro que cometeram e buscaram trilhar por caminhos corretos, pagaram sua dívida com a justiça, e após o seu regresso à sociedade desejam retomar sua vida junto a esta, seguindo os padrões éticos, morais e legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A falta de estrutura do sistema prisional colabora, para que apenas uma minoria da população carcerária do país, consiga se recuperar da criminalidade, isso implica em uma rejeição aos egressos do sistema prisional, levando em conta a descrença da sociedade, que já tem em suas mentes a idéia de que, o indivíduo que passa por uma prisão, não se recupera e portanto deve ter saído pior do que entrou, ou seja, continua propenso à prática de delitos.

Rogério Greco (2006) preleciona que a prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais a mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la.

Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio) os efeitos da estigmatização, a transferência de pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama (Silva, 2006).

O texto acima vai diretamente ao problema antes abordado, a falta de credibilidade do sistema prisional brasileiro, que por suas falhas criou o terrível panorama da descrença na possibilidade de reabilitação, daqueles que passam pelo mesmo, fazendo surgir os efeitos da estigmatização, ou seja, da marca que tais pessoas terão que levar para o resto de suas vidas, o rótulo de ex-presidiários.

Os graves problemas enfrentados pelo sistema prisional, acarretam na dificuldade de as penas cumprirem com suas finalidades, quais sejam, a punição, reeducação e ressocialização do apenado, como já visto anteriormente, pois como é sabido de todos, o sistema prisional está superlotado, e não tem estrutura que ofereça a possibilidade de uma reeducação eficiente, possibilitando o retorno dessas pessoas à sociedade, o que faz com que poucos se arrisquem a dar uma oportunidade a essas pessoas, devido ao medo que impera em meio à sociedade.

A constituição da República de 1988, em seu artigo 5°, inciso XLVII, b, vem assegurar que, "não haverá penas de caráter perpétuo", mas apesar de não existirem penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, com essa característica, o que se facilmente é percebido é que a estigmatização daquele que já cumpriu sua pena, é sim uma forma de perpetualização da sanção, quando não lhe é oferecida uma estrutura para que, ao retornar ao convívio social tenha a chance de

demonstrar sua recuperação e seja extinto o estigma de ex-presidiário. E é justamente no direito que aquele que já cumpriu a pena que lhe foi imposta tem, de não ter que carregar esse estigma de criminoso para o resto de sua vida, que se funda o direito ao esquecimento.

2.2 **A Reabilitação Criminal**

Moura Teles (2006, p.462) traz um conceito bastante preciso sobre o que é a reabilitação criminal, qual seja*:*

> É o instituto por meio do qual o condenado tem assegurado o sigilo sobre os registros acerca do processo e de sua condenação, podendo, ainda, por meio dele, adquirir o exercício de direitos interditados pela sentença condenatória, com a suspensão condicional de alguns efeitos penais da condenação.

A reabilitação, por isso, é a recuperação, pelo condenado, de seu *status quo* anterior à condenação. Por ela, terá ficha de antecedentes ou boletim de vida pregressa sem qualquer referência à condenação sofrida, sem nenhuma notícia do crime praticado. No próprio conceito é fácil a percepção da essência desse instituto, que visa minorar as dificuldades que serão enfrentadas pelos egressos do sistema prisional, quando estiverem se reintegrando à sociedade.

A reabilitação veio prevista pelos artigos 93 a 95 do código penal, *in verbis:*

> Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.
>
> Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Já o artigo 94 do código Penal vem para regular a forma de concessão desse benefício, trazendo os requisitos necessários para tanto.

> Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;
>
> III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

A reabilitação criminal, é também uma espécie de reafirmação de que a pena cumpriu com as suas finalidades, uma vez que é baseada em critérios subjetivos, ou seja, critérios pessoais do indivíduo, que deve demonstrar que realmente tem mérito para receber tal benesse por parte do Estado.

Ante ao previsto na norma retromencionada, fica clara a ideia de que a reabilitação criminal só é concedida em casos específicos, casos em que haja realmente a reiteração de práticas, por parte do apenado, que demonstrem a sua mudança de comportamento e que tenha condições de estar em meio à sociedade novamente, e assim se proceda ao cancelamento (não a extinção) dos seus antecedentes penais, que é o fim da reabilitação judicial.

Além do disposto nos institutos acima mencionados, acercada reabilitação criminal, existe outro instituto que também garante, e com muito mais celeridade, o sigilo da vida pregressa daquele que já cumpriu sua pena ou a teve extinta, que é o artigo 202 da lei de execução penal, que versa da seguinte maneira:

> Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

A esse respeito escreve Rogério Greco (2006, p. 720), ser muito mais vantajosa a aplicação do instituto mencionado, do que esperar a sentença de reabilitação criminal:

> Assim, muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202 da lei de execução penal após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso de dois anos do dia em que foi extinta a pena, ou terminar a sua execução para solicitar a reabilitação. Verifica-se, portanto, que a orientação contida no caput do art. 93 do código penal cairá no vazio, pois que o art. 202 da lei de execução penal regula a mesma hipótese, só que de forma mais benéfica e menos burocrática para o condenado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O direito a ser esquecido funda-se na ideia de que, o indivíduo que foi condenado pela prática de determinado crime, por mais cruel que tenha sido, após cumprir a pena que lhe foi imposta e ter recebido a sua declaração de reabilitação criminal, ou mesmo sem ela, conforme preceitua o artigo 202 da lei de execução penal, terá o direito de não ser mais lembrado como aquele que cometeu determinado crime.

Ele tem o direito de não ter mais seu nome veiculado como um criminoso, conforme previsto nos institutos acima mencionados, uma vez que pagou sua dívida com a justiça, e deve voltar ao convívio social, mas para a ressocialização desse indivíduo, necessária se faz a proteção ao seu direito à imagem, à honra e à vida privada, para ver efetivado o seu direito a uma vida digna.

Corroborando com esse entendimento Ney Moura Teles (2006, p. 463), infere que:

> A norma do caput do art. 93 do código penal, *in fine*, não é, todavia, desnecessária. O sigilo sobre o processo e a condenação deve ser observado por toda e qualquer pessoa e não apenas pela autoridade policial e pelos auxiliares da justiça, aos quais se destina a norma do art. 202 da lei de execução penal.

É da mais importância o respeito a essa norma para que o condenado possa alcançar efetivamente a reinserção social. Enquanto for estigmatizado, marginalizado, impedido de obter trabalho lícito, por força de informações sobre a condenação, o egresso do sistema penitenciário não terá mínimas possibilidades de voltar ao convívio social normal em condições que possibilitem sua recuperação.

O respeito ao sigilo imposto pelo art. 93 dirige-se a todas as pessoas que não podem lançar mão de informações contidas no processo, nem acerca da condenação sofrida pelo reabilitado. Nessa lição, encontram-se mais do que apenas informações sobre a importância do instituto da reabilitação criminal, encontra-se também o espírito do direito ao esquecimento, quando ele conclama, que o sigilo das informações referentes ao processo e a condenação do indivíduo devem ser preservadas, por toda e qualquer pessoa, para que possa alcançar uma efetiva reintegração à sociedade.

3. O EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Muitas têm sido as tragédias noticiadas pela mídia ultimamente, crimes bárbaros e que comovem todo o País, talvez pelos meios utilizados para sua execução ou até pelas pessoas envolvidas neles, pessoas que tinham o dever de cuidar tirando a vida dos que deveriam ser cuidados, como por exemplo, o caso da Menina Isabela Nardoni, que foi morta pelo seu pai e madrasta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E este não foi um fato isolado, vários são os casos que chocam a sociedade, mas apesar da repercussão desses casos, muitos outros ocorrem com as mesmas características, porém sem grande alarde, e tanto em um como noutro as pessoas serão condenadas e terão que pagar pelo erro cometido, a grande diferença está após o cumprimento de suas penas, quando tiverem que voltar ao convívio em sociedade.

Então, o que cumpriu a pena, por aquele caso tão cruel quanto o outro, mas que não teve tanta repercussão, vai tornar a viver em sociedade, e se quiser terá uma vida digna. Já aquele condenado pelo caso que gerou um clamor social muito grande, após o término do cumprimento de sua pena, enfrentará o grande problema da continuidade da condenação por parte da sociedade e pela mídia.

E no dia que for posto em liberdade, dezenas de repórteres divulgarão sua saída e reacendendo o sentimento de desprezo em toda a sociedade, e por mais que ele mude de cidade ou até de país, sentirá o peso dessa condenação onde estiver, uma vez que os meios de comunicação tomaram uma proporção tão grande, que em questão de segundos o que acontece num lugar já se torna notícia em todo o mundo.

Se a quantificação da pena que foi imposta a tais indivíduos, foi ou não suficiente, já é o caso de se pensar em uma possível alteração da lei penal, pois o magistrado se baseia nos critérios preestabelecidos pelo legislador para fazer a dosimetria da pena, entendendo ser o suficiente, para que o condenado seja punido, reeducado e ressocializado.

A dosimetria da pena segundo Ney Moura Teles (2006, p. 359) é feita da seguinte maneira:

> O artigo 68 do código penal estabeleço o caminho que o juiz deve seguir para encontrar a pena justa a ser aplicada ao condenado. Com base nele e no disposto no art. 59 pode-se construir o seguinte roteiro, ao qual o juiz está necessariamente vinculado.

O primeiro passo a ser dado é o da fixação da *pena –base*, devendo o Juiz fazê-lo observando minudentemente as *circunstâncias judiciais* estabelecidas no art. 59 do Código Penal.

Depois de encontrar a pena-base o Juiz deverá considerar a existência das circunstâncias atenuantes (descritas nos arts. 65 e 66, CP) e das *circunstâncias agravantes* (definidas nos arts. 61 e 62, CP), com observância da regra do art. 67 do Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Depois deverá verificar a presença ou não das chamadas *causas de diminuição* e das *causas de aumento* de pena, previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal.

Finalmente, se se tratar de pena privativa de liberdade, o Juiz deverá verificar a possibilidade de sua substituição por pena restritiva de direitos ou de multa, e, caso não o possa fazer, fixará o regime inicial de cumprimento da privação de liberdade.

Portanto, não é justo que mesmo após ter sua liberdade cerceada, cumprindo a pena que lhe foi imposta, e isto conforme previsão legal, seguindo os parâmetros acima expostos, saldando sua dívida com a sociedade e com a justiça, o indivíduo continue a ser punido com a violação do seu direito a uma vida digna, à imagem e à honra, quando tem seu nome rotineiramente vinculado ao crime cometido no passado.

4. REINSERÇÃO DE EX-PRESOS NO MERCADO DE TRABALHO

É interessante que após o cumprimento de pena ou de parte dela, o ex detento venha ser reinserido no mercado de trabalho, até com o intuito de não voltar a praticar novos delitos.

Todavia, o que tem acontecido é que além da falta de profissionalização dos ex-detentos, os estabelecimentos não desejam contratar quem já passou pelo sistema prisional.

As politicas públicas de reinserção ainda não possuem muita força ou fiscalização, o que não torna obrigatório a contratação desses homens e mulheres que carecem de um novo olhar e de novas chances. O erro no sistema também pode ser observado quando os apenados não recebem nenhum tipo de auxílio para a profissionalização enquanto estão presos, a maioria possui baixa ou nenhuma escolaridade.

O apenado precisa ter a ressocialização dentro do sistema prisional como pode ser observado na LEP, em seu art. 28: "o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".Sendo assim, o trabalho se transforma numa fonte produtiva de educação ou de reeducação, o Estado não deve apenas punir, também deve ressocializar e reinserir.

Foucault (1997, p. 216) em suas análises conclui que:

> "Não é como atividade de produção que o trabalho é extremamente útil, mas sim, pelos efeitos que produz na mecânica humana. É um princípio de ordem e de regularidade; através das exigências que lhe são próprias,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> transmitem de maneira insensível, as regras de um poder rigoroso; proporciona aos corpos movimentos regulares, relega a agitação e a distração, determina uma hierarquia e uma vigilância que devem ser bem aceitas, e adentrarão mais profundamente no comportamento dos condenados, por fazerem parte de sua lógica".

Em resumo Foucault rege que o trabalho trará dignidade para o homem, pois produzirá efeitos físicos e comportamentais. Assim, resta cristalino que a reinserção é de suma importância para os ex-detentos e para a sociedade.

CONCLUSÃO

O estudo permite uma reflexão a respeito das finalidades da pena, ficou clara a ideia de que, não existe e nem poderá existir, nenhuma pena que tenha a finalidade de punir perpetuamente uma pessoa por ter violado alguma norma legal, a esse respeito, Rogério Greco traz o seguinte ensinamento:

Deve ser reputada como algo que conflita com os princípios gerais do direito, dentre eles o da humanidade, sendo que vários foram alcançados constitucionalmente, ou seja, a vedação quanto ao tratamento degradante, desumano. Se a pena tem função terapêutica, reeducadora, socializante, não pode haver pena de morte ou perpétua, que não atendam a função da pena.

Considerando então, que não pode existir nenhuma pena com esse caráter de perpetuidade, surge o dever do Estado em efetivar o direito ao esquecimento, que tem aquele que já cumpriu a pena que lhe foi imposta, para que a condenação que sofreu pelo delito cometido, não continue estigmatizado nele para o resto de sua vida, o que representará para essa pessoa grades tão cruéis quanto as que enfrentou enquanto estava encarcerado.

Apesar da existência de normas como essa do art. 202 da lei de execução penal, que proíbem a divulgação de informações referentes aos egressos do sistema carcerário, em alguns casos, nem mesmo a total observância a essas normas, serão eficazes para efetivar o direito ao esquecimento, como por exemplo, os casos anteriormente citados, que causaram um grande clamor social, os quais foram tão explorados pela mídia, que marcaram nas mentes das pessoas os rostos e os nomes dos envolvidos em tais crimes, que mesmo após anos se passarem, um simples comentário do nome dessas pessoas, já trará à memória todo o episódio ocorrido.

E esse acontecimento é que traz o caráter de uma punição perpétua a quem passa por essa situação, que mesmo após cumprir sua pena, não tem, por parte do Estado, instrumentos capazes de efetivar o direito a reintegrar-se à sociedade de maneira que não seja eternamente reconhecido como um criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Demonstrar a necessidade, que tem os condenados por crimes que geraram grande repercussão na sociedade, da efetivação do direito de ser esquecido, que já tem previsão legal, com o instituto da reabilitação criminal e com o art. 202 da lei de execução penal, como forma de preservação do direito à imagem,à honra e a uma vida digna, para que logrem êxito em seu retorno à sociedade, sem o estigma de serem eternos criminosos, que devem ser mantidos às margens da sociedade, é o objetivo do presente trabalho.

A falta de efetividade dos institutos que visam preservar a imagem e a vida privada de tais pessoas é o grande problema a ser enfrentado, a prova disso é a quantidade de notícias que tratam acerca da vida dessas pessoas, notícias que tem como única finalidade a obtenção de audiência, não sendo informações que de fato interessam à coletividade, um exemplo disso são notícias sobre o fim da pena de algum condenado, dezenas de repórteres vão para a porta do presídio aguardar a saída dessa pessoa, e mesmo após, continuam sua perseguição noticiando todos os passos da mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Ineficácia dos Direitos Fundamentais no Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: <https://brunapossidente.jusbrasil.com.br/artigos/432352411/a-ineficacia-dos-direitos-fundamentais-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em 14 de jun.2019.

ALEXY, Robert. **A existência dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2006.

Direitos Fundamentais em sentido material nas relações de trabalho. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&

artigo_id=7754>.Acesso em 30 de mai.2019.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: O nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1997.**

FRANCEZ. André. **Direito do entretenimento na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolza. **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 6 ed. Ed Impetus. Rio de Janeiro, 2006.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos : curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, V. de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. **O Bloco de constitucionalidade e os direitos humanos nas relações de trabalho.** Suplemento Trabalhista 032/09, Ano 45. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal.** Vol. 1, Parte Geral. 2 ed. Ed Atlas. São Paulo, 2006.

TEPEDINO; Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho: questões controversas**. São Paulo: Ltr, 2010.

PIOVESAN, Flávia. CARVALHO, Luciana Paula Vaz de Carvalho. **Direitos Humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTA:

---

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: https://www.escavador.com/sobre/5640310/marcelo-de-vargas-estrella

www.conteudojuridico.com.br

MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES

BEATRIZ COSTA LIBÓRIO:
Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas- CIESA.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a apreciação acerca da intercessão como um meio alternado para a resolução dos conflitos familiares e que tem como objetivo substituir o sistema tradicional judiciário, por um método mais humano e eficiente. Demonstra que através do diálogo as duas partes podem chegar a uma solução dos seus conflitos sem que seja preciso a figura do juiz para resolver a seu litígio. O presente artigo foi utilizado o processo dedutivo, aborda-se também neste os tipos de conflitos familiares que são os objetos da mediação, o papel do mediador nesta situação e quais são as características que esse deve ter, e abordar de como os modelos de famílias são estruturados nos dias atuais, e demonstrar de que a mediação e o meio mais célere da justiça para se solucionar as demandas familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Meio alternativo; Conflitos familiares; Célere; Eficiente.

ABSTRACT: This article aims to appreciate the intercession as an alternate means for the resolution of family conflicts and which aims to replace the traditional judicial system with a more humane and efficient method. It demonstrates that through dialogue the two parties can reach a resolution of their conflicts without having to figure the judge to resolve their dispute. The present article has used the deductive process, it also addresses the types of family conflicts that are the objects of mediation, the role of the mediator in this situation and what are the characteristics that should have, and address how family models are structured nowadays, and demonstrate that mediation and the quickest means of justice stop solving family demands.

KEYWORDS: Alternative medium; Family conflicts; Celere; Efficient.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS PRINCÍPIOS GERAIS E ESPECIFÍCOS DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES. 2.1. O Princípio da Consonância do Indivíduo Humano. 2.2. Princípios Basais do Direito de Família. 3. A ORIGEM HISTORICA DA FAMILIA. 3.1. A Origem de Família. 3.2. A Certeza da Origem da Família. 4. CONCEITO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR. 4.1. O Acréscimo da Consciência de Direitos e Deveres. 4.2. O Desafogar das Varas de Família. 4.3. A Interferência como Alternativa na Matéria de Família. 5. O PAPEL DO MEDIADOR NAS DEMANDAS FAMILIARES. 5.1. A Interferência de Opiniões, Princípios Morais e Valores na

Atuação do Mediador. 5.2. As Qualidades Primordiais da Figura do Mediador. 5.3. Rol das Condições que um Mediador Necessita Possuir. 5.4. O Terceiro Neutro. 6. OS TIPOS DE CONFLITOS QUE SÃO LEVADOS A MEDIAÇÃO FAMILIAR. 6.1. Mediação Familiar nas Desordens de Divórcios. 6.2. A Mediação Familiar nos Conflitos de Guarda de Filhos. 6.3. A Atuação da Mediação nos Conflitos de Pensão Alimentícia de Filhos e Ex-cônjuge. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Afirma Ferreira (2014), que neste artigo iremos tratar sobre os títulos constitucionais que agregam a interferência em desordens familiares, e como estes são fundamentais para a sua aplicabilidade, destacando as suas estimações para que a intercessão familiar seja concretizada, da melhor forma possível de ajuste com o tipo de conflito que a família esteja passando e concluindo de que o elemento chave nos relacionamentos familiares e a efetividade, e de que esta deve ser estimulada, mesmo após o fim dos relacionamentos conjugais. No mesmo, também iremos abordar, acerca da origem histórica da família e como ela é trabalhada.

Um dos últimos itens irá ser explicado o conceito da mediação familiar, de como exatamente esta disciplina e aplicada, desenvolvida diante das partes e de quais são as suas prerrogativas nas desordens familiares, para finalizar a elucidação de quão a mediação pode ser uma alternativa para os conflitos familiares (SILVA 2004).

Nos dois últimos será sobre as características necessárias, de que um mediador deve possuir para o exercício de sua função como, por exemplo, a neutralidade que é algo essencial para a figura do mediador. Para finalizar o artigo, o último item irá trazer quais são os tipos de litígios que são levados a mediação familiar como por exemplo, o divórcio e a guarda de filhos, e como este são executados na mediação (SERPA, 1999).

Nos períodos atuais e corriqueiros, advertirmos as varas de famílias repletas de processos para serem assentados, e por isso que este presente artigo, tem como finalidade demonstrar, de como a mediação nos conflitos familiares pode ser mais eficiente e ágil para solucionar problemas, que requerem soluções mais precisas e cuidadosas (SILVA, 2004).

2. OS PRINCÍPIOS GERAIS E ESPECIFÍCOS DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES

Os princípios que motivam que orientam a interferência e que estão pautados logo no seu início de quando ela foi implantada no Brasil devida a grande quantidade de processos que havia nas varas judiciárias, são os princípios de acesso

à justiça, permanência razoável do artifício que estão encontrados no Art. 5º incisos XXXV e LXXVIII, da constituição federal (PEREIRA, 2015).

> Art. 5º Todos são idênticos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos imigrantes habitantes no País.
>
> XXXV - a lei não desviará da apreciação do Poder Judiciária lesão ou iminência ao direito;
>
> XXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são garantidos a razoável duração do artifício e os meios que abonem a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988, não paginado).

2.1. O Princípio da Consonância do Indivíduo Humano

O princípio do decoro da pessoa humana, e um dos valores básicos mais primordiais que está dirigido na constituição, também conhecida como Carta fundamental, pois este valor está ligado diretamente ao direito da família, direito esse que é a principal matéria trabalhada nas mediações familiares, justamente devido a estes elementos que, se preocupam com a proteção da pessoa, tendo o cunho ideológico para a materialização dos direitos e princípios a ele inerentes. O princípio da consonância do indivíduo humano no Art. 1º inciso III, diz à constituição federal (SANTANA, 2010).

> Art. 1º: A República Federativa do Brasil, calhada pelo ajuntamento indissolúvel dos Estados e Municipalidades e do Distrito Federal.
>
> III – A consonância da pessoa humana (BRASIL, 1988, não paginado).

2.2. Princípios Basais do Direito de Família

Segundo Ferreira (2014), a mediação não deve ser reconhecida apenas como um método alternativo jurisdicional, para a solução de conflitos, mas sim como estabelecimento da cultura de paz, isto porque há concretização dos valores fundamentais ligados a pessoa humana, e sendo assim a interposição tem analogia com o princípio que provoca a vida às perpendiculares, sendo estes listados a seguir.

- Princípio da solidariedade familiar: se trata primordialmente de priorizar a família nos aspectos de cunho afetuoso, social, ética, patrimonial, devota e sexual, que se resume em ajudar o outro independentemente da situação de risco (FERREIRA, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Barbosa (2008, p.19-33) entende que a solidariedade se resume em ter empatia, pois se trata em se colocar no lugar do outro sendo este o enfoque que se aflige na interposição, atravessadamente do diálogo e assegura que:

> A mediação é um utensílio que só se apregoa, em sua concretude, pela abertura do vínculo jurídico humano. Os dois temas que permanecem de tal feitio agregados, em seu particular, que não há como abranger um sem ser em analogia ao outro (Barbosa, 2008, p.19-33).

- Princípio da efetividade: destaca-se a valorização da decência da pessoa humana e solidariedade, pois ele fala sobre um dos valores mais importantes dentro de uma família e sendo estes alguns dos objetivos principais da mediação, como um modo de resolver os conflitos familiares neste sentido.

- Princípio da igualdade: é a minoração de todas as formas de diferenças, com a proteção dos familiares em todas as etapas da vida, como por exemplo, proteger a criança, adolescente, idoso e a mulher constituindo que estes se alforriam transversalmente perpetra da mediação que resulta em uma relação horizontal, e a comunicação se torna mais clara e tranquila, mas com o foco na manutenção da relação.

- Princípio da não intervenção: explica que a importância da autonomia privada que existe dentro das relações familiar sendo este um dos princípios fundamentais da constituição federal brasileira que é a liberdade incluída do ser humano.

- Princípio da função social da família: resume-se da permissão de análises das relações familiares de acordo com o contexto-social, que por meio da mediação será realizada a manutenção do diálogo e da efetividade sendo possível assim a pacificação social (FERREIRA, 2014).

Afirma Ferreira (2014), que diante destas análises dos princípios gerais e específicos que compõem a mediação familiar, percebe-se a forte influência exercida pela constituição federal e de que a efetividade e o elemento chave para as relações familiares, devendo assim ser estimulada mesmo após o fim do relacionamento conjugal.

3. A ORIGEM HISTORICA DA FAMILIA

Antes de tudo se faz necessário uma explanação acerca do sentido de família que se relaciona ao mundo jurídico como uma instituição é algo em que não há palavras para que possam descrever a sua importância, pois esta transcende

qualquer definição jurídica, a família se trata de um fato e fenômeno da sociedade (SILVA, 2004).

De acordo com Silva (2004), a família e uma instituição sagrada.

> Desde tempos remotos a família representa um forte ideal humano de felicidade. "A família se tornou uma instituição ''sagrada" e se papel fundamental e uma união de pessoas outorgadas por Deus. Os valores no casamento são ideias culturais muito arraigados no ser humano (SILVA, 2004, p.61).

3.1. A Origem de Família

Pois de acordo com Gonçalves (2012), a origem da família se relaciona com a pratica do incesto, ou seja, se trata das relações intimam permitidas e proibidas, conforme o autor explica de que nunca houve uma exatidão cientifica, de qual teria sido a sua origem, pelo simples fato de que ainda não existiu como também até os dias atuais ainda não existi apenas um único modelo de família.

3.2. A Certeza da Origem da Família

A única certeza de que se tem com relação à origem da família e que não há exatidão de como, onde e quando ela surgiu, sendo ela nas suas mais variadas formas como, por exemplo, patriarcal ou matriarcal monogâmico ou poligâmico, o mais correto a se afirmar sobre a família e de que na antiguidade a sua constituição não era baseada nos laços afetivos, mas sim no seu instinto de sobrevivência (SOUZA, 2017).

Para alguns autores que dizem que a palavra família começou a se tornar conhecida na época da Roma antiga como, por exemplo:

Segundo Pinto (2010, p. 75) o nascimento da expressão família se deu na Roma Antiga, onde era caracterizada em latim como "famulus", que constituía "o conjugado de escravos de um soberano". Isto era atribuído ao fato de que a exploração dos escravos já era convalidada e constituída, o termo descendência, não era aludido ao casal e consequentemente, não eram estendidos aos seus filhos, mas sim ao adjacente de presos pertencentes a um próprio homem.

Porém Gagliano e Filho (2014. p.50) acreditavam que a palavra família era tratada na Roma antiga como um tipo de honra nos estudos jurídicos da Roma Antiga, para o sistema jurídico do ocidente, mas que realmente seria uma verdade histórica.

Na Roma antiga a estrutura familiar era uma simetria econômica, política, militar e religiosa sendo que está continha à presença dominante do sexo masculino

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e de preferencialmente exercida pelo mais velho para chefiá-la dentro de um determinado núcleo familiar, pois era mediante a sua autoridade em que havia reunião dos seus descendentes. Este tipo de autoridade absoluta regida dentro de uma família antigamente era chamado de parte familiar (SOUZA, 2017).

> Em principal lugar, ela era igualmente a fundamental unidade de cultura de benefícios, tais como: alimentos, trajes, móveis e tudo de que se precisava para viver constituíam-se para serem produzidos, em princípio, pela origem. O trabalho incidia incluso da família; nela continha os escravos e, era também o religioso. Cada família idolatra seus próprios deuses e o pater era o presbítero dos rituais. A cura das doenças e abrigo na velhice eram imputações específicas do arcabouço familiar. Era na família também que se ampliava do começo ao fim, a instrução dos pequenos e o preparativo do filho primogênito para a existência pública; não existiam escolas ou universidades naquela época. Cônjuges e amantes, portanto como os filhos, irmãs celibatárias e a mãe do pater conviviam todos na própria casa e permanecia, a modelo dos escravos, sob o completo domínio dele. Os filhos podiam ser distribuídos como escravos ou mortos, se igualmente o pater quisesse. Nem um deles tinha herança paterna própria apenas com o desígnio de associar melhores quadros para a destreza, adjudica-se aos filhos a característica dos soldos e espólios (GONÇALVES, 2012, p.53).

4. CONCEITO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação nos conflitos familiares é um método alternativo, para as famílias que se encontram em momentos delicados de crises e os seus membros que se encontram fragilizados por toda a situação em que o núcleo familiar se encontra, este técnica alternativa tem como objetivo de oferta-lhes toda uma estrutura de apoio de profissionais capacitados, para que haja a possibilidade de que os próprios integrantes da família possam através dos diálogos que sejam capazes de solucionar os seus conflitos (SILVA, 2004).

4.1. O Acréscimo da Consciência de Direitos e Deveres

Na mediação familiar e através dos diálogos em que as pessoas que pertencem a uma determinada família irão desenvolver a consciência dos seus respectivos direitos e deveres para que a resolução de um possível conflito seja solucionada com o mínimo de engajamento da estrutura psicoafetivo dos seus integrantes diante disso (SILVA, 2004).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4.2. O Desafogar das Varas de Família

Diante de todo o esforço das partes de compreenderem o método da mediação, esta acaba se tornando o método alternativo mais eficaz, pois ajuda a desafogar a quantidade de demandas que existem nas varas de famílias em que na maioria das vezes para que haja uma sentença demorasse meses, podendo até em alguns casos ser anos para serem resolvidas e também foi justamente com este objetivo que surgiu a lei de mediação 13.140/2015, para que houvesse uma técnica alternativa para a resolução das demandas que estava há anos nas varas a espera de um possível resultado (SILVA, 2004).

> Podendo também ser notada como uma técnica hábil para desentupir os infortúnios nas varas de família e nas de descendências influindo decididamente para que as impetras judiciais contenham uma solução mais simplificada (SILVA, 2004, p.53).

4.3. A Interferência como Alternativa na Matéria de Família

A mediação se trata nada mais e nada menos de que uma alternativa para tratar de assuntos relacionados à matéria de família como, união e a separação, e também ajuda os casais que estão passando por essa fase difícil de dissolução da união conjugal, ao mesmo tempo a seguirem exercendo as suas respectivas responsabilidades de pais, mantendo uma boa relação com os filhos mesmo após a separação ou divórcio. O utensílio da interposição familiar e o experimento para que adjacente conflito não se transforme em um processo longo e moroso, inclusive é uma maneira de que não haja uma confrontação direta entre as partes, o enfoque deste método e o cognitivo e comportamental, levando-se em conta que se trata de assuntos familiares na maioria dos casos são complexos e delicados, pois os centros das disputas deste tipo de demanda costumam serem os filhos, bens de famílias e heranças (SILVA, 2004).

Para Silva (2004), os problemas familiares são os mais complexos.

> Não podemos nos dar à ostentação de uma visão simples ao lidar com problemas de extrema complexidade como a formação social. Não podemos reduzir a mediação ao tratamento dos aspectos materiais da vida, mas ter em mente o significado do equilibro social através da família (SILVA, 2004, p.55).

No fato, as interposições de conflitos familiares estão muito longe do que simplesmente servir o poder judiciário. A sua aplicação como um método alternativo de resolução de conflitos, se estende no entendimento de uma cultura de paz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo autores como Cooley e Lubet (2001 apud Six, 1997) descreveram que a mediação de conflitos é uma matéria nova que traz novidades no modo de pensar as relações humanas e está se trata do progresso do pensamento coletivo. Julgam que a mediação e uma nova política que envolve as pessoas de tal maneira que as chama ser as coautoras de seus próprios destinos, ou seja, a serem cidadãos responsáveis.

5. O PAPEL DO MEDIADOR NAS DEMANDAS FAMILIARES

Para que o mediador possa atuar na área dos conflitos familiares este tem que analisar primeiramente as suas ideologias com relação a temas familiares, este deve ir em busca do conhecimento real com relação aos assuntos desta área, este não pode emitir meras opiniões pessoais que sejam baseadas em costumes e culturas que estejam baseadas em fatores momentâneos (SILVA, 2004).

Para Silva (2004), geralmente as experiências pessoais podem atrapalhar o mediador no exercício do seu trabalho.

> As experiências pessoais do mediador podem ser dolorosas e os sentimentos associados a ela não estar presentes durante o trabalho e o mediador pode não se aperceber. O que o mediador não suporta e reviver os mediados também não vão poder expressar (SILVA, 2004, p. 62).

O mediador deve ter claro em sua mente de que seu principal papel e esclarecer e conscientizar os mediados, de que são eles mesmos através do diálogo que, irão decidir os seus destinos (SILVA, 2004).

5.1 A Interferência de Opiniões, Princípios Morais e Valores na Atuação do Mediador

Apesar de todas as observações de como o mediador deve agir no exercício de seu oficio, para que este não imponha as suas opiniões baseadas em seus princípios morais e valores pessoais em que este acredita que sejam corretas, embora na maioria dos casos estejam quase sempre interferindo na pratica do trabalho dele (mediador) por mais que estes tenham no momento de sua atuação, a crença que esteja agindo com imparcialidade e neutralidade (SILVA, 2004).

5.2. As Qualidades Primordiais da Figura do Mediador

Já Egger (2005), diz que a característica essencial que um mediador deve possuir e neutralidade, para que ele possa conduzir, sem intervir nas decisões das partes, fala de alguns pontos efetivos de que o intermediário deve impregnar em si, de que este deve ter em mente, que mediador não é juiz para querer impor decisões sendo que este não possui poderes concedidos pela sociedade para fazer este tipo de atividade. Ele o (mediador) não é negociador, para escolher um lado

de uma das partes na ânsia de que o resultado seja interessante para esse. Ser árbitro e uma das funções que estar fora das suas atribuições, pois ele não irá dar nenhum parecer técnico e muito menos decidir sobre alguma situação das partes.

5.3. Rol das Condições que um Mediador Necessita Possuir

- Autenticidade: pois geralmente a pessoa autentica costumam ter um bom autoconhecimento de si mesmas, e isso as tornas pessoas seguras que são capazes de criarem um clima ao seu redor de confiança e serenidade (EGGER, 2005).
- A capacidade de não dramatizar: ou seja, saber dar a cada fato as suas proporções cabíveis (EGGER, 2005).
- A capacidade de escuta ativa: que se trata de saber ouvir tudo o que os mediados falam não só apenas com os ouvidos, mas com todos os sentidos atentos (AVILA, 2004).
- A capacidade de entrar na relação: aplicação de uma fala neutra fácil para ajudar o restabelecimento da relação (AVILA, 2004).
- A qualidade de sintetizar a circunstância e garantir que as partes envolvidas tenham um bom entendimento sobre os fatos (AVILA, 2004).
- A aptidão de ver e criar alternativas (AVILA, 2004).
- Para (EGGER, 2005) a habilidade de destacar os pontos positivos dos mediados e acalorar os esforços destes.
- A faculdade de abrangência de diferenças culturais (EGGER, 2005).
- Possuir a qualidade da perseverança e persistência (EGGER, 2005).

5.4. O Terceiro Neutro

A neutralidade do mediador deve ser sempre imperativa, pois conta como fator importante para que ele possa restabelecer o diálogo facilitando que o mediador deve sempre propor para as partes as condições especificas para que haja um acordo (MORAIS, 1999).

> O intercessor é o terceiro imparcial que intermédia às analogias entre as partes abrangidas. A figura como age repetidamente é o artifício que decide pelo êxito ou a cada passo é o círculo que delibera pelo êxito ou não do artifício aproveitando-se do domínio a ele adjudicada pelas partes, deve restituir a concessão entre estas. Sua colocação basal é a de um facilitador, eis que deve acomodar as partes categorias imprescindíveis para que impetrem a melhor dissolução para a sua desordem. E função ainda do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> intercessor dirigir as negociações (MORAIS, 1999, p.152 e 153).

E dever do mediador fazer a supervisão da conduta dos mediados, direcionando lhes da forma mais adequada a portarem-se durante todo o curso do processo até o momento do acordo final, sendo também o objeto de sua função o andamento das atividades que cabem as partes, e inclusive a tarefa de preocupar-se com a matéria da discussão do curso do processo (MORAIS, 1999).

6. OS TIPOS DE CONFLITOS QUE SÃO LEVADOS A MEDIAÇÃ FAMILIAR

Os tipos de demandas familiares mais comuns a ser levada a mediação familiar, são as ações de divórcio e guarda dos filhos, pensão de filhos, pensão de ex-cônjuge um dos principais objetivos da mediação familiar.

Nestes dois tipos de litígios o objetivo e fazer com que as partes tentem restabelecer entre eles a comunicação, pois muitas vezes as relações dentro das famílias se tornam fragilizadas, por causa das brigas e das disputas na maioria dos casos pela guarda dos filhos (SERPA, 1999).

O fenômeno da separação e guarda estar relacionado aos novos tempos em que há família monoparental, o estresse financeiro, a diminuição dos contatos entre certas pessoas do ambiente familiar, o acréscimo das culpabilidades do pai ou da mãe que apreende a guarda das crianças e, frequentemente, a chegada de novos artifícios com analogia a uma nova aderência conjugal. Os profissionais que operam na área de mediação familiar neste momento devem estar atentos, para observar quais são as verdadeiras necessidades do casal ou da família que no caso estar em litígio (CLOUTIER et. al., 1997).

6.1. Mediação Familiar nas Desordens de Divórcios

O fenômeno do divórcio em uma relação conjugal que se trata de um fato delicado, pois em sua maioria dos casos a concretização de sua decisão, e quando um dos cônjuges não estiver mais satisfeito com o relacionamento, e a tal decisão e prosseguida pela finalização da relação conjugal, e rara a frequência de casos em que a decisão e feita de forma mútua (LEVESQUE, 1998).

O divórcio e um tipo de acontecimento em que também se envolve decisões de designações legais como, por exemplo, pensão de alimentos para os filhos, guarda dos filhos e divisão dos bens (SERPA, 1999).

De acordo com Serpa (1999), os divórcios são extremamente delicados.

> Por se trata de um argumento que invade relacionamento entre pessoas conectadas por laços familiares, são sobremaneira custosos e muito afetuosos. Todo o contexto

> do ser humano e seu poder sobre as coisas se sobrepõem aos problemas que envolvem o relacionamento com pessoas que lhe dizem mais de perto ao coração tanto pelo amor quanto pelo desamor (SERPA, 1999, p. 25 e 26).

Afirma Serpa (1999), a mediação do divórcio admitiu que as emoções que acompanham as partes, fazem parte do processo de resolução do conflito são elementos já integrantes, muito diferentes do processo judicial tradicional, onde todas estas questões emocionais seriam consideradas irrelevantes. Para o sistema judicial o principal objetivo e o enquadramento do fato em uma situação hipotética. E na mediação o quesito emocional tem sua importância de tal maneira que ele e administrado juntamente com todo o processo do divórcio, resultando isso mais tarde o seu ressurgimento no modo de revisões judiciais. Quando falamos do artifício alternado da mediação no divorcio como uma metodologia, em que sua basal ferramenta e o acordo, pois a mediação, e um método em que se ressalta a responsabilidade dos conjugues de tomarem as suas próprias decisões com relações as suas vidas.

Para Serpa (1999), um conjunto de elementos e essencial para esta fase.

> Transversalmente a autodeterminação, encerrar alvos de acordos e desavenças e desenvolver opções que desviem aquelas disposições, mediante o emprego de um terceiro com emprego de acarretar as partes a esses desígnios, provocando a comunicação, e assessorando a negociação. A definição, então tem de descrever o tipo de processo, suas fases, o papel de cada participante, e, como visto o objetivo desse processo (SERPA, 1999, p. 26 e 27).

6.2. A Mediação Familiar nos Conflitos de Guarda de Filhos

De acordo com Serpa (1999), quando um casal se divorcia e tem filhos e muito comum que haja a dúvida de quem irá ficar responsável pela guarda dos filhos, todo está incógnita de com quem os filhos irão Afirma Serpa (1999), a mediação do divórcio admitiu que as emoções que acompanham as partes, fazem parte do processo de resolução do conflito são elementos já integrantes, muito diferentes do processo judicial tradicional, onde todas estas questões emocionais seriam consideradas irrelevantes. Para o sistema judicial o principal objetivo e o enquadramento do fato em uma situação hipotética. E na mediação o quesito emocional tem sua importância de tal maneira que ele e administrado juntamente com todo o processo do divórcio, resultando isso mais tarde no seu ressurgimento no modo de revisões judiciais. Quando falamos do artifício alternado da mediação no divorcio como uma metodologia, em que sua basal ferramenta e o acordo, pois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a mediação, e um método em que se ressalta a responsabilidade dos conjugues de tomarem as suas próprias decisões com relações as suas vidas.

Para Serpa (1999), um conjunto de elementos e essencial para esta fase. Ficando no sistema judiciário irá ser tratado de quem exerce o melhor papel de pai ou mãe para os seus filhos, estes terão todo o seu passado analisado através de um profissional de saúde que irá avaliar o comportamento destes para identificar se os mesmos exercem boas influencias para com os seus filhos. Na mediação familiar este tipo de conflito, e tratado em que este método alternativo tente visualizar como foco principal, as necessidades que a criança possui logo depois as maneiras necessárias para que se possam atender as necessidades desta criança. A mediação tem a técnica de fazer com que os pais planejem junta a melhor forma de educação e amor para os filhos, obviamente que todo este procedimento e feito com a orientação do mediador, sendo que é função dele enxergar todos estes pontos essenciais e deixar claro para os respectivos pais, a importância de eles tomarem as decisões com relações aos filhos, de comum acordo.

6.3. A Atuação da Mediação nos Conflitos de Pensão Alimentícia de Filhos e Ex-cônjuge

Afirma Serpa (1999), que nos dias atuais, é com bastante frequência que vemos verdadeiras batalhas judiciais ligadas à pensão alimentícia de filhos, um dos pressupostos que mais envolvem a cabeça dos juízes e a necessidade e possibilidade, pois e cada vez mais comum, que um dos pais tente fugir da responsabilidade de pagarem pensão para os seus filhos. Algo que é bastante comum na atualidade, é que as mães fiquem com a guarda da criança, e por isso essa, se torna a responsável em receber a pensão pelo o seu filho.

Na mediação tudo isto e avaliado, de uma maneira não muito diferente do que no sistema judicial tradicional à primeira vista, porém e preciso destacar que o valor que irá ser pago como pensão alimentícia para o filho, e avaliado, discutido e aprovado um pelo outro no procedimento mediador, esse método não acontece no processo judicial normal, pois lá os valores são estipulados de maneira fria. É importante destacar que na mediação existe o compromisso dos pais, em assegurar a responsabilidade de pagamento das despesas e seus rendimentos isso porque o tema e encarado minuciosamente e informalmente, com a possibilidade e oportunidade, para que os pais possam debater sobre as dificuldades ou fatores consideravelmente importantes para as suas tomadas de decisões (SERPA, 1999).

De acordo com Serpa (1999), nada pode ficar sem revelação na mediação.

> Nada fica sem revelação processo mediado de divórcio com relação à determinação de valores para a manutenção de filhos. É preciso considerar que a vida econômica do casal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> deverá ser dividida com a separação legal. Se o rendimento familiar era computado para aluguel, ou pagamento de financiamento, por exemplo, agora tem de ser repartido por arranjos para duas casas (SERPA, 1999, p. 60 e 61).

A mediação trata a questão da pensão do ex-cônjuge tem por objetivo em focar nos conflitos dos cônjuges para que a partir destes possam ser produzidas pontos positivos. A independência feminina nos tempos modernos se tornou algo normal, só que dentro do casamento este não é um argumento que deve classificado como justo ou injusto. O que realmente deve ser analisado e a vontade dos participantes capazes de propiciarem a continuidade e qualidade do relacionamento. O que irá prevalecer com relação á independência financeira de um dos cônjuges vai depender do entendimento entre eles, em um acordo para que isso seja admissível por meio de uma transação.

Agora, se uma das partes arcar com o necessário para o suporte financeiro para o outro que recebe a pensão, terá que criar meios para promover sua independência financeira. O fato de que quando um dos cônjuges tenta estabelecer prazo para o recebimento da pensão pelo cônjuge dependente e considerada absurda, pois quem presta o suporte não vê a obrigação como uma responsabilidade desnecessária (SERPA, 1999).

7. CONCLUSÃO

Por meio deste artigo, entendemos que o método alternativo da mediação no sistema judiciário, é uma técnica mais satisfatória, pois as famílias anseiam que suas demandas sejam solucionadas com agilidade e eficiência, e que seus princípios que são ligados ao elemento chave que é a efetividade sejam atendidos.

E assim podemos concluir que a expressão família, mesmo sendo iniciada na Roma antiga não perdeu sua importância no seu significado.

Neste método de resolução de conflito as partes integrantes do processo, elas mesmas que decidem os seus próprios destinos de suas respectivas vidas, através do diálogo, conduzido pelo mediador, que deve se manter neutra com relação aos mediados, devendo este possuir um rol de características específicas para o exercício do seu oficio de mediador, que, além disso, é o responsável em conduzir a conduta daqueles que estão participando do processo de mediação.

Este artigo também menciona o fato de que está se tornando comum a mulher responsabilizar-se pela educação dos filhos, pois está na maioria das vezes fica com a guarda destes, e respectivamente recebe a pensão de alimentos por eles, porém podemos observar de que a mediação em conflitos familiares trata deste assunto de divisão de valores, relacionados á pensão para os filhos de uma maneira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em que os pais possam estar de comum acordo com os valores que irão ser pagos em benefício das crianças.

Vimos também neste mencionado artigo, que os tipos de litígios mais comuns que são levados à mediação, é o divórcio, guarda de filhos, pensão de ex-cônjuge e no qual o último e recebido pelo seu beneficiário, até o momento do mesmo prover a sua independência financeira, isto claro se o cônjuge que está pagando a pensão não estabelecer algum tipo prazo para quem está recebendo o benefício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, E. M. **Mediação Familiar**: Formação de Base. TJSC. Maio, 2004. Acesso em: 23 ago. 2019.

BARBOSA, Á. A. **Mediação e Princípio da Solidariedade Humana**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e solidariedade. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008. P. 19-33. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. **Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de out. de 1988. Acesso em: 25 ago. 2019.

COOLEY, J. W; LUBET, S. **Advocacia de Arbitragem**. Brasília: UNB/Imprensa Oficial, 2001. Acesso em: 22 set. 2019.

CLOUTIER, R. et al. **Evolution of Residential Custody Arrangements in Separated Familes: A Longitudinal Study**. Jouranl of Divorce and Mariage, 28, p. 17-33, 1997. Acesso em 19 set. 2019.

EGGER, I. **Justiça Privada: Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Brasília: Revistas justilex, ano 2, n°12, Dez/ 2005, p.53-60. Acesso em: 22 ago. 2019.

FERREIRA, R. C. **Princípio da Mediação e a Concretização dos Princípios Fundamentais do Direito de Família**, 2014. Acesso em: 15 set. 2019.

GAGLIANO, E; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil** – Parte Geral, Vol. 6, 4ª ed. São Paulo: Saraiva p, 50, 2014. . Acesso em 19 set. 2019.

GONÇALVES, F. U. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. Ed. 5°. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva p, 53-55, 2012. Acesso em 14 set. 2019.

LÉVESQUE, J. **Metodologia de La Médiation Familiale.** Canadá, Edisem/Eres, 1998. Acesso em 19 set. 2019.

MORAIS, L. B. de. **Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição**: Porto Alegre. Editora Vogado, p, 152 e 153, 1999. Acesso em 16 set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, R. H. **Mediação e Arbitragem como Garantiam Constitucional**, 2015. Acesso em 11 set. 2019.

PINTO, A. C. R. G. **O Conflito Familiar na Justiça.** Mediação e o exercício dos papéis. Revista do Advogado. P. 75, 2010. Acesso em 19 set. 2019.

SANTANA, A**. Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Absoluto**, 2010. Acesso em 19 set. 2019.

SERPA, M. de N. **Mediação de Família:** 1ª Edição: Porto Alegre. Editora: Delrey, p 25, 26, 27,60 e 61, 1999. Acesso em: 20 set. 2019.

SILVA, J R. D. **A Mediação e o Processo de Mediação:** Ed 1°. São Paulo. Editora: Paulistanajur, p 53, 52, 61 e 62, 2004. Acesso em: 15 set. 2019.

SIX, J. F. **Dinamica de La Mediación.** O papel do mediador. Barcelona: Paidós, 1997. Acesso 15 de agosto de 2019. . Acesso em 19 set. 2019.

SOUZA, A. F. F. **Mediação como Instrumento de Pacificação nos Conflitos Familiares**, 2017. Acesso em 19 set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, INDIVIDUAIS E COLETIVOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NA CIDADE DE MANAUS

MATHEUS DE SOUZA BARBOSA:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo cientifico tem por finalidade discutir a situação e os problemas em que se encontram os moradores de rua na cidade de Manaus e quais as razões que os levaram a isto. Colocando em questionamento quem são essas pessoas e se há alguma espécie de "saída" desta situação, levando em consideração quais são seus direitos e porque sofrem tanto preconceito em nossa sociedade desde sempre. Considera-se a posição das politicas publicas e outros meios como forma de auxilio a estas pessoas e qual o motivo de delas serem tão criminalizadas tendo em vista o meio em que vivem, sendo assim, a busca por uma solução alcançável o objetivo do mesmo. A metodologia utilizada no trabalho é hipotético dedutivo pois estabelece hipóteses sanáveis e mostra opções para se combater esse problema e seus procedimentos são de cunho bibliográfico pois se utiliza de livros, pesquisas eletrônicas e de artigos científicos como base para a criação da mesma.

Palavras-chaves: Moradores de rua, Direitos fundamentais, Poder público, criminalização.

ABSTRACT: The present scientific article has a finality of discuss the situation and the problems that the homeless meet in city of Manaus and what are the reasons that led to this. Questionate how are this type of people and if have exits for this situation, taking into account what are the rights and why they suffer too much preconception in our society since always. It is considered the position of public politics and others ways as forms of help to this people and what is the reason of them to be so criminalized in view of the environment in which they live, therefore, the search for an achievable solution the objective of the present article. The methodology used is hypothetical deductive because it establishes healthy hypotheses and shows options to combat this problem and its procedures are bibliographic in nature because it uses books, electronic research and scientific articles as the basis for its creation.

Key-words: Homeless, Fundamental Rights, Public power, criminalization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA. 2.1 DISCRIMINAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO. 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES A TODOS. 4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM FAVOR DOS DESABRIGADOS. 4.1 ÓRGÃOS E MECANISMOS DE PROTEÇÃO RESONSÁVEIS. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A presença de moradores de rua em grandes centros metropolitanos, assim como Manaus, é inegável principalmente em um país, que atualmente, além de ser subdesenvolvido, tem pouca oportunidade de emprego, sofre com a questão dos imigrantes, dos dependentes químicos e ainda dos conflitos familiares, que aumentam periodicamente a população deste grupo, ainda mais quando se tem pouca tolerância quando se fala a respeito desse tema.

Como vivemos em uma sociedade, há uma diversidade de pessoas, pensamentos e ideais, porem infelizmente muitas vezes não temos o pensamento inclusivo[1] que nos tornaria mais "humanos", e também não temos ideias de tolerância, tornando aquilo que seria absurdo no normal perante o pensamento social[2], tornamo-nos seres que apesar de enxergar a diferença, nos tornamos indiferentes quanto a ela.

Antes de se falar o que não é efetivo, é necessário introduzir quais são os direitos promulgados de assistência ao cidadão de rua, a começar pela Constituição Federal onde em seu artigo 5º caput relata que todos são iguais perante a lei, dentre outros, garantindo-lhes os direitos de igualdade e de vida, que subentende-se digna para cumprir com os direitos e deveres do dia-a-dia, assim como em seu artigo 6º que prevê assistência aos desemparados, além de outros ditames constitucionais em prol dos sem-teto. Pra tanto em maio de 2008 foi criado a Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua[3] que é fruto das reflexões e debates do Grupo de Trabalho Interministerial com base no decreto s/nº, de 25 de outubro de 2006 que foi criado com a finalidade de elaborar estudos e apresentar propostas de políticas públicas para a inclusão social da população em situação de rua. Dentre outras que se destacam no cenário nacional, porem agora focados no municipal, a cidade de Manaus por meio do decreto nº 3689, de 04 de maio de 2017 instituiu um plano de ação com medidas a amenizar a situação de risco em que se encontram os imigrantes em situações de risco, tendo em vista o grande aumento de deslocamento de estrangeiros de países da América

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do sul e central para o Brasil, principalmente daqueles provenientes da Venezuela[4].

Os órgãos que são encarregados de prestar assistência aos sem-teto, primeiramente no âmbito federal é o ministério da cidadania, que deveria buscar meios de amenizar a situação que se encontra nosso país por meio de politicas publicas, dentre seus objetivos estão "Possibilitar condições de acolhida (atendimento inicial que identifica as necessidades do cidadão) na rede sócia assistencial; Contribuir para a construção de novos projetos de vida, respeitando as escolhas da pessoa em situação de rua; Contribuir para resgatar e preservar a integridade e a autonomia da população em situação de rua; Promover ações para reintegrar a pessoa em situação de rua à família e à comunidade". Já no âmbito municipal temos a SEMASC[5] que tem, dentre outras, a finalidade de reduzir as desigualdades sociais pertinentes em Manaus, se valendo de planos estratégicos de politicas publicas, organização de serviço sócio assistenciais de forma descentralizada e assegurar, no orçamento do Plano Plurianual (PPA) do município de Manaus, recursos para o financiamento municipal da Assistência Social, de Políticas para Mulher, de promoção da Cidadania e defesa dos Direitos Humanos, e de Segurança Alimentar e Nutricional, e etc.

Levando-se em consideração todos esses aspectos, ainda mais levando em consideração que esse problema cresce de forma exponencial, afetando grande parte da população, tornando-as sobreviventes de uma vida que não escolheram ter muitas vezes.

A metodologia utilizada no trabalho é hipotético dedutivo pois estabelece hipóteses sanáveis e mostra opções para se combater esse problema e seus procedimentos são de cunho bibliográfico pois se utiliza de livros, pesquisas eletrônicas e de artigos científicos como base para a criação da mesma.

2. PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Antes de se iniciar qualquer perspectiva e construção de trabalho, é necessário saber de quê estamos retratando, e para isso a Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua conceitua-os como:

> *Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (politica*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nacional para a inclusão social da população em situação de rua, 2008, p.8)

O desapego da família, ou a falta de estrutura dela propicia o inicio da vida de um morador de rua, seja por falta de paciência, recursos ou afeto, condicionando-o a uma sobrevivência eterna, que muitas vezes pode ser revertida a uma vida com um mínimo de subsistência, porém isso só acontece com uma força de vontade muito grande devido a falta de base ao crescimento. Após a rejeita da família o cidadão de rua pode tomar vários rumos, dependendo de sua tendência quando ainda estava em uma condição regular de sanidade ou econômica, podendo virar pedinte[6], dependente químico[7] ou doente mental, neste geralmente o doente já possui o desvio de pensamento mesmo antes de ser morador de rua, porem com a sua rejeita tende a piorar a sua capacidade de enxergar o mundo.

Neste contexto não devemos levar em consideração os catadores de materiais recicláveis, que apesar de seus ganhos provirem da rua, são uma classe de trabalhadores organizados e com direitos trabalhistas latentes e em exercício, por meio de associações, cooperativas e movimentos, retirando-os totalmente da classificação que se pode dar a um sem teto.

Além da conceituação é preciso levar em consideração o que leva uma pessoa a esta condição, tendo como motivos principais a sua existência, o capitalismo, não cabendo a este trabalho discutir se o sistema é correto ou não, e sim dizer que favorece, tendo em vista a ocupação do solo urbano e rural por grandes empresas ou grandes fazendeiros, que apesar de movimentar a economia do país, não deixam o espaço para a utilização de politicas publicas para ocupação de terra aos mais desfavorecidos. As desilusões amorosas, que por mais que sejam pequenas nas vezes que acontecem esse tipo de situação, ainda afetam a população, a violência, tanto do agressor que por medidas da justiça são afastados do lar e de seu ex-cônjuge, para que não retorne a cometer a infração penal e não tem para onde ir, quando principalmente da vitima que não tem coragem de denunciar e se afasta do lar, porem não são os únicos motivos de abandono do lar por violência, podendo ser citado também a relação entre pais e filhos e pais e avós que é um caso bem recorrente de abandono. Dentre outros a perda de autoestima, neste sendo relacionado mais ao desemprego ou a perda dele, ou simplesmente a falta de esperança sobre si mesmo, também o alcoolismo sendo considerado como um dos maiores motivos de perda das faculdades mentais e de confiança da família, levando-os consequentemente a morar na rua. O uso de drogas, prática muito presente em nosso país, porem a grande concentração de usuários em situação de rua se encontra em São Paulo, e por fim, entre as principais a doença mental, podendo haver mais motivos, porém serão mais subjetivas e especificas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto a contabilização dos moradores de rua no Brasil, é difícil se ter um numero preciso quanto a isto, levando em consideração que o IBGE[8] não conta os moradores de rua como senso para cidadão brasileiros, tendo em vista a ausência de residência dos próprios, tendo somente pesquisas de grandes metrópoles, que não inclui Manaus, para a contagem desse grupo.

2.1 DISCRIMINAÇÃO E CRIMILALIZAÇÃO

A respeito a discriminação que sofre a população de rua, não é preciso ir a fundo para perceber tal desafeto, levando em consideração a educação e a conscientização da população brasileira, primeiro pela invisibilidade social que pode ser retratado por Igor Rodrigues :

> *Nesse sentido, a sociedade repressora passa a ser identificada tão somente como sociedade omissa, ou cuja solidariedade (de classe) não se manifesta. Ela também reforça o mito de que todos nós estamos igualmente submetidos a repressão e da mesma maneira ao controle social, teatralizando e espetacularizando o drama e o sofrimento de milhares de indivíduos como "histórias interessantes" a serem lidas e descobertas em momentos de lazer por indivíduos privilegiados. A invisibilidade também pode ser travestida através da perspectiva do anonimato, o fato desses indivíduos serem categorizados a partir do despertencimento, no qual o localizador morado de rua encobre aspectos da identidade individual, como o próprio nome, não leva ao anonimato. (RODRIGUES, 2015, P.77)*

Sendo assim, apesar de o morador de rua ser visto, ele não é percebido como cidadão para a sociedade, porem só ganha destaque quando comete algum tipo de infração ou quando é colocado sobre sua culpa algo que poderia ser contestado, porém por sua invisibilidade social não detém voz para se defender. Falando do outro aspecto da descriminação propriamente dita, diariamente é acometida perante órgãos públicos e estabelecimentos privados, e muitas vezes reivindicando direitos que são próprios, como o da vida em hospitais públicos, o que lhe foi concedido somente em 2018, o atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e nos casos de empreendimentos o direito a permanecer no local que esta, ir e vir, sem ser expulso do mesmo, na falta de justa causa.

Já quando falamos da criminalização, a pobreza, representada também no cidadão de rua, é alvo marcante tanto quanto destinatário desta violência quanto produtor da mesma, porém ao analisarmos os aspectos de probabilidade quanto a autoria desta criminalização, vimos que é muito maior a chance do pobre se tornar aquilo que a sociedade rotula como bandido, quanto uma pessoa de classe media

por exemplo, tendo em vista a cultura e educação passada a esta pessoa quanto pequena, nos tornamos aquilo que foi construído, o ser humano é uma construção de aspectos psicológicos, sociais e familiares. Considera-se crime segundo o código penal:

> *Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1940, n.p.)*

Dentre vários motivos que levam uma pessoa a se tornar um criminoso pode-se constar a falta de Ascenção que se deseja no meio em que se encontra, ou por falta de recursos financeiros que poderia levar a uma vida de conforto. Dentre as regiões que mais cresceram na criminalidade, pode se destacar a maior evolução do país, a região norte por pesquisas feitas recentemente (GUIMARÃES, 2014).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES A TODOS

Antes de estabelecermos qualquer balizamento sobre o assunto é necessário entendermos os ditames constitucionais sobre o assunto, a começar pelo preambulo da Constituição Federal:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o **exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte constituição da república federativa do brasil. (BRASIL, 1988, n.p., grifo nosso).

O texto constitucional é claro ao estabelecer os objetivos da republica quanto a igualdade de condições e tratamento, do condicionamento e execução dos direitos sociais, que ajudam a basear o tratamento isonômico, tanto quanto a ideia de fraternidade, como direito de terceira geração.

Os chamados direitos sociais têm como objetivo idealizar verdadeiras liberdades positivas que o homem tem como ser dentro de uma sociedade para que possam diminuir desigualdades geradas no meio e que possam influir na verdadeira igualdade social (MORAES, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentre outros é necessário destacar o artigo 5º da Constituição Federal para a fluidez do assunto:

> *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****[...] (BRASIL, 1988, n.p., grifo nosso)*

São várias as informações relativas a este assunto, quanto a clareza de nossa carta magna sobre o assunto. Primeiramente destaca a CF sobre o caratê igualitário, já destacado anteriormente, sobre a isonomia de tratamento da lei, em nosso ordenamento jurídico, vigente sobre os cidadãos brasileiros, não podendo fixar balizamentos distintivos entre pessoas de qualquer natureza, que posteriormente poderá ser regulamentada por outras normas de direito infraconstitucional, sobre os direitos de pessoas com deficiência ou hipossuficiência, que não é o foco da discussão. Outros pontos a serem destacados são as inviolabilidades, primeiramente o do direito a vida como sendo o principal de todos, acarretando os demais como basilar provindo dele todos os demais, segundo o direito à liberdade, como direito de primeira geração, sendo expresso no contexto como direitos civis, a qualquer tipo de liberdade, dependendo da limitação da liberdade do próximo, terceiro e talvez o mais importante antes do basilar, o direito a igualdade de tratamento entre todos os seres humanos, configurando como direitos de segunda geração tendo como característica a igualdade social, o quarto o direito à segurança que é um dos objetivos talvez mais difíceis de serem alcançados do poder publico à aqueles que se encontram na rua, pois não tem aonde estar em situações que exigem proteção, também sendo difícil a sua fiscalização pois não tem local fixo de moradia nem algum tipo de parâmetro para proteção, já o quinto e ultimo não tem como haver proteção a propriedade de um lar, daquilo que não existe, a única coisa que um morador de rua pode pleitear a segurança de seus pertences em sua propriedade.

Recentemente em Manaus foi sancionada uma lei de numero 2369, de 29 de novembro de 2018, com o intuído de diminuir as desigualdades existentes do município por meio da Secretaria Municipal da Mulher, Assistência social e Cidadania, que tem entre outras finalidades a de:

> *[...] II - promover o desenvolvimento humano e social no município de Manaus, tendo como* ***meta a melhoria da qualidade de vida das camadas mais necessitadas da população****, com ênfase nos segmentos da criança e do adolescente, da mulher, das pessoas com deficiência* ***e pessoas em vulnerabilidade social ou risco social****,*

> *garantindo-lhes o pleno exercício da cidadania. (MANAUS, lei nº 2369 de 29 de novembro de 2018, n.p., grifo nosso).*

Como é claro os objetivos recentemente determinados pelo município, também em decorrência do fator imigração, com a grande quantidade de venezuelanos e haitianos, assim como de outros cidadãos de outros países da América do sul e também central vem crescendo cada vez mais, tendo a região norte, mais restritamente, e no todo assim como o Brasil, em sentido amplo, a fazerem estratégias de redistribuição de pessoas a interiores e capitais de outros estados, na tentativa de desafogo das zonas mais afetadas.

A diminuição da vulnerabilidade social[9] supracitada é uma das metas para a erradicação do indicie de pobreza no Brasil do futuro, obviamente não é uma meta fácil, assim sendo um dos objetivos da nossa constituição, porém nossa nação apesar de todas as dificuldades que enfrenta ainda é um país muito acolhedor quando se fala na questão dos refugiados, porém ainda tem que melhorar na forma de formular politicas publicas de abrigo e emprego a quem vem de outro país.

Além destes ainda existem outras medidas, assim como assegurar parte do Plano Plurianual do município de Manaus recursos para o financiamento municipal da assistência social em defesa dos direitos humanos, e de segurança alimentar e nutricional, daí se vê a importância que a cidade dá as questões de desenvolvimento social. Se for realmente aplicado na prática e se chega esses recursos a aqueles que moram nas ruas essa é outra discussão a ser abordada em outro tópico.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM FAVOR DOS DESABRIGADOS

Seguindo a logica de raciocínio do artigo é necessário estabelecer primeiramente parâmetros federais a respeito do assunto, então de acordo com a Política Nacional para Inclusão Social Da População em Situação De Rua, criada em 2008, vem "como forma de orientar a construção e execução de políticas públicas voltadas a este segmento da sociedade, historicamente à margem das prioridades dos poderes públicos." (BRASIL, 2008, p.2). Esse plano foi elaborado por diversos ministérios na época, além da Secretaria especial de Direitos humanos, Defensoria Publica da União, Movimento Nacional de População de Rua (MNPR), da Pastoral do Povo da Rua e do Colegiado Nacional dos Gestores Municipais da Assistência Social (CONGEMAS), de posse disso é relevante se ater por qual meio foi instituída essa politica, a qual seja pelo Decreto s/nº, de 25 de outubro de 2006.

Os objetivos relacionados a esse plano são esclarecidos para o entendimento do assunto como:

> *A presente Política Nacional faz parte do esforço de estabelecer diretrizes e rumos que possibilitem a (re) integração destas pessoas às suas redes familiares e*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *comunitárias, o acesso pleno aos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros, o acesso a oportunidades de desenvolvimento social pleno, considerando as relações e significados próprios produzidos pela vivência do espaço público da rua. Para tanto, vale-se do protagonismo de movimentos sociais formados por pessoas em situação de rua, entre outras ações que contribuam para a efetivação deste processo. (BRASIL, 2008, P.4)*

Como de praxe e por obrigação ou pressão dos órgãos fiscalizadores a nossa republica deve de estabelecer um plano como basilar para ai sim começar, mesmo que de forma inicial a integração da igualdade social em nosso país, obviamente antes a nossa constituição e as demais normas infraconstitucionais resguardavam direitos e garantias inerentes a todos, mesmo que só no papel, de forma isonômica a toda população.

Daí surgiu a ideia de se alocarem recurso da Lei de Diretrizes Ornamentarias[10] nacionais e a Lei Orçamentária Anual[11] para esses devidos fins, com o intuito de reinserção do cidadão de rua na sociedade, ou realmente inserção do mesmo, tendo em vista que alguns já nascem na pobreza .

Referente às politicas publicas na cidade de Manaus, além da lei orgânica supramencionada não existem muitas, a nível municipal, efetivas que realmente afetem positivamente os cidadãos de rua, tendo em vista a maior arrecadação vir da União e distribuída tanto no estado do Amazonas assim como em Manaus, afetando sim as camadas mais pobres, assim como o antigo prato cidadão, o projeto fome zero, entre outros, mas como dito estes são de ordem federal, assim como a redistribuição de imigrantes a capital e interiores do Brasil.

Para a maior compreensão do assunto é necessário citar Antônio Augusto Cançado Trindade para a maior compreensão do assunto:

> É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas consequências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar ao mesmo tempo a discriminação como "inevitável"

> em relação aos direitos econômicos e sociais. A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural.(TRINDADE, 1998, p.145)

Assim com a necessidade da compreensão do contexto histórico dos moradores de rua, a situação de rua em que se encontram os moradores de rua na capital do amazonas não é uma condição, muito menos o destino definitivo que a pessoa escolhe e sim, o acondicionamento que a sociedade cruelmente da como fardo as pessoas e aos seus filhos de uma determinada classe social e ainda incorrendo na discriminação.

4.1 ORGÃOS E MECANISMOS DE PROTEÇÃO RESPONSÁVEIS

Os órgãos no Brasil que tratam desse assunto se dividem, além dos âmbitos federais, estaduais e municipais, o dever de criar leis, em total ou residualmente, na função de criar novos meios de sanar esse problema ou apenas fiscalizar, e se eles realmente são efetivos no cumprimento de suas obrigações.

Começando pela parte legislativa federal, a nossa constituição institui mecanismos de defesa ao cidadão de rua, dando-lhes pelo menos em tese, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como vistos anteriormente, além de outras medidas constitucionais que corroboram com estas. Já pelo município de Manaus existem diversos órgãos relacionados ao assunto com o intuito de auxílio, dentre eles Conselhos Tutelares, Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS), Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA), Fundo Municipal de Direitos Humanos (FMDH), Fundo Municipal de Apoio à Pessoa com Deficiência (FMAPD), Fundo Municipal antidrogas (FMAD) Conselho Municipal de Assistência Social (CMAS), Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), Conselho Municipal dos Direitos Humanos (CMDH), Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional (COMSEAN), Conselho Municipal da Pessoa com Deficiência (CMDPD);Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (CMDM), Conselho Municipal de Políticas sobre Drogas (COMAD)[12], além de órgãos de assistência e assessoramento, de apoio e gestão, Departamento de Finanças, Departamento de Planejamento, Órgãos de Atividades Finalísticas, Departamento de Direitos Humanos, Departamento de Segurança Alimentar e Nutricional, Departamento de Proteção Social Especial, todos de acordo com a lei orgânica do município nº 2369, de 29 de novembro de 2018, com diversos órgãos responsáveis, agora cabe reflexão se eles são efetivos em sua realização e fiscalização de seu trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Referente ao poder executivo, para o planejamento de políticas publicas eficazes ao seu fim, existe o Ministério da cidadania, que recentemente foi diluído do Ministério da Cultura juntamente com os Ministérios do Esporte e do Desenvolvimento Social formando um único, em especial é necessário destacar a Secretaria Especial de Desenvolvimento Social, aonde o dever é auxiliar pessoas em uma classe econômica mais baixa para que não se encontrem posteriormente em situação de rua, tendo em vista a instabilidade financeira de nosso país.

Para além dos órgãos dos poderes, ainda se tem o Ministério Publico que zela pelos interesses difusos e coletivos da sociedade assim como os dos moradores de rua, como explica em seu guia de atuação ministerial na ação nacional em defesa dos direitos fundamentais, defesa dos direitos das pessoas em situação de rua:

> *A situação de rua é permeada, como já foi exposto, pela pobreza e pelo não acesso a diversos direitos garantidos constitucionalmente. Para enfrentar essa situação, portanto, é importante a atuação incisiva e efetiva do Ministério Público, por força da função atribuída a ele pelo supracitado inciso II. Cabe ao membro do Ministério Público, portanto, tomar "as medidas necessárias" à garantia dos direitos das pessoas que nela se encontram. Tais medidas não devem ser restritas ao âmbito interno do órgão nem à via judicial. (Guia de atuação ministerial do Ministério Publico, 2015, p.25)*

Assim corroborando com a ideia de que o cidadão de rua não esta sozinho na busca pelos seus direitos, existindo diversos órgãos em seu favor para melhores condições de vida, porém o que lhe falta é efetividade destes

Órgãos para cumprimento de suas obrigações e construção de uma sociedade melhor.

CONCLUSÃO

Vivemos em uma democracia aonde preponderam direitos e liberdades individuais e coletivos ao passo que evoluímos, é necessário cada vez mais incluir pessoas que não tem condições sozinhas de subsistirem a nossa sociedade, estes que antes eram vistos como invisíveis, e ainda sofrem com o desamparo estatal e com a não colaboração do indivíduo para que possamos como objetivo de nossa constituição nos diz construir uma sociedade livre, justa e solidária.

No presente artigo o enfoque foi de identificar quais são as pessoas que vivem em constante hipossuficiência econômica ou mental, quais dificuldades que sofrem, sendo alvos de diversas discriminações colocando-os em um patamar de animais sociais, classificação essa que o poder público tem o dever de punir eventuais abusos. Para além disso, foi abordado como o cidadão de rua é colocado como

criminoso, estendendo rotulo de não sociável a configuração de cidadão, sendo assim a justiça o desafogo para desmascarar frequente preconceito.

Foram abordados também os direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos levando em consideração normas constitucionais e infraconstitucionais e como afetam o município de Manaus para o melhor atendimento de seus deveres para com o tratamento isonômico entre os cidadãos. Necessário também citar a necessidade de órgãos, poderes e secretarias do governo em prol desta causa, favorecendo e animando politicas publicas para o melhoramento de vida dessas pessoas.

E para tanto qual a realidade e os desafios que a cidade de Manaus tem que encarar para construir uma sociedade mais justa para os cidadãos que nela habitam, tendo em vista tratarmos de seres humanos iguais em todos os aspectos, independentemente de raça, cor, etnia, nacionalidade ou situação econômica.

REFERENCIAS BIBLIGRAFICAS:

BRASIL. Código Penal de 1940, **Vade Mecum**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BRASIL. Governo Federal. **Política nacional para inclusão social da população em situação de** rua. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inclusaooutros/aa_diversos/Pol.Nacional-Morad.Rua.pdf. Acesso em: 2 de agosto 2019.

GUIMARÃES, Jarsen Luis Castro. **Motivações do crime segundo o criminoso:** condições **econômicas, interação social e herança familiar.** São Paulo, 2014.

RODRIGUES, Igor de Souza, A construção social do morador de rua: o controle simbólico da identidade. Juiz de Fora, 2015.

MANAUS. Prefeitura Municipal. Lei municipal nº 2399, de 29 de novembro de 2018. dispõe sobre a sua estrutura organizacional e dá outras providências. Manaus. 2018. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-ordinaria/2018/236/2369/lei-ordinaria-n-2369-2018-altera-a-nomenclatura-da-secretaria-municipal-da-mulher-assistencia-social-e-direitos-humanos-semmasdh-para-secretaria-municipal-da-mulher-assistencia-social-e-cidadania-semasc-dispoe-sobre-a-sua-estrutura-organizacional-e-da-outras-providencias. Acesso em: 2 de agosto de 2019.

MINISTÉRIO PUBLICO. Defesa Dos Direitos Das Pessoas Em Situação De Rua. Brasília, 2015. p.25.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional- 19º. Ed – São Paulo: Atlas, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. Brasília, 1997.

NOTAS:

[1] O pensamento inclusivo é um processo, ocorre quando não há diferença entre seres humanos, quando não há julgamento como perfeitos ou não, normais ou não. É um pensamento que fortalece as relações e todos fazem parte principalmente no que se diz das múltiplas relações dos homens. (MISTRELI, 2011)

[2] pensamento social corresponde à reflexão de uma sociedade sobre si mesma. (MARTINS, 2015)

[3] Feito como forma de orientar a construção e execução de políticas públicas voltadas a este segmento da sociedade, historicamente à margem das prioridades dos poderes públicos.

[4] Conforme estabelece a Lei orgânica do município de Manaus, em seu art. 1º, "Fica declarada situação de emergência social no município Manaus, ante o influxo de indígenas estrangeiros desprovidos de meios de manutenção, que pretendem ingressar no país pela fronteira Brasil-Venezuela no Estado vizinho de Roraima" (BRASIL, 2017, p.2).

[5] Secretaria Municipal da Mulher, Assistência Social e Cidadania.

[6] Aquele que pede esmola, mendigo ou mendiga.

[7] Aquele que se utiliza de drogas psicoativas que alteram o funcionamento do cérebro

[8] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

[9] "Vêm se popularizando à medida que cresce o reconhecimento de que a categoria pobreza, sem estar devidamente qualificada, é limitada para expressar as complexas situações de mal-estar social a que estão sujeitas diversas populações, mundo afora" (IPEA. **Vulnerabilidade social no brasil: conceitos, métodos e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras.** 1. Ed. Rio de Janeiro, 2018, p. 10)

[10] Orienta os três poderes assim como empresas publicas e autarquias quanto aos orçamentos fiscais relativos ao ano, determinando diretrizes a serem seguidas.

[11] Lei elaborada pelo poder executivo para orientar as despesas e receitas do ano seguinte.

[12] **LEI 2369, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018**. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ordinaria/2018/236/2369/lei-ordinaria-n-2369-2018-altera-a-nomenclatura-da-secretaria-municipal-da-mulher-assistencia-social-e-direitos-humanos-semmasdh-para-secretaria-municipal-da-mulher-assistencia-social-e-cidadania-semasc-dispoe-sobre-a-sua-estrutura-organizacional-e-da-outras-providencias. Acesso em 01/08/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE AFETIVA VERSUS REGISTRAL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

MICHELE COSTA DE SANTANA: Graduando em Direito 2019 pelo CIESA/AM.

CARLOS ALBERTO RODRIGUES DE SOUZA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de reconhecimento da paternidade afetiva *versus* registral e seus efeitos jurídicos. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. A filiação foi regulada com base na orientação advinda do direito romano, segundo a qual, da união do homem com a mulher decorriam dois tipos de filho: legítimo, se os pais eram casados entre si; e ilegítimo, caso havido fora do casamento. Os ilegítimos compreendem dois grupos: naturais, oriundos do concubinato, haja vista a inexistência de impedimento para o casamento de seus pais, sendo esta uma terceira classe que surgiu no direito pós-clássico; e espúrios, assim considerados devido a impedimento de os pais casarem-se à época de sua concepção. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo mostram que o sistema da filiação é um significativo exemplo do distanciamento que a construção da civilística tradicional operou. Filhos de pessoas não casadas entre si não eram reconhecidos pela lei porque a ilegitimidade despia-lhe da condição jurídica de "filho". O sistema do parentesco foi emoldurado para sustentar uma concepção matrimonial de família, que desconsidera a verdade fática ao transpor fatos reais para o universo do não-direito quando estes não correspondem as suas regras, procedendo de forma à exclusão e à marginalização: Não sendo fruto do acaso, aquela "realidade jurídica" emergiu assentada no sentido clássico da família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, na qual a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivo sujeito de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes.

Palavras-chave: afetiva; paternidade; reconhecimento; registral; efeitos.

ABSTRACT: This article aims to recognize affective versus registry paternity and its legal effects. It was elaborated according to the method of inductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. Affiliation was regulated on the basis of Roman law, according to which, from the union of the

man with the woman, two types of son were born: legitimate, if the parents were married to each other; and illegitimate if there had been out of wedlock. The illegitimate comprise two groups: natural, from the concubinage, since there is no impediment to the marriage of their parents, this being a third class that arose in post-classical law; and spurious, thus considered due to the inability of parents to marry at the time of their conception. For this purpose, jurisprudence, precedents, statements and understandings of recurrent cases have been used which have been a parameter to solve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains to be seen that the system of membership is a significant example of the detachment that the construction of traditional civilization operated. Children of unmarried persons were not recognized by law because illegitimacy deprives them of the legal status of "son." The system of kinship has been framed to support a family conception of marriage, which ignores the factual truth in transposing real facts into the universe of non-law when they do not conform to its rules, proceeding in a way to exclusion and marginalization: Not being a fruit of chance, this "legal reality" emerged in the classic sense of the monolithic and authoritarian family, hierarchical and transpersonal, in which the legal norm remains serving as an instrument to dedicate lower chapters to natural subjects that do not pass to the status of effective subject of law. This system of exclusion is based on a tripartite seat that unites sex, blood and family, and allows private legal formulations to model the relations of rights under a social pattern of dominant interests.

Keywords: affective; paternity; recognition; registry effects.

INTRODUÇÃO

A preocupação em investigar a paternidade, afinal, desatende os interesses de sociedades mais conservadoras. A certeza da maternidade e incerteza da paternidade levaram à instituição da presunção da paternidade com relação aos filhos concebidos durante o casamento. Ao fim, nada mais do que a presunção da fidelidade da mulher. Daí a extrema valorização da virgindade feminina e a exigência de uma postura recatada, como atributos de mais valia.

Filiação jurídica, derivada da ficção que visava garantir o que a doutrina jurídica conservadora denominava de paz das famílias legítimas, eliminava a incerteza acerca da paternidade do marido em relação aos filhos havidos de sua esposa com o escopo de manter a moral imposta na sociedade do início do século, visto que, na época, a ciência não era capaz de determinar a ascendência genética.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sob a justificativa de regulamentar a ordem social, a lei formalizou os vínculos afetivos, prejudicando a vida dos filhos havidos fora do casamento, posto que estes não podiam buscar o reconhecimento de sua própria identidade.

Este artigo visa mostra os pontos relevantes quais são efeitos do reconhecimento socioafetivo quanto ao procedimento registral expondo seus efeitos e desdobramentos nas famílias e no aspecto jurídico.

Quanto ao problema da pesquisa foi abordado Reconhecimento da paternidade afetiva *versus* registral e seus efeitos jurídicos.

Tendo como objetivo geral caracterizar o reconhecimento da paternidade afetiva *versus* registral e seus efeitos jurídicos.

E nos seus objetivos específicos:
- Apontar o reconhecimento paternidade;
- Diferenciar o que vem a ser paternidade socioafetiva e registral;
- Determinar quais são os efeitos jurídicos do reconhecimento da paternidade socioafetiva em função da registral e seus desdobramentos jurídicos.

Quanto a metodologia da pesquisa a presente pesquisa está definida pelo método indutivo que visa o reconhecimento da paternidade socioafetiva em contra posição registral mostrando seus desdobramentos jurídicos para esta pesquisa será utilizado a técnica bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

1.1 Aspectos da Filiação

Fachin (1992) nos relata que a filiação foi regulada com base na orientação advinda do direito romano, segundo a qual, da união do homem com a mulher decorriam dois tipos de filho: legítimo, se os pais eram casados entre si; e ilegítimo, caso havido fora do casamento. Os ilegítimos compreendem dois grupos: naturais, oriundos do concubinato, haja vista a inexistência de impedimento para o casamento de seus pais, sendo esta uma terceira classe que surgiu no direito pós-clássico; e espúrios, assim considerados devido a impedimento de os pais casarem-se à época de sua concepção.

Neste mesmo contexto denota o autor acima, com base no Código Civil de 1916:

> A filiação espúria, por sua vez, subdivide-se em espúrio incestuoso, cujo impedimento decorre de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme

> enumeração constante do art. 183, I a V, do Código Civil; e espúrio adulterino, cujo impedimento é em razão de um deles já ser casado com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade. Os filhos ilegítimos, em razão de não se enquadrarem no modelo desenhado pelo sistema, sequer eram reconhecidos pela original família codificada, de modo que somente os legítimos poderiam fazer parte daquela unidade familiar de produção. Destarte, a noção de legitimidade provocava uma discrepância entre a verdade jurídica e a social, pois "Sob a alcunha de ilegitimidade, a regulação jurídica dos papéis definidos às pessoas depende da função que, em abstrato, o próprio sistema define"14. Prova disso é que os filhos ilegítimos não sujeitavam suas vidas ao domínio paterno, realidade típica patriarcal. (FACHIN, 1992, p.101).

Para Silva citando Fachin; Lira de mostram que o sistema da filiação é um significativo exemplo do distanciamento que a construção da civilística tradicional operou. Filhos de pessoas não casadas entre si não eram reconhecidos pela lei porque a ilegitimidade despia-lhe da condição jurídica de "filho". O sistema do parentesco foi emoldurado para sustentar uma concepção matrimonial de família, que desconsidera a verdade fática ao transpor fatos reais para o universo do não-direito quando estes não correspondem às suas regras, procedendo de forma à exclusão e à marginalização:

> Não sendo fruto do acaso, aquela "realidade jurídica" emergiu assentada no sentido clássico da família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, na qual a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivo sujeito de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes. (SILVA, 2016, p.21 *apud* FACHIN; LIRA, 1999, pp.15-16).

Segundo Silva (2016) e consoante Fachin; Lira (1990) o princípio da defesa da instituição matrimonial, que implica, numerosas vezes, um fechar de olhos à realidade, inspirou duas características marcantes em matéria de filiação: a legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade do filho tido por sua esposa e anunciação taxativa dos motivos aptos a ensejar tal contestação. O Código incorporou a regra *pater is est* sob tais características, induzindo até mesmo que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"mentira jurídica" poderia ser essencial à paz familiar. A proteção da legitimidade da filiação foi nitidamente severa, com indisfarçável desvantagem aos filhos ilegítimos. Mas a ciência jurídica não dispunha de outras soluções, impondo à sociedade o critério adotado pela lei. Destarte, "A aplicabilidade da presunção decorre da inexistência de outro instrumento que proceda ao automático estabelecimento e que, daí, poderia substituí-la."

Nas palavras de Fachin (1992) a situação considerada normal na sociedade era a do marido como pai biológico dos filhos do cônjuge, o que explica a tentativa da regra *pater is est* em coincidir a verdade jurídica com a biológica. No entanto, a proibição de reconhecimento jurídico do filho gerado entre pessoas não comprometidas perante o ordenamento ou por um dos cônjuges com terceira pessoa acarretou um grande número de nascimentos marginalizados, apontando a incapacidade do sistema de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a real - biológica. Observa-se uma paternidade presumida, que passou a inclinar-se a outros interesses:

> O sistema do Código, ainda que quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Dá, assim, preferência a um critério "nupcialista de paternidade" (segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe) e não a um critério "biologista da paternidade", que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico. (FACHIN, 1992, p.21).

1.2 Direito e Afetividade

Artoni (2019) cita que, compreender a trajetória percorrida pela afetividade nas ciências jurídicas exige analisá-la não como uma emoção ou sentimento, mas sim como um fenômeno sociológico. É a isso que se dedica este trabalho no presente momento: observar o modo como a afetividade se fez presente (ou ausente) no cotidiano humano ao longo dos tempos e como foi possível que a mesma atingisse tamanha importância a ponto de o direito voltar seus olhos a ela e reconhecê-la como princípio jurídico.

Calderon (2011) alega que, primeiramente é preciso romper com a romântica visão sobre a história da humanidade e enfrentar objetivamente o fato de que nem sempre o afeto demonstrou-se um elemento relevante para as relações humanas e familiares tal como hoje é. Muitíssimo pelo contrário, segundo indica, a afetividade apenas ganhou valorização social a partir do século XVIII, em decorrência de

mudanças tais como a revolução industrial, o processo de urbanização e as conquistas femininas.

> Nos primórdios os homens eram primitivos, nômades e apresentavam hábitos essencialmente rudimentares, logo, os relacionamentos sociais por eles vivenciados eram instintivos e bárbaros. Segundo expõe, os "ensaios de relações familiares" por eles vivenciados eram extremamente precários e consistiam em grupos marcados por absoluta promiscuidade sexual. Isso porque os indivíduos apenas vivenciavam os papéis de "homem" e "mulher", os papéis de "pais", mães", "filhos" e "irmãos" eram absolutamente inexistentes, o que acarretava na constância de relações sexuais de forma não criteriosa entre ascendentes, descendentes e irmãos. (MACHADO, 2012, p.5).

1.3 A Afetividade Aplicada às Relações de Filiação

Segundo Dias; Chaves (2016) o conceito clássico filiação encerra a relação parentesco de primeiro grau que conecta ascendentes e descentes. Tanto no direito brasileiro quanto na imensa maioria dos demais países, há uma predileção histórica pela compreensão de que o vínculo da filiação é composto preferencialmente pela biologia (origem genética) ou pelo vínculo civil (procedimento de adoção).

Calderon (2011) alega que, meados do século XVIII, a humanidade vem passando por um processo de mudança de mentalidade que acarretou na valorização do afeto e no reconhecimento do eudemonismo como filosofia a nortear os relacionamentos humanos.

Artoni (2019) ressalta que, desse modo, o reflexo das mudanças mencionadas no parágrafo supra também atingiu a concepção de filiação

> Impondo à sociedade novas percepções sobre quais os elementos essenciais para a caracterização das relações de parentalidade. Dentro da atual filosofia eudemonista, é indiscutível que o desenvolvimento adequado de um filho e a sua realização dentro do seio familiar exige muito mais do que as condições objetivas básicas de subsistência. Além dos aspectos materiais básicos, é preciso que esse filho se sinta amado, querido e cuidado, que alguém o ensine e eduque com verdadeiro carinho e dedicação, ou seja, é necessário que os responsáveis pela criança em formação disponham de muito mais do que material genético e bens econômicos, é preciso doar-se. (ARTONI, 2019, p. 23).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sobre o tema, Campos (2006) afirma que os tempos hodiernos demonstram que a filiação passa a gozar de verdadeira função social, sendo construída pela afetividade e convívio em detrimento da semelhança genética entre prole e genitores:

> A filiação tem perdido sua função biológica (garantida pelos laços de sangue e genéticos) para exercer sua função social (garantida pelos laços de afeto). Assim, a identidade biológica entre pais e filhos não garante mais a convivência e o reconhecimento da relação, pois as necessidades que envolvem essa relação são muito mais de cunho social, afetivo, cultural e ético que de cunho biológico. Com isso, a desbiologização da paternidade é cada vez mais crescente no núcleo familiar, que passa a adotar seus filhos muito mais por opção que pela falta dela. (CAMPOS, 2006, p.326).

Na mesma linha, manifesta-se Almeida (2001) quando afirma que, dentro da atual concepção de família enquanto núcleo formador do indivíduo e instrumento para se lograr a felicidade, o conceito de paternidade (e por conseguinte de maternidade, ousa-se incluir neste momento) não pode mais se resumir apenas a dados biológicos, devendo ser construído dentro de um contexto fático afetivo e social em que se dê prioridade absoluta à pessoa do filho.

Para Lobo (2006a) toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não; ou seja, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a não biológica.

Ainda no contexto de que a paternidade é ato volitivo e não biológico, Lobo (2006b) também afirma que, o convívio é um dos elementos mais relevantes à constituição dos vínculos entre pais e filhos:

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência, lobo

Welter (2008) afirma que, a real paternidade e maternidade encontram fundamento no desejo de ser pai e de ser mãe. Sendo a afetividade intrínseca a tal desejo. Nesse sentido, restando presente o ato volitivo de assunção dos papéis inerentes à paternidade e maternidade ficando preenchidas as figuras paternas e maternas, sendo a existência de afetividade absolutamente presumida pelo desejo.

> Para o autor, a real filiação se constitui no mundo dos fatos e do afeto, e não no mundo jurídico; logo, o assento de nascimento não conseguiria, por si só, refletir se no mundo

> fático as pessoas constantes no assento exercem efetivamente os papéis de pai e mãe. Numa só palavra, não há sequer necessidade de registro ou de exercício da função de pai para averiguar se houve afetividade na medida em que isso ocorre na medida em que o pai ou a mãe decide ser pai, decide ser mãe, não importando a sua origem (genética, afetiva, sexual ou assexual). Isso ocorre porque o jeito-de-ser-pai, de ser-mãe, de ser-em-família está delineado muito antes do exercício da função de pai, de mãe. (DINIZ, 2014, p.469).

2 PATERNIDADE REGISTRAL

2.1 Considerações Iniciais

Nesse contexto Silva (2016) ressalta que a preservação familiar, apenas os filhos concebidos por genitores casados foram reconhecidos perante a sociedade. Alegando uma suposta paz familiar, que para a sociedade seria abalada com o público reconhecimento de um adultério ou de relações incestuosas praticadas por seus membros, não se reconhecia aos filhos extranupciais direitos básicos à sobrevivência, relegando-os à execração pública em virtude de um comportamento tido como altamente reprovável, praticado por seus pais ao gerá-los, que se convencionou manter segredo. A culpa - ou crime dos pais - foi, então, punida na pessoa dos filhos.

2.1.1 Finalidade do casamento

Rocha; Pamplona Filho (2017) citam que, o instituto do casamento trata-se da mais antiga forma de se constituir uma família e, até a Constituição Federal de 1988, a única entidade familiar juridicamente reconhecida. Em razão da ausência de um conceito legal, a definição de casamento sempre suscitou controvérsias doutrinárias.

Segundo Farias; Rosenvald (2015) a natureza contratual, em virtude da necessidade de consentimento dos nubentes para sua formalização, e de outro, atribui-se um caráter institucional, em razão das normas de ordem pública que impõem uma série de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges limitadores da sua autonomia privada.

Como um meio termo entre essas duas orientações, uma boa parcela da doutrina brasileira adota a natureza híbrida do casamento, explicado por Gagliano; Pamplona Filho (2018) como "um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida".

2.1.2 Efeitos da separação de fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A separação de fato, tal qual o casamento, não goza de uma definição legal. Não obstante, pode ela ser entendida como o desfazimento informal da sociedade conjugal identificada na intenção de rompimento da união do casal não declarada judicialmente.

> Doutrina e jurisprudência encontram no tempo e nos fatos em concreto as fronteiras justas e reais de qualquer sociedade afetiva, que antes de ser encerrada pela intervenção do legislador, procuram atribuir novo valor e efeito jurídico à antecipada volição dos cônjuges e conviventes, porquanto eles sim, e não outros, são os reais senhores da certeza e exatidão temporal em que sua sociedade afetiva e seus interesses comuns verdadeiramente se dissolveram. Ninguém discorda que a separação de fato gera importantes efeitos jurídicos, por ela os consortes e conviventes assumiram e aceitaram não mais prolongarem sua vida conjugal ou sua sociedade informal, liberando-se mutuamente da assistência espiritual, da afetividade e do desejo societário que serve de mola mestra, incentivo e consequência direta da comunicabilidade patrimonial. (MADALENO, 2018, p. 166).

Apesar de a lei não mencionar a separação de fato como causa do fim da sociedade conjugal, dela devem advir os mesmos efeitos jurídicos atribuídos à separação de direito (CC art. 1.576), conclusão que se mostra ainda mais viável, segundo Tartuce (2018a), diante da extinção da separação judicial como categoria do Direito de Família brasileiro após a Emenda Constitucional 66/2010.

Quanto a estes efeitos, Nader (2016, p. 230) esclarece que a separação de fato põe fim ao dever de coabitação, mas não deve ser confundida com a sua simples interrupção, a qual pode originar-se da necessidade ou conveniência da própria família, ao passo que também não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas, desde que haja prova da interrupção da convivência.

Tartuce (2018b) salienta que, em relação ao fim do dever de fidelidade recíproca, este pode ser identificado na medida em que o sistema jurídico autoriza a pessoa casada, desde que separada de fato, a constituir uma união estável (CC, art. 1.723, § 1º), que, tal qual o casamento, constitui entidade familiar juridicamente reconhecida, considerada base da sociedade e merecedora de proteção estatal.

2.1.3 O cônjuge e seu direito sucessório

Existem várias definições para o termo sucessão Silva (2016) a define como sendo "a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode

usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome". Em sentido estrito, a sucessão é a transmissão do patrimônio de uma pessoa em razão da sua morte, abrangendo bens, direitos e obrigações pertencentes àquele no momento de seu óbito.

Pereira (2010) cita que, a passagem do patrimônio na sucessão *causa mortis* tem por fundamento jurídico a convocação do sucessor pelo falecido ou pela lei. Na primeira situação, o chamamento se dá em razão da expressa e real manifestação de vontade do titular do patrimônio, através de testamento, nos limites e formas admitidas em lei, a chamada sucessão testamentária. Na segunda hipótese, a indicação se opera por meio de critérios estabelecidos pelo legislador que, baseado numa vontade presumida do falecido, convoca a herdar pessoas que compõem o seu núcleo familiar, a chamada sucessão legítima.

Segundo Dias (2017) ocorre que, nem todos os familiares do falecido serão beneficiados através da sucessão legítima, uma vez que o Código Civil, através da ordem de vocação hereditária, estabelece um critério de prioridade de acordo com as classes sucessórias.

Para Nader (2016, p. 152), leva em conta "os graus de parentesco em que se torna provável o nexo de solidariedade entre sucessor e sucedido". Todavia, a proximidade dos laços familiares não é necessariamente fundada em parentesco, privilegiando-se na atualidade os vínculos afetivos, na medida demonstrada no atual regramento da sucessão do cônjuge a partir do art. 1.829 do Código Civil.

Rocha; Pamplona Filho, (2017) citam o 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. Vê-se que, na classificação deste dispositivo, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (inciso I), com os ascendentes (inciso II) e herda, isoladamente, na falta de parentes da linha reta (inciso III), afastando os colaterais da sucessão (inciso IV). (ROCHA; PAMPLONA FILHO, 2017, p.47).

Conforme Coelho (2016) o importante destacar que o direito à sucessão do cônjuge sobrevivente não se confunde com o seu direito à meação. Não sendo o regime patrimonial do casamento o de separação de bens, cada um dos consortes receberá a metade dos bens comuns da sociedade, em razão do desfazimento do vínculo matrimonial, que pode se dar em decorrência da morte de um deles. Além

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

disso, em razão do mesmo fato jurídico (morte), o cônjuge sobrevivente poderá herdar o patrimônio do cônjuge falecido, de acordo os parâmetros estabelecidos no artigo acima transcrito.

Oliveira (2009) Segundo este dispositivo legal, se, ao tempo do falecimento, o *de cujus* encontrava-se separado judicialmente, o cônjuge sobrevivente não terá direito à sucessão.

> Mesmo após a promulgação da EC 66/2010 e a extirpação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, embora não seja mais possível pleiteá-la, esta continua a ser causa de extinção de direito sucessório em razão da manutenção do estado civil de separados para aqueles que se separaram no regime anterior, bem como pelo fato de não haver divórcio automático decorrente da incidência da referida Emenda. Não se deixe de frisar ainda que, com vistas à atualização do artigo em comento, deve ser incluída a hipótese de separação extrajudicial, incorporada ao ordenamento pela Lei 11.441/2007, como causa de afastamento da legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente. (OLIVEIRA, 2009, p.127).

Tartuce (2018a) O mesmo efeito deve ser atribuído ao divórcio, ou seja, o cônjuge que já esteja divorciado à época da abertura da sucessão não tem direito a suceder, embora o art. 1.830 não faça referência a esta situação explica que:

> A ausência de menção ao divórcio se dá "por razões óbvias, uma vez que dissolvidos o casamento e o vínculo matrimonial não há que falar em direito sucessório do ex-cônjuge que, com o falecido, não mantém mais qualquer vínculo familiar". É preciso esclarecer que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente estará afastado se, ao tempo da morte do autor da sucessão, já se encontrava homologada a separação/divórcio consensual, transitada em julgado a sentença da separação/divórcio litigioso ou lavrada a escritura pelo tabelião na hipótese de separação/divórcio extrajudicial. Se o óbito do cônjuge tiver ocorrido no curso da separação judicial ou do divórcio, o estado civil do sobrevivente não será de separado judicialmente ou divorciado, mas de viúvo e, consequentemente, de herdeiro. (TARTUCE, 2016, p. 209).

Segundo Rocha; Pamplona Filho, (2017) será reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se não se encontrava separado de fato há mais de dois anos à época da abertura da sucessão, salvo se provar não ter sido culpado por esta separação.

Tartuce (2018b) cita que, pela dicção do dispositivo, a mera separação de fato não é causa suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, sendo necessária a investigação de critérios objetivos (lapso temporal) ou subjetivos (culpa) do rompimento informal da vida em comum. Esta parte final do dispositivo recebe severas críticas da doutrina, seja quanto à exigência de prazo mínimo da separação de fato, seja no que se refere à averiguação de um culpado no fim da relação conjugal.

2.2 Conceito de Família

De acordo com Alves; Alves (2002) nas suas palavras define que família, como realidade sociológica, apresentou, em sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. À ciência jurídica coube a regulação das relações patrimoniais privadas, bem como das novas situações surgidas no âmbito do direito de família no interior das castas econômicas que se formavam. Cabe destacar, na metade do século XX, a intensificação das famílias estruturadas independentemente das núpcias ou conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe.

2.3 Aspecto Constitucional do Direito da Família

Nas palavras Salet (2001, p.80) o primeiro destaque é o art. 226, *caput*, da Constituição que, ao prever que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", compromete-se pela sua integridade. Adota, ao longo de seus parágrafos, a concepção eudemonista, equiparando-a e reconhecendo efeitos jurídicos à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e ao grupo monoparental, em que vive apenas um dos genitores e descendentes, filhos ou netos (§ 4º). Constitui "uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito".

Note que a CF/88 mostra alguns pontos relevantes que devem ser suscitadas como quanto à família perceba seus artigos retratados e elencados abaixo:

a) A proteção de todas as espécies de família é retratada no (art. 226, *caput*, CF/88);

b) Sendo reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF/88);

c) A Igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, §5º, CF/88);

d) A dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º, CF/88);

e) Dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF/88);

f) Assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º, CF/88);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

g) Dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, CF/88);

h) Igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º, CF/88);

i) Respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes os de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF/88);

j) Dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF/88). (BRASIL, 1988).

2.4 Monossistema e Polissistema Direito da Família

Apresentou-se, também, uma legislação extravagante com características de especialização, formando um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Neste cenário, enquanto o Código preocupava-se em garantir a estabilidade das normas, as leis especiais as alteravam sem cerimônia, visando à garantia de objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado, constituindo sua segunda fase interpretação:

> Não há dúvida que a aludida relação estabelecida entre o Código Civil e as leis especiais, tanto na fase da excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil era o grande centro de referência e as demais leis especiais funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações aqui relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados pela mencionada doutrina como microssistemas, que funcionariam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil. O Código Civil passaria, portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais (TEPEDINO, 2001, pp.11-12).

3 MEDIDAS DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DESDOBRAMENTOS DA REGISTRAL E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

3.1 A mudança do registro de nascimento na adoção à brasileira.

Na adoção à brasileira, o Superior Tribunal de Justiça está construindo sua jurisprudência no sentido de que é possível que o adotado receba a herança dos seus pais biológicos, ainda que tenha formado com os seus pais adotantes à

brasileira o vínculo socioafetivo. Acerca desse assunto destaca-se o seguinte julgamento proferido no Recurso Especial nº 1.274.240/SC, Dje: 15/10/2013:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92 BRASIL (1992).

1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido. 10. Esse amplo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva pela doutrina e jurisprudência, bem como a possibilidade dela, inclusive, prevalecer sobre a verdade biológica, em algumas hipóteses, trata-se de uma quebra de paradigmas, haja vista que o direito brasileiro, notadamente em razão do desenvolvimento tecnológico, que permitiu a realização de exames genéticos precisos acerca do vínculo biológico (DNA), tinha a tendência de sempre priorizar a genética. Um exemplo disso é a própria possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado, quando lhe sobrevém prova que definitivamente exclui a paternidade. 11. Trata-se do fenômeno denominado pela doutrina como a "desbiologização da paternidade", o qual leva em consideração que a paternidade e a maternidade estão mais estreitamente relacionadas à convivência familiar que ao mero vínculo biológico. (BRASIL, 2013a).

No mesmo sentido, em uma decisão sem unanimidade, com um voto vencido, foi julgado o caso expresso pelo Recurso Especial de nº 1.167.993/RS, Dje: 15/03/2013, ementado da seguinte maneira:

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil

> resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC⁄02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (Brasil, 2013b).

3.2 Princípio da Defesa Familiar

Segundo Silva (2016) e consoante Fachin; Lira (1990) o princípio da defesa da instituição matrimonial, que implica numerosas vezes, em um fechar de olhos à realidade, inspirou duas características marcantes em matéria de filiação: a legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade do filho tido por sua esposa e anunciação taxativa dos motivos aptos a ensejar tal contestação. O Código incorporou a regra *pater is est* sob tais características, induzindo até mesmo que a "mentira jurídica" poderia ser essencial à paz familiar. A proteção da legitimidade da filiação foi nitidamente severa, com indisfarçável desvantagem aos filhos ilegítimos. Mas a ciência jurídica não dispunha de outras soluções, impondo à sociedade o critério adotado pela lei. Destarte, "a aplicabilidade da presunção decorre da inexistência de outro instrumento que proceda ao automático estabelecimento e que, daí, poderia substituí-la."

3.3 Valor Jurídico do Afeto

Dias (2016) cita que, o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares, como um direito fundamental, o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto, para Calderon (2011), o amor, tanto para o ser humano, como para a sociedade organizada é muito importante. É, sem sombra de dúvida, o mais alto sentimento despertado na vivência em comunidade.

Almeida (2001) ressalta que o amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. Esclareça-se que o amor, assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor.

Welter (2008) relaciona que, a relação de paternidade sempre aflorou importantes discussões na seara jurídica. Isto ocorre porque as relações pai e filho sempre são atuais, haja vista as modificações de pensamento e de cultura de nossa sociedade. Os conceitos de paternidade e maternidade ultrapassaram a biologia, saindo dela para adentrar ao mundo fático contemplando a convivência e o sentimento de afeto em contraposição à relação biológica estabelecida, por vezes forçosa do exame de compatibilidade genética para auferir paternidade.

Calderan (2011) cita que, hoje, a família é vista não apenas como a união de pessoas para fins de continuidade patrimonial, a família é o alicerce psicológico e emocional dos seres humanos civilizados.

Hogemann (2006) cita que, o valor do afeto está cada vez mais em evidência no que tange à família, podendo, inclusive ser base para o estado de filiação, tanto quanto o critério biológico.

Segundo Calderon (2011) O reconhecimento do valor jurídico do afeto, como sendo essencial para a determinação da filiação, já está consolidado por grande parte da jurisprudência. Assim observa-se:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, **o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo**. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido. (TJRS, 2006).

Segundo Welter (2008) com o defraldamento do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, havendo a necessidade de ser formatada uma parceria, um espaço de convivência recíproca.

Lôbo (2006a) faz menção ao princípio da afetividade quando considera na Constituição Federal de 1988 a existência de quatro fundamentos essenciais que apontam para este princípio. Primeiramente, o autor aponta a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF/88), em seguida, a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, oferecendo ao filho adotado direitos

iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF/88), alude, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar, como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Seguindo o raciocínio, SARMENTO, também entende ser o afeto um dos fundamentos mais expressivos da família moderna, para além da dimensão ética, na medida em que verdadeiro valor jurídico de perfil constitucional:

> Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 1988 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais (SARMENTO, 2008, p.643).

3.4 Principio da Igualdade Entre os Filhos (Art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e art. 1.596 do Código Civil)

Machado (2012) prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre filhos.

Segundo Calderan (2011) esses comandos legais regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput,* do Texto Maior, um dos princípios do Direito Civil Constitucional. Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento.

Fachin (2008) alega que, essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso*, as quais são discriminatórias. Também não podem ser utilizadas, em hipótese.

3.5 Da Filiação e Reconhecimento dos Filhos

Calderon (2011) salienta que, o direito de filiação revela-se como uma situação de estado em que investe uma determinada pessoa, o estado de filiação é a situação de fato em que se encontra uma pessoa na qualidade de filho, ou ainda, é a situação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que vincula uma pessoa a uma família do qual se originam efeitos e conseqüências jurídicas.

Para Hogemann (2006) existem três tipos de filiação genérica: a adotiva, a presumida e a natural. A filiação adotiva é a resultante do instituto da adoção, a presumida é determinada por dispositivos legais que se presumem naturais aos filhos no qual poderiam ser gerados na constância do casamento, já a filiação natural é a que diz respeito à questão biológica e que tem provocado diversas ações de investigação de paternidade.

Sales (2010) ressalta que, a filiação, que existia no Código Civil de 1916, tendo sido regulada com base no Direito Romano, discriminava que havia dois tipos de filhos: o legítimo, aquele concebido na constância do casamento e o ilegítimo concebido fora da convenção do casamento.

Lobo (2006a) cita que, também, segundo a doutrina, há a filiação legítima e ilegítima, contudo, essas designações são usadas apenas para determinar em qual situação se encontra o vínculo de família, pois, a Constituição Federal de 1988, como antes descrito, proíbe qualquer descriminação relativa à filiação no seu artigo 227, parágrafo 6º.

Entretanto, para Lobo (2006b) o legítimo e o ilegítimo a fim de se precisar um melhor entendimento, sendo que se considerava filiação legítima aquela em que o filho nascia de um casal legalmente casado e filiação ilegítima os filhos nascidos de um casal que não procederam ao casamento, como acima explicado.

Segundo Oliveira (2009) na filiação legítima existe a modalidade da filiação legitimada, que acontece quando os pais se unem em matrimônio após a concepção ou o nascimento do filho. A filiação ilegítima subdivide-se em: naturais e espúrios, sendo esses últimos assim considerados devido ao impedimento dos pais de contraírem núpcias na época da concepção do filho.

Welter (2008) salienta que, a filiação ilegítima natural é aquela em que o filho nasce de um casal com o qual não existe impedimento matrimonial, ou seja, os pais poderiam realizar o casamento, porém não o fizeram.

Campos (2006) ressalta que, a filiação ilegítima espúria subdivide-se em: espúrio incestuoso e espúrio adulterino, sendo que o incestuoso é aquele em que os pais são parentes em grau muito próximo, o qual impede o enlace matrimonial e o espúrio adulterino ocorre quando o pai ou a mãe ao tempo da concepção ou parto se encontrava ligado devido ao casamento com outrem.

3.6 Do Reconhecimento dos Filhos

Segundo Pereira (2010) os filhos de pais casados não precisam ser reconhecidos, devido à presunção de paternidade existente nos filhos oriundos do enlace matrimonial ou na constância deste, contudo o filho concebido fora do casamento, não é beneficiado por tal presunção legal de paternidade. Sendo que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

embora existindo o enlace biológico entre pai e filho, resta o vínculo jurídico de parentesco, que só deriva do reconhecimento.

Conforme Sales (2010) o reconhecimento, então é o ato pelo qual o pai ou a mãe, em conjunto ou separadamente, admite como sendo sua a filiação através de um ato espontâneo e por escrito, é este o reconhecimento voluntário, também designado de perfilhação, existindo, também, o reconhecimento coativo, qual seja quando a admissão de filiação é obtida por meio de sentença em processo regular, denominado também de judicial ou forçado, sendo de qualquer forma, o reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos, é irrevogável.

3.7 Reconhecimento Voluntário

Calderon (2011) salienta que o reconhecimento voluntário pode ser realizado no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular; por testamento; por manifestação direta e expressa perante o juiz (artigo 1.609, incisos I, II, III, IV do Código Civil). Sendo que a finalidade é a aquisição de estado de filiação.

Para Dias (2016) o reconhecimento ocorre no termo de nascimento quando o pai ou a mãe, juntos ou separadamente, declaram a maternidade ou paternidade perante o oficial do Registro Civil, assinando a lavratura do respectivo termo de nascimento, sem se exigir uma solenidade especial.

Coelho (2016) cita que, o reconhecimento por escritura pública é lavrado por instrumento público, podendo ser lavrada especificamente para o reconhecimento, ou pode-se fazer incidentalmente em escritura que tenha outros objetivos imediatos. A lei não exige a anuência da mãe do reconhecido. Por escrito particular também se pode dar o reconhecimento, a ser arquivado em cartório, é aceito como forma de reconhecimento, desde que expresso.

Diniz (2014) alega que, o reconhecimento dos filhos através de manifestação direta e expressa perante o juiz, sendo uma manifestação de vontade em reconhecer alguém como filho, podendo ocorrer de forma incidental ou principal. Quando se da por iniciativa do próprio perfilhante ou do juiz é principal e de forma incidental ocorre quando um determinado processo judicial possui objeto principal distinto do reconhecimento de filiação.

Para Madaleno (2018) o reconhecimento apesar de ser irrevogável e perpétuo, poderá ser anulado por inobservância das formalidades legais, ou então, se conter alguns dos defeitos dos atos jurídicos.

Dais (2017) salienta que, o reconhecimento do filho maior de idade não pode ser realizado sem seu consentimento, e o menor pode impugnar seu reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação (artigo 1.614, CC) por meio da ação de contestação ou impugnação de reconhecimento, alegando incapacidade do reconhecente ou inverdade da afirmação de paternidade ou maternidade. Também, em relação ao menor, nada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

obsta que ingresse com a ação, enquanto incapaz, desde que devidamente assistido ou representado.

Diniz (2014) cita que, o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho já concebido, porém o filho que já seja falecido só poderá ser reconhecido se este tiver deixado descendentes, evitando, desta forma, reconhecimentos por interesse.

Segundo Calderan (2011) o reconhecimento produz todos os efeitos a partir do momento de sua realização. Sendo que o filho havido fora do casamento, tendo sido reconhecido por apenas um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem a anuência do outro cônjuge (artigo 1.611, CC), contudo o artigo 15 do Decreto-Lei 3.200/41 determina que caberá ao pai ou a mãe prestar ao filho reconhecido, fora do lar, igual tratamento ao que dispensa ao filho havido no casamento, se assim o tiver, correspondente à condição social e de afeto.

3.8 Reconhecimento Judicial

Sarmento (2008) salienta que, aquele filho que não obtiver o reconhecimento espontaneamente pode adquiri-lo através do reconhecimento via judicial, por intermédio da ação de investigação de paternidade, de natureza declaratória e imprescritível, tratando se de direito personalíssimo e indisponível, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1992, no seu artigo 27.

Campos (2008) cita que, uma vez determinada à igualdade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento torna-se evidente os direitos do filho à dignidade, ao convívio familiar, à alimentação, além de outras garantias determinadas pela Constituição Federal de 1988.

> Art. 227, caput – E dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Parágrafo 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1998, p. 116-117).

Almeida (2001) aborda que, a investigação de paternidade também tem amparo no Estatuto da Criança e do adolescente, no Novo Código Civil e na Lei 8.560/92. A dita ação pode ser ajuizada sem restrição, por qualquer filho havido fora do casamento. A legitimidade ativa para intentar ação de investigação de paternidade é do filho, se menor, será representado pela mãe ou tutor, caso o filho morrer antes de intentá-la, seus herdeiros e sucessores ficarão impedidos para o

ajuizamento, salvo quando ele morrer menor e incapaz (artigo 1.606, CC), se o filho já tiver iniciado a ação os seus herdeiros poderão continuá-la. Além disso, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição, sendo que os filhos adulterinos e incestuosos também podem intentar o que não podia ser realizado antes.

Alves (2002) ressalta que, a legitimidade passiva é do suposto pai, se este já for falecido, a ação deverá ser interposta contra os seus herdeiros. No entanto, não se pode mover a ação contra o espólio do *de cujus*, pois este não possui personalidade jurídica.

> No antigo Código Civil de 1916 estavam especificados os casos em que caberiam as investigações de paternidade, quais sejam: a) o concubinato dos pais no tempo da concepção, devendo ser provado de forma convincente, com relação sexual continuada, habitual e com exclusividade, sendo que, atualmente, a interpretação de concubinato é mais liberal, não se exigindo convivência permanente debaixo do mesmo teto; b) quando do rapto da mãe pelo suposto pai coincidir com a época da concepção do filho, ou de suas relações sexuais com ela, sendo que o autor da ação em relação ao rapto deverá provar o tempo em que a raptada ficou em seu poder e a data do nascimento do filho; c) quando o pai reconhecer expressamente por escrito, podendo ser um documento público ou particular, emanado do próprio pai e que contenha sua assinatura. Em relação ao exame de sangue, este, quando o resultado era positivo, significava apenas a possibilidade de o réu ser o pai, mas essa não afirmava a paternidade absolutamente, sendo que, somente quando o exame restava negativo é que a paternidade excluía-se. (CALDERON, 2011, p.67).

Para Almeida (2001) levando em consideração a pretensão do direito descrito na ação de investigação de paternidade pode-se afirmar que esta ação é declaratória, cuja função é obtenção de uma sentença que, simplesmente, declare a existência de uma relação jurídica.

Hogemann (2006) salienta que, a ação declarativa é ação a respeito do ser ou não-ser a relação jurídica por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne claro, que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou não é, a relação jurídica de que se trata.

Segundo Sarlet (2001) assim, a ação de investigação de paternidade visa declarar um direito dos litigantes, sendo que, no que concerne a existência ou não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da relação jurídica entre as partes, não haverá mais a discutir uma vez prolatada a sentença declaratória.

Alves (2002) salienta que, quanto à atividade probatória da paternidade, antes esta era realizada através de indícios, como testemunhos e exames de sangue, porém não apresentavam 100% de comprovação. Com a evolução da ciência e a descoberta do exame de DNA tem-se uma pequena margem de erro quanto à comprovação da paternidade, possibilitando assim, a descoberta do pai biológico. Contudo, não existem exames que possam assegurar a futura aproximação afetiva entre o pai e o filho, pois o vínculo não se manifesta através de um papel e sim advém de um relacionamento.

3.9 Inovações Jurídicas

Farias (2008) salienta que as inovações jurídicas podem compreender:

a) Abre espaço jurídico, sob a rubrica do parentesco de "outra origem", para o valor constitutivo da posse de estado, nos artigo 1.593 e 1.605, inciso II; a posse de estado de filho, com fulcro na tríade *nomen, tractatio* e *fama*, pode dar ensejo à base sócio-afetiva da filiação, em numerosos casos apreendidos e acolhidos pela jurisprudência movida pela força criativa dos fatos;

b) Estabelece presunção de paternidade na fecundação artificial (artigo 1.597, incisos III e V), tanto homóloga quanto heteróloga, dando ensejo ao debate sobre a natureza (relativa ou absoluta) da presunção em tais hipóteses;

a) Encaixa no texto legal princípio de vedação de interferência na vida familiar (artigo 1.513);

b) Prevê a idade núbil aos 16 anos, decorrente da maioridade agora estatuída aos 18 anos (nos termos dos artigo 5o. e artigo 1.517);

c) Abre a possibilidade para qualquer nubente de acrescer o sobrenome do outro (artigo 1.565, parágrafo 1º);

d) Admite o divórcio sem partilha (artigo 1.581);

e) Fixa a guarda para quem tenha melhores condições para exercê-la à luz do melhor interesse da criança (artigo 1.584);

f) Estatui o parentesco por afinidade entre companheiros (artigo 1.595);

g) Inaugura no Brasil a vigência legal do regime de participação final nos aqüestos (artigo 1.672) por pacto antenupcial (artigo 1.656).

3.10 Intervenção do Ministério Público

Segundo Farache (2017) sem dúvidas, a intervenção do parquet no Direito de Família sofreu uma redução sensível. Atualmente, o tema é regido pelo artigo 698 do CPC/2015: "Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Sobre o assunto, a doutrina ensina que A regra, em boa hora, limita a participação do Ministério Público nas ações de família quando existir no concreto interesse de incapaz em jogo. Pouco importa qual seja a causa da incapacidade, seja pormenoridade, seja por enfermidade ou por deficiência mental. Enfim, a mudança parece chegar em boa hora para os membros do Ministério Público,mas só o tempo dirá se o interesse social foi bem observado e analisado pelo legislador. (ROCHA; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 36).

CONCLUSÃO

Em uma análise histórica sobre a família notamos as evoluções benéficas ocorridas com essa que é a célula *mater* da sociedade, abandonando seu caráter austero, baseado no patriarcalismo e no casamento para, finalmente tornar-se uma família focando principalmente os laços emocionais. Isso devido em muito ao avanço da sociedade, com a derrubada de preconceitos e a valorização da dignidade humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a família obteve um maior amparo, impondo regras como a igualdade de filiação e, assim, o reconhecimento legal dos filhos havidos fora do matrimônio, além de oportunizar aos mesmos o direito de conhecer o pai biológico.

Contudo, com as transformações na família brasileira evidenciaram-se algumas limitações no que tange a paternidade consangüínea, haja vista que a verdade biológica tem se mostrado insuficiente para garantir os deveres paternais na esfera familiar. Sendo assim buscaram-se outros elementos para definir a relação existente entre pai e filho.

A paternidade é um estado em que alguém se encontra na situação de pai e, sendo assim possui deveres em relação ao seu filho, quais sejam morais, educacionais, alimentares, entre outros. Porém, acima de tudo, deve existir o dever emocional revelado através do afeto, que emana de um ato voluntário, não podendo ser imposto jamais pelo ordenamento jurídico.

As questões sociais reivindicam serias reflexões frente às diversas necessidades da sociedade, desta forma, evitar ou ao menos minimizar o acirramento além de ser uma tarefa imprescindível enquadra-se como desafios à todos os atores políticos, organizações e comunidades empenhadas na construção da democracia enquanto valor social de garantia dos direitos humanos fundamentais, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito. Diante desse contexto, é intolerável que se continue perpetrando violações de direitos humanos fundamentais no Brasil e nas mais variadas regiões do globo terrestre.

Desse modo, o descaso com as sociedades é acentuado pelas gritantes injustiças e desigualdades locais, pelas políticas públicas mal implementadas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desencontradas e desconexas. Desse modo, procura-se por uma nova interpretação do mundo contemporâneo a partir de um olhar multidisciplinar, onde o dinheiro e a informação, em inúmeras vezes distorcidas e massificadas, são à base da evolução global, e que, ao mesmo tempo, evidencia uma distorção de valores e regras sociais e morais, entre outras, são condições de que muitos não dispõem.

Nesse contexto, ao responder ao problema identificado inicialmente, o presente estudo teve como objetivo central realizar uma construção acerca da mediação familiar, delimitando as perspectivas e as possibilidades de sua aplicação enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos familiares no mesmo instante em que possibilita a concretização de direitos humanos fundamentais, analisando o papel e o desenvolvimento dos operadores do Direito quando da introdução dos princípios da mediação por intermédio das Leis n. 13.104/2015 e nº. 13.105/2015 no ordenamento jurídico brasileiro.

Para arrematar, permitimo-nos voltar à introdução e afirmar que não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sempre conceitos ou visões preconcebidas.

Resistir ao triunfo de uma superficial filosofia de vida que "entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da buscada ascensão social" e que "privilegia os meios materiais e sedes preocupa com os aspectos finalistas da existência".

Ao atentarmos à filiação como instituto jurídico que liga os pais e as mães aos seus filhos, chegamos a compreender que a filiação pode se materializar de diversas formas, todavia, filiamonos à idéia de que independentemente da gênese da filiação, todos são iguais perante a lei, quanto aos direitos e deveres, gozando das mesmas garantias, sem submeter-se a valorações hierárquicas discriminatórias entre os distintos tipos de vínculo, pois estes se manifestam em pé de igualdade.

Cientes das distinções entre o vínculo biológico - onde os filhos descendem geneticamente dos seus pais e o vínculo socioafetivo - construído basicamente no convívio cotidiano, calcado nas amplas expressões da voz do amor, bem como no cuidado com a criação, sustento, educação e desenvolvimento físico e psicológico - entendemos, que a manifestação do afeto, eixo central das relações familiares, encontra-se enraizada em todas as espécies de filiação, sendo indiferente às distinções entre os vínculos, pois o papel dos pais desempenhado na sua função familiar é de contribuir com o bem-estar e desenvolvimento da sua prole, garantindo que os laços afetivos são a manifestação natural indispensável às relações familiares.

Em conclusão ao estudo do referencial bibliográfico, verificou-se que mesmo que imperativas e coexistentes a paternidade biológica e a sócio-afetiva, a aplicação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de cada uma dependerá de um terceiro item, imprescindível em qualquer ação de paternidade, qual seja, o benefício do menor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de Paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.156.

ALVES, Felipe João Franklin; ALVES, Geraldo Magela. **O Novo Código Civil Anotado**. Colaborador João Bosco Cascardo de Gouvêa. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2002.

ARTONI, Paula Baraldi. **O Registro Civil da Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 1992**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8402.htm>. Acesso em: 23 abr 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.167.993/RS. Ministro Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Quarta Turma. Julgamento em: 18/12/2012. Publicado no Dj em 15/03/2013b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902209722&dt_publicacao=15/03/2013 >. Acesso em: 26 abr 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.274.240/SC. Ministra Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Terceira Turma. Julgamento em: 08/10/2013. Publicado no Dj em: 15/10/2013a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1274240&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 abr 2019.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **O Valor Jurídico do Afeto**: Filiação Socioafetiva x Monetarização das Relações de Afeto. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 40: 165-190, 2011.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p.156-157.

Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 mai 2019.

CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: **A ética da convivência familiar**. PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org...). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil:** família e sucessões. Volume V. 8ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12ª. ed. rev., atual. E ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice**;** CHAVES, Marianna. **A prevalência do direito à identidade. O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_598)6__a_prevalencia_do_direito_a_identidade.pdf>. Acesso em: 3 mai 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.469.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre (RS): Sérgio Antônio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. **Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro**. 2008. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 19 maio 2019.

FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). **Elementos Críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 1999.

FARACHE, Jacob Arnaldo Campos. **Reflexos do novo Código de Processo Civil nas ações de família**. Revista Eletrônica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Volume I nº 6 - janeiro de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume VII Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HOGEMANN, Edna Raquel. **A Relevância do Afeto e da Alteridade na garantia dos direitos humanos**. 2006. Disponível em:

<http://andhep.org.br/anais/arquivos/VIIencontro/gt02-05.pdf. Acesso em 17 maio. 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**, n. 34**,** p. 2, Brasilia, jul/set 2006b. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>. Acesso em 17 maio 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-STJ. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006a. Disponível em: <http://www.ibdfam.Org...br/_img/congressos/anais/37.pdf>. Acesso em 17 maio. 2019, p.1.

MACHADO, Milena Furghestti. **A nova principiologia constitucional do direito das famílias - do clã primitivo à (re) construção das relações familiares contemporâneas**. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2012, p.5. Disponível em <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/1985/1/Milena%20Furghestti%20Machado.pdf>. Acesso em 12 maio. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 7ª ed Volume V: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: A nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio:** Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. Carta de Apresentação. In: CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. XVI.

ROCHA, Patrícia Ferreira; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Uma Análise Crítica Do Artigo 1.830 Do Código Civil Brasileiro: Legitimidade Sucessória Do Cônjuge Separado De Fato**. 2017. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27646475_UMA_ANALISE_CRITICA_DO_ARTIGO_1830_DO_CODIGO_CIVIL_BRASILEIRO_LEGITIMIDADE_SUCESSORIA_DO_CONJUGE_SEPARADO_DE_FATO.aspx>. Acesso em 29 maio 2019.

SALES, Luciana de Oliveira Martins. Aspectos jurídicos da filiação / Luciana de Oliveira Martins Sales. Lins, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre (RJ): Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais, in Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A Paternidade Sócioafetiva e a Obrigação Alimentar**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Atividades Complementares e Monografia. Rio Grande do Sul (RS): PUC - RS, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/monografia-paternidade-socioafetiva.pdf>. Acesso em: 03 mar 2019.

SILVA, Oscar de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Volume V: Direito das Sucessões. 14ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Volume V: Direito de Família. 14ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. rev. e atual. Renovar. Rio de Janeiro/São Paulo (RJ/SP): Renovar, 2001.

TJRS – AC 70015877756 – Rel. Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves – DJ 27.09.2006.

WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. In: **Direito de família: processo, teoria e prática**. MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org...). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOTA:

---

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/0756536717104264.

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE PREVENÇÃO A REINCIDÊNCIA DA CONDUTA DA ABUSADA EM CASO DA VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL

MAYARA MAIA BARBOSA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS1

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar as políticas de prevenção à reincidência da conduta da abusada em caso de violência sexual infantil como facilitador da cidadania, além de conhecer o contexto histórico da infância no Brasil; verificar o fenômeno da violência e as políticas de enfrentamento; e, conhecer o trabalho da Casas de apoio às famílias vítimas da violência sexual. Como forma de complementar o estudo teórico desenvolvido, houve a construção de um estudo quali-quantitativo, onde foram coletados dados em documentos de uma instituição referida, procurando confirmar ou defrontar as ideias obtidas na prática com aqueles vistas na teoria. Para isso foi realizada a leitura crítica dos dados documentais, e consequentemente a descrição e interpretação desses. A escolha do tema se deu a partir do interesse mútuo pelo assunto que ao ser analisado, verificou-se a relevância do mesmo para a formação acadêmica. Justifica-se por se tratar de uma demanda considerável para o trabalho interventivo do direito colocando o acadêmico em contato com o seu futuro campo de atuação – mazelas sociais, envolvendo-o nos contornos diversos assumidos pela sociedade.

Palavras-Chave: Violência sexual; políticas públicas de enfretamento; interdisciplinaridade.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the policies to prevent the recurrence of abused conduct in the event of child sexual violence as a facilitator of citizenship, and to know the historical context of childhood in Brazil; verify the phenomenon of violence and coping policies; and, to know the work of Casas de support to family's victims of sexual violence. As a complement to the theoretical study developed, there was a qualitative and quantitative study, where data were collected in documents from a referred institution, seeking to confirm or confront the ideas*

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba; Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

obtained in practice with those seen in theory. For this, the critical reading of the documentary data was performed, and consequently their description and interpretation. The choice of the theme was based on the mutual interest in the subject which, when analyzed, verified its relevance to the academic formation. It is justified because it is a considerable demand for the interventional work of the law putting the academic in contact with his future field of action - social ills, involving him in the diverse contours assumed by society.

***Keywords**: Sexual violence; public policies of coping; interdisciplinarity.*

INTRODUÇÃO

O grave problema da violência sexual é umas das grandes mazelas da sociedade atual, principalmente no que se refere à recuperação física e psicossocial da pessoa agredida, já que a questão da violência contra crianças e adolescentes têm sido preocupações prioritárias nos órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Desta forma, esse trabalho tem por objetivo geral analisar as políticas de prevenção à reincidência da conduta da abusada em caso de violência sexual infantil como facilitador da cidadania, além de conhecer o contexto histórico da infância no Brasil; verificar o fenômeno da violência e as políticas de enfrentamento; e, conhecer o trabalho das Casas de apoio às famílias vítimas da violência sexual.

Neste sentido, este trabalho nasceu de uma simples observação do cotidiano da sociedade: a questão do abuso sexual contra crianças e adolescentes que é profunda no Brasil e o mundo. Nesse enfoque, se justifica a necessidade de verificar as possibilidades e limites de atuação do serviço social que pode decorrer de uma ação educativa, ativa e crítica de profissionais envolvidos com as questões de cidadania.

Também se justifica pela necessidade de acompanhar a questão da violência sexual contra crianças e adolescentes e seus reflexos de significação dentro de um cenário histórico que poderá mostrar movimentos de relatividade de profissionais capazes de interferir no processo como vetor da cidadania.

Outra justificativa se concentra no fato de que o contexto histórico-social que envolve os profissionais do serviço social constitui-se num campo de pesquisa instigante e desafiador, entendidos como todos os fatores colaborativos - positivos e/ou negativos. Assim, a pesquisa ganha importância social e acadêmica. Social em função de apresentar um estudo qualitativo sobre o universo da violência sexual contra crianças e adolescentes excluídas pelas políticas públicas macros e acadêmica pelo fato de apresentar um trabalho que contextualizará a profissão do assistente social como facilitador da cidadania. Espera-se que ao final da pesquisa, seus resultados sirvam como fortes indicadores da participação fundamental do

assistente social como facilitador da cidadania para uma faixa etária que cada vez mais está excluída pelas políticas públicas macro desenvolvidas no país.

Como abordagem nas diversas etapas da pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, ou seja, a aproximação dos fenômenos ocorreu numa conexão direta com as conotações sociais envolvendo a teoria, abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica.

METODOLOGIA

Prevaleceu neste estudo o método qualitativo, que se contrapõe ao esquema quantitativista de pesquisa, defendendo uma visão holística dos fenômenos, isto é, que leve em conta todos os componentes de uma situação em suas interações e influências recíprocas.

Quanto aos fins a pesquisa foi descritiva. Quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica/documental que representa um levantamento geral em relação ao tema escolhido. Neste estudo foi feito levantamentos em livros, revistas, artigos e internet.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica é a atividade de localização e consulta de fontes diversas de informação escrita orientada pelo objetivo explicito de coletar materiais mais genéricos ou mais específicos a respeito de um tema, além da pesquisa documental em documentos de uma instituição que trabalha com crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Esse levantamento documental foi sistematizado em um questionário indireto, ou seja, não foi aplicado aos sujeitos da pesquisa, servindo apenas de base para o levantamento das informações pertinentes ao estudo em questão.

Os resultados foram analisados a luz da bibliografia existente em contraponto as opiniões da autora. Assim a metodologia selecionada no presente trabalho buscou a padronização de texto objetivo e afirmativo sobre os procedimentos de abordagem, recomendando ou contraindicando condutas, ou ainda apontando a inexistência de informações cientificas que permitam a recomendação ou a contraindicação. O método utilizado foi o dialético que procura compreender a relação sujeito-objeto e como o ser humano se relaciona com as coisas, com a natureza, com a vida. Caracteriza-se pelo movimento do pensamento através da materialidade histórica da vida dos homens em sociedade, isto é, trata-se de descobrir (pelo movimento do pensamento) as leis fundamentais que definem a forma organizativa dos homens durante a história da humanidade.

1 HISTÓRICO DAS CRIANÇAS BRASILEIRAS: DO PRIMITIVO AO CONTEMPORÂNEO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A expansão portuguesa se fazia em direção às Índias. Em 1498, o navegante Vasco da Gama chegou à cidade indiana de Calicute. A volta de Vasco da Gama a Lisboa comprovou a alta lucratividade das viagens dos portugueses. As especiarias renderam muito dinheiro.

O rei português, D. Manuel, o Venturoso, ordenou a preparação de uma segunda expedição. A esquadra, sob o comando do fidalgo Pedro Álvares Cabral, era tida como uma das mais importantes na empresa marítima portuguesa. Partiu de Lisboa e no litoral africano desviou-se da rota de Vasco da Gama. No dia 21 de abril de 1500, os portugueses chegaram ao litoral da América do Sul. Apontou numa baía, a que chamaram Porto Seguro. A região descoberta foi batizada com o nome de Ilha de Santa Cruz.

Riquezas e lucros era o que Portugal queria nas novas terras que acabava de tomar. Essa intenção ficou clara no relato que Pero Vaz de Caminha fez em sua carta ao Rei de Portugal.

Nela, até agora, não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal de ferro (...) Porém a terra em si é de muito bons ares, assim freios e temperados , como os de Entre-Douro-e-Minho, porque nesse tempo de agora achávamos como os de lá. Águas são muitos: infindas. E, em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águias que tem (PEDRO, 2010, p. 113).

Assim se deu a chegada dos portugueses em terra brasileira, não se atendo a nenhum comentário sobre a existência de população aqui, já que seu objetivo era a dominação. Só que nestas terras já existiam habitantes que nela povoam e viviam, como suas famílias, sua organização social, cultural e econômica, totalmente desprezadas pelo colonizador (invasor).

Como terra descoberta, não houve uma preocupação inicial de fazer uma nova nação aqui. Para cá vieram apenas, no início os degredados, criminosos que como punição máxima tinha o degredo para cá, ou seja, vinham sozinhos sem a presença de uma família, não se esquecendo de que se tratavam de criminosos condenados. Neste ínterim existia os índios que possuíam vida completamente estabilizada divididos pela língua e pelo modo de vida que possuíam. Outra divisão era por região do Brasil. Lima (2005, p. 26) faz uma deferência importante à chegada dos portugueses:

> Quando os portugueses chegaram ao Brasil, encontraram o verdadeiro homem americano: uma enorme variedade de grupos indígenas com línguas, costumes e modos de vida bastante diversificados. Desta forma, o termo índio, de origem europeia, é uma denominação do colonizador. Estavam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> divididos em tribos e aldeias relativamente pouco populosas. Viviam num regime de comunidade primitiva, onde a terra era um bem comum. Sustentavam-se basicamente da caça, da pesca, da coleta e de uma agricultura rudimentar. Não produziam bens econômicos para serem comprados ou vendidos. Isto é, não existiam mercados consumidores e produtores. Os primeiros contatos entre os dois povos foram amistosos e de colaboração dos índios para com os brancos. Porém, com o passar do tempo e com os interesses portugueses mais definidos (dominação) as relações entre eles tornaram-se cruéis e violentas. .

Os índios criavam seus filhos dentro das tradições sociais, culturais e religiosas de seu povo, repassando conhecimentos necessários para o seu modo de vida. Durante os primeiros trinta (30) anos de presença de Portugal no Brasil, nada de efetivo aconteceu. Somente a partir de 1530 com a chega de Martins Afonso de Souza para efetivar o domínio português sobre as terras do Brasil e implantar o sistema de Capitanias Hereditárias com o objetivo de colonizar o país.

A partir deste sistema que começou a se constituírem famílias no Brasil, cujo modelo de educação era tipicamente europeia, profundamente enraizada na religião cristã, já quem a afirmação do cristianismo produziu também uma profunda transformação na célula educativa fundamental e primária: a família. As relações internas entre seus membros foram se redefinindo em termos de amor e não (ou não apenas) de autoridade. Muda-se a relação com o próprio pai (o próprio Deus é visto como Pai nosso, misericordioso e amorável), ao qual se recorre com confiança e intimidade, que agora é o guia da família, mas guia atento e amoroso e não mais como patrão das sociedades antigas (sobretudo a romana), do qual se tem medo e se espera um severo controle e um eventual castigo, ainda, mais central e maios afetivo torna-se o papel da mãe: a figura que apoia, que socorre, chegando até o heroísmo; mais vítimas se tornam as relações entre pais e filhos. O modelo da união familiar cristamente perfeita é pregado nos Evangelhos: espelha-se na Sagrada Família, na qual os vínculos entre os membros são caracterizados pelo respeito recíproco, pela diferença dos papéis (o pai como guia, a mãe como ajuda, os filho submissos e respeitosos, mas também respeitados) e por uma íntima união amorosa. Segundo Antunes (2008, p. 134):

> A criança, vê-se elevada a modelos da regeneração interior operada pela batismo; assume uma forte carga simbólica já a partir o Evangelho com o "sinite parvulos vernise na me" e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com o “si non erutis eos”; é exaltada com a infância de Cristo narrada nos Evangelhos canônicos e apócrifos

Desta forma, a cultura da Europa do século XVI atribui um papel a exemplar a infância, sublinhando sua ingenuidade e inocência, por um lado, mas também retoma as avaliações do mundo antigo, que viam o menino como um ser inferior, irracional. Às vezes malvado, por outro, oscilando depois – durante séculos e séculos – entre esses dois tipos que refletiam bem a dupla tensão que anima o cristianismo primitivo: a igualitária, revolucionária, confiante nos valores mais propriamente humanos dos evangelhos, e aquela outra mais pessimista, dramática e repressiva da mensagem paulina.

Assim de um lado as crianças do homem branco eram educadas dentro dos parâmetros que dominavam a educação na Europa: os preceitos cristãos; enquanto os índios tinha outro tipo de educação, mas centrada nas sua tradições. Para essa interseção, não só no campo da educação das crianças foram chamados os padres jesuítas, religiosos responsáveis pelo processo de adaptação dos índios à cultura cristã, processo que teve êxito em muitas localidades, mas que também logrou fracasso em outras, já que muitos índios resistiam a esse processo de aculturação.

Já durante o Império no Brasil, a primeira Constituição de 1824, não apresentou nenhuma deferência à proteção dos direitos da criança e dos adolescentes, apresentando apenas a obrigatoriedade da educação. O mesmo equívoco se procedeu na primeira Constituição da República de 1891, mas o artigo 78 preceitua que a proteção à criança está consagrada nos direitos e garantias por se tratarem também de sujeitos.

No ano de 1927 foi instituído no Brasil, o Código de Menores pelo Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro que estabeleceu à primeira legislação de proteção a situação de crianças e adolescentes, mas tão somente aquelas tuteladas pela Estado. Esse Código perdurou até 1979 quando se constituiu uma revisão do Código de Menores de 1927, mas que não rompeu com sua linha fundamental de punição, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil. Esses direitos só passaram a fazer realmente parte do arcabouço jurídico nacional com o advento da Constituição Federal de 1988 consolidado com o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA que veio na esteira de um movimento mundial e de normas internacionais que representam uma mudança de paradigma quanto à infância e juventude. Na Lei Nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inicialmente, dois pontos refletem essas diretrizes de inspiração mundial, adotadas na legislação nacional; primeiramente, a exigência de absoluta igualdade de tratamento para todas as crianças e adolescentes, sem privilégios ou discriminações, tanto na relação ao oferecimento de proteções e garantias quanto à imposição de restrições e medidas disciplinares.

2 OS EFEITOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL

De acordo com o Ministério da Saúde e estudiosos que trabalham essa questão, diz que **"**violência sexual é toda a ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga outra à realização de práticas sexuais contra a vontade, por meio da força física, da influência psicológica (intimidação, aliciamento, sedução), ou do uso de armas ou drogas." (SILVA, 2005, p.4).

Na perspectiva de Brant (2002) *apud* Carvalho (2008) é importante salientar e esclarecer certa confusão histórica ligada ao ermo "Família" é derivado de famulus que era uma espécie de (escravo doméstico) e foi expressão inventada pelos romanos para designar um novo organismo social surgida entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e a escravidão legal.

Logo, esse método se caracterizava pela presença de um chefe e/ou líder que mantinha o poder absoluto dentro da família. Neste sentido, identificamos, indubitavelmente, o modelo da família patriarcal liderada por um homem no caso o Pai que tinha o poder soberano sobre a família; à mulher, por sua vez não tinha voz. Porém, quando o patriarca falecia, o filho mais velho é quem assumia o lugar dele, como também assumia a gerência dos negócios da família.

Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que a origem da família não tem uma teoria única e acabada, que ela perpassa por teorias como biológicas e psicossociais. Ainda assim, faz-se necessário retroceder na história, para que haja uma compreensão óbvia quanto ao surgimento da família. Para que se apreendam a instituição família é necessário considerar as diversas concepções de família. Esta é entendida como uma forma de agregação dos sentimentos e comportamentos dos indivíduos. Ao lançar mão de Sarti (1996), Carvalho (2008), apresenta um questionamento sobre o parentesco, que regula a organização familiar das sociedades tribais, em que o Estado e a família ainda não existiam.

Carvalho (2008) afirma que o parentesco não é o mesmo que família. Embora sejam ligados aos fatores básicos da vida: nascimento, acasalamento e morte. Ainda para a autora o casamento é considerado uma estrutura distante, isolada e resultante da combinação de três modos de relacionamentos: o da descendência, o da consanguinidade e o da afinidade. Dentro deste debate, a autora apresenta a paternidade como mera figura social, que fora constituída através do casamento, diferenciando-se assim da paternidade biológica. O casamento desta forma existe apenas para legitimar o relacionamento com os filhos e não para legitimar a relação homem mulher. Carvalho (2008) faz um estudo sobre algumas sociedades e aponta que o casamento não se origina dos indivíduos, mas dos grupos interessados e manter as alianças e os pactos existentes que visavam à sobrevivência e perpetuação econômica. É importante destacar que Sarti (1996) apresenta alguns elementos como: regras proibitivas de relações sexuais entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

parentes próximos, casamento como Instituição Social reconhecida e estabelecimentos das bases da paternidade social que foram construídas para legitimar a família. Além disso, na argumentação de Airès (1978) *apud* Carvalho (2008) o surgimento da família monogâmica quando os homens começaram a acasalar com as mulheres após a extinção do casamento em grupo para proteger suas probidades, garantindo dessa forma, sua continuidade hereditária através da propagação da espécie, ou seja, o autor afirma que a família monogâmica surgiu para atingir o patriarcado a partir do advento da propriedade privada.

Com as mudanças ocorridas nas bases da sociedade, o excedente da riqueza acumulada foi convertido em propriedade particular das famílias. Assim era necessário garantir a paternidade sobre a prole e, mais a frente, limitar e reprimir o exercício da sexualidade feminina junto ao grupo. Isto é castrar o poder de mobilização e de dominação que a mulher pudesse ter frente ao grupo.

Dentro de este olhar, fomenta-se à reprodução da forma de trabalho dentro das famílias, onde os membros do sexo feminino eram responsáveis pela produção de valores de uso na esfera privada, e os homens se encarregariam pela produção de valores de troca através da sua força de trabalho. Na percepção de Carvalho (2008) aponta o surgimento da família nuclear burguesa, sendo esta basicamente composta pelo triângulo: pai, mãe, filhos e por uma complexa combinação de autoridade e amor fraternal. Sendo assim.

A constituição família sofre profundas transformações em que as funções socializadoras passam para o âmbito mais restrito, dólar burguês, e também, uma solidificação de alguns mecanismos fundamentais como o papel do Estado que passa a interferir com mais frequência no espaço familiar exigindo destas mais responsabilidades no seu papel como instituição social e protetora dos sujeitos na sociedade.

De acordo com esse debate a família deixa de ser uma unidade econômica para se tornar um lugar de refúgio, de afinidade, com relações mais intensas e próximas, com sentimentos que forjam os laços afetivos entre seus membros. Assim, como o lugar seguro desde a infância, perpassando por todas as outras fases, chegando à velhice. Salientaram-se algumas concepções de família como primitiva, monogâmica e burguesa. Como também, apontará a família como um conjunto de valores, normas e relações sociais baseadas em elo de sangue, adoção e alianças.

Na visão de Azevedo (2006) *apud* Carvalho (2008, p. 51) à mesma salienta que a família pode ser compreendida sob três ângulos distintos que se auto complementam na busca de atingir objetivos sociais e econômicos claros cuja finalidade é a preservação do espaço de convivência que se fundamenta em unidade doméstica, instituição e conjunto de valores, cada um incorporando determinadas características que são fundamentais para a sua própria preservação,

conquanto um espaço de preservação de seus *status* como grupo que retroalimenta constantemente:

> 1. Enquanto unidade doméstica: este se vincula, primeiramente, as condições materiais e de sobrevivência; 2. Enquanto Instituição: a família neste pode ser entendida como um conjunto de normas e regras, historicamente constituídas, que são regidas pelas relações de sangue, adoção e aliança. Neste debate visualizam-se as regras e normas que se encontram expressas nos costumes e a legislação do Código Civil; 3.Conjunto de Valores: São definidas a partir das ideologias, estereótipos, imagens e representações sociais imposta sobre o que é, e como ela deve ser (AZEVEDO (2008), *apud* CARVALHO (2008, p. 51)).

O grupo familiar, no passado era entendido como uma unidade de produção, o qual era encarregado de produzir seus meios de vida. Na atualidade, a família é uma unidade de renda e de consumo, o trabalho passa a ser individualizado para garantir a sua manutenção e sobrevivência.

Acrescenta Airès (1978) *apud* Carvalho (2008) que a família vive e convive em um constante processo de transformação. Portanto, não podendo ter um padrão familiar único e acabado, ou seja, a sociedade não é uma constante, as diversidades de concepções vivenciadas nas relações sociais apontam sobre as várias formas de entendimento sobre a família. Sendo assim, é necessário refletir sobre ela dentro de uma visão cultural, econômica e social e histórica.

Seguindo as transformações ocorridas na sociedade, principalmente no século XX com o advento da industrialização, o início da urbanização, a abolição da escravatura e a migração intensificada. Guizzo (2009, p. 68) é categórico ao sustentar: "Dentre outros fatores que contribuíram para as mudanças na estrutura e na dinâmica da família, a industrialização é o mais importante". A família é a primeira formadora e as primeiras lições de vida são recebidas dentro do lar, ou nas calçadas da rua! Ser uma pessoa feliz e contente é ter sido parte de uma família que funcionava, tinha relações e capacidade de diálogo.

Diante de tudo isso, há um fator que toca diretamente na vida de cada ser humano: é a sua posição na hierarquia na família? E, se essa posição por situações de violência a coisa tende a se descontrolar e a, família perde a sua função.

A violência sexual impõe certamente essa posição: a posição de se entregar a vontade alheia sem demonstrar vontade de fazê-lo. Então, é sem dúvida, uma agressão não só do tipo físico, mas puramente moral e psicológica, já que humilha e pressiona. Humilha no sentido da desmoralização da vontade e psicológica que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelo fato de pressionar para a efetivação do desejo. Conviver no espaço doméstico com a violência sexual deixa a pessoas insensível, pronta para apreciar futuros atos de agressão sem reagir ou achar ruim, sem reclamar do meio em que vive e do que tem de sofrer todos os dias. Assim, segundo Pádua (2005) a maior causa da violência sexual doméstica está nas frustrações. Quanto mais perto se chega de realizar um objetivo – sem consegui-lo – maior é a frustração.

A reação comum é partir para um ato de agressão e, as frustrações sexuais acabam por inferir o atentado para o mais fraco no sentido de liberar a raiva contida. Assim o espaço doméstico como dito é uma espaço de formação e como tal, não se coaduna com a violência seja de que tipo for, pois imprimirá mais frustrações e, mais violência.

3 AS PRINCIPAIS VIOLÊNCIAS E A VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR

A violência é um ato de agressão que provoca dor e sofrimento e, está enraizada a partir de um contexto social bastante desigual, onde aspectos fundamentais de igualdade de direitos sociais não se concretizam.

A condição jurídica das pessoas iguala-se com a extinção do modo de produção feudal, ou seja, teoricamente, os ordenamentos jurídicos incorporam o princípio da igualdade, tão defendido na Revolução Francesa, provendo que os indivíduos são reconhecidos como igualmente aptos a fazer contratos, a comprar, a vender ou a casar-se.

Vem em seguida, a um processo de igualdade de direitos políticos. Em terceiro lugar, como nas sociedades capitalistas tornam-se mais produtivas e mais ricas, as disparidades extremas entre abundância e a penúria veem-se gradualmente suprimidas – ou melhor, são percebidas, pela maioria dos excluídos como algo que deve ser suprimido.

A esse quadro bastante otimista, pode-se acrescentar um último traço. As desigualdades de acesso aos bens públicos, como a educação, a saúde, e aos diversos prazeres da vida em sociedade seriam também progressivamente diminuídos, a ponto de, em última instância, todos os membros da sociedade contemporânea poder aspirar aos mesmos benefícios culturais. Neste contexto, todos os ordenamentos jurídicos traduzem os princípios da igualdade de todos perante a Lei. Na Constituição Federal de 1988, esse princípio está plenamente evidenciado.

Segundo Silva (2009, p. 188):

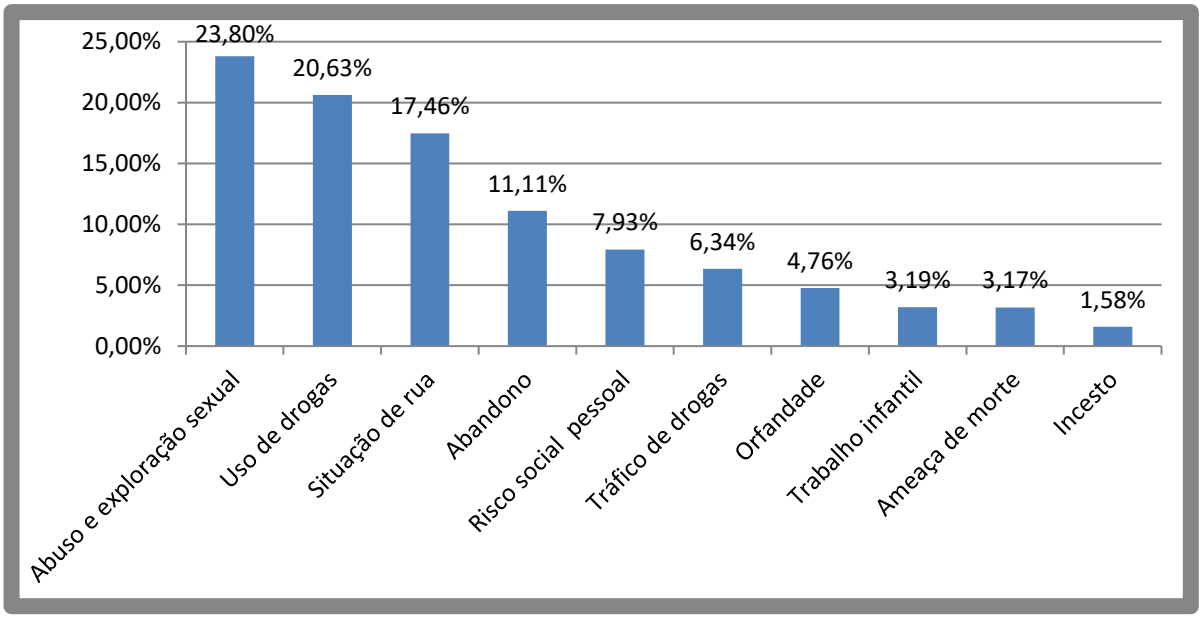
> A Constituição de 1988 abre caminho dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º caput). Reforça o

princípio com muitas outras formas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substantivos. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Silva (2009), também apresenta todos os pormenores da questão do princípio da igualdade, apresentado questões fundamentais como igualdade, desigualdade e, justiça; a isonomia formal e a isonomia material; o sentido da expressão igualdade perante a lei; a igualdade entre homens e mulheres; o princípio da igualdade jurisdicional; igualdade perante a tributação; igualdade perante a lei penal; igualdade sem distinção de qualquer natureza; igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual; igualdade sem distinção de origem, cor e raça; igualdade sem distinção de raça; e, igualdade sem distinção de convicções filosóficas ou políticas, indicando inclusive o princípio da não discriminação e sua tutela penal e discriminações e inconstitucionalidade.

Neste sentido, os principais motivos registrados para o acolhimento institucional de crianças e adolescentes em 2013, estão sistematizados no gráfico 1:

Gráfico 1 - Principais motivos registrados para o acolhimento institucional de crianças e adolescentes em 2013



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Como se pode observar no gráfico 1, as três principais violências, são o abuso e exploração sexual com 23,80%; uso de drogas com 20,63% e situação de rua com 17,46%. Com relação ao abuso e exploração sexual, este será tratado mais a frente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já com relação ao uso de drogas, pode afirmar que o fenômeno do uso de substâncias psicoativas na sociedade atual, vem se tornado um problema com cada vez maior visibilidade social, particularmente a partir dos anos 80, e sendo objeto de preocupação tanto por parte do poder público e dos cientistas sociais, como da sociedade brasileira em geral.

O caso de uso de *crack* chama a atenção do Brasil inteiro, por se tratar de uma droga barata, em termos, e de proporções devastadoras na saúde dos adolescentes. Com absoluta certeza, não é um fenômeno social recente. No entanto, é possível afirmar que suas manifestações se multiplicam. E, essa multiplicação, é muito preocupante e cuja incidência é cada vez maior, transparecendo certa inércia ou impotência por parte da sociedade para lidar com o problema.

As iniciativas de combate e prevenção transpassam a sensação de inoperância e, as iniciativas profundamente incipientes. Dias (2007, p. 11), observa com muita clareza:

> Diariamente, os diferentes meios de comunicação colocam diante de nossos olhos, mentes e corações, numerosas cenas onde jovens estão sujeitos ao assédio das drogas e se constitui um componente central, de tal modo que terminamos por naturalizar e banalizar sua realidade e a considerá-la como um mero dado inerente e constitutivo de um mundo competitivo e hostil, onde a lógica das relações sociais, as tensões e os conflitos estão marcados fortemente por sua presença.

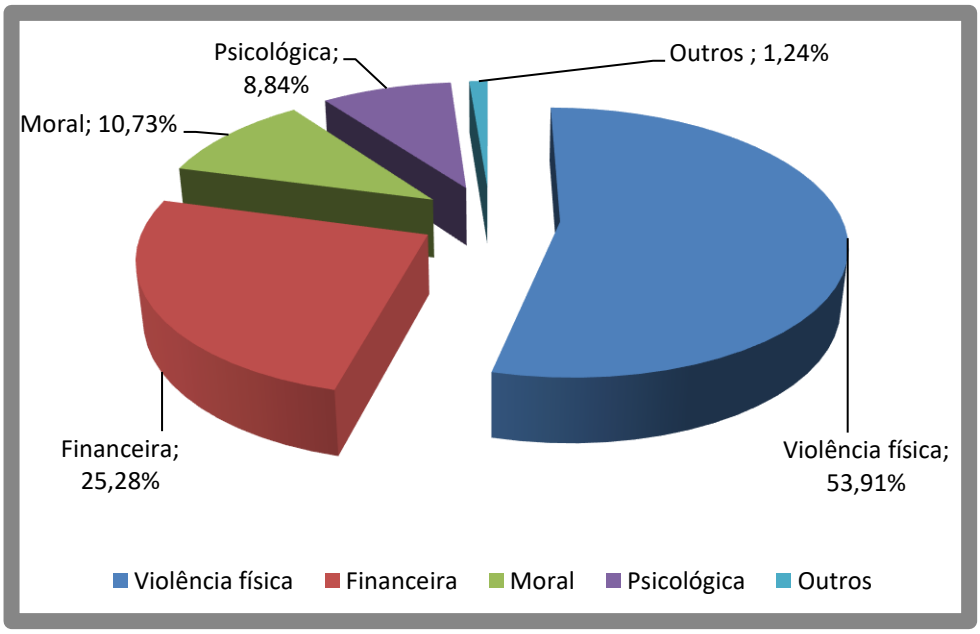
Assim, a questão do uso de substâncias psicoativas, ainda é pouco trabalhada do ponto de vista educacional. Essa problemática vem provocando crescente perplexidade e sendo objeto de grande preocupação entre educadores e pais, em todos os países.

Com relação à situação de Rua Silva (2009, p, 26) explica que a própria "rua", carrega consigo o estigma e a exclusão a que são submetidos. São vítimas de ruptura de relações afetivas e familiares.

Os personagens que nelas habitam são invisíveis em meio à população, revelam a face de um lugar às vezes, na sombra. Dentre os grupos vulneráveis estão os moradores de rua crianças e adolescentes, com um nível de vida abaixo do padrão de pobreza, nutrição insuficiente, sujeitos a calamidades, violência, discriminação, doenças e intempéries que podem levar à morte. Para Silva (2009, p. 27) "o fenômeno é uma expressão inconteste das desigualdades sociais resultantes das relações sociais capitalistas".

Silva (2009) ressalta que a partir das questões sociais oriundas da sociedade capitalista, sob um cenário de pobreza e desigualdade, crianças e adolescentes submetidas às formas desiguais de sobrevivência, acarretando meios de privação que os tornaram subjetivamente vinculadas à sociedade e à condição humana, como moradores de rua.

Gráfico 2 – Tipos de violência contra crianças e adolescentes.



Fonte: Campos (2010, p. 26)

O gráfico 2 aponta que, em sua grande maioria a violência se dá no âmbito físico (53,91%), ou seja, familiares agridem crianças e adolescentes, usando sua força física e às vezes, segundo Campos (2010, p. 25), instrumentos. Aqui se inclui a violência sexual.

Eles, os agressores, não se preocupam com o fato de a crianças e adolescentes não possuir mais força física para empreender resistência ou reação. Também a violência financeira (25,28%) ocorre. Ou seja, crianças e adolescentes são dependente financeiramente do familiar e, este não provê recursos suficientes para que este tenha uma vida digna.

A violência Moral (10,73%) e psicológica (8,84) são também inferidas. Minayo (2008, p. 3) aponta essas violências contra crianças e adolescentes usado uma classificação do Ministério da Saúde, como manifestas de:

(a) estrutural, aquela que ocorre pela desigualdade social e é naturalizada nas manifestações de pobreza, de miséria e de discriminação;

(b) interpessoal que se refere às interações e relações cotidianas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

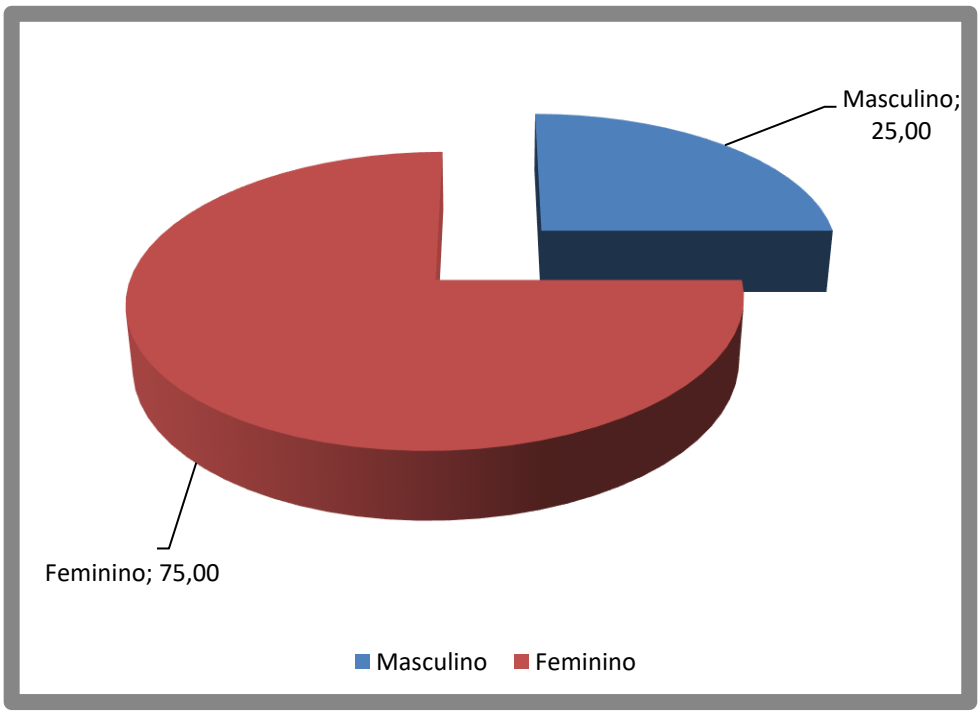
(c) institucional que diz respeito à aplicação ou à omissão na gestão das políticas sociais e pelas instituições de assistência.

Como se observa na fala do autor, os atos violentos contra crianças e adolescentes são inúmeros, quando classificados, principalmente quando se trata da questão institucional, ou seja, quando o governo não cuida de suas crianças e adolescentes.

4 O PERFIL SOCIOECONÔMICO DAS FAMÍLIAS VITIMIZADAS

Com relação às vítimas de violência sexual na instituição pesquisada, o perfil socioeconômico descoberto por intermédio da pesquisa documental, apresentou os seguinte resultados:

Gráfico 3 – Gênero dos responsáveis pelas crianças



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Com relação ao sexo dos responsáveis pelas crianças que estão na Instituição pesquisada, 100,00% são compostas de famílias monoparentais, sendo que 75,00% são do sexo feminino e 25,00% do sexo masculino.

A família monoparental, de forma geral, pode se definida como uma família formada por apenas um dos pais e seus descendentes. Organizam-se tanto pela vontade de assumir a maternidade ou paternidade sem a participação de outro genitor, muitas das vezes alheias a vontade humanas, entre as quais: o divórcio, a separação, o abandono e a morte, por exemplo.

Vitale *apud* Brito (2002, p. 47) retrata que a expressão: "Família monoparental foi utilizada, na França desde a metade dos anos 70 do século XX, para designar as unidades domésticas em que as pessoas vivem sem cônjuges, com um ou vários filhos com menos de 25 anos e solteiros". Brito (2002) prossegue seu relato histórico observado que foi às sociólogas feministas que importaram dos países anglo-saxões – na metade dos anos sessenta – a noção de famílias monoparentais. Essas se opunham as abordagens dominantes na França, desde várias décadas, da maternidade fora do casamento e da dissociação família em termos de problemas psicossociais e de famílias de risco (VITALE *apud* BRITO, 2002).

Brito (2002, p. 133):

> Elas viam na utilização desta noção um meio de elevar os lares, nos quais o chefe de família era uma mulher, à condição de verdadeiras famílias, um tipo sociológico por certo particular, mas também nobre, uma vez que mais moderno que a família conjugal tradicional

Considerando este conceito, para família monoparental, como determinantes, Kaloustian (2000, p. 157) dá destaque especial às famílias monoparentais constituídas por mulheres chefes como mais intensas na sociedade, que evoluíram quantitativamente, destacando:

> Nas famílias constituídas por mulheres chefes com filhos verifica-se que a participação das mesmas nas atividades econômicas era sempre mais intensa que a dos cônjuges, embora não tão elevada quanto à dos chefes homens. Por um lado, as mulheres chefes tinham que trabalhar bem mais que os cônjuges pelo simples fato de não contarem, de forma geral com outro membro adulto que pudesse cooperar na obtenção da renda.

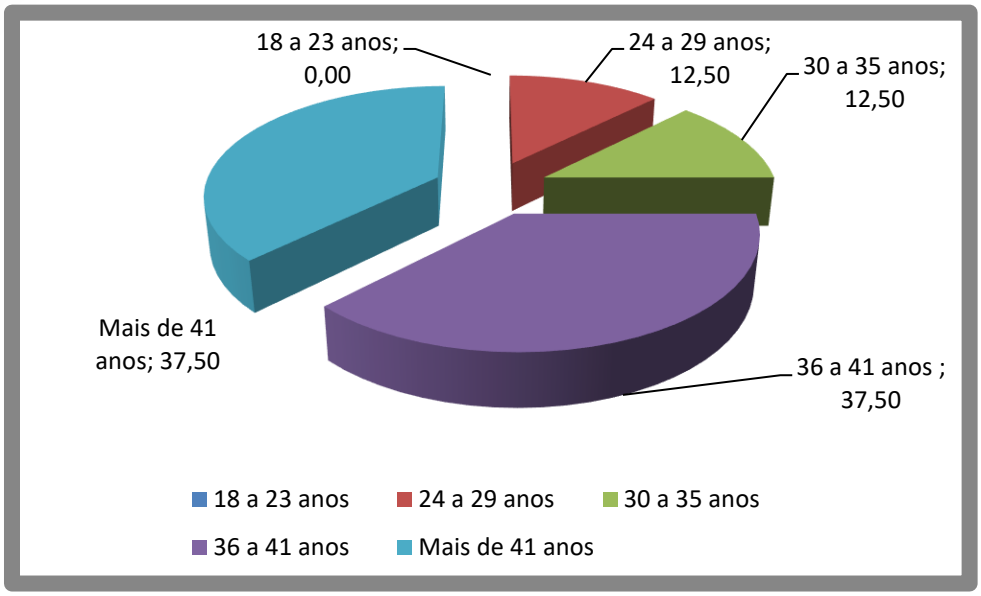
Como se pode observar nas palavras de Kaloustian (2000) o termo monoparental não se constitui apenas no fato de, a família, possuir um só progenitor, mas engloba também as famílias chefiadas por mulheres.

Então, a família monoparental se caracteriza pela presença de apenas um chefe, na maioria das vezes a mulher, que diante das dificuldades, acaba por inserir-se de forma definitiva no mercado de trabalho.

Não é um fenômeno da década de 1970 do século XX, mas da história da humanidade, com crescimentos vertiginosos a partir da Revolução Industrial, que intensificou suas causas, o que será tratado no próximo item. Com relação à faixa etária dos responsáveis pelas crianças, o gráfico 4 aponta:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Gráfico 4 – Faixa etária dos responsáveis

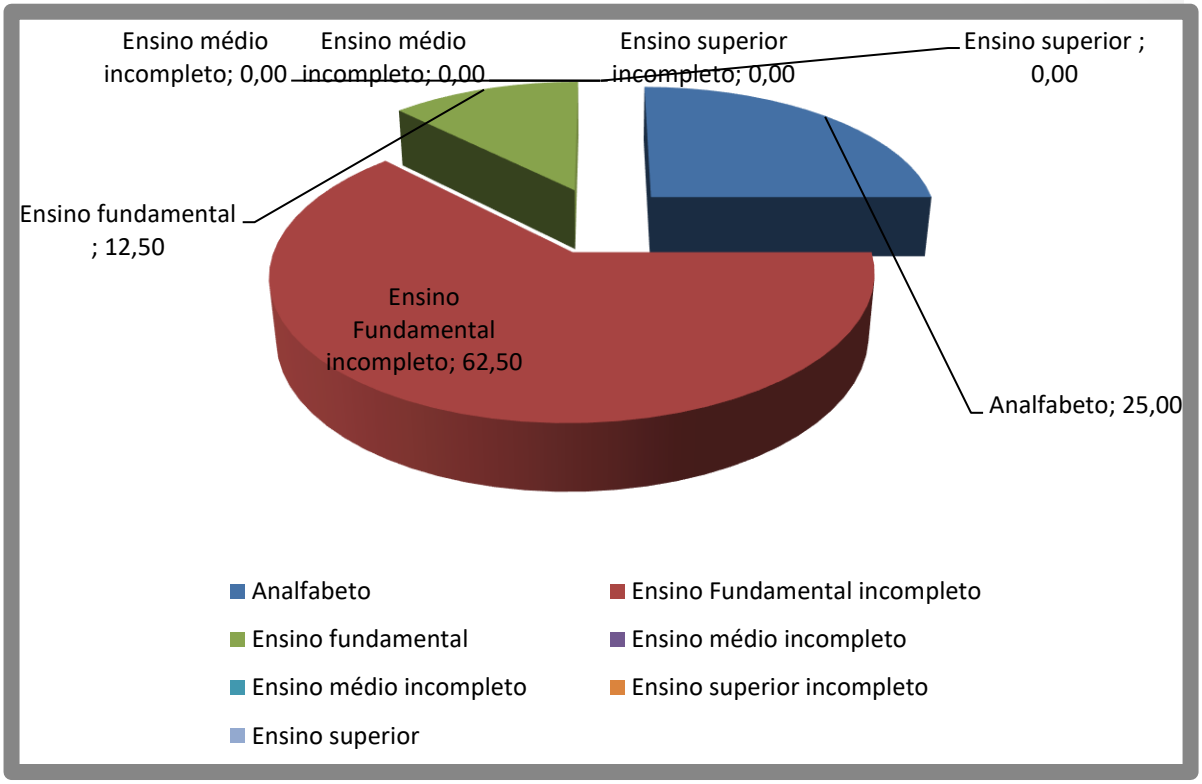


Fonte: Pesquisa documental (2019)

Com relação à faixa etária dos responsáveis, 37,50% possuem entre 36 e 41 anos. 37,50% possuem mais de 41 anos; 12,50% possuem entre 24 e 29 anos; e, 12,50% possuem entre 30 e 35 anos, o que denota que são pessoas já experimentadas na vida.

Gráfico 5 - Escolaridade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Com relação à escolaridade dos entrevistados percebeu-se que a maioria dos entrevistados não conseguiu completar o ensino fundamental, sendo que destes 25,00% são analfabetos e, 62,50% não chegaram a concluir o nível básico de ensino.

Apenas 12,50% dos responsáveis pelas crianças e adolescentes da Instituição pesquisada concluíram o ensino fundamental. Essa é uma anomalia, perfeitamente compreensível em função da situação de desigualdade econômica e social a que as pessoas são submetidas no Brasil e, principalmente para pessoas com mais de 40 anos de idade, já que em suas épocas de crianças eles não tinham as oportunidades que hoje se dá a todos de pelos menos frequentar uma escola.

Com relação à renda, todos foram identificados dentro da faixa de 1 salário mínimo o que se coaduna com cerca de 52% da população brasileira que recebe até um salário mínimo, segundo dados do IBGE (2013), q que denota que a distribuição de renda no Brasil, apesar de ter melhorado bastante na última década continua muito desigual

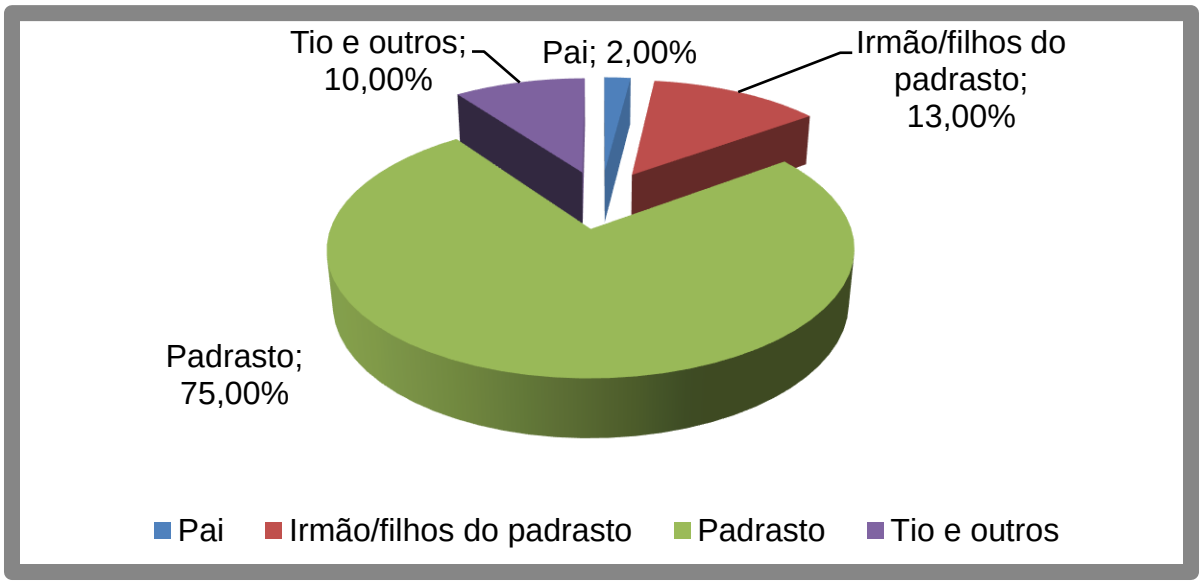
4.1 A CONDUTA DA ABUSADA SEXUALMENTE

Com relação à conduta das crianças e adolescentes abusadas sexualmente, os documentos da instituição estudada deixam claro que essa conduta é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

geralmente bem uniforme. Os documentos apontam que a grande maioria dos abusadores são pessoas muito próximas da vítima

Gráfico 6 – Agressores sexuais



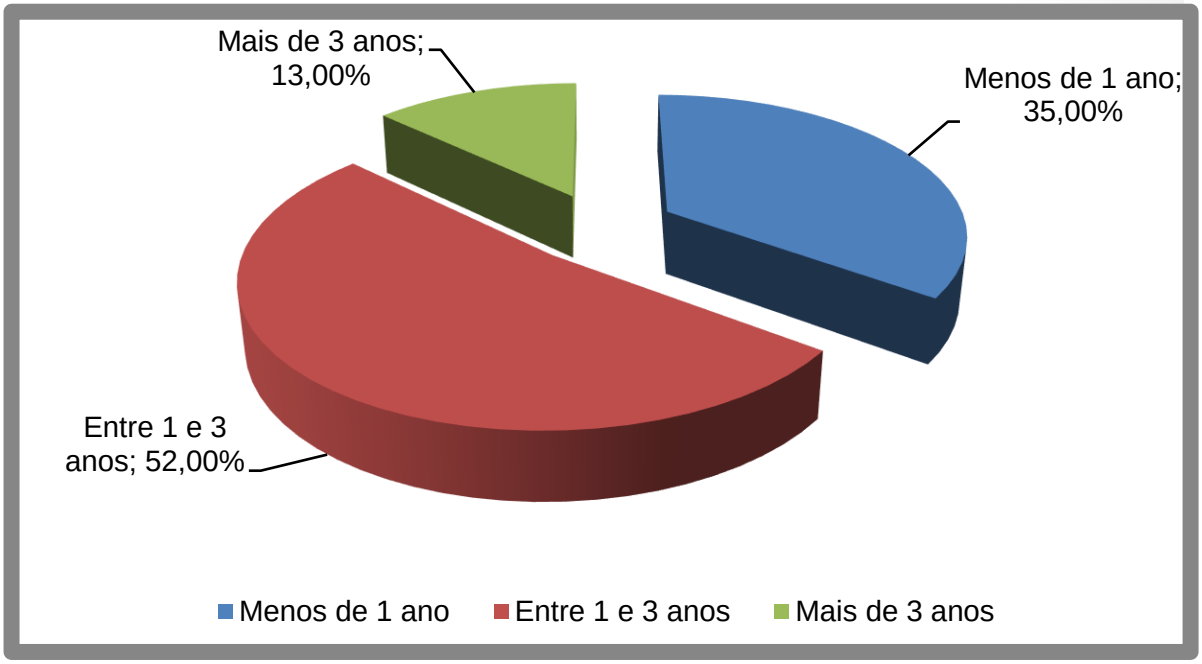
Fonte: Pesquisa documental (2019)

Chama a atenção o fato de pessoas muito próximas das abusadas sexualmente se envolverem em agressão sexual contra crianças. O pai, por exemplo, agridem também, mas seu percentual de participação é muito pequeno na questão, na instituição pesquisada (2,00%) sendo a maioria de padrastos que são muito mais representativos com 75,00% de participação; os tios com 10,00%, também representam um percentual significativo e outros (irmãos ou filhos do padrasto) são também significativos com 13,00% de participação.

Velho (2009, p. 90) diz que "a relação dos padrastos com os filhos de sua companheira, são, em sua grande maioria, conflituosas, pois envolvem uma série de questões que fogem ao controle, principalmente quando esta se concentra no poder de mandar".

Os agressores padrastos, tios, irmãos ou filhos do padrasto que vivem na mesma residência, acabam por aferir com as crianças uma relação de poder, que muitas vezes pode acabar em violência. Marques (2012, p. 146) observa "os agredidos sexualmente, na maioria das vezes, não conseguem escapar da agressão por medo, pelo poder exercido pelo agressor, geralmente uma pessoa muito próxima dele".

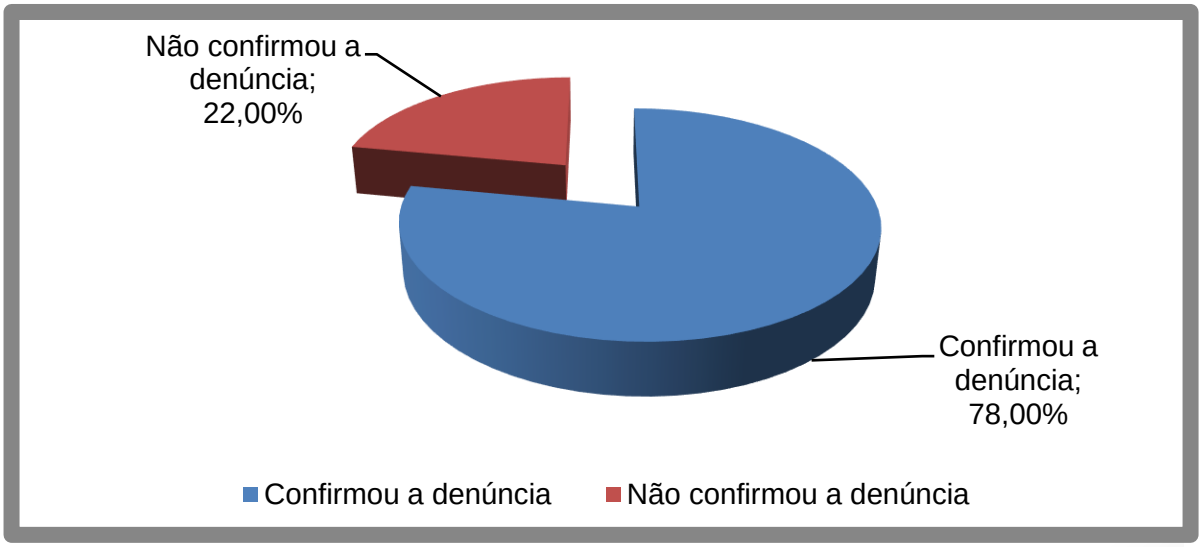
Gráfico 6 – Agressores sexuais



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Com relação ao tempo que vem durando ou durou a agressão sexual, os documentos da instituição apontam que 52,00% das agressões sexuais já duram ou duraram entre 1 e 3 anos; 35,00% disseram que há menos de 1 ano; e, 13,00% há mais de 3 anos. Marques (2012) observa que as agressões sexuais são costumeiras e duradouras e por medo as abusadas sexualmente demoram muito tempo a denunciarem.

Gráfico 7 – Procedimento das vítimas



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

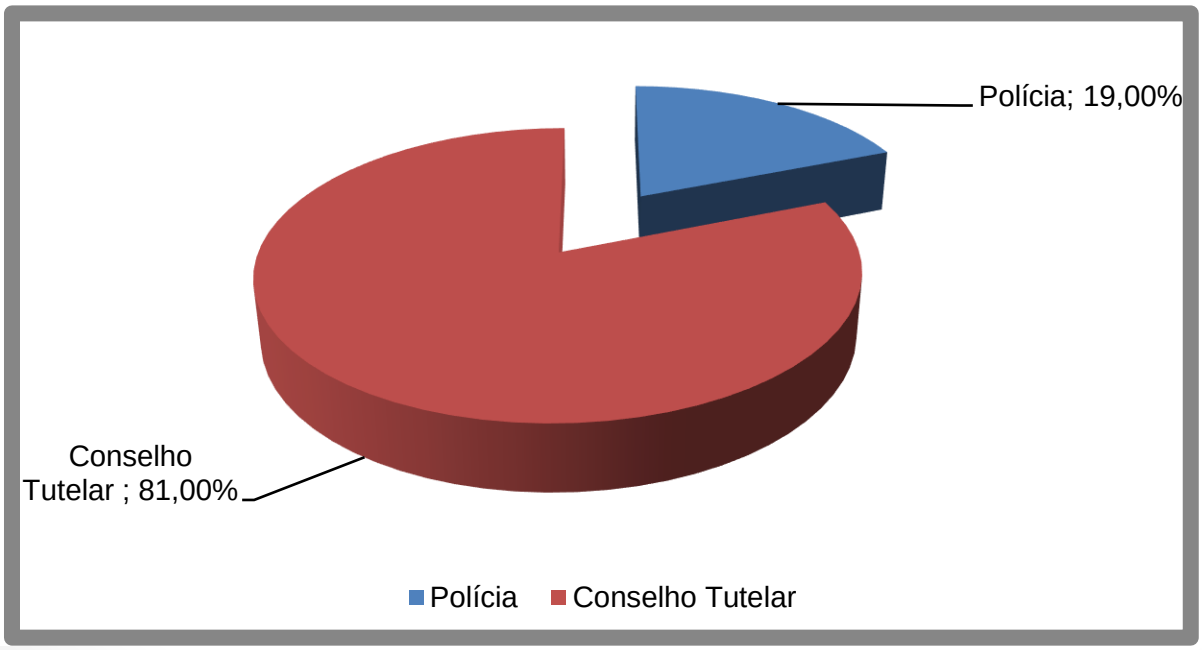
Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O gráfico 7 aponta para o fato das vítimas terem confirmando a denúncia (78,00%), ou seja, pós-denúncia a grande maioria das vítimas acaba por confirmar os fatos denunciados principalmente em função da questão da segurança que sentem. Os outros 22,00% das vítimas não confirmaram as denúncias certamente por medo do agressor que, resguarda ainda uma poderosa relação do maior forte. Geralmente, quem abusa é uma pessoa que a criança e/o adolescente jovem conhece. Segundo Campos (2010, p. 39):

> O abuso sexual é a utilização para fins sexuais de corpo de uma criança ou adolescente, por parte de um adulto. Caracteriza-se pelo não consentimento da vítima, que é coagida física, emocional ou psicologicamente. Trata-se, portanto, de uma relação bilateral para satisfação unilateral do abusador. Compreende desde atos libidinosos até o estupro. Em aproximadamente 80% dos casos, o agressor faz parte do sistema familiar, convive de alguma maneira com a vítima, exerce sobre ela poder ou influência, mantém com ela laços de autoridade e afeto. Geralmente é o pai, avô, tio, irmão, primo, amigo da família ou namorado.

Ainda segundo Campos (2010, p. 40): o incesto ocorre em todas as sociedades e em todos os níveis sociais, mas as estatísticas não refletem sua incidência. Isto se explica pelas inúmeras implicações de ordem familiar, psicológica e social que ele acarreta.

Gráfico 8 – Instituição de denúncia



Fonte: Pesquisa documental (2019)

Já o gráfico 8 aponta que 81,00% das vítimas preferem confirmar sua denúncia ao Conselho Tutelar, justamente por confiar mais em um instituição formalizada a partir da implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, pois estes são encarregados de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90, em cada Município deve haver no mínimo um Conselho Tutelar, e a Lei Municipal deverá dispor sobre horário, dia e local de funcionamento destes, inclusive quanto a eventual remuneração de seus membros.

Esse órgão tem, sem dúvida mais credibilidade do que a polícia, uma instituição desacreditada no Brasil em função do enorme descompromisso com a população que vislumbra em outras entidades, muito mais próximas das comunidades, como os Conselhos Tutelares, a possibilidade de terem suas reivindicações e denúncias atendidas.

A criança e o adolescente, com a nova legislação, passaram a ser considerados sujeitos de direitos, não mais objeto de proteção – perante a lei, tornaram-se pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A questão da violência intra e extrafamiliar contra a criança e o adolescente começaram a ser tratada sob uma abordagem específica, que recebeu, no Estatuto, um tratamento direcionado a esta demanda.

O artigo 5° estabelece que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais (ECA, 1990).

O Conselho Tutelar se constitui em uma primeira etapa legal de ruptura com o processo de jurisdicionalização das questões relativas à infância e adolescência, especialmente nas camadas mais pobres. Conseqüentemente, apesar de todos os avanços, a ampliação desse espaço social abre caminho para que crianças e adolescentes não sejam somente "tratados" como caso de justiça e de polícia, mas que todo um aparato de profissionais e instituições possa intervir em prol de suas causas específicas; ou seja, a intervenção do Estado nesta faixa de idade e em suas famílias se alarga.

Já com relação aos encaminhamentos dados ao problema, sendo possível apontar mais de uma opção. Assim, os documentos da instituição pesquisada apontam que 22,00% dos agressores sexuais estão presos; 13,00% das vítimas (número bastante irrisório) estão com acompanhamento psicológico e, em 81,00% dos casos o Conselho Tutelar tomou as providências necessárias de acordo com o preceituado no ECA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É surpreendente o fato de que apenas 13,00% estão em acompanhamento psicológico e apenas 22,00% dos agressores estão presos, pois todos deveriam estar presos e todas as vítimas deveriam estar sobre tratamento psicológico. Mas nas instituições de apoio as vítimas de violência sexual, o número de psicólogos é insuficiente para atender todas as vítimas e estas, como não tem quem procurar para o tratamento acabam por desistir.

A ABRAPIA (2017) estima que, no Brasil, cerca de 165 crianças ou adolescentes sofrem abuso sexual por dia. Já em relação a assédio contra crianças, adolescentes e jovens, não se conta com estimativas, o que pode estar associado a sua relativa naturalização e não denúncia legal por parte das vítimas, pais e responsáveis, ainda que o assédio sexual tenha passado a ser crime e integrar o Código Penal a partir de 2001.

Segundo a ABRAPIA (2017), embora pouco estudado enquanto manifestação de violência e muitas vezes ignorado, o assédio sexual pode ter graves conseqüências sobre os jovens, criando uma cultura permissiva em que atos desse tipo não são vistos como sérios e passiveis de punição.

ABRAPIA (2017) propõem que se compreenda o assédio também pesquisando: "formas diversas de intimidação sexual – olhares, gestos, piadas, comentários obscenos, exibições – de abusos – como propostas, insinuações e contatos físicos aparentemente não intencionais".

4.2 AS POLÍTICAS DE ENFRETAMENTO E O ECA

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro garantir igualdade de direitos entre homens e mulheres, esta não se estabelece na prática no Brasil. Muitos preceitos constitucionais, como a igualdade de direitos para crianças e adolescentes, idosos e, pessoas portadores de necessidades especiais foi necessário que uma legislação específica fosse criada para cada um desses segmentos populacionais: como o Estatuto do Criança e do Adolescente – ECA, instituído a partir da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Com relação ao Idoso a primeira foi a Lei nº 8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso que, sem dúvida foi o primeiro passo para a criação de um sistema de proteção previsto na CF/1988, apresentando, em nível do poder público, diretrizes de atuação e quais os Ministérios teriam a atribuição para implementar a Política Nacional do Idoso. Por fim, veio a Lei nº. 10.741 de 1° de Outubro de 2003, sancionada e assinada pelo Presidente de República, Luiz Inácio Lula da Silva, denominada de Estatuto do Idoso, onde são abordados os pontos em que os direitos dos idosos devem ser garantidos, tal qual prioridade no atendimento de saúde, transporte coletivo grátis e garantias contra violência e

abandono, com penalidade de prisão para quem pratica tais atos. Com relação ao portador de necessidades especiais uma série de leis foram instituídas no sentido de prover a proteção dos direitos destas populações, que vai culminar com a aprovação do Estatuto da Pessoas Portadora de Necessidades Especiais em processo de discussão no Congresso Nacional.

Para Azanha (1998, p. 102), "Política Pública é a forma de entender um problema nacional, como problema governamental que só existe a partir de uma percepção coletiva". Neste sentido, as Políticas Públicas de enfrentamento e proteção a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual no Brasil, orienta-se pelo pressuposto de que no desenvolvimento da Política Social brasileira tem-se um conjunto amplo e variado, mas descontínuo e insuficiente de programas sociais direcionados para segmentos empobrecidos da população.

Essas políticas públicas não são configuradas no Brasil como estratégia única para enfrentamento da violência contra a mulher, até por que no campo punitivo, as leis nacionais contidas no Código Penal já estabelecem todos esses mecanismos, acabando por assumir uma perspectiva marginal e assistencialista, desvinculada das questões sociais como um todo. Mesmo as ações como a universalização das políticas públicas a partir do Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, estas não conseguiram alcançar um patamar desejável de universalização, nem quantitativa nem qualitativamente, marcadas pela insuficiência e pelo funcionamento insatisfatório das entidades de apoio as crianças e adolescentes, como as delegacias especializadas de proteção à infância e adolescência, principalmente, tão carentes de profissionais especializados no trato do problema, como psicólogos e assistentes sociais no mínimo. Mas na grande maioria das vezes esses projetos e programas não incorporam as famílias, por exemplo. Para Teixeira (2004, p. 7):

> O agressor sexual no âmbito doméstico denuncia o fracasso das instituições sociais, família, escola, comunidade, programas de atendimento. O delito "fala" de um distúrbio. É o sintoma de algo grave que ocorre no tecido social, nos seus grupos de pertencimento e nele mesmo. A prática do ato sempre revela um prejuízo: é um indício de que todos da família necessitam de cuidados. Essa conduta deve ser compreendida sempre como um pedido de socorro que deve ser decodificado e respondido pela família ou quando tudo falha, pelo Estado.

A família exerce um papel fundamental na descoberta dos problemas de relacionamento social quer seja pelo comportamento agressivo apresentado ou pelas formas de se comportar em casa. Neste sentido, as políticas públicas não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

podem ser apenas curativas, mas profundamente enraizadas em processos de descobertas de causas, buscando entender o cerne do problema, para através dele enveredar ações de correção de rumo, sempre considerando a família, como centro das atenções. Teixeira (2004, p. 9), enumera alguns aspectos que devem ser observados nesse contexto, para a formatação e efetivação de políticas públicas que serão de suma importância no combate à violência sexual contra crianças e adolescentes, principalmente, considerando aspectos extremamente relevantes:

> a) O que determina esse ambiente são as precárias condições de sobrevivência social, que lhes impõe um limite de recursos de nivelamento social com relação a outros grupos mais privilegiados dentro da sociedade;
>
> b) Em decorrência desse empobrecimento de recursos, a conduta coletiva do grupo se manifesta de forma incongruente e exacerbada em forma de conduta desviada dos padrões de normalidade;
>
> c) As características sintomáticas mais reveladas no ambiente de subcultura são a desagregação da família, a desarmonia das relações interpessoais, o baixo índice de conduta moral, o baixo nível de escolaridade, além dos valores individuais darem mais ênfase a um estilo de vida hedonista. O hedonismo se relaciona com a busca constante de prazer e com a satisfação física e sensual de seus próprios desejos e necessidades, são aquele que cultiva o prazer do fim da vida, bem como total desapego a vida social;
>
> d) No que tange à perspectiva de vida futura, os interesses motivacionais se voltam muito mais para o presente, no que se limita somente ao aqui e agora, com metas objetivas para se atender de imediato àquilo que mais é necessário, principalmente, as necessidades pessoais de equilíbrio sócio financeiro, sendo a visão do futuro caracterizada pelo ceticismo e pela indiferença social.

Assim, a violência se estabelece como forma, como forma de reação a uma estrutura social não integradora e a violência contra a mulher não difere deste contexto, e nesse aspecto, esse ambiente e se apresenta como uma solução integrativa para certos problemas comuns para o agrupamento de indivíduos socialmente marginalizados. Assim, evidencia-se no Brasil uma prática assistencialista das políticas públicas e não políticas públicas de assistência social, levando a uma reflexão uma reflexão da questão e sua verdadeira visão (assistência) em contraponto com a visão equivocada da profissão (assistencialismo).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esta dicotomia fica evidente quanto se efetiva uma Lei como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que, embora importante, no campo penal, mas confirma a falência dos preceitos constitucionais de igualdade de direitos, o que engendra um processo contraditório, sendo que o serviço social também vai se dando ao processo de reprodução ou questionamento das relações sociais enquanto atividade mediadora participe do processo. Desta forma, o instrumento de defesa da criança e do adolescente, estabelecido pelo ECA, é o Conselho Tutelar. O Conselho Tutelar é um órgão criando a partir da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, com o objetivo. Segundo Liberati (2003, p. 125) de:

> Desempenhar e executar as atribuições, especificadas nesta Lei, de forma contínua e permanente, com independência funcional para deliberar e realizar suas ações sem qualquer interferência externa, não lhe cabendo apreciar e julgar os conflitos de interesses (não-jurisdicional), função, esta, própria do Poder Judiciário.

Sua atuação está no âmbito municipal, sendo uma instituição pública, mas desprovida de personalidade jurídica. Quanto à natureza jurídica do conselheiro, observa-se que os serviços prestados pelo conselheiro são de natureza pública, porque provém de órgão público de âmbito municipal. Nunca é demais destacar que o serviço público destina-se a servir o público, e não ao servidor. Liberati (2003, p. 126) destaca:

> Os conselheiros tutelares prestam serviços que constituem um *múnus* público, porém, não se enquadram no conceito de agente político, vez que, apesar de 'eleitos' pela comunidade para mandato de três anos, suas funções não compõem o esquema fundamental do Poder Público. Também não podem ser tidos como servidores públicos comuns, pois não se submetem a concurso público, em senso estrito e, portanto, não gozam de estabilidade. Sua relação com o Estado não é permanente e não há relação de dependência e profissional idade. Por outro lado, não se enquadram na classe de particulares em colaboração com a administração, eis que se submetem à eleição e são empossados para exercício de mandato, podem receber remuneração do Estado, mas não de outra fonte pelo serviço realizado e por fim, não realizam as funções por conta própria.

Neste sentido, o Liberati (2003) resume a figura do conselheiro tutelar, como uma pessoa que tem natureza atípica dentro dos conceitos tradicionais de agentes administrativos, pois a análise do enquadramento jurídico para aplicação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do direito com relação ao conselheiro tutelar, quando não houver disposição expressa na lei, deverá sem exceção, levar em conta a vontade do legislador. Com efeito, a função de Conselheiro Tutelar: a) corresponde a função pública relevante; b) é exercida em caráter transitório (mandato eletivo); c) pode ter seu exercício realizado gratuitamente, conquanto seja ou não remunerada, a critério do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e d) é ocupada sem gerar qualquer vínculo empregatício ou estatutário com o ente estatal para o qual se encontra servindo (LIBERATI, 2003, p. 129).

Então, o Conselho Tutelar é órgão colegiado e somente como tal pode funcionar, sendo suas deliberações tomadas pela maioria simples dos membros do colegiado, sob pena de nulidade. Suas decisões somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária, mediante provocação da parte interessada ou do Ministério Público.

CONCLUSÃO

No Brasil, tanto a Constituição Federal, quanto o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõem sobre a proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de abuso sexual e determinam as penalidades para os que praticam a agressão e para aqueles que se omitem de denunciar, mas como tudo, apenas fica no papel o avanço da lei, já que na prática na acontece. Neste sentido, este trabalho identificou:

1) o abuso sexual intrafamiliar ocorre geralmente em famílias com a presença de um só progenitor, no caso a mãe, que em busca de segurança se estabelece com outro companheiro sem nenhum vínculo familiar e que acaba adquirindo poderes supremos na família, utilizando-se deste para abusar sexualmente da filhas da companheira;

2) o abuso é cometido de forma constante até se descoberto por alguém que tem coragem de denunciar já que o agredido, sob a ameaça constante, não faz a denúncia por medo.

Outros sintomas encontrados, segundo os profissionais são: ansiedade (manifestando-se em medos e pesadelos), depressão, comportamento de isolar-se, queixas somáticas, agressão, problemas escolares, Transtorno de Estresse Pós-Traumático, comportamentos regressivos, fuga de casa, comportamento auto lesivos, além de depressão, perturbação no sono, re-vitimização, problemas com relacionamento sexual no futuro, prostituição, promiscuidade, abuso de substâncias, tentativas de suicídio, sonhos frequentes e obsessivos com a situação do abuso.

Desta forma é importante destacar que a rede de proteção social é incipiente e, profundamente inadequada em função de vários aspectos, dentre eles,

pode-se destacar a completa ausência de políticas públicas no sentido de desvelar as razões e agravantes que condicionam o fenômeno em Manaus, assim como, seus condicionantes históricos que poderiam embasar as políticas sociais que emergem frente ao problema, como:

1) Elucidar a essência do fenômeno do abuso sexual que tem várias facetas que promovem rupturas, continuidades, descontinuidades, constrangimentos. Nessa multiplicidade de facetas está o seu maior engenho. Mais do que inventar soluções para os problemas apresentados, é preciso responder às necessidades destes grupos.

2) Implantação de Políticas Sociais Consistentes, pois estas são absolutamente incipientes e fruto da luta de abnegados que buscam de todas as formas soluções, mas estas estão comprometidas pela ausência de uma rede de apoio social sólida.

3) Compreender quais os condicionantes históricos que confluem para o surgimento e agravamento do fenômeno que estão profundamente ligados às desigualdades sociais provocadas pelo modelo econômico aplicado a decênios no Brasil e especialmente em Manaus, que possui um modelo de desenvolvimento que gera profundos superávit financeiros, mas que provoca imensos déficits sociais.

4) Identificar o perfil social, econômico e familiar das vítimas no âmbito da convivência na comunidade, pois, estas pessoas são afetadas diretamente pela exclusão social exacerbada provocada pelo modelo econômico que exclui. Quanto ao perfil familiar, fazem parte de um modelo familiar, na grande maioria dos casos desestruturados pela exclusão social que lhes foi imposta.

REFERÊNCIAS

ABRAPIA. **Abuso sexual**: Mitos e Realidade. Petrópolis: Autores & Agentes & Associados, 2017.

ANTUNES, M. da S. **História da pedagogia**. São Paulo: Summus, 2008.

AZANHA, J. M. **Planos e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Thomson, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 22 de jul de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A/1927 de 12 de outubro de 1927**. Rio de Janeiro. Congresso Nacional, 1927. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 19 de jul de 2019.

BRASIL. **Estatísticas brasileiras**. Brasília: IBGE (2013). Disponível em http://www.ibge.gov.com.br Acesso em 16 de jul de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 8069/1990 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e Adolescente – ECA**. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 19 de jul de 2019.

BRITO, F. dos S. **Mulher chefe de família**: um estudo de gênero sobre a família monoparental feminina. Artigo. 2002 (versão digital) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf. Acesso em 16 de jul de 2019.

CAMPOS, P. A. de L **O abuso sexual intrafamiliar na família brasileira**. São Paulo: Summus, 2010.

CARVALHO, M. do C. B. (org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

DIAS, M. T. **Comunicação entre pais e filhos**: A linguagem do sentir. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, M. B. et. al. **Conselhos Municipais de Direitos***:* exercício da participação. 1ª. ed. Recife, CENDHEC, 2008.

HORN, P. **A constituição da pesquisa científica**. São Paulo: Pioneira, 2013.

KALOUSTIAN, S. **Família brasileira**: a base de tudo. 5ª ed. São Paulo: Cortez. 2002.

LIBERATI, W. D. **Conselhos e fundos de direitos da criança e do adolescente**. 1ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

LIMA, P. **Dialética**. São Paulo: Summus, 2005.

LIMA, S. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna: 2005.

MARQUES, J. de O. **O abuso sexual na família**. São Paulo: Pioneira, 2002.

MINAYO, M. C. **Violência no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2008.

PÁDUA, L. P. de A. **Crianças e adolescentes violentados**: passado, presente e perspectivas para o futuro. IN: ASSIS, S.G & SOUZA, E. R. **Morbidade por violência em crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

PEDRO, A. **História do Brasil**. São Paulo: FTD, 2010.

SARTI, C. A. **Família e individualidade**: um problema moderno, 1996. IN: CARVALHO, Maria do Carmo Brant (org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

SILVA, J. A. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, N. P. **Ética e Violências**. São Paulo: Edição própria, 2005.

TEIXEIRA, A. M. S. **Sociedade, mídia e violência**. Porto Alegre: Sulina, 2004.

VERGARA, S. C. **Projetos e relatórios de pesquisa**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA PARA INSTRUÇÃO CRIMINAL

IDA TAMILLES MARINHO SANTOS:
acadêmica no CIESA/AM formando 2019.

SEBASTIÃO RICARDO BRAGA BRAZ

(Orientador)[1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo caracterizar como a interceptação telefônica é usada como meio de prova para instrução criminal. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. De qualquer forma a natureza da comunicação, quanto à interceptação dever ser precedida de autorização judicial que delibera. Se houve interceptação realizada sem autorização, somente posteriormente for autorizado por um juiz, não poderá convalidada. Destarte, a autorização deve ser prévia de forma obrigatória, sem exceção. Nem mesmo a autorização posterior de um dos interlocutores legitima a interceptação. Ressalta-se que, a interceptação telefônica é um meio eficaz expor ações criminosas visam buscar, e trazer esclarecimentos acercar como essas tramas, se desenrolam, trazendo a tona os corruptores e corrompidos e cifras envolvidas em determinado delito, do ponto de visto prático como isso irá subsidiar a inquérito e quais as formas serão utilizadas para propor ação penal e a busca da verdade real dos fatos e imputação criminal cabível contra quem praticou quem participou que é cúmplice, co-autor, quem foi favorecido com esquema criminoso. Neste contexto, torna-se inevitável o questionamento acerca da legitimidade da interceptação telefônica como meio prova para instrução criminal. Do ponto de vista teórico legal esta prática se apresenta perfeitamente ilegítima. E assim, surge a necessidade de se ponderar esses direitos e garantias fundamentais eventualmente em conflito. Portanto, a indagação acerca da adequação da interceptação telefônica equivale à contestação dos parâmetros estabelecidos para ponderação destes direitos fundamentais. A interceptação telefônica será legítima quando se verificar que esses parâmetros são suficientes para harmonizar o conflito, de maneira a assegurar a cada direito, o máximo de efetividade possível. Em assim sendo, o questionamento se volta para os critérios estabelecidos na lei bem como na jurisprudência brasileira, que responde que sim é usada sem afetar as garantias dos outros direitos inerentes.

Palavras-chave: interceptação; telefônica; prova; instrução; criminal.

ABSTRACT: This article aims to characterize how telephone interception is used as evidence for criminal instruction. It was elaborated according to the inductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. In any case, the nature of the communication as to the interception must be preceded

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

by a judicial authorization that deliberates. If an interception was performed without authorization, only later authorized by a judge, can not be validated. Thus, the authorization must be compulsory prior, without exception. Even the subsequent authorization of one of the interlocutors does not legitimize the interception. It is noteworthy that telephone interception is an effective way to expose criminal actions aimed at seeking, and clarifying how these plots unfold, bringing out the corrupt and corrupt and figures involved in a given crime, from a practical point of view. will subsidize the inquiry and what forms will be used to bring criminal prosecution and the search for the true truth of the facts and appropriate criminal imputation against those who practiced who is an accomplice, co-author, who was favored with a criminal scheme. In this context, it becomes inevitable to question the legitimacy of telephone interception as a means of criminal instruction. From the legal theoretical point of view this practice is perfectly illegitimate. And so, the need arises to consider these fundamental rights and guarantees eventually in conflict. Therefore, the question about the adequacy of telephone interception is equivalent to the challenge of the parameters established to weigh these fundamental rights. Telephone interception will be legitimate when it is found that these parameters are sufficient to harmonize the conflict, so as to ensure each right as effectively as possible. Therefore, the questioning turns to the criteria established by law as well as in Brazilian jurisprudence, which answers that yes is used without affecting the guarantees of other inherent rights.

Keywords: interception; telephone; proof; instruction; criminal.

Sumário: INTRODUÇÃO; 1 PROVA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL; 1.1 Teoria da Prova; 1.1.1 Prova ilegal ou irregular; 1.1.2 Prova viciada; 1.1.3 Prova clandestina; 1.1.4 Prova Atípica; 1.1.5 Prova emprestada; 1.2 Instrução Criminal; 1.3 Meios de Prova; 2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA; 2.1 Sigilo à Comunicação; 2.2 Das Provas Ilícitas; 2.3 A Legalidade da Interceptação Telefônica; 2.4 Diferenciações entre Interceptação Telefônica, Escuta Telefônica e Gravação Clandestina; 2.5 O Regime Legal das Interceptações Telefônicas – Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996; 2.6 Os Requisitos para a Interceptação Telefônica – Art. 2º da Lei nº 9.296/96; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Ressalta-se que a liberdade de expressão é uma conquista, após anos de isolamento intelecto e expressivo de toda uma sociedade, reprimida mantida pelo regime militar. Democracia, em seu alivio contextual, da grande ânsia do povo brasileiro à época da formulação da nova Constituição mera esperada. Influenciados pelo apelo enclausuradoda população e peloapegoá democracia insurgente, houveram por bem os constituintes dedicar todo um capítulo aos direitos e deveres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

individuais e coletivos, inserindo entre estes o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações.

Desta forma, essa garantia presumida a preservação da manifestação do pensamento através da palavra escrita e falada, destinadas a um número indeterminado de pessoas ou a determinadas pessoas, através de cartas, telegramas, telefonemas e outros meios de comunicação e transmissão de informações e dados. Novos meios de comunicação surgem a cada dia, não podendo o Direito eximir-se da obrigação de tutelá-los, quanto a informações pessoais que porventura possam por eles circular, estudo esse a ser feito no transcurso deste trabalho.

Logo, nesse processo cabe a interceptação telefônica encontra seu fundamento primeiro na Constituição Federal. Ao estabelecer o direito fundamental ao sigilo, o texto constitucional ressalvou a possibilidade de mitigação deste direito, que se faz por meio da interceptação telefônica. É também na constituição que se encontra as primeiras restrições a essa prática de investigação. Conforme o artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, a interceptação telefônica só será possível mediante ordem judicial e para os fins de investigação criminal ou instrução penal criminal. A par dessas limitações, a Constituição também impõe o ônus da regulamentação por meio de lei.

É relevante indagar que na problemática abordada temos a seguinte formulação: Na instrução criminal a interceptação telefônica é um meio de prova?

E quanto ao objetivo geral tem a como :- Estabelecer que a interceptação telefônica é uma meio de prova para instrução criminal.

E nos objetivos específicos foi:

- Descrever o que interceptação telefônica;
- Caracterizar o que instrução criminal;
- Apontar como meio prova interceptação telefônica e se ela servirá para fundamentar a instrução criminal.

Quanto à metodologia a pesquisa utiliza o método indutivo cuja à pesquisa tem uma premissa particular para a geral tendo que apontar como a interceptação telefônica servirá como meio de prova na instrução criminal. Tendo técnica revisão bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1 PROVA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A prova na instrução criminal vem mostrar que é instrumento do Estado que se destina ao convencer o juízo.

Lopes Junior (2019) relata que, o processo penal é o instrumento do Estado destinado ao convencimento do juízo sobre a existência de materialidade e a

autoria de uma infração penal. Trata-se, pois, de um "instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico".

Segundo Pacelli (2017) a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Teixeira (2018) cita que, a gravação de conversas telefônicas tem-se proliferado pelo país, sendo, não raramente, invocada como meio de prova em inquéritos e processos judiciais cíveis ou penais e até mesmo em investigações na esfera privada. No entanto, a forma como a gravação é realizada é essencial à sua admissão como meio lícito de prova, cabendo observar se, quando da produção desta, não houve violação a direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Conforme Fortes (2017) à prova, com igual relevo, existe o direito à valoração da prova, uma vez que seria inócuo assegurar àquele se ao juiz coubesse simplesmente ignorar a prova produzida. Resulta daí que o juiz tem o dever de se manifestar a respeito das provas, de considerá-las na motivação da sentença a fundamentação da decisão é a garantia de que as alegações e as provas produzidas pelas partes foram atentamente apreciadas pelo órgão jurisdicional.

Nucci (2009) define a palavra prova teve sua origem do latim, da expressão *probatio*,a qual significa uma forma de verificação, inspeção, exame, confirmação. Desta expressão *probatio* deriva-se o seu real significado para o processo, que é direcionar de forma convincente certo indivíduo para demonstrar (provar) a veracidade ou não dos fatos em questão.

Carnelutti (2014) salienta que, as provas devem convencer o julgador, que na esfera processual é o juiz, dotado da capacidade e competência de decidir sobre a verdade dos fatos. Carnelutti, em seu livro retrata bem esta relação do juiz com as provas. O juiz, a princípio, encontra-se diante de uma hipótese; não sabe como aconteceram as coisas, se soubesse, se estivesse estado presente aos fatos sobre os quais deve julgar, não seria juiz, e sim testemunha, e se decide, precisamente, converte a hipótese em tese, adquirindo a certeza de que aconteceu ou não um fato, ou seja, certificando esse fato.

1.1 Teoria da Prova

Perceba em que Estado em determinados momentos não participativa na condução dos litígios.

Segundo Machado (2009) houve uma fase em que o Estado não se participava na discussão dos litígios. Assim, na época da chamada vingança privada, cabia exclusivamente a vitima ou ao grupo social no qual se verificou a transgressão, buscar a satisfação do direito violado, com aplicação de determinada sanção,porém:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Com o passar dos tempos, verificou-se completa alteração na base de todo o Direito Penal. A partir de então o Estado chamou para si a administração da justiça, da qual passou a ter o monopólio exclusivo. Por conta disso, em um sistema que vigora até hoje, pois, basta analisar o nosso Código Penal para ver que fazer a chamada "justiça com a própria mão" é considerado crime – Art. 345 do aludido diploma – aquele que tem o direito violado, deverá valer-se necessariamente do Estado que, através de um de seus poderes (o Poder Judiciário), comporá e julgará o litígio. Raras exceções, como a legitima defesa e o estado de necessidade – em que o ofendido, dada a urgência da situação, não pode buscar a proteção estatal, por ser uma situação de extrema urgência – apenas confirmaram a regra geral. Ainda nesse momento histórico e em virtude das mudanças verificadas, o crime deixou de atingir apenas a vitima (sujeito passivo material), para alcançar também o Estado (sujeito passivo formal). Também não poderia ser diferente: a partir do instante em que o delito representa a violação de uma norma penal, sendo esta de criação estatal, todo aquele que incorre em sua prática, atinge, mesmo que de maneira indireta, o Estado, titular do mandamento proibitivo não observado pelo sujeito ativo. Desta violação, surge para o Estado o direito de punir o transgressor, consistente no *jus puniendi*. (MACHADO, 2009, p.11).

Rubin (2013) refere-se àteoria geral da prova como o tema relativo à prova no processo penal. Uma teoria acerca de qualquer objeto de investigação científica, no sentido de examinar integralmente o conteúdo e a essência daquele objeto.

Nucci (2009) salienta que, o exame, se for rigoroso, há de ter a pretensão de ser também geral. Surgindo a desnecessidade da referência ao aludido predicado, ficando apenas com a expressãoteoria da prova, para indicar uma análise dos meios de prova.

Segundo Carnelutti (2014) a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

Conforme Pacelli (2017) a tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível a reconstrução da verdade. Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se:

> Com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova. Tourinho Filho cita os seguintes exemplos do sistema ordálico: "Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]" (1992, v. 3, p. 216). De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses à outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida segurança pública, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não de objeto do processo. Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido. (PACELLI, 2017, p.174).

1.1.1 Prova ilegal ou irregular

As provas irregulares ou ilegais são trazidas ao processo ao arrepio do que é previsto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vicentini (2013) as provas ilegais ou irregulares são aquelas angariadas contra a lei ou trazidas ao processo ao arrepio do procedimento previsto, enquanto as ilícitas seriam aquelas angariadas contra preceito fundamental. Se as provas ilegais seriam admissíveis, ao contrário das ilícitas. Segundo ele a eventual admissibilidade das provas ilegais só ocorreria com a ponderação de interesses em conflito, segundo o princípio da proporcionalidade.

Oliveira (2016) refere-se sobre a distinção que a decisão faz entre oilícitoe oirregular, nessa perspectiva, a prova só seria írrita se pudesse ser enquadrada dentro do espectro conceitual doilícito de tal modo:

> Fora desse esquadro, o vício, ainda que existente, seria sanável porque a ofensa ao direito deveria ser de certo modo, tolerada. Nesse último caso, airregularidadeque se manifestaria, por exemplo, nos casos de vícios procedimentais que pudessem ser superados no desenrolar do processo.Para a decisão, essa tradução estaria errada ou, pelo menos, imprecisa. Daria uma importância para o assentado que é bem menor do que a realidade. No conjunto do argumento da decisão, o que se pode depreender é que a prova ilícita seria aquela que atenta diretamente contra direitos fundamentais dos acusados; ao passo que a prova ilegal, por pretensamente não ofender estes mesmo direitos fundamentais, teria um significado menor do que a primeira, podendo ser aproveitada no processo. (OLIVEIRA, 2016, p.2).

1.1.2 Prova viciada

Quanto às provas viciadas são questionadas em sua credibilidade em relação veracidade.

Souza (2019) salienta que, as provas viciadas são aquelas que embora produzidas em conformidade com a lei sejam questionáveis quanto à credibilidade ou quanto à veracidade. Embora admissíveis elas sejam submetidas ao controle judicial quanto à valoração e eficácia.

1.1.3 Prova clandestina

Toda prova que é trazida de modo ocultado é considerada prova clandestina.

As provas clandestinas são aquelas que trazidas de modo oculto, sem a necessária publicidade.

Segundo Andrade (2012) a gravação clandestina, em sentido lato, é o registro em arquivo da comunicação entre duas ou mais pessoas, captada por uma delas (ou por terceiro, com seu consentimento), sem que um dos envolvidos saiba.

1.1.4 Prova Atípica

Em relação a prova atípica não compatibiliza com o regula as normas podendo ser admissível.

Oliveira (2016) cita que, na prova ilícita a prova produzida não se coaduna com o preceito normativo, enquanto na prova atípica respeita-se o ordenamento jurídico, porém, o meio utilizado não está nominado na lei. O referido dispositivo que a atipicidade da prova é um traço característico do ordenamento jurídico processual brasileiro, porquanto permite-se que sejam admissíveis em juízo como meios de prova não só aqueles previstos expressamente em lei, mas outros meios de prova não tipificados no rol do diploma processual sob a condição de que sejam moralmente legítimos.

1.1.5 Prova emprestada

Este tipo de prova é obtida em outro processo e é usada de forma distinta.

Sergio (2015) alega que, a prova emprestada é aquela que, não obstante ter sido produzida em outro processo, é deste transferida para demanda distinta, a fim de produzir nesta os efeitos de onde não é originária.

Segundo Oliveira (2016) a prova emprestada pode assemelhar-se ou distinguir-se da prova ilícita dependendo do ângulo em que é analisada porquanto pode estar ela prevista no ordenamento jurídico ou não, assim como sua eficácia dependerá do preenchimento de determinados requisitos.

Talamini (1998) afirma que,a prova emprestada é o traslado da prova produzida de um determinado fato no processo para outro processo, que pode ser de qualquer meio admitido em direito, como documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial.

1.2 Instrução Criminal

A instrução criminal é usada eventualmente quando a risco efetivo para instrução.

Lopes Junior (2019) salienta que, a instrução criminal é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, conveniência que se torna um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.

Cardozo (2012) alega que, ainstrução criminaldeve ocorrer em 60 dias no rito ordinário e 30 dias no rito sumário a partir do recebimento da denúncia, há discussão doutrinária a respeito disso.Logo, a cronologia da instrução criminal compreende: o ofendido; a testemunhas (primeiro acusação depois defesa); os peritos (acareações, reconhecimento); o interrogatório – em caso de confissão ela é divisível e retratável. Pode requerer diligência; os debates orais e a sentença.

Segundo Rubin (2013) o processo for complexo ou houver um número grande de acusados ou após as diligências, o juiz pode substituir os debates orais por memoriais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme Silva (2016) cita os artigos e incisos envolvendo a instrução criminal o processo por meios de provas que podem ser evidenciados com:

Art. 402. Produzidos as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e a seguir o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de cicunstancias ou fatos apurados na instrução.

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 minutos, repesctivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10, proferindo o juiz, a segir, setença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concebidos 10 minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 dias para proferir a sentença.

Para Sergio (2015) a audiência de instrução e julgamentoocorre de cerca de 2 anos, diversos casos de crimes e escândalos de corrupção estourando na mídia, a prodigalidade dos procedimentos penais; meios de os acusados se defenderem; diversas formas de recurso.

No entanto para doutrinadores Rubin (2013) o art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, paraevitar a prática de infrações penais;

Cardozo (2012) salienta que, quanto à prisão preventiva observa-se no:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência dainstrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente deautoria.

1.3 Meios de Prova

Tudo aquilo que puder servir diretamente ou indiretamente para comprovação da verdade real.

Nesta abordagem Dias (2010) alega que, meios de prova é conceituado como tudo aquilo que puder servirdireta ou indiretamente à comprovação da verdade real pela qual se buscano processo. Quanto à questão da classificação das provas, relacionadaaos meios de prova empregados em direção à reprodução da prova,dependendo dos meios utilizados, esta pode ser pessoal (referente apessoas), e, real (referente a coisas). A prova pessoal caracteriza-se por seraquela resultante da atividade de uma pessoa (depoimentos).

Para Bulos (2019) aprova real se configurará quando impulsionada pela observação ou pelaexistência nos autos da coisa em si, exemplificando, tem-se os instrumentosutilizados na prática do delito. Salienta-se, ainda, que os vários meios deprova especificados no Código de Processo Penal Brasileiro, constituem oschamados meios legais de prova.

> Semelhantemente, esclarece que meio de prova é tudo o que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assevera, ademais, ser unânime a doutrina e a jurisprudência no sentido de entender os meios de prova elencados no Código de Processo Penal como um rol meramente exemplificativo, sendo cabíveis outras provas distintas das lá enumeradas. Diga-se, por oportuno, que constam nos capítulos do Título VII, do Código de Processo Penal, como meios de prova, o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, o depoimento de testemunhas e do ofendido, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão. (CAPEZ, 2019, p.819).

Oliveira (2016) aduz que, meios de prova são os elementos que podem justificar ou esclarecer os fatos que apuram através dos quais se irão adquirir o conhecimento de um objeto de prova.

Conforme Silva (2016) ser objeto de prova o tema probatório, aquilo que se pretende conhecer através de um meio de prova, a matéria ou fatos sobre os quais recai a prova, que, no procedimento, deve ter uma relação direta ou indireta com o objeto do processo (pertinência).

Cardozo(2012) ressalva ainda que, desde que os meios de prova não sejam indignos, imorais, ilícitos ou ilegais, respeitando a ética e o valor da pessoa humana, poderão ser admitidos no processo, mesmo que não estejam legalmente relacionados no Código de Processo Penal.

Segundo Broilo (2016) com relação ao estabelecido no Código de Processo Penal, são considerados meios de prova incluem: a) exame de corpo de delito e outras perícias; b) interrogatório do acusado; c) perguntas ao ofendido, d) testemunhas; e) reconhecimento de pessoas ou coisas; f) acareação; g) documentos; h) busca e apreensão; i) indícios.

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica trouxe a possibilidade de trazer fatos intricados com a verdade real, porém, tem que se preservarem outros direitos em observância estrita.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Souza (2018) relata que, a interceptação telefônica passou a ser objeto de questionamentos perante os Tribunais, como, também, de pronunciamentos doutrinários, isto porque a Constituição de 1967 veio a fazer expressa menção às comunicações telefônicas, preservando, todavia, a sua inviolabilidade, face ao preceito contido no artigo 153, § 9º: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

Távora; Alencar (2013) aborda que, a interceptação telefônica é a medida indispensável à investigação de certos crimes que vêm intranqüilizando os habitantes das grandes cidades e, por isso, torna-se imperiosa a edição de lei ordinária "a fim de aparelharem-se a policia e a Justiça para combate à criminalidade mais grave, de alta incidência, nos dias atuais.

Salientava, ainda, que o projeto trazia normas especiais de investigação criminal para os crimes de roubo, extorsão, sequestro e extorsão mediante sequestro "dificultando a atuação isolada da família da vítima com afastamento da autoridade policial durante o desenrolar da trama criminosa".

Gomes (1997) a propósito, afirma: Há forte corrente doutrinária, ademais, que afirma ser inadmissível no processo penal tanto a prova ilícita quanto a ilegítima. De qualquer modo, na interceptação telefônica autorizada antes da lei sob análise houve patente violação a direito material (constitucional, sobretudo, tendo em vista a tutela da intimidade e do sigilo das comunicações).

Não se trata, simplesmente, de uma prova não regulamentada (embora isso já seja motivo suficiente para viciá-la irremediavelmente). Mais que isso: a autorização válida no direito brasileiro é exclusivamente a que atende criteriosamente a disciplina jurídica da Lei nº. 9.296/96, que exige fundamentação específica, indicação do sujeito passivo, do motivo da interceptação. (GOMES, 1997).

Macedo (2010) definiu a interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. A interceptação telefônica é o meio lícita de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que previamente autorizada por ordem judicial e cumpridos os requisitos da Lei nº. 9.296/1996, conforme a autorização expressa do art. 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que por sua vez:

> A prova colhida de forma ilícita pela interceptação telefônica, com violação ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações, pode ser admitida no processo penal, de acordo com o princípio da proporcionalidade, quando em favor do réu, como fundamento de absolvição.A interceptação telefônica obtida ilicitamente, efetuada com afronta aos ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, pode ser admitida no processo penal, considerando-se o princípio da proporcionalidade,

> quando *pro societate*, de forma a rastrear e desvendar a criminalidade organizada.São exemplos de provas ilícitas que ofendem diretamente normas constitucionais: interceptação telefônica realizada sem ordem judicial (artigo 5º, XII), prova obtida mediante violação de correspondência lacrada (artigo 5º, XII), gravação ambiental de sons e imagens no interior de residência privada, mediante a utilização de aparelho eletrônico clandestinamente colocado no interior do recinto (artigo 5º, X), busca a apreensão domiciliar sem ordem judicial abstraída, as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador (artigo 5º, XI), interrogatório policial do flagrado sob coação (artigo 5º, LXIII). (MACEDO, 2010, p.65).

Távora; Alencar (2013) segue com entendimento, de uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, XII, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado.

De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, porém, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade.

No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida.

De acordo com Capez (2019) interceptar, em sentido estrito, significa intervir, interromper no transcurso. Logo, o termo interceptação telefônica compreende a interferência de um terceiro na comunicação mantida entre duas ou mais pessoas, com o fito de colheita de informações.

A interceptação telefônica provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores. (CAPEZ, 2019).

> Destarte, verifica-se que a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas à pessoa, ou pessoas determinadas. Tratando-se de interceptação telefônica (interceptação *stricto sensu* e escuta telefônica) as conversações são interrompidas por um terceiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> e, no que tange às gravações clandestinas, a violação da intimidade é decorrente da ação de um dos interlocutores da comunicação.Uma vez que a interceptação telefônica é prova pessoal excepcional ao direito à intimidade, esta não poderá ser admitida quando não houver elementos suficientes que demonstrem que determinada pessoa é agente da infração penal. Assim, a medida se mostra como um dos instrumentos utilizados após a colheita suficiente de outras provas, que demonstram vestígios da autoria.(MORAES; CASAGRANDE, 2010, p.10).

Neste sentido Gomes(1997) cita que, é inconstitucional a interceptação telefônica "de ofício", em conseqüência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de parte, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extra-processual.

Binder (2016) salienta que, a interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. Entretanto, pode ser necessária e justificada, a utilização prolongada de métodos de investigaçãoinvasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura,casos de crimes habituais, permanentes ou continuados.

Por outro lado, a interceptaçãotelefônica pode ser prorrogada para além de trinta dias para ainvestigação de crimes cuja prática se prolonga no tempo e no espaço,muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional.

Macedo (2010) alega que, durante interceptação telefônica deferida em primeiro grau de jurisdição, acaptação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa deforo não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunalcompetente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes seavalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar oconvencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativade foro com a prática de crime.

2.1 Sigilo à Comunicação

Quanto ao sigilo da comunicação com advento da CF/88 trouxe enfretamentos e sopesamentos que são submetidos a razoabilidade e proporcionalidade afim de dirimir tais questões.

Mertens (2007) alega que, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe ao mundo jurídico tormentosa questão até hoje não resolvida no seio da doutrina e da jurisprudência pátrias, a qual reputa-se da maior importância, ainda mais considerando-se o atual estágio evolutivo no que concerne ao armazenamento e transmissão de dados e informações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, o sentido da proteção outorgada, pelo legislador constituinte, no artigo 5º, XII, da Carta, ao assim declarar:"é inviolável o sigiloda correspondência e das comunicações telegráficas,de dadose das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins deinvestigação criminalou instrução processual penal". (BRASIL, 1988).

Ferraz Júnior (1993) informa que, de um direito subjetivo fundamental, como direito subjetivo manifesta um a estrutura básica, cujos elementos são o sujeito, o conteúdo e o objeto logo:

> O sujeito é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte. No País (art. 5º, caput). O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. No o direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito. Tanto conteúdo quanto objeto é muito claro no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em que se lê: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa item direito àproteção da lei". No Brasil, a Lei nº. 5.250/67, ainda e m vigor (Lei de Imprensa) estabelece responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser "respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público", e a Lei nº. 7.232/84 Lei de Informática - protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (art. 2º VIII). (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p.440.)

2.2 Das Provas Ilícitas

Na Constituição Federal brasileira de 1988, no rol dos direitos e garantias individuais, em seu artigo 5º, LVI encontramos referência às provas ilícitas. Traz o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seguinte dispositivo legal que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". (BRASIL, 1988).

Desta forma, Donzele (2004) alega que, provas ilícitas são as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas que considera:

> Provas ilícitas espécie das chamadas provas vedadas, porque por disposição de lei é que não podem ser trazidas a juízo ou invocadas como fundamento de um direito. Pelo mesmo motivo, enquadram-se dento das provas ilegais, ao lado das provas ilegítimas. Apesar de espécies de provas ilegais, as prova ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Disto conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo. (DONZELE, 2004, p.2).

Nesta linha de raciocínio, Grinover (2004) entende por prova ilícita, em sentido estrito,a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.

2.3 A Legalidade da Interceptação Telefônica

Segundo Moraes; Casagrande (2010) a regra é a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, tratando-se de verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior, coadunando-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade da pessoa humana.

Nota-se, a seara em questão é a do direito à intimidade, considerado por grande parte da doutrina como parte integrante dos direitos da personalidade e, como tal, destinado a resguardar a dignidade da pessoa humana, pois "os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

> Proteger especificamente a imagem, a vida privada e a intimidade dos cidadãos, assim dispondo sobre o assunto: Art. 5º - inciso X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988).

Contudo, o artigo prevê o direito à intimidade, Moraes; Casagrande (2010) facultando a cada indivíduo à possibilidade de opor resistência à intromissão não consentida em sua vida privada e familiar, impedindo a divulgação de informações de conteúdo privado.

Segundo Moraes (2006) tratar-se de direito fundamental, destinado à proteção da própria integridade moral do indivíduo, a fruição do direito à intimidade não é absoluta. Como toda liberdade individual, o exercício deste direito esta condicionado à realização da convivência social ideal incluem:

> Todo direito individual previsto e garantido na Constituição Federal, o direito à intimidade encontra-se relativizado em prol de um interesse maior, que é o interesse social. Dada a impossibilidade de previsão legal, caso a caso, do limite a ser estabelecido entre o interesse público e o privado, aos Tribunais cabe a dosimetria quanto à flexibilização dos direitos individuais, em nome da coletividade. Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal Federal decidindo pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a "inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (STF, 1ª Turma, HC nº 70/814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 – RT 709/418. STF – Carta Rogatória n.º 7.323-2 – Rel. Min. Celso de Mello – Presidente. Diário da Justiça, Seção I, 11 jun. 1999, p.40; RTJ 157/44). (MORAES, 2006, p. 52).

2.4 Diferenciações entre Interceptação Telefônica, Escuta Telefônica e Gravação Clandestina

Segundo Prats (2017) a interceptação telefônica é, basicamente, a captação, realizada por um terceiro, de comunicação entre interlocutores, sem que estes tenham conhecimento que o diálogo está sendo gravado.

> Por sua vez, a gravação clandestina é feita por um dos próprios comunicadores, sem que os outros saibam, não ocorrendo, portanto, a interferência de um terceiro.E, por fim, a escuta telefônica, que se refere à situação em que um terceiro realiza a gravação do diálogo entre duas ou mais pessoas, das quais ao menos uma delas sabe que está sendo gravada.Assim, o último apresenta uma situação intermediária

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> entre os institutos, pois tem como intersecção ao primeiro a presença de um agente alheio à conversa, enquanto o mesmo se aproxima do segundo instituto em razão do fato de no mínimo um dos interlocutores terem conhecimento acerca da gravação. (PRATS, 2017, p.2).

Para Barreto Júnior (2016) das exceções de licitude da gravação clandestina, destaca-se o delito de violação de segredo profissional, previsto no artigo 153 da Seção do Código Penal referente aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos:Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Segundo Castro (2015) para que a gravação clandestina seja considerada ilegal, são necessários dois requisitos cumulativos: a origem do conhecimento da informação sigilosa, a qual deve se referir a função, ministério, ofício ou profissão, como nos casos de médicos, psicólogos e advogados; e a consequência danosa, de qualquer espécie, que a revelação causa a alguém, não necessariamente a pessoa quem revelou ao agente no primeiro momento.

Nestas hipóteses, Hoffman (2015) considera que, a prova obtida por este meio também será ilegal, à luz do artigo 157 do Código de Processo Penal supracitado, aplicando-se, em analogia, o disposto no artigo 207 do mesmo diploma.

Portanto Prats (2017) salienta que o Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

2.5 O Regime Legal das Interceptações Telefônicas – Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

A Lei nº. 9.296/96 de 24 de julho de 1996, regulamentando o inciso XII do art. 5° da CRFB/88, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. (BRASIL, 1996).

Segundo Chaves (2018) o crime de interceptação telefônica, com o advento da Lei nº. 9.296/96 não se encontra mais tipificado no art. 151 § 1°, II parte final do CP e sim no artigo 10 dessa lei. A partir de 1996, passou-se a ter, no Brasil, a possibilidade da realização de uma interceptação telefônica legítima, ou seja, embasada em um direito material, porém, esta deverá correr em segredo de justiça e deverá obedecer a alguns pré-requisitos estabelecidos em lei.

Mirabete (2004) salienta que, o crime de violação de comunicação telefônica, antes definido no artigo 151 §1°, II parte final exigia a divulgação, transmissão ou utilização abusiva da conversação entre pessoas, para sua consumação. A simples interceptação não constituía crime, sendo indispensável à difusão do conteúdo da comunicação. O tipo contido no artigo 10 da Lei nº. 9.296/96, recuando no tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da conduta, consuma-se com a simples interceptação, independentemente de posterior divulgação.

Chaves (2018) alega que, para que a interceptação telefônica seja realizada deve seguir o que a lei determina, ou seja, a interceptação requer seja obedecida uma forma legalmente estabelecida. A Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996, determina a forma de se realizar a interceptação. O art. 1º, parágrafo único, da referida lei, declara que o seu disposto aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

> A interceptação telefônica só poderá ocorrer se for autorizada por um magistrado ou se requerida pela autoridade policial (em investigação policial) ou pelo representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal). Já que necessária a autorização judicial para que esta seja considerada prova lícita, conforme dispõe o artigo 1° da Lei nº. 9.296/96, *in verbis*: A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob o segredo de justiça. (BRASIL, 1996).

Giusti; Costa(2003) citam que, a interceptação deverá seguir alguns requisitos para que não seja considerada gravação clandestina, ou seja, prova ilícita, quais sejam: a necessidade de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; o fato investigado deverá tipificar delito penal com sanção apenada com reclusão, e que esta não poderá ser feita se houver outro modo disponível para se colher a prova.

Segundo Greco Filho (2008) a primeira situação acrescenta mais uma graduação ao termo indícios no processo penal. "o legislador dependendo do momento utiliza-se de indícios somente, indícios suficientes e indícios veementes, e, agora indícios razoáveis, mas que na prática não trarão problemas de apreciação para o juiz.

Grinover (2004) salienta que, os indícios razoáveis de autoria nada mais configuram do que o *fumus boni iuris* necessários para a autorização da medida cautelar de interceptação,quanto ao *periculu in mora* ele está ínsito na necessidade de conversa telefônica ser interceptada enquanto se desenvolve sob pena de perder-se a prova.

> A exigência de que haja indícios razoáveis de autoria ou participação significa que deve haver fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado. "Mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É necessário que haja vinculação de alguém a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> fato criminoso específico punido com reclusão", a posição majoritária da doutrina se encontra na opinião de que a possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida porque é muito ampla. Segundo o autor há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, nestes casos deverá o juiz ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos "para determinar se poderá sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor". No que se refere aos crimes apenados com reclusão não serão todos eles suscetíveis de interceptação telefônica, pois deverá atuar no caso o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos para determinar se a aplicação será constitucional ou inconstitucional. (GRECO FILHO, 2008, p.23).

2.6 Os Requisitos para a Interceptação Telefônica – Art. 2º da Lei nº 9.296/96

Conforme Brasil (1996) os requisitos necessários para a interceptação estão previstas no art. 2º da lei in fine:

> "Art. 2º da Lei n.º 9296/96 – Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada." Como observado, o art. 2° dispõe as hipóteses legais em que a interceptação é admissível, podendo ser ordenada pelo juiz. Trata-se da reserva legal considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal, que invalidou muitas operações técnicas autorizadas antes da promulgação da Lei n°. 9.296/96. (BRASIL, 1996).

Moraes; Casagrande (2010) ressaltam que o art. 2° dispõe as hipóteses legais em que a interceptação é admissível, podendo ser ordenada pelo juiz. Trata-se da reserva legal considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal, que

invalidou muitas operações técnicas autorizadas antes da promulgação da Lei n°. 9.296/96.

Greco Filho (2008) observa que, a lei apresenta vícios técnicos, quando optou pela negativa, elencando os casos de não admissibilidade da interceptação, em vez de indicar taxativamente onde seria cabível: O art. 2° da Lei nº. 9.296/96 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por escopo analisar, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, o instituto da interceptação telefônica e sua admissibilidade como meio de prova no processo penal brasileiro. Ficou estabelecido que a prova é um desdobramento do direito de defesa, traduzindo-se como uma síntese dos meios através dos quais se atinge a verdade real, sendo seu objeto tudo que possa influenciar no fato supostamente em tela. Restou entendido que o ônus da prova da alegação incube, de forma facultativa, a quem a fizer, tendo o magistrado o dever de avaliar livremente as provas e alegações das partes, fundamentando sua decisão. Voltou-se à análise de princípios constitucionais aplicáveis à prova processual penal, que norteiam a interceptação telefônica, a fim de mostrar sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se, neste ponto, a imposição expressa da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, bem como a conceituação das provas ilegais, gêneros que compreendem as espécies das provas ilegítimas, ilícitas e ilícitas por derivação. Ao se abordar o princípio da proporcionalidade pôde-se constatar que os direitos fundamentais não são absolutos, cabendo limitações às garantias constitucionais em favor da coletividade. Inicialmente, deu-se importância à tutela jurídica do direito à intimidade, que abrange o sigilo das comunicações, ao que se concluiu que as interceptações telefônicas constituem exceção aos direitos previstos nos incisos X e XII, ambos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nos pontos consecutivos foram conceituadas as espécies de interceptações telefônicas, salientando-se que a tutela constitucional alcança tão somente a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica, excluindo-se a gravação clandestina. E, após, tratou-se da Lei nº. 9.296/1996, que 75 regulamenta as interceptações e tem por objetivo preservar a intimidade dos cidadãos, delimitando os requisitos necessários para deferimento da quebra do sigilo. Por fim, tratou-se da admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova quando lícita e, quando ilícita, a possibilidade de ser admitida pro reo e pro societate, considerando-se o princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proporcionalidade como critério relativizador de direitos fundamentais. Desta forma, concluída a pesquisa, restou confirmada a primeira hipótese, uma vez que quando legalmente disciplinadas e rigorosamente efetuadas dentro dos ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ainda que seja meio de prova colhido com violação ao sigilo das comunicações, as interceptações telefônicas são lícitas e seus resultados serão admitidos no processo. E, para tanto, o magistrado deverá utilizar o princípio da proporcionalidade, contrabalanceando os direitos e garantias fundamentais e aplicando aquele de maior valor social.

Portanto, atualmente, pode-se dizer que as gravações poderão ser lícitas, quando obedecerem requisitos legais, e ilícitas, quando efetuadas com violação a tais preceitos. A mesma só não será aceita quando: i – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; ii – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; iii – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção. Ressalta-se, pois, que a possibilidade da utilização da interceptação telefônica, para fins de investigação criminal, prevista no inciso XII, in fine, do artigo 5º, da Carta Política, provocou, como é cediço, antes da edição da Lei nº. 9.296/96, fundadas divergências no campo da doutrina e da jurisprudência, e diante de inúmeros casos concretos, onde se discutiu ser ou não auto-aplicável a norma constitucional, ou então acerca da necessidade da norma regulamentadora, na impossibilidade da aplicação da teoria da recepção, tudo para legitimar a interceptação telefônica, eventualmente obtida à luz do Código Brasileiro de Telecomunicações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Moisés de. **Constitucionalidade do uso da gravação clandestina como meio de prova**. 2012. Disponível em: <https://moisesandrade.jusbrasil.com.br/artigos/121944095/constitucionalidade-do-uso-da-gravacao-clandestina-como-meio-de-prova>. Acesso em: 12 ago 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui Código Penal Brasileiro. Brasília (DF): Site do Planalto, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5°

da Constituição Federal. Brasília (DF): Site do Planalto, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 12 ago 2019.

BARRETTO JÚNIOR, Mário Flavio de Oliveira. **Interceptação Telefônica e os Limites de Sua Licitude**. TCC. Niterói (RJ): Universidade Federal Fluminense Faculdade de Direito, 2016.

BINDER, Gabriele Dalgallo. **Lei nº. 9.296/96:** Direitos Fundamentais e Procedimento. Monografia. **Escola da Magistratura do Estado do Paraná XXXIV Curso de Preparação à Magistratura Núcleo Curitiba**. Curitiba (PR): EMPR, 2016.

BROILO, Sabrina. **O Princípio Da Livre Convicção Motivada Do Juiz Na Análise Da Prova Pericial No Âmbito Penal**. Monografia. Centro Universitário Univates Curso De Direito: Lageado (RS) CUU, 2016.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARDOZO, Paulo Henrique. **As Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**. TCC. Universidade Federal de Santa Catarina Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito Curso de Graduação em Direito. Santa Catarina: UFSC, 2012.

CHAVES, Alessandra Chagas. **Lei de interceptação telefônica**. Internet: Site Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70581/lei-de-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 09 ago 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Como Se Faz Um Processo**. 1ª.ed. São Paulo:Edijur, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTRO, Leonardo. **Interceptação Telefônica: dicas rápidas que podem salvar uma questão em sua prova**. Internet: Site Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/207388192/interceptacao-telefonica-dicas-rapidas-que-podem-salvar-uma-questao-em-sua-prova>. Acesso em: 12 ago 2019.

DIAS, Fábio Coelho. **A prova pericial no Direito Processual Penal brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8452>. Acesso em ago. 2019.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita. Análise nos âmbitos constitucional e processual relativos à aceitação da prova ilícita no processo, assunto que não encontra consenso na doutrina**. 2004. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita. >. Acesso em: 09 ago 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado**. São Paulo: USP, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em ago. 2019.

FORTES, Gabriela Rodrigues Querido. **A Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro: A Influência dos Casos Paradigmáticos da Suprema Corte Norte-Americana no Direito Nacional**. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - CCJP Escola de Ciências Jurídicas – ECJ. Rio de Janeiro, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. – 3. ed. Rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GIUSTI, Gilberto; COSTA, Patrícia Barbi. **Interceptação e gravação de conversa telefônica como meio de prova**. Internet: Site Migalhas, 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1227,41046-Interceptacao+e+gravacao+de+conversa+telefonica+como+meio+de+prova>. Acesso em: 13 ago 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

HOFFMANN, Débora Daniely Zimmer. **Meios De Prova No Processo Penal E A Admissibilidade Da Interceptacão Ambiental**. Monografia, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Ijuí (RS): URNERGS, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACEDO, Cynthia de Sá Vasconcelos Mortimer. **A Interceptação Telefônica e Sua Admissibilidade Como Meio de Prova no Direito Processual Penal Brasileiro**. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI Centro De Ciências Sociais E Jurídicas - CEJURPS Curso De Direito, Itajaí (SC): UNIVALI, 2010.

MACHADO, Marcelo Costa Lage Azevedo. **A Admissibilidade Da Prova Ilícita No Processo Penal**. Monografia. Universidade Vale do Rio Doce Faculdade de Administração, Direito e Ciências Econômicas Curso de Direito, Governado Valadares (MG): UVRD, 2009.

MERTENS, Fábio Alceu. **O sigilo de dados no direito constitucional brasileiro**. Internet: Site Jus, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10748/o-sigilo-de-dados-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 09 ago 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Direito Penal: parte especial**: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Ivan José de; CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador. **Da Legalidade da Interceptação Telefônica como Meio de Prova**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 – 2010. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/ivan.pdf>. Acesso em: 09 ago 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Reflexão sobre a retórica do ilícito e do irregular no processo penal brasileiro**. Internet: Site Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-13/diario-classe-reflexao-retorica-ilicito-irregular-processo-penal-brasileiro#author>. Acesso em: 09 ago 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. revista, atual e ampla. São Paulo: Atlas, 2017.

PRATS, Thiago. **A elementar diferença jurídica entre a interceptação telefônica e a gravação clandestina**. Internet: Site Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259361,101048-A+elementar+diferenca+juridica+entre+a+interceptacao+telefonica+e+a. >. Acesso em: 09 ago 2019.

RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Internet: Site Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23414/teoria-geral-da-prova. >. Acesso em: 09 ago 2019.

SERGIO, Caroline Ribas. **A prova emprestada no Novo CPC**. Internet: Site Direito Net, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9499/A-prova-emprestada-no-Novo-CPC>. Acesso em: 09 ago 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SOUZA, Cássio Henrique de. **Vícios De Prova Na Quebra De Sigilo Telefônico: Afastamento Da Regra Da Exclusão Numa Abordagem *Pro Societate***. TCC. Universidade Federal de Santa Catarina Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito, Florianópolis (SC): UFSC, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TALAMINI, Eduardo. **A prova emprestada no processo civil ou penal**. Revista do Processo. São Paulo: RT, 1998.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TEIXEIRA, João Paulo Alves. **A Interceptação telefônica como meio de prova**. TCC, Faculdade Anhanguera, Curso em Direito. Jundiaí (SP): Anhanguera, 2018.

VICENTINI, Fernando Luiz. **As provas ilícitas no direito processual civil brasileiro**. Dissertação. Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP): PUC – SP, 2013.

NOTA:

---

[1] Profº. MSC pela UEA/AM, Trabalha no CIESA/AM e Analista no MPF/AM.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MANDADO DE SEGURANÇA NO DIREITO ELEITORAL: CABIMENTO, COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE

TIAGO MARQUES NOGUEIRA:
Acadêmico do Curso de Direito, 10° período – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)[*]

RESUMO: Este ensaio busca desmistificar o mandado de segurança no campo do direito eleitoral sobre sua área de utilização, competência para julgamento e legitimidade ativa e passiva do remédio constitucional. O trabalho analisa a história, legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema como forma de partida para entender a ação civil constitucional nesse campo. Destaca-se na pesquisa o método dedutivo, que faz uso de premissas gerais para chegar a uma hipótese concreta. O problema da pesquisa é: Qual o cabimento do Mandado de Segurança na seara eleitoral? Qual órgão é competente para julgá-lo nesse âmbito? Quem são os legitimados ativos para impetrá-lo e os passivos para serem impetrados no mandado de segurança em matéria eleitoral?

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança. Direito Eleitoral. Competência. Legitimidade. Cabimento.

ABSTRACT: This essay seeks to demystify or demand a field of electoral law over its area of use, competence for judgment, and active and passive legitimacy of the constitutional remedy. The paper analyzes the history, legislation, doctrine and jurisprudence on the subject as a starting point to understand the constitutional civil action in this field. It stands out in research or deductive method, which makes use of general premises to obtain a concrete hypothesis. The research problem is: What is the fitting of the Writ of Mandamus in the Electoral Area? Which body is competent to judge in this context? Who are the legitimate assets to drive it and the liabilities for non-compulsory impulses in electoral security?

KEYWORDS: Writ of Mandamus. Electoral law. Competence. Legitimacy. Fitting.

1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre o mandado de segurança na seara eleitoral é uma atividade desafiadora. Esse ensaio busca analisar o mandado de segurança e sua aplicação em uma área pouco estudada: Direito Eleitoral, esclarecendo pontos fundamentais como: cabimento, competência e os seus legitimados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O remédio constitucional do mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil que tem a finalidade de proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus e habeas data. É uma ação de proteção do cidadão com semelhança do writ americano e do juicio de amparo mexicano. Tem peculiaridades como as hipóteses de cabimento e não cabimento, os seus legitimados e a competência para julgamento.

O objetivo é desmistificar o mandado de segurança em matéria eleitoral pois seu uso é comum quando ligado ao processo civil, mas existe a aplicabilidade deste importante instrumento no Direito Eleitoral. O método de pesquisa é o dedutivo, ou seja, procede do geral para o particular, analisando as circunstâncias históricas, leis, doutrinas e jurisprudências para chegar a conclusões mais específicas. O problema é conjuntural: qual o cabimento, competência e legitimados do mandado de segurança eleitoral? A resposta serve para elucidar o conhecimento dessa ação, ainda desconhecida apesar de sua ampla divulgação na processualística civil.

O preâmbulo encerra-se com a apresentação da estrutura do artigo científico ora apresentado, que se desenvolve nas seguintes fases:

1 – História do mandado de segurança – abordando a parte histórica do instituto no mundo;

2 – Analisando a historicidade da ação no ordenamento jurídico brasileiro;

3 – Cabimento do mandado de segurança eleitoral – analisando em que questões é possível o seu manejo na matéria eleitoral;

4 – Competência do mandado de segurança – verificando quem é o órgão que julga o mandado de segurança eleitoral;

5 – Legitimidade do mandado de segurança eleitoral – identificando quem são os legitimados ativos e passivos da ação constitucional;

6 – Considerações finais.

Essa é a estrutura do presente trabalho com o fito de esclarecer a competência, cabimento e legitimidade do mandado de segurança eleitoral.

2. HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança deve ser estudado dentro de sua historicidade para termos uma noção de suas ideias ao longo da construção do direito no mundo e principalmente no Brasil. Não podemos negar que olhar para o passado é fundamental para a construção do futuro e entender esse instituto a partir desse enfoque, naturalmente nos colocará numa posição mais crítica para avaliarmos o mandado de segurança em matéria eleitoral.

Devemos antes de tudo traçar as características dos momentos históricos, as circunstâncias para poder compreender como de fato o instituto foi influenciado. Para desenharmos esse quadro, faz-se necessário uma regressão: A história do mandado de segurança está relacionada com a história da limitação do poder estatal. Os primeiros movimentos nesse sentido segundo Rocha (MANDADO DE SEGURANÇA: A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, 1987) foram encontrados nas sociedade romana e inglesa, através da autoridade romana e da Magna Carta de 1215 quando barões ingleses limitaram o poder de tributar do Rei da Inglaterra.

Segundo Temer (ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 1987) o Estado era absolutista, não havia a separação dos três poderes (Executivo, Legislativo e o Judiciário) todas essas funções eram do soberano. O Estado necessitaria ser freado para emergir o Estado Democrático de Direito, um Estado, nos dizeres de Masson (MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2016), que depende da limitação jurídica ao poder político e estabilidade dos direitos e garantias individuais. E o marco dessa passagem é a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos que colocavam em xeque o poder estabelecido e garantia ao povo mais participação e decisão. Essa nova concepção também deixou vestígios no Direito e essa é a baliza da criação de instrumentos jurídicos de defesa do cidadão perante o Estado.

A partir desses acontecimentos históricos temos uma série de criações legislativas semelhantes ao nosso mandado de segurança, trata-se do writ, uma medida geral de proteção contra atos privados e públicos nos Estados Unidos. A legislação mexicana também traz em seu bojo o juicio de amparo e não podemos deixar de citar o mandamus na Inglaterra que visa atos administrativos de demissão. (CAMPOS, André Luiz Nogueira Borges de. **O mandado de segurança em matéria eleitoral**.2008. fls. 15. Monografia – Escola Judiciária Eleitoral do Amazonas – EJE/AM, Manaus, 2008).

Portanto, a conexão do mandado de segurança com o Estado Democrático de Direito é evidente. O império da lei, a garantia das liberdades fundamentais e o controle de legalidade do Judiciário são facetas do remédio constitucional em análise e que refletem sua herança histórica como um instrumento de defesa das liberdades individuais perante excessos do Estado.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

O mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro como ensina Temer (2012, p. 187): "O mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e não há similar no direito estrangeiro."

Embora o mesmo tenha sofrido influência de institutos estrangeiros, nos dizeres de Gomes (2016, p. 229): "Historicamente, deriva do writ of habeas corpus, tendo também se inspirado no juicio de amparo mexicano."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A doutrina brasileira também faz uma distinção entre direito e garantia:

> "De um lado, há os direitos propriamente ditos, que são os dispositivos normativos que visam o reconhecimento jurídico de pretensões inerentes à dignidade de todo ser humano. De outro lado, temos as previsões normativas que asseguram a existência desses direitos propriamente ditos, sendo denominadas garantias fundamentais. (RAMOS, 2014, p. 56)"

A garantia do mandado de segurança no Brasil tem um histórico bem definido na visão de Aires Filho (MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL, 2002), quando divide a sua historiografia em três momentos: FASE DE PRÉ-TENSÃO, FASE DE TENSÃO E FASE DE ADOÇÃO.

A primeira fase (PRÉ-TENSÃO) é aquela em que se tem uma tentativa de limitar o poder do estado com a possibilidade de anular atos administrativos porém sem eficácia. A Lei n° 221/1984 é a referência dessa fase e objetiva o controle dos atos administrativos imperiais que mais tarde é expandida para abarcar atos da administração estadual e municipal.

A falta de efetividade gerou a busca por um novo meio jurídico que pudesse efetivar esses direitos em face do estado como as medidas possessórias e até mesmo o habeas corpus, quando do uso da teoria brasileira do habeas corpus que objetivava ampliar a abrangência desta ação para abarcar qualquer atividade lícita. (Barbi, Passos e Sidou, 1963, p. 11), essa é a segunda fase (FASE DA TENSÃO), onde as dificuldades técnicas se sobressaem.

Dessa celeuma, segundo Aires Filho (O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL, 2002) vem a busca para a criação de um mecanismo legítimo de defesa dos interesses individuais que desaguaram na lei n° 191/1936 que disciplinava a segurança com algumas exceções que enfim separaram-no do habeas corpus e inicia-se a última fase: a adoção, marcada pelas primeiras ideias do mandado de segurança até a sua consolidação.

Eis que surge o Estado Novo e a constituição de 1937 tira o mandado de segurança do plano constitucional, no entanto o decreto-lei n° 6/37 trazia previsão a ele e portanto ficou no ordenamento jurídico brasileiro, mas com uma função muito restrita e até mesmo sem eficácia, haja visto que a redação não permitia uma proteção do indivíduo, veja na seguinte lição de Barbi, Passos e Sidou:

> "Seguiu-se o denominado Estado Nôvo, cuja Carta Política não consagrou o remédio do mandado de segurança, reconhecido, todavia, pela Ditadura, no Decreto-lei n. 6, de 1937, embora com âmbito de aplicação assás estreito, o que

> tornou impraticável a inovação do writ." (Barbi, Passos e Sidou, 1963, p. 15).

Segundo os mesmos autores Barbi, Passos e Sidou (ESTUDOS SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA ,1963) criou-se o código de processo civil de 1939 que resgata o instituto no plano infraconstitucional e em seguida na Constituição de 1946 retoma o mandado de segurança a garantia constitucional.

O advento da Constituição de 1967 criou o regime militar no Brasil que trazia uma redação similar a CF/88, esta última com novidades em relação aos antigos institutos, conforme se depreende da obra de Lenza (DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO, p.1045).

A Carta Cidadã constitucionaliza novamente o patamar da figura do mandado de segurança preventivo para a defesa de ameaça de lesão a direito líquido e certo e não somente a figura do mandado de segurança repressivo. É uma novidade o mandado de segurança coletivo, conforme leciona Moraes (DIREITO CONSTITUCIONAL, 2017) para a defesa de direitos e garantias fundamentais. Foi evoluída também o entendimento do que é autoridade pública para abranger os que mesmo não sendo do serviço público estivesse na posição de órgão de pessoa jurídica de direito público. Essa inovação garante uma ampliação na proteção do cidadão e hoje o mandado de segurança é ao lado do habeas corpus os principais remédios constitucionais em voga no Brasil.

4. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA ELEITORAL

O mandado de segurança pode ter finalidade eleitoral, como reconhece Lenza ao dizer que "é uma ação de natureza civil, qualquer que seja a natureza a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc." (LENZA, 2012, p. 1044).

O cabimento do mandado de segurança eleitoral, nos dizeres de José da Cunha Nogueira:"(...)são precisamente aqueles que atacarem quaisquer atos contra as garantias dos eleitores, dos eleitos ou de candidatos a eleição, como tais." (NOGUEIRA, 1987, p. 24)

O campo de atuação do mandado de segurança eleitoral é definido pelo autor Dorval Aires Filho (2002 e p.48), vejamos:

> "Tipicamente, o mandado de segurança poderá ser usado, opondo-se a atos provenientes de dois grandes eixos: administrativos, relacionados com a atividade-meio (tribunais) e judiciais, relacionados com a atividade-fim (juízes, tribunais). Logo no primeiro, podem ser contestados via mandado de segurança, atos que proclamam impedimentos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> designam, retardam, omitem ou suspendem a nomeação de juízes zonais, promotores e funcionários a serviço; portarias que, inadvertidamente, desobedecem à ordem de antiguidade, ou que, sem qualquer observância normativa, reconduzem ou afastam escrivãs; medidas outras que negam ou concedem vantagens; matérias relativas a concursos públicos, enfim, demais posturas que se relacionam com o funcionamento da Justiça Eleitoral.
>
> No segundo grupo, a possibilidade do uso do instrumento decorre de atos que envolvam direitos políticos, ações específicas, investigações, impugnações, reclamações, consultas, problemas processuais decorrentes destas inciativas, entre eles, a legitimidade e a competência, além dos recursos cabíveis e até a sua existência, quanda não há, expecionalmente, previsão para que se defenda diante de uma decisão judicial, portanto, um grande eixo que abrange o direito de votar e ser votado nas disputas por cargos eletivos, seja qual for a esfera de poder ."

O campo de incidência do mandado de segurança eleitoral é a matéria com pertinência eleitoral que pode estar em um dos grupos abordados acima: eixo administrativo-judicial e os que concernem a direitos políticos mesmo que praticados por autoridades não eleitorais, mas que afetem as matérias acima descritas.

Importante abordarmos o mandado de segurança eleitoral e os atos judiciais pois ele não se presta a ser sucedâneo recursal. Ele só é cabível contra ato judicial teratológico. Nesses casos o mandado de segurança eleitoral vêm sendo defendido pela doutrina:

Veja ensinamento de Aires Filho (2002, p. 64): "(...)não raras vezes, havendo ato judicial teratológico, têm os tribunais conhecido e julgado mandados de segurança(...)".

No mesmo sentido Coelho (2012, p. 440): "O Mandado de Segurança em matéria eleitoral é cabível para questionar decisões administrativas, decisões judiciais irrecorríveis e decisões judiciais teratológicas, (...)".

Encontra eco também na doutrina de Velloso (ELEMENTOS DE DIREITO ELEITORAL, 2016) quando advoga que o ato judicial é passível de mandado de segurança no direito eleitoral, desde que evidenciada situação teratológica.

A jurisprudência respalda o entendimento doutrinário nitidamente ao exigir a evidência da teratologia.

> "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial recorrível, salvo situações de teratologia ou manifestamente ilegais."[†]
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL QUE NÃO CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ELEITORAL. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO POR WRIT. TERATOLOGIA E DANO IRREPARÁVEL NÃO EVIDENCIADOS. INDEFERIMENTO DA LIMINAR E DO PRÓPRIO MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO NÃO INFIRMADOS. AGRAVO DESPROVIDO. - A excepcionalidade para admissão do mandado de segurança contra atos judiciais, só existe diante de decisão teratológica, concomitante a dano irreparável manifestamente evidenciado. [...]- Agravo regimental desprovido. (AgR-MS 3723, Rel. Ministro MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, julgado em 05/05/2008, DJ - Diário da Justiça, Volume 1, Tomo I, Data 12/06/2008, Página 14, sem grifos no original).

O mandado de segurança tem hipóteses de não cabimento como ensina Meirelles (1999, p. 40):

> "A regra é o cabimento do mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, mas a lei o excepciona contra o que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; contra decisão ou despacho judicial para o que haja recurso processual eficaz, ou possa ser corrigido prontamente por via de correição (...)".

Essa regra também se aplica ao mesmo instituto no direito eleitoral como reconhece o jurista Coelho (2012, p. 440): "não sendo cabível contra ato passível de recurso ou correição."

Também não é cabível contra decisão judicial transitada em julgado, conforme súmula 268 do Supremo Tribunal Federal:

> "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado."[‡]

Devemos dar atenção especial para a hipótese de não cabimento contra lei em tese: "O mandado de segurança não pode ser armado contra normas abstratas eleitorais, leis ou resoluções incapazes de gerarem, por si sós, situações práticas. É o caso de se impetrar um mandamus, visando, por exemplo, inviabilizar a produção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

normativa, ou parte dela, em tese, ou seja, sem apontar seus efeitos reais." (AIRES FILHO, 2002, p. 50).

Não podemos deixar de analisar o cabimento do mandado de segurança coletivo em matéria eleitoral. Antes uma breve conceituação deste instituto a luz de Masson (MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2016) que afirmar ser o mesmo mandado de segurança individual porém com uma perspectiva coletiva que modifica seu objeto e legitimação ativa.

Na doutrina de Aires Filho, temos uma diretriz que encaminha a resposta do cabimento do mandado de segurança coletivo eleitoral, vejamos:

> "Não é preciso ir muito longe para identificar estes postulados. Basta observar o que preconiza a Constituição Federal em pelo menos duas passagens: nos seus princípios fundamentais e no capítulo destinado ao Partido Político. São as seguintes máximas: soberania nacional; cidadania; dignidade humana; regime democrático e pluripartidarismo político, além de os direitos relativos às agremiações partidárias, que vão desde sua criação, organização, recursos do fundo partidário, funcionamento e acesso gratuito ao rádio e a televisão." (AIRES FILHO, 2002, p. 86).

O cabimento do mandado de segurança eleitoral em relação ao momento processual conforme leciona Velloso (ELEMENTOS DE DIREITO ELEITORAL, 2016) não encontra limitação, sendo possível seu manejo em qualquer fase do processo eleitoral.

Portanto essas são as hipóteses de cabimento e não cabimento material e cabimento do momento processual do mandado de segurança eleitoral e é importante esclarecer agora quem é o competente para julgamento dessa ação constitucional no direito eleitoral.

5. COMPETÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA ELEITORAL

A competência é a "(...) de que o instituto seja a medida da jurisdição, ou ainda a quantidade de jurisdição delegada a um determinado órgão ou grupo de órgãos."(NEVES, 2017, p. 216). Importante lembrar que a jurisdição não tem fragmentação, sendo um poder uno porém não irrestrito, conforme lição de Santos (PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2004).

A competência do mandado de segurança eleitoral é obviamente os componentes da Justiça Eleitoral, porém não sendo a autoridade coatora do âmbito eleitoral, ainda sim permanece a sua competência: "Mesmo não sendo eleitoral a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autoridade coatora, competente para conhecer do pedido de mandado de segurança relativo a matéria eleitoral será essa justiça (...)" (NOGUEIRA, 1987, p. 24).

Segundo Costa (2000, p. 205), a Justiça Eleitoral é assim composta:

> "São órgãos da Justiça Eleitoral, consoante o art. 118 da CF/88:
>
> - o Tribunal Superior Eleitoral
> - os Tribunais Regionais Eleitorais
> - os Juízes eleitorais
> - as juntas eleitorais"

Analisemos cada uma e seguidamente elucidaremos a sua competência.

O Tribunal Superior Eleitoral tem sua competência fixada no Art. 22 do Código Eleitoral. Vejamos:

> "Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:
>
> I - Processar e julgar originariamente:
>
> (...)
>
> e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;"

No entanto, através da Resolução 132, de 1984 a expressão: "ou mandado de segurança" foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal[§]que não aplica esse artigo para atos eleitorais do Presidente da República, devido ao artigo Art. 102, I, "d", CF/88 porém tem aplicação normal para as outras autoridades ali previstas.

Os Tribunais Regionais Eleitorais tem a sua competência estabelecida no Art. 20 do Código Eleitoral e também existe menção expressa do julgamento do mandado de segurança:

> "Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais:
>
> I - processar e julgar originariamente:
>
> e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juizes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;".

A redação é clara: esse órgão julga o mandado de segurança eleitoral quando os juízes eleitorais o denegam ou concedem em grau recursal e quando autoridades respondem perante os Tribunais de Justiça.

Existe uma situação curiosa, descrita por Aires Filho (O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL, 2002) que é a competência para apreciar o mandado de segurança contra ato do presidente do TRE. Segundo a obra, cabe ao próprio órgão fazer esse julgamento, confirmada pela jurisprudência que garante não somente a hipótese de ato do presidente do TRE mas de membro do mesmo órgão:

> "Agravo regimental. Mandado de segurança. Ato de juiz de Tribunal Regional Eleitoral. Incompetência do Tribunal Superior Eleitoral. Desprovimento. 1. Consoante o art. 22, VI, da LC nº 35/78 e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não compete a esta Corte processar e julgar, originariamente, mandado de segurança impetrado contra ato de membro de Tribunal Regional Eleitoral. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, prejudicado o pedido de reconsideração."
>
> *(Ac. de 25.3.2014 no AgR-MS nº 85094, rel. Min. João Otávio de Noronha.)*"[**]
>
> (TSE – MS: 357836920086000000 MACAPÁ/AP 45142008, Relator: Min. Antônio Cezar Peluso, Data de Julamento: 11/03/2008, Data de Publicação: DJ – Diário de Justiça – 17/03/2008 – Página 2-3) Mandado de Segurança. Impetração contra ato de Presidente de TRE. Incompetência do TSE. Declinação de competência. Remessa dos autos. Precedentes. A competência para apreciar e julgar mandado de segurança voltado contra ato de Presidente de Tribunal Regional é do próprio tribunal.[††]

Os juízes eleitorais tem sua competência definida no Art. 35 do Código Eleitoral:

> "Art. 35. Compete aos juízes:

> III - decidir habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior."

Segundo Aires Filho (O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL, p. 36) "a competência dos juízes eleitorais em matéria de mandado de segurança é puramente residual, ou seja, não sendo matéria afeta ao TSE nem aos TREs é que lhes competem o processamento e decisão do remédio heroico."

As juntas eleitorais segundo Barretto (Direito Eleitoral, 2012) não possuem capacidade de julgamento pois são órgãos de natureza administrativa para facilitar a apuração eleitoral, por isso não julgam o remédio constitucional aqui discutido.

Por fim é importante observar que a competência do mandado de segurança eleitoral segue algumas regras de fixação bem explicadas nas palavras de José da Cunha Nogueira:

> "É uma competência ratione autoritatis, porque depende da qualificação da autoridade pelo critério acima; e racione numeris, isto é, em razão do cargo ou função da autoridade contra a qual se requer o mandado. Aquela regra sofre, porém, exceção nos casos de competência da Justiça Eleitoral, competência que é ratione materiae "em matéria eleitoral" (NOGUEIRA, 1987, p. 25).

Portanto a fixação da competência do mandado de segurança eleitoral é definida pela categoria da autoridade coatora e seu local e obviamente verificando a questão da pertinência eleitoral.

DA LEGITIMIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA ELEITORAL

A legitimidade é conceituada com maestria na doutrina pelo autor Câmara (2017, p. 43):

> "Legitimidade é a aptidão para ocupar, em um certo caso concreto, uma posição processual ativa. Exige-se tal requisito não só para demandar (aquilo que se costuma referir como "legitimidade para agir"), mas para praticar qualquer ato de exercício do direito de ação. Assim , exige-se legitimidade para demandar, para contestar, para requerer a produção de uma prova, para recorrer etc.".

A legitimidade do mandado de segurança eleitoral pode ser ativa (impetrante) e passiva (impetrado) e é abrangente, passando por pessoas físicas e jurídicas que podem ser de direito público conforme obra de Gagliano (NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL, 2017) são as conhecidas pessoas de direito público

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interno: União, Estados, Distrito Federal e Municípios e as de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público e privado segundo o mesmo autor são as conhecidas pessoas de direito privado: sociedades civis, religiosas, pias, morais, etc, sociedades mercantis, partidos políticos, etc., englobando autarquias e fundações e até entes despersonalizados. O legitimado ativo é o detentor do direito líquido e certo e o legitimado passivo é a autoridade coatora segundo Masson (MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2016).

Especificando a matéria eleitoral, temos valiosa lição de Velloso (ELEMENTOS DE DIREITO ELEITORAL ,2016) que afirma que o polo ativo do mandado de segurança eleitoral temos os candidatos, eleitores e os representantes dos partidos desde que se tenha direito líquido e certo lesado ou ameaçado por autoridade pública ou agente e o polo passivo na lide mandamental são os juízes eleitorais, os presidentes dos tribunais e os próprios tribunais.

Sobre o polo passivo é importante registrar a questão do ato de dirigente de partido político. Sendo estes últimos pessoas jurídicas de direito privado e o mandado de segurança remédio contra abusos de autoridades públicas, surgiu a dúvida sobre a possibilidade do mandado de segurança contra ato praticado por este.

No entanto a celeuma já foi resolvida, conforme ensinamento de Gomes (DIREITO ELEITORAL, 2015) pois a lei do mandado de segurança trouxe dispositivo que equiparou a autoridades públicas os representantes ou órgãos de partidos políticos.

Em direito eleitoral a matéria tem contornos específicos, são os casos dos órgãos políticos e do eleitor que em determinadas hipóteses não possuem legitimidade segundo Aires Filho (O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL, 2002).

A ilegitimidade dos partidos políticos e do eleitor em nível local perante o Tribunal Superior Eleitoral é fundamentada com base em um escalonamento, numa hierarquia entre Juízes Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral que forma uma espécie de pirâmide de exclusão conforme determinado pelo Tribunal Superior Eleitoral[‡‡].

A questão da representação judicial é afeta nesse tópico e para as pessoas jurídicas de direito privado, vale a lição preciosa do autor Daniel Amorim Neves: "A pessoa jurídica é representada por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores (Art. 75, VIII, do Novo CPC)" NEVES, 2017, p. 168).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo o mesmo autor Neves (Manual de Direito Processual Civil, 2017) as pessoas jurídicas de direito público são assim representadas: a Advocacia Geral da União representa a União, os procuradores são os representantes dos Estados e no caso dos municípios se não houver procuradoria, a representação cabe ao Prefeito. As autarquias e fundações públicas são representados por quem a lei do ente indicar.

Os entes despersonalizados são representados em várias figuras como massa falida, espólio, herança vacante e jacente, presidência das mesas legislativas, fundos financeiros e outras figuras jurídicas com tais caracteres.

A questão da legitimidade no mandado de segurança eleitoral passa por uma análise fundamental nos dizeres de Aires Filho (2002, p. 63): "Em matéria de legitimidade, o essencial é que se tenha uma ilegalidade ou um abuso, tolhendo direito líquido e certo. E que o ente, qualquer que seja, tenha prerrogativa ou direito próprio ou coletivo a defender."

O Mandado de Segurança Coletivo Eleitoral em relação a legitimidade segue aquelas pessoas descritas na CF/88 como ensina Moraes (DIREITO CONSTITUCIONAL, 2017) os partidos políticos com representação no congresso nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, em substituição processual que segundo Câmara (O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, 2017) substituição processual é o fenômeno onde um legitimado extraordinário (alguém que não sendo sujeito da relação jurídica tem legitimidade dada por lei) ocupa lugar do legitimado ordinário (são os sujeitos da relação jurídica).

Portanto, vemos que a legitimidade do mandado de segurança eleitoral é amplo para abarcar as várias situações possíveis de resguardar os direitos políticos e a lisura das eleições.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho criou as condições para a análise do mandado de segurança eleitoral nos seus aspectos processuais, delimitado em relação ao seu cabimento, competência e legitimidade. As peculiaridades são diversas como por exemplo a questão da pertinência eleitoral, a possibilidade de mandado de segurança excepcional contra ato judicial teratológico, os casos de competência, etc.

A relevância desse trabalho é desvendar o mandado de segurança na seara eleitoral nos institutos acima. Essa ação constitucional civil é muito conhecida no mundo jurídico do direito processual civil. A comunidade acadêmica não despertou para a utilização desse mecanismo para o direito eleitoral, por isso a elaboração do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

presente trabalho é de extrema utilidade para a própria classe jurídica como também para todos os envolvidos no processo eleitoral: eleitores, eleitos, instituições, Justiça Eleitoral, dentre outros.

O resultado deste artigo foi a entrega de hipóteses de incidência onde se aplica o remédio constitucional estudado que ocorre quando existe a lógica da violação de direito líquido e certo mas com um adicional: a matéria impugnada deve ser referente a matéria eleitoral. As hipóteses de não incidência também são analisadas como as legislações abstratas (lei em tese) e contra ato judicial ou administrativo passível de recurso ou correição. Em relação a legitimidade temos que no âmbito abordado ele deve abarcar o máximo de envolvidos para permitir uma completa participação dos atores do processo eleitoral, garantindo assim a lisura e a participação democrática no disputa pelo poder.

Diante disso, as questões abordadas na introdução foram totalmente supridas pois verdadeiramente foram respondidas com praticidade e eficiência. Em quais casos se utiliza o mandado de segurança eleitoral? Quem é o competente para julgá-los? Quem são os legitimados? Esses questionamentos foram satisfeitos a medida do desenvolvimento do trabalho de forma sistemática e buscando elucidar esse mecanismo na legislação eleitoral.

Conclui-se que é evidente que os estudos nessa área ainda são poucos mas que o esforço aqui engendrado possa servir de ânimo para que novas pesquisas possam ser realizadas e talvez serem estudadas sob o prisma do mandado de segurança como instrumento de democracia. Fundamental não só para os juristas e estudantes do conteúdo jurídico, mas sobretudo para a sociedade civil e suas diversas nuances, permitindo que o instrumento de defesa dos direitos individuais perante o Estado: o mandado de segurança, possa ser fortificado como um verdadeiro fortalecimento do maior espetáculo da democracia: as eleições.

7. REFERÊNCIA

Agrícola Barbi, Celso et al Calmon de Passos, J.J. e Othon Sidou, J.M. **Estudos sobre mandado de segurança**. Edição única. Rio de Janeiro: EDITORA, 1963.

Aires Filho, Durval. **O mandado de segurança em direito eleitoral**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Barretto, Rafael. **Direito Eleitoral – Coleção Saberes do Direito**. Edição n° 47. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo regimental. Mandado de Segurança. AgR-MS n° 85094. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança. MS n° 3718. Relator: Ministro Cezar Peluso.

Câmara, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Edição n° 3. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, André Luiz Nogueira Borges de. **O mandado de segurança em matéria eleitoral**. 2008. fls. 15. Monografia – Escola Judiciária Eleitoral do Amazonas – EJE/AM, Manaus, 2008).

Coêlho, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e processo eleitoral – Direito Penal Eleitoral e Direito Político**. Edição n° 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Costa, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade – direito processual eleitoral: comentários à lei eleitoral**. Edição n° 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria Geral do direito civil**. Edição n° 15. São Paulo: Saraiva, 1999.

Gagliano, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. Edição n° 19. São Paulo: Saraiva, 2017.

Gomes, José Jairo. **Direito eleitoral**. Edição n° 11. São Paulo: Atlas, 2015.

Gomes, José Jairo. **Recursos Eleitorais**. Edição n° 2. São Paulo: Atlas, 2016.

Lenza, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. Edição n° 16. São Paulo: Saraiva, 2014.

Masson, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. Edição n° 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

Meirelles, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. Edição n° 21. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. Edição n° 33. São Paulo: Atlas, 2017.

Neves, Daniel Amorim Assunpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. Edição n° 9. Salvador: JusPodivm, 2017.

Nogueira, José da Cunha. **Manual prático de direito eleitoral. Edição única**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Rocha, Jose de Moura. **Mandado de segurança: A defesa dos direitos individuais**. Edição n° 1. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

Ramos, Andre Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Temer, Michel. **Elementos de direito constitucional**. Edição n° 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Temer, Michel. **Elementos de direito constitucional**. Edição n° 24. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

Velloso, Carlos Mário da Silva; Agra, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. Edição n° 5. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS:

[*] Professor Mestre do curso de Direito – CIESA**Acadêmico do Curso de Direito, 10° período – CIESA (tiago.chequer@gmail.com)

[†] Informação extraída do site do Tribunal Superior Eleitoral, disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-22. Acesso em 29 de Agosto de 2019.

[‡] Informação extraída do site do Supremo Tribunal Federal, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acesso em 28 de Agosto de 2019.

[§] Trata-se de decisão no Mandado de Segurança 20.409 de 31 de agosto de 1983 e Recurso Extraordinário 163.727 de 07 de abril de 1994.

[**]Informação extraída do site do Tribunal Superior Eleitoral acessado em: http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/materia-processual/mandado-de-seguranca/competencia. Acesso em 2 de setembro de 2019.

[††]Informação extraída do site jusbrasil acessado em: https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/302059678/mandado-de-seguranca-ms-357836920086000000-macapa-ap-45142008/inteiro-teor-302059687?ref=serp. Acesso em 2 de setembro de 2019.

[‡‡] TSE. RMC, ac. 9.055, rel. Min. ALDIR PASSARINHO.

www.conteudojuridico.com.br

A LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LARA THAIS MARTINS DE CASTRO:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 19/09/2019

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo utilizou, de forma preeminente, a metodologia instituída pelo estudo descritivo-analítico, bem como o estudo hipotético-dedutivo. Foi elaborado por meio de consulta bibliográfica, pesquisa da legislação vigente, de artigos e sítios eletrônicos. Tal embasamento teórico contribuiu de forma singular para a construção de uma análise acercada legalidade do Acordo de não Persecução Penal concebida pela Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, no que tange à Constitucionalidade em detrimento ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. Permitiu a contextualização do instituto no movimento internacional de exasperação da justiça negociável, assim como se vislumbra como uma manifestação legítima de política criminal. Denota-se ainda que o Acordo de não Persecução Penal busca, de forma harmônica com o Papel Constitucional do Ministério Público, constituir um sistema de justiça criminal mais célere e pragmático.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Legalidade do acordo. Política Criminal.

ABSTRACT: This article used, preeminently, the methodology instituted by the descriptive-analytical study, as well as the hypothetical-deductive study. It was prepared through bibliographic consultation, research of current legislation, articles and electronic websites. Such theoretical basis contributed in a singular way to the construction of an analysis about the legality of the Non-Persecution Agreement conceived by Resolution n. 181/2017 of the National Council of the Public Prosecution Service, regarding Constitutionality to the detriment of the Brazilian Legal System. It allowed the institute in the international movement of exasperation of negotiable justice, as well as legitimate manifestation of criminal policy. It is also noted that the Non-Criminal Prosecution Agreement seeks, in harmony with the Constitutional Role of the Public Prosecution Service, to establish a faster and more pragmatic criminal justice system.

Keywords: Criminal non-pursuit agreement. Legality of the agreement. Criminal policy.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito e Características do Acordo de não Persecução Penal. 2. Da Constitucionalidade do Acordo de não Persecução Penal implementado pela Resolução n. 181/2017, do CNMP. 3. Dos métodos estrangeiros acerca da realização do Acordo Penal. 4. Da Constitucionalidade Formal da regulamentação do Acordo de não Persecução Penal. 5. Da Aplicação prática do Acordo de não Persecução Penal. 5.1. Caso concreto: ANPP feito pelo MPF/AM, o acusado Francisco de Oliveira Salgado e seu defensor. 6. Acordo de não Persecução Penal e os princípios da economia processual, celeridade e efetividade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Acordo de não Persecução Penal é um novo procedimento criminal de natureza extrajudicial, de modo a atingir um fim consensual para dar mais celeridade à esfera criminal, no que tange aos crimes de menor potencial ofensivo.

Esse novo instrumento jurídico foi regulamentado por meio da Resolução n. 181 de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em que possibilita ao Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal quando o crime for cominado pela pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Salienta-se que, o Ministério Público têm a autonomia de, conforme o caso, dar início ao acordo de não persecução penal, juntamente com o acusado e sua defesa, para solucionar o caso, transformando num procedimento mais célere, levando em consideração os fatores ligados ao crime cometido, no que diz respeito à tipificação e a pena do crime previsto no Código de Processo Penal para a sua devida aplicação.

Embora não esteja previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, essa forma de solucionar por meio de acordo entre as partes envolvidas pode ser considerada como uma forma justa e eficaz, haja vista todo o procedimento penal se tornar mais célere, levando em conta o equilíbrio processual no que diz respeito à razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

Em suma, se contextualiza no atual movimento funcionalista em que se insere o direito penal atual, permitindo vislumbrar no Acordo de não Persecução Penal uma manifestação legítima de um instituto de política criminal, em sintonia com o papel constitucional do Ministério Público, na forma de compor um sistema de justiça criminal mais célere e pragmático.

O Acordo de não Persecução Penal foi instituído recentemente, sendo considerado uma nova forma de política criminal, para instruir e dar celeridade na

justiça criminal, como uma questão que provoca questionamentos no que tange à constitucionalidade desse novo procedimento com relação ao Ordenamento Jurídico.

A pesquisa visa esclarecer, a princípio, a conceituação e a história do Acordo de não Persecução Penal, bem como explanar os requisitos e características de quais crimes podem ser passíveis desse acordo, a consequência à Justiça Pública ou ao Interesse público, e demais informações necessárias sobre o tema.

Ressalta-se que essa forma consensual de solucionar o caso, pode ou não trazer revolta à sociedade, tendo em vista existir um benefício para o acusado, haja vista como requisito para a celebração do acordo, a necessidade de reparação de danos, o que atende seus interesses imediatos.

Definição de situações e pressupostos capazes de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, mediante norma infralegal, equivale à legítima e salutar penetração das decisões de valor político-criminais no sistema do direito penal, a que se refere Claus Roxin, no livro de Política Criminal y sistema Del derecho penal.

O que se conclui no que tange à necessidade da elaboração de uma sistemática de acordo penal é tão amplamente acolhida que os autores ALEXANDRE DA ROSA e AURY LOPES JUNIOR, afirmam:

> "Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais." (MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JUNIOR, Aury. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP, p. 23)

Apesar da constatação de que a solução legislativa seria a ideal, é que se afigura plenamente justificada e adequada a iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público de prever expressamente a possibilidade do acordo de não persecução penal, conforme se depreende no Livro "Acordo de não Persecução Penal" de Rogério Sanches.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de não Persecução Penal é um novo instrumento de acordo criminal, de natureza infralegal, no qual dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, introduzindo a figura do acordo de não persecução penal no sistema brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Trata-se de uma adaptação passível de ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e que, uma vez cumprido todos os termos e requisitos, ensejará a promoção de arquivamento da investigação.

Ademais, conforme depreende-se do livro "Acordo de não Persecução Penal", de Rogério Sanches, pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor de crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (pleabargaining), em que o agente, admitindo culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como quantidade da pena, forma de cumprimento, perda de bens e reparação de danos.

Observa-se pela implementação do modelo de justiça consensual, que a resposta para o crime tem levado a novas ideias voltadas para uma solução meramente punitiva e mais reparadora.

Levando em consideração o contexto atual da justiça criminal, e a realidade nas Varas criminais, com recursos escassos e práticas ilícitas elevadas, bem como o grande acúmulo de processos que geram vastos prejuízos e atrasos no oferecimento de justiça às pessoas, é válido recorrer às soluções alternativas.

Nesse sentido, o autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral, sustenta que:

> "Referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime. Tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais são resolvidos por meio de acordo. (CABRAL, 2019, p. 40.)

Em contrapartida, leciona Emerson Garcia:

> "Na disciplina da Resolução CNMP n. 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive em relação ao quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às

> penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, as quais sequer redundam em privação da liberdade" (GARCIA, 2019, 51)

Assim, a solução viável para o acolhimento da referida Resolução é que haja um método que adote critérios que oportunizam o MP, para que exista a oportunidade no sentido de ceder o prosseguimento da ação penal, por meio de cumprimento dos requisitos impostos, tornando uma obrigação de natureza não privativa de liberdade, nos termos propostos pelo CNMP.

Ademais, o acordo de não persecução penal é uma manifestação genuína do funcionalismo penal, haja vista que há previsão em norma editada no que tange à denominação de espaço de conformação dado pelo legislador referente aos critérios possíveis de uma política criminal.

A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de:

> "Servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido, se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constituir, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização." (DIAS, 1999. P. 42).

Em suma, deve-se consignar que o Acordo de não Persecução Penal, ainda que possa causar muitas dúvidas e perplexidades para a sociedade, na visão de vários autores, representa um dos mais promissores caminhos para, pelo menos, diminuir os sérios problemas penais que vêm sendo enfrentado no Brasil.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL IMPLEMENTADO PELA RESOLUÇÃO N. 181/2017, DO CNMP.

É cediço que, atualmente o Poder Judiciário encontra-se superlotado devido a vários processos que tramitam na Justiça. A forma ideal para que desafogue essa demanda, seria a aprovação de uma lei pelo Congresso Nacional, de um sistema que operasse como um acordo para a não persecução penal, com seus devidos requisitos, haja vista que afastaria qualquer alegação de inconstitucionalidade na referida regulamentação.

Observa-se a impunidade e a falta de credibilidade do sistema penal, no qual acarreta indignação social, e que decorre de movimentos sociais, sendo altamente nocivo, e podendo trazer graves prejuízos culturais e morais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, ressalta-se os movimentos preocupantes de grupos de extermínio, milícias, e da própria população em querer fazer justiça com as próprias mãos, tornando cada vez mais forte na sociedade, ignorando por muitas vezes, os direitos humanos e fundamentais previstos na CRFB/88.

Nesse sentido, no que tange o movimento de resistência e rebelião contra o sistema normativo, vale destacar que se origina da ausência de reconhecimento, advinda da impunidade do sistema de justiça criminal, no qual ser compreendido com a seguinte explicação de HONNETH:

> "Os motivos de resistência social e da rebelião se formam no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas. Tais expectativas estão ligadas na psique às condições da formação da identidade pessoal, de modo que elas retém os padrões sociais de reconhecimento sob os quais um sujeito pode se saber respeitado em seu entorno sociocultural como um ser ao mesmo tempo autônomo e individualizado; se essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, isso desencadeia exatamente o tipo de experiência moral que se expressa no sentimento de desrespeito. Sentimento de lesão dessa espécie só podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo inteiro." (HONNETH, 2003, p. 258)

Tal contexto exige um desenvolvimento de um movimento eficaz de solução de institucional desses problemas, e apesar da constatação de que a solução legislativa seria a ideal, é que plenamente se justifica a iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público de prever de forma expressa a possibilidade do acordo de não persecução penal, por meio da Resolução n. 181/2017.

Nesse sentido, o item 5.1, da referida Resolução, recomenda que:

> "Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da Justiça Criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de

> cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriad."

Portanto, já que o Ministério Público é o titular da ação penal, o acordo de não persecução penal é uma forma viável de solução que foi implementada por meio da Resolução do CNMP, podendo abrir mão da ação penal, se forem cumpridos os requisitos determinados na Resolução.

Há de se reconhecer, ante o princípio da presunção da constitucionalidade, que a norma que regulamenta o ANPP é eficaz e aplicável, até que o STF se manifeste posteriormente analisando sua compatibilidade com CRFB/88.

3. DOS MÉTODOS ESTRANGEIROS ACERCA DA REALIZAÇÃO DO ACORDO PENAL

Existe, em outros países, a possibilidade de realização de um acordo, haja vista o excesso de carga de trabalho que dificulta a efetivação de uma Justiça Criminal célere, sendo como uma opção para a adoção de um sistema de acordos penais.

Nem sempre veio acompanhada de uma autorização legislativa, tal solução, em alguns países como na França, onde os equivalentes jurisdicionais na seara criminal surgiram da iniciativa de juízes e promotores de justiças, que tomaram por base a incapacidade da Justiça Penal em lidar com grandes cargas de trabalhos, relacionados a crimes de menor potencial ofensivo.

Dessarte, o surgimento de ação penal na França:

> "(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de "diversificação", e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral. (...) Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade."(ETXEBERRIA GURIDI, 2009, pp. 181-182)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, os acordos na França iniciaram-se sem autorização legislativa, o que levou quantidade desordenada desses negócios jurídicos. Em razão dessa prática é que surgiu um processo de institucionalização dos acordos penais na França, em que possibilitou promover uma reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal em seu sistema legal, mediante uma Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992, na qual fundamentou a aprovação da Lei n. 92-2, de 04 de janeiro de 1993.

Ressalta-se que o acordo francês mostra muita similaridade 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." (LANGER, 2010, p. 75)

Há, ainda a semelhança do previsto na Resolução n. 181/2017, 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.

A grande diferença entre o sistema de acordo francês e o sistema brasileiro, é que no Brasil, a Resolução destrincha claramente as hipóteses cabíveis para o acordo, evitando assim, as confusões desordenadas que podem violar o princípio da igualdade.

Por outro lado, retrata-se a experiência alemã, na qual ocorreu uma situação semelhante à francesa, em razão das práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade[1].

TURNER consigna sobre o fundamento da criação do acordo penal na Alemanha:

> "O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os

> réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência". (TURNER, 2009, P. 74)

Ademais, como explica SCHUNEMANN,

> "esses acordos informais funcionam de forma similar ao pleabargaining dos Estados Unidos; sem embargo, com uma diferença: na Alemanha não contém acordos formais, mas sim apenas um acordo baseado na confiança e, por outro lado, neles o acusado não se declara culpado (guiltyplea), mas apenas formaliza uma confissão que é valorada pelo Tribunal como meio de prova geral para a sua culpabilidade." (SCHUNEMANN, 2004, PP. 179-180)

Isto posto, há de se falar que foi bastante discutido sobre a legalidade desse acordo perante o tribunal semelhante ao nosso Superior Tribunal de Justiça, denominado Bundesgerichtshof (BGH), o qual reconheceu, no dia 28 de agosto de 1997, que "os acordos que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais."[2]

Em consequência, foi previsto pelo legislador alemão, de forma expressa, a possibilidade do acordo. Com isso, o Tribunal Constitucional Alemão consignou no dia 19 de março de 2013, que: "O legislador pretendeu fortalecer um procedimento comunicativo e aberto de negociação perante a Corte, mas não chegou a introduzir um novo modelo de processo consensual".

Conforme se pode observar, a Suprema Corte Alemã identificou a perspectiva de efetuar acordos penais, ainda que sem previsão em lei, haja vista que o legislador não chegou a criar um processo consensual.

Pelo fato de os acordos realizados anteriormente serem feitos informalmente e baseados apenas na confiança, a solução viável imposta pela Corte foi à necessidade da realização de um acordo público, transparente e formalizado.

Por fim, fazendo alusão á prática francesa, o sistema apresentado pela Resolução n. 181/2017, do CNMP, a resolução impõe uma negociação transparente, apresentando estar mais à frente em relação ao sistema alemão, haja vista ter surgido de um ato normativo autônomo do Conselho Nacional, devendo o acordo ser celebrado, de forma adequada, como de praxe.

4. DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com as experiências estrangeiras supracitadas, pode-se observar a constitucionalidade do Acordo de não persecução penal, de acordo com costumes e princípios do próprio País, os quais fundamentam e sintetizam esse equivalente jurisdicional, e que no Brasil foi regulamentado por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

No livro "Acordo de não Persecução Penal", são sintetizadas premissas, quais sejam: a) As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público ostentam caráter normativo primário, com atos de comando abstrato, que vinculam seus membros; b) o acordo de não persecução penal não é matéria de natureza processual; o acordo de não persecução penal não é matéria de natureza penal; d) o acordo de não persecução penal veicula matéria de política criminal a ser realizado pelo titular da ação penal, o Ministério Público.

Adiante, expõem-se as razões nas quais fundamentam cada uma das premissas acima assentadas.

A CRFB/88 estabelece em seu art. 130-A, 2, I, que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público "zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências."

Não obstante, o CNJ e CNMP, "no exercício de suas atribuições administrativas" ostentam o poder de "expedir atos regulamentares". Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão."[3]

Nesse teor, JUSTEN FILHO afirma:

> "Esse entendimento foi adotado pelo STF, ao julgar a ADC 12. O STF considerou válida a Res. 7 do CNJ, que impusera vedação ao nepotismo no Poder Judiciário. Essa decisão afastou a necessidade de lei para regulamentar a disciplina constitucional. O STF reputou que a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais.
>
> Sob esse prisma, a questão deixa de ser decidida segundo um critério formal (natureza do ato – legislativo ou administrativo – veiculador de normas) para ser avaliada em face de um critério material (conteúdo das normas constitucionais concretizadas). Assim, a figura do regulamento autônomo, adquire extrema relevância nas hipóteses de omissão legislativa referida a temas essenciais à Constituição." (JUSTEN FILHO, 2015, p. 218)

Assim, de acordo com as jurisprudências, o CNMP pode sim, expedir regulamentos autônomos, desde que estejam destinados a regulamentar de forma direta a aplicação de princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já assentou sobre esse poder regulamentar, que as Resoluções do CNJ, bem como as do CNMP, ostentam "caráter normativo primário".[4]

O acordo de não persecução penal, na verdade, visa aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF art. 37, caput); da proporcionalidade (CF, art. 5, LIV); da celeridade (CF, art. 5, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI E VII).

Neste diapasão, BARJA DE QUIROGA afirma que:

> O princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista da pena".[5](BARJA DE QUIROGA, 2014, p. 470)

Ademais, os autores ROXIN e SCHUNEMANN consignam que:

> "Com a substituição das teorias absolutas (retributivas) da pena, pelas teorias da prevenção geral e especial, que vinculam a aplicação da pena às necessidades socais a sua utilidade, o princípio da legalidade acabou perdendo parte de sua fundamentação teórica originária." (ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd, 2012, p. 77)

Além disso, BINDER sustenta que o princípio da oportunidade decorre, também, dos princípios da ultima ratio, da mímina intervenção, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio de respaldo.[6]

Em suma, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada mais fez do que emprestar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada.

5. DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estabelecidos os requisitos para o acordo de não persecução penal, instaurados por meio da Resolução n. 181/2017, do CNMP, na prática se observa de uma outra forma, a começar pelo Acordo e Inquérito Policial.

Como é cediça, a Resolução nº 181/2017, de forma evidente, só regulamenta as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público.

Portanto, será feito investigação por meio de Procedimento Investigatório Criminal – PIC, promovido pelo Ministério público.

Leva-se em consideração que grande parte das investigações penais realizadas no país, especialmente as de baixa e média gravidade, são feitas no bojo de um inquérito policial, afigura-se imprescindível a possibilidade da realização de acordos nessas hipóteses.

Inicialmente, uma vez chegando ao Ministério Público, o Inquérito Policial maduro para o oferecimento da denúncia, e que tenha por objeto a apuração de delito, em que seja possível a celebração do acordo (Art. 18), deverá o Promotor de Justiça comunicar-se com o investigado para propor o acordo.

Se existir interesse do investigado, deverá ser instaurado um PIC, no qual será realizado o acordo, sendo que o inquérito policial deverá ser apensado ao referido procedimento investigatório criminal, como forma de emprestar justa causa para o acordo e para eventual e futura ação penal.

Ademais, ressalta-se que a realização do acordo, por si só, já representa a realização de atos de investigação, uma vez que o suspeito deverá confessar os fatos e apresentar provas de corroboração e, os atos investigatórios do MP, devem ser feitos predominantemente no PIC.

Dessa maneira, com a instauração de Procedimento Investigatório Criminal, cumpre o Ministério Público a exigência de que o acordo somente pode ser feito no bojo dos PICs.

Além disso, com a instauração do PIC, o Ministério Público passa a ter um procedimento próprio para a fiscalização do cumprimento do acordo. Isso gera, também, um outro efeito colateral positivo, que é o aperfeiçoamento do banco de dados da Instituição e o desenvolvimento, mais adequado, de uma estatística criminal do Ministério Público.

Sobre o Acordo e audiência de custódia: O §5º do art. 18 da Resolução n. 181/2017 estabelece que "O acordo de não-persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia."

Tal dispositivo pretende tão somente possibilitar que o Membro do Ministério Público possa aproveitar a presença física do investigado e – em ato

separado da audiência de custódia, mas na mesma oportunidade – eventualmente propor e celebrar o acordo, economizando-se, assim, recursos públicos, além de dinamizar e agilizar, ainda mais, o procedimento consensual, evitando-se a realização de novos atos de comunicação.

De tal maneira, não deverá o acordo ser proposto no mesmo ato jurídico da audiência de custódia (mesmo porque, nesse ato específico, não se pode realizar perguntas sobre o mérito do caso penal, v.g., art.8º, VIII e §1º da Res. 213/15 do CNJ), mas deverá sim o Ministério Público aproveitar a presença física do acusado para propor uma solução consensual para o acusado.

5.1 CASO CONCRETO: ANPP FEITO PELO MPF/AM, O ACUSADO FRANCISCO DE OLIVEIRA SALGADO E SEU DEFENSOR

O objeto do Acordo de Não Persecução Penal realizado pelo Ministério Público Federal do Amazonas extrai-se do compromisso feito com o acusado e seu defensor público, visando o pagamento de prestação pecuniária, nos termos do art. 45, § 1º, do CP.

O presente acordo originou-se do IPL n. 348/2017-SR/DPF/AM, referente ao ilícito penal previsto no art. 171, § 3º c/c art. 14, II, ambos do Código Penal cuja autoria foi atribuída a Francisco de Oliveira Salgado.

Salienta-se que, ficou demonstrado que o acusado procedeu com a prática delitiva narrada, bem como confessou a prática dos ilícitos apurados no inquérito policial em epígrafe, conforme depreende-se de seu depoimento gravado em mídia audiovisual, e ainda, não possui antecedentes criminais.

Isto posto, preencheu todos os requisitos impostos pela Resolução n. 181/2017 para a formulação do acordo de não persecução penal, sendo feito o Acordo de não persecução Penal, com suas devidas cláusulas de direitos e obrigações para a posterior homologação judicial pelo Juízo ou pela Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal, se for o caso.

6. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL, CELERIDADE E EFETIVIDADE

A Resolução n. 181 do CNMP encontra-se em harmonia com os ditames da justiça restaurativa e com a evolução jurisprudencial da sociedade moderna brasileira, compatibilizando-se, ainda, com o movimento de descarcerização, das audiências de custódia – podendo ser aplicado inclusive nesse momento – e com os princípios da economia processual e celeridade.

O princípio da economia processual visa gerar soluções de uma forma mais eficaz, extraindo o máximo de rendimento do processo a fim de se evitar desperdícios na condução do processo. Dessa forma, o acordo de não persecução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

representa a aplicação máxima desse princípio, pois evita a burocratização do caso com a deflagração de um processo no qual não há necessidade.

Já o princípio da celeridade está relacionado com a tentativa de solução rápida do litígio. Nesse passo, o acordo de não persecução visa uma solução mais célere e eficaz para o conflito instaurado pela prática delitiva.

Nesse sentido, o instrumento imprimirá maior rapidez na solução de conflitos menos graves, evitando a superlotação dos presídios e permitindo, tanto no ao Poder Judiciário quanto ao Ministério Público, a canalização das forças no combate aos delinquentes contumazes e crimes mais graves, que geram consequências muitas vezes transcendentes à esfera individual, causando gravames a uma gama indeterminada de vítimas.

Em decorrência dos princípios da economia processual e celeridade, entendemos que, mesmo naqueles processos já deflagrados em data anterior à publicação da resolução em estudo, seria possível a aplicação do acordo de não persecução penal.

Se esse instrumento é uma garantia fundamental do acusado, não há razão lógica para impedir sua incidência nos casos já denunciados pelo Ministério Público.

Fazendo analogia, o STF se pronunciou no sentido de que, uma vez cabível a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, apesar de não ser direito subjetivo do réu, o Ministério Público tem o poder-dever de oferecê-la.

> HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE CLARAÇÃO. OMISSÃO QUANTO À NECESSIDADE OU NÃO DE CONTRADITÓRIO. A suspensão condicional do processo é um poder-dever do Ministério Público, e não um direito subjetivo do acusado, de modo que é desnecessário o contraditório nessa fase do processo. Embargos de Declaração rejeitados.
>
> HC 84935 ED. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, Dj 21-10-2005 PP-00041 EMENT VOL-02210-01 PP-00146

Por fim, esses princípios andam lado a lado com o Acordo de Não Persecução Penal, no sentindo de trazer mais celeridade e eficácia nos termos da CRFB/88, da Lei infraconstitucional e da Resolução n. 181/2017, a fim de realizar justiça com flexibilidade, razoabilidade e equilíbrio processual.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou o Acordo de não persecução penal, tema de fundamental importância para compreender o mecanismo de solução penal, por meio de Acordo regulamentada pela Resolução n. 181/2017.

A solução ideal seria que a regulamentação do acordo viesse pela via legislativa, o que evitaria alegações de inconstitucionalidade formal do instituto. Porém até agora não ocorreu, e, como visto, essa demora do legislador também ocorreu em países desenvolvidos como Alemanha e França.

Por outro lado, a grande vantagem da regulamentação por resolução é a possibilidade do imediato alívio do sistema penal, além de representar um importante balão de ensaio para eventual futura regulamentação, assim como uma preciosa avaliação do que funcionou adequadamente e o que funcionou.

Apesar de tudo isso, como já exposto no presente trabalho, defende-se aqui a clara possibilidade de regulamentação do acordo de não persecução pela via da resolução do CNMP, já que, além dela ser dotada de força de regulamento autônomo, a matéria que veicula não é de processo penal, nem de Direito penal, mas sim de política criminal do titular da ação penal.

Com essas razões, espera-se que o Supremo Tribunal Federal assente a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, permitindo, assim, a imediato alívio do sistema penal, reservando ao poder Judiciário o julgamento de forma célere e adequada dos casos mais graves e importantes para o país.

8. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. I, 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Uma realidad em los ordenamientos jurídicos. Valencia Tirant lo Blanch, 2009;

LANGER, Máximo. Carolina Academic Press, 2010;

TURNER, Jenia. Plea bargain across the borders. New York: Aspen Publisher, 2009;

BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, Acordo de não persecução Penal. Ed Juspodivm, 2018.

Coletânea de artigos, MPF, Vol. 06, Temas Processuais, Prova e Persecução Patrimonial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd.Strafverfahrensrecht. 27ª Ed. Munchen: Beck, 2012.

BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional;

http//www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularização-logica-colaboracao-remiada-cnmp;

https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp

NOTAS:

---

[2] BGH 4 StR 240;97 – Urteilvom 28. August 1997 (LG Dortmund). Corpo do voto. Tradução minha.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MS 27621, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Relator(a) p; Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07.12.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADC 12 MC, Relator(a): Min, CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427.

[5] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de DerechoProcesal Penal, vol I, 6 ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 470.

[6] BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, PP. 159-181.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DEPOIMENTO SEM DANO: OITIVA DE CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

EULÁLIA MARIA DA SILVA COSTA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA – MANAUS/AM– Brasil.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS[1]

(Orientadora)

RESUMO: O artigo apresenta uma revisão da literatura que aborda o tema do atendimento de crianças vítimas de abuso sexual no âmbito do Judiciário. São discutidas as diversas metodologias de escuta da criança, realizadas por profissionais da área da saúde e pelos operadores do Direito. As exigências e os ritos do Sistema Judiciário, assim como as necessidades e demandas das crianças que sofreram abuso sexual também são discutidas, com base na literatura nacional e internacional disponível. Foram abordadas a complexidade e a peculiaridade desse atendimento, a importância e a necessidade de um trabalho interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Maus-tratos sexuais infantis. Poder Judiciário. Pesquisa interdisciplinar.

ABSTRACT: The article presents a literature revision about the children victims of sexual abuse in the Judiciary scope. Several methodologies of listening children are argued,accomplished by professionals of the health area and by the judiciary operators. The demands andthe legal system rites, as well as the needs and children's demands who suffered sexual abuse arealso argued, with base in the national and international available literature. The complexity and thepeculiarity of this assistance, and the importance and need of an interdisciplinar work were boarded.

KEYWORDS: Child abuse, sexual. Judicial Power. Interdisciplinary research.

---

1. INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre o método Depoimento Especial, como uma forma especial de oitiva de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual. O estudo promove o debate jurídico sobre a aplicabilidade do Depoimento Especial como forma de escuta, de modo a robustecer a prova em processos criminais em que se apura crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Este estudo sobre o depoimento especial visa demonstrar que é também uma forma de proteção da criança e do adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Processo Penal, instrumento estatal utilizado a fim da materialização do Direito Penal, pode ser compreendido como um conjunto de atos processuais que se formalizam e, por meio de provas, ordenadamente, concretizam eventuais indícios de autoria e materialidade de eventual conduta que venha a se amoldar a um tipo penal. Dentre as técnicas utilizadas como meio de prova, o instituto do Depoimento Sem Dano tem ganhado grande enfoque no âmbito jurídico, de modo geral, tornando-se constante objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial e, recentemente, regulamentado por meio da Lei nº 11.344/2017. O Depoimento Sem Dano é utilizado como instrumento a fim de resguardar os direitos de crianças vítimas de eventos traumáticos, isto é, a ré-vitimização.

O depoimento especial (nomeado anteriormente "depoimento sem dano"), consiste na aplicação de uma metodologia diferenciada de escuta de crianças e adolescentes na Justiça, em um ambiente reservado e que seja mais adequado ao universo infantil. Na prática, servidores da Justiça são capacitados para conversar com crianças em um ambiente lúdico, procurando ganhar a sua confiança e não interromper a sua narrativa, permitindo o chamado relato livre.

A conversa é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como procuradores e advogados da defesa, por exemplo. A criança tem ciência de que está sendo gravada, informação que é transmitida de acordo com a sua capacidade de compreensão.

O juiz transmite por ponto eletrônico ou telefone as perguntas para o técnico que está com a criança, que as transforma em uma linguagem acessível. A técnica evita que perguntas impertinentes e que causem sofrimento, já que o magistrado tem a possibilidade de "filtrar" o que será perguntado e indeferir questões que não considerar pertinentes.

O objetivo básico é evitar que a criança/adolescente vítima ou testemunha de violência (em suas mais diversas formas) seja usada como mero objeto de produção de prova" e obrigada a prestar depoimento em audiência, sobretudo em seu formato "tradicional", razão pela qual são apresentadas formas alternativas de produção de prova, a serem consideradas em cada caso, procurando sempre encontrar a solução que cause menor constrangimento ao depoente.

Dessa forma, necessário se faz a criação de mecanismos que preservem a produção da prova testemunhal e busquem minorar os agravos sofridos por quem foi vítima ou testemunha de crime violento. E, em se tratando de criança e adolescente, que se encontram em condição peculiar de desenvolvimento, o cuidado deve ser redobrado.

2. DEFINIÇÃO E ORIGEM DA TÉCNICA DO DEPOIMENTO SEM DANO

A técnica do depoimento sem dano consiste na colheita de depoimentos de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de crimes contra a dignidade sexual, podendo ainda ser utilizado em outras questões cuja relevância envolvam a classe infanto-juvenil.

O método nasceu em razão das dificuldades encontradas pelos operadores do direito em procederem à oitiva de Crianças e Adolescentes enquanto vítimas, bem como, testemunhas em processos judiciais, sem os submeterem ao processo da ré-vitimização, especialmente diante da vulnerabilidade e suas condições peculiares, já que se tratam de pessoas em desenvolvimento físico e psíquico, necessitando assim, de maior zelo e proteção.

Acerca da dificuldade encontrada por ocasião da inquirição das Crianças e Adolescentes, assevera Ana Paula Carlota Miranda, juíza da Vara Especializada da Infância e Juventude de Cuiabá (QUEIROZ, 2013):

> "Temos uma dificuldade muito grande quando nos deparamos com ações penais desta natureza. E quando a vítima é uma criança, esta dificuldade se acentua, pois temos que ouvi-la. As técnicas especiais evitam que uma nova agressão seja cometida contra a criança."

Assim, com o intuito de atender e dar a necessária efetividade aos direitos despontados na doutrina e no princípio do melhor interesse da Criança e Adolescente, nasceu esta nova técnica denominada Depoimento Sem Dano.

Muito embora existente a condição de vulnerabilidade dos indivíduos envolvidos, o princípio da proteção integral assegura aos indivíduos o direito de serem ouvidos e se manifestarem em processos que os envolva e que seus depoimentos sejam considerados e relevantes.

Dispõe o artigo 12 da Convenção Internacional dos direitos da Criança e do Adolescente (BRASIL,1990):

> I. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
>
> II. Com tal propósito, se proporcionará à criança , em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma , quer diretamente quer por intermédio de um representante ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Desta forma, denota-se que a técnica do depoimento sem dano está implicamente prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente(BRASIL,1990), já que se percebe essa informação especialmente no trecho que menciona: "ser assegurada a criança e adolescente sua oitiva, quer diretamente quer por intermédio de representante ou órgão apropriado".

Ademais, diante das dificuldades encontradas pelos operadores do direito em realizar a colheita de depoimentos de crianças e adolescentes, nasceu a ideia de se buscar alternativas, para a realização da a colheita do depoimento dos infantes, que observassem, especialmente, a sua condição de pessoa em desenvolvimento, eis que possuem necessidades específicas, não devendo assim, serem submetidas à mesma sistemática existente no sistema processual penal.

A respeito da necessidade da oitiva das Crianças e Adolescente, leciona o Doutrinador José Antônio Dalton e Cezar(2010,p.71):

> ... é um direito da criança ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, e não mera prerrogativa da autoridade judiciária(...),se propõe atualizar o ordenamento jurídico nacional, que em momento algum, até esta data, cuidou de contextualizar as determinações contidas no artigo 227 da Constituição Federal.

Assim, conclui-se que a técnica do depoimento sem dano se refere a um método de colheita de depoimento de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual, e que possui como principal escopo a busca a redução dos danos causados aos infantes por ocasião da colheita de seus depoimentos, obstando assim a ré-vitimização.

2.1 ORIGENS NO BRASIL

A técnica do depoimento sem dano nasceu em 2003, no Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca de Porto Alegre por iniciativa do, à época, Juiz de |Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude, Doutor José Antônio Dalton é Cezar. A ideia do método teve origem em razão das inúmeras e variáveis dificuldades com que se deparava por ocasião das inquirições de crianças e adolescentes, sendo motivado a buscar alternativas distintas para o deslinde da colheita dos depoimentos.

> Cezar (2007, p.60) relatou que enquanto juiz criminal se deparou com dificuldades tamanhas por ocasião das "inquirições em juízo" de crianças e adolescentes vítimas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> abuso sexual, especialmente em razão de que muitas das "informações prestadas na fase policial não se confirmavam em juízo", sendo que ao final as "ações terminavam, na sua maior parte, sendo julgadas improcedentes, com base na insuficiência de provas".

A priori, a técnica do depoimento sem dano se referia apenas a uma experiência individual do magistrado, ainda sem amparo pelos tribunais. A primeira audiência por realizada pelo magistrado gerou custo inicial de aproximadamente quatro mil reais, cujo valor foi suportado em iguais partes entre os envolvidos no processo, sendo eles autor, Promotor de Justiça, e ainda, recursos oriundos da Vara da Direção do Fórum.

Com o investimento realizado, a Comarca passou a contar com um ambiente adequado para a realização da audiência do depoimento sem dano, ambiente este devidamente equipado com câmera de segurança, computador, microfones, placa de captura de imagem e som, bem como suas respectivas instalações. Desta forma, apenas a Comarca de Porto Alegre no Rio Grande do Sul era detentora do ambiente propício para a realização de tal audiência, sendo que em vista do sucesso dos atos realizados pelo juízo da Vara da Infância e Juventude , houve a disponibilização do ambiente nos períodos matutino para que os demais Magistrados da Comarca de Porto Alegre, bem assim, a Comarcas do interior para que fizessem uso para a realização da audiência.

Diante de todas as benesses, originadas por meio da utilização da técnica do depoimento sem dano na desenvoltura dos depoimentos dos infantes e para a instrução processual, a técnica foi recepcionada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, no ano de 2004, aderiu caráter institucional, ocasião em que o citado Tribunal disponibilizou verbas para aquisição de equipamentos adequados , proporcionando assim uma melhoria na estrutura para a utilização da técnica.

2.2 DIREITO COMPARADO

Em que pese o depoimento sem dano ter surgido no Brasil apenas no ano de 2003, esta técnica já tem sido utilizada há muito tempo por outros países, tais como: Argentina, França e Países Sul Africanos.

Na Argentina, o depoimento especial tem sido utilizado desde o ano de 2004, por ocasião da promulgação das modificações do Código Processo Penal Argentino, o qual estabeleceu, expressamente, que em processos judiciais envolvendo maus tratos e menores de 16 anos de idade, seriam entrevistados por psicólogos especializado em criança e adolescente, não podendo em hipótese

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguma o menor de 16 anos ser ouvido de forma direta pelo juiz, Ministério Público ou partes.

A modificação adveio da Lei Federal nº. 25.852/03, promulgada pelo Congresso Nacional Argentino em 04.12.2003 e sancionada em 06 de janeiro de 2004, a qual incorporou o Artigo 250 bis ao Código de Processo Penal e regulamentou esta espécie de colheita de depoimento. Diferentemente de outros países o modelo argentino não é preferencial ou facultativo, mas sim obrigatório nos casos em que quando a vítima não tenha completo dezesseis anos de idade.

Assim, denota-se que, o novo método de inquirição de crianças e adolescentes argentino, surgiu visando a proteção e a garantia dos direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, para o fim de os possibilitarem uma escuta digna e adequada a sua condição de pessoas em desenvolvimento.

> Na França, diferentemente do que ocorre na Argentina, o depoimento sem dano não possui natureza obrigatória, mas sim preferencial. Assim que se tem conhecimento de que uma criança foi vítima ou testemunha de um crime, esta é ouvida pela polícia de menores – brigade des mineurs, que é uma polícia especializada responsável por investigar todos os crimes que digam respeito à proteção à infância e adolescência. (FÁVERO, 2008, p. 01-40).

O caráter preferencial destacado se dá em razão de que a de 17 de junho de 1998 estabelece que a gravação audiovisual da audiência de um menor, vítima por ocasião de sua inquirição é obrigatória. Não obstante, com o acordo do menor e de seu representante legal, sendo que, a não opção pela gravação do depoimento deve se dar de forma fundamentada. Em sendo realizada a gravação com a presença de médicos e psicólogos e conduzida pela polícia especializada, é remetida uma cópia ao Ministério Público e ao Juiz, sendo que, durante a instrução processual a gravação pode ser analisada pelas partes e perito na presença da autoridade judiciária.

Por último e não menos importante, faz-se necessário tecer breves comentários de como esse método foi recepcionado pela África do Sul e a forma com que naquele país é desenvolvido. Em 1991, houve a incorporação no ordenamento jurídico daquele país do Decreto 135 de Emenda à Lei Criminal, o qual prevê a designação de uma pessoa que atue como intermediário visando à proteção das crianças e adolescentes vítimas de crimes de abuso sexual e que necessitem serem inquiridas judicialmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme já observado a legislação sul-africana se refere à pessoa de intermediário, nada estabelecendo a qual área de atuação esse agente intermediário faz parte, todavia, segundo Rika Swnzen (SWNZEN, 2006), assistente social, expos em seu artigo "Serviço de intermediação para crianças – testemunhas que depõem em tribunais criminais na África do Sul", que muito embora não haja previsto em lei de qual área deverá ser o profissional intermediador, na maioria dos casos, este encargo é dado a assistentes sociais, que passam a ter papel de tradutor ou intérprete dos questionamentos, feitos pelo juiz e demais operadores do direito presentes em audiência, repassando-os à criança ou ao adolescente inquirido de forma tênue, evitando-se agressões psíquicas ou intimações.

Em síntese, a experiência do método em todos os países que o aderem tem sido aperfeiçoado no sentido de que os profissionais que atuam como intermediários, submetam-se a cursos de capacitação e, especialmente, no sentido de que haja serviços imediatos e integrados de apoio aos envolvidos antes e após a sua inquirição judicial. Parte superior do formulário Parte inferior do formulário Parte superior do formulário

3. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – passou a integrar o ordenamento jurídico no ano de 1999, em substituição ao antigo Código de Menores, Lei nº 6.697/79, que considerava criança e adolescente apenas como objetos de direito, ainda, dando incidência apenas ao menor em situação irregular. Desta forma, o ECA veio regulamentar e enfatizar os direitos inerentes à classe infanto-juvenil, bem assim, à garantia da proteção integral.

Com o advento do Estatuto, as crianças e os adolescentes passaram a serem considerados cidadãos possuidores de direitos e deveres, direitos esses, que necessitam ser observados e resguardados por toda sociedade. No mais, trouxe consigo uma divisão conceitual de grande relevância entre Criança e Adolescente.

Conforme preceitua o artigo 2º do Estatuto (BRASIL, 1990), considera-se Criança toda pessoa que não tenha completado 12 (doze) anos de idade, ou seja, qualquer pessoa com até 12 (doze) anos incompletos. Noutro giro, considera-se Adolescente aquele que possui 12 (doze) anos de idade completos até 18 (dezoito) anos incompletos, visto que, alcançado os 18 anos de idade o indivíduo deixa do status de "menor" alcançando assim a maioridade civil, conforme prevê o artigo 5º do Código Civil.

Ubaldino Calvento Solari (2010, p. 21) comentando o artigo 2º do ECA diz que:

> "A distinção entre "criança" e "adolescente", como etapas distintas da vida humana, tem importância no estatuto. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> geral, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, o que pode ser percebido principalmente no decorrer do Livro I. O tratamento de suas situações difere, como é lógico, quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenção pela lei penal."

Como já dito, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do adolescente, passaram a se tornar sujeitos de direito e não mais "meros" objetos de direitos da intervenção estatal. Desta forma, como pessoas, passaram a possuir os mesmos direitos atribuídos aos adultos, além de outros que são próprios, aqueles previstos no artigo 3º do Estatuto (BRASIL, 1990):

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Observa-se assim, que a Criança e Adolescente são prioridades absolutas, motivo pelo qual necessário faz-se os em assegurar plenas condições para o desenvolvimento integral, levando em conta sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como, dar efetivação ao princípio da proteção integral previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

> 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.

Desta forma, por serem pessoas em desenvolvimento, fica evidenciado que a proteção dos infantes é dever de todos, especialmente do Estado e da sociedade.

3.1 PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO E REVITIMIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Entende-se por vitimização o processo pelo qual o indivíduo sofre direta ou indiretamente as implicações negativas de um fato que acarretam traumas, em especial do crime, ou eventos dele decorrentes. As consequências advindas do processo de vitimização podem ser tanto físicas como psíquicas, e suas sequelas são duradouras e na maioria das vezes de difícil elucidação.

No caso dos crimes contra a dignidade sexual, a vitimização ocorre quando o infante tem sua dignidade sexual violada, ou seja, no momento em que há a desenvoltura do agressor para a tomada de atividades de cunho sexual cuja compreensão não é tida pela criança, visto que, não possui desenvolvimento ou capacidade para consentir.

Acerca da ausência do consentimento do infante, leciona Veleda Dobke (2001, p. 27): "o abusador aproveita-se da superioridade sobre a criança ou o adolescente, buscando sua satisfação sexual em detrimento dos danos físico-psíquicos causados ao abusado."

As atividades que visam a satisfação do agressor podem ocorrer de forma direta ou indireta, e incluem a estimulação sexual, ou seja, quando o agressor possui contato direto com a genitália do infante, ou ainda, induz o menor a tocar seus órgãos sexuais ou praticar qualquer ato libidinoso, ou ainda, lesões penetrantes, que se referem à penetração do pênis na vagina da criança, boca ou ânus. Ainda, existem as lesões tidas como não-penetrantes, que configuram os beijos de natureza sexual.

A ocorrência do processo de vitimização se dá em três etapas distintas, sendo a vitimização primária, vitimização secundária e a vitimização terciaria.

3.2 VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA, SECUNDÁRIA E TERCIÁRIA

A vitimização primária trata-se da etapa inicial a qual acarreta os mais variáveis danos, que além de atingir o físico e psicológico da criança, atingem ainda a sua personalidade, visto que, se trata de pessoa em desenvolvimento.

Ela advém do próprio crime, assim, se perpetrando quando o agressor diante da posição de superioridade para com o infante causa a violação e lesões a sua dignidade sexual.

Luciana Potter Bitencourt (2010, p. 17-55) aduz que:

"[...] entende-se que as consequências produzidas pela vitimização primária, normalmente, têm efeitos danosos para o bem-estar físico e psicológico da vítima."

A vitimização secundária, conhecida como revitimização é ocasionada pelos processos posteriores e consequenciais do evento criminoso, ou seja, após a violação da dignidade sexual do infante, já que em decorrência do crime terá sua imagem exposta, já que necessário será o relato dos fatos e traumas que por ele foram vivenciados.

Após a ocorrência do suposto crime, quando este devidamente denunciado as autoridades competentes, sejam elas, policiais ou judiciais, a criança passará a relembrar os fatos vivenciados por diversas vezes e em diversos locais, ainda, deverá

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enfrentar questionamentos e respostas formais e diretas na busca da verdade real dos fatos para elucidação do crime e condenação do agressor, questionamentos estes que por vezes fazem com que a vítima se sinta culpada diante da situação.

Vislumbra-se que a violência secundária, mais conhecida como ré-vitimização, dá-se por meio da interferência dos próprios operadores do direito, que diante da busca da verdade real dos fatos acabam por usar os infantes vitimizados como objeto meio, ou seja, como meios probatórios para o objeto fim, a condenação do agressor.

Infelizmente, a vitimização secundária ocorre devido o formalismo e frieza que se faz presente no procedimento vigente no ordenamento jurídico, visto que, no processo penal a vítima é em regra esquecida, abandonada, relegada a segundo plano, gerando assim os sentimentos de vergonha, medo, humilhação e aflição por ocasião da colheita dos relatos, violando em muitas vezes seus direitos fundamentais já que restando inobservados as condições peculiares de pessoas em desenvolvimento.

A respeito, Leciona Márcia Magareth Santo Bispo (2011):

> A vitimização secundária do ofendido acontece, sobretudo, porque, uma vez cometido o crime, os profissionais que atuam nas instâncias formais de controle social concentram todas as atenções na pessoa do criminoso, esquecendo-se das necessidades e expectativas das vítimas. O interesse é a repressão do crime, o esclarecimento de sua autoria, bem como o desfecho do processo. A vítima, neste contexto, é abandonada, relegada a segundo plano, encarada, apenas, como mero repositório de informações, sendo logo dispensada.

Reviver e relatar os traumas vivenciados pelas vítimas é tarefa árdua e dolorosa, se tornando ainda mais desconfortável quando o relato é procedido e acompanhado por profissionais dos quais não detém conhecimento técnico para lidar com o universo infanto-juvenil, sendo de extrema importância que os operadores do direito contem com auxílio de profissionais dotados de conhecimento técnico para lidar com as situações desta natureza, como por exemplo psicólogos e assistentes sociais.

A vitimização terciária dá-se pela discriminação da vítima pelo meio social em que vive, ou seja, no seio familiar, pelos amigos, colegas de escola, colegas de trabalho, igreja, vizinhança entre outros, visto que, com a exposição do crime os olhares direcionados a vítima passam a ser insensíveis e acusatórios, gerando comentários maldosos e impertinentes, bem como, a realização de brincadeiras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

infelizes, ocasionando ao vitimizado os sentimentos de humilhação, vergonha e constrangimento.

Diante do constrangimento ocasionado, o vitimizado busca seu isolamento perante a sociedade, especialmente em razão de que muitas vezes as pessoas das quais acreditava encontrar respaldo, carinho e aconchego, tiveram comportamentos adversos, acarretando assim vitimização terciária ao vitimizado.

Por fim, importante faz-se obtemperar que tanto a vitimização secundária, como a terciária acontecem frequentemente causando o distanciamento da vítima para com a justiça, haja vista que ela deixa de acreditar que seu dano será reparado e também por estarem desacreditadas a ingressarem no meio jurídico para pleitear seus direitos.

4. DINÂMICA DO DEPOIMENTO SEM DANO

Conforme já delineado, o depoimento sem dano se refere a um método de colheita de depoimento de Crianças e Adolescentes vítimas do crime contra a dignidade sexual e visa precipuamente a redução do dano durante a produção das provas, bem como, minimizar os efeitos traumáticos advindos dela. Para tanto, conta com a efetiva participação da equipe interprofissional, composta pelos profissionais da área da psicologia e assistência social, no qual, assumem o papel de técnico facilitar/interprete ou ainda, intermediários entre juiz, promotor, advogados e a vítima.

Nesse sentido enaltece o Doutrinador Jorge Trindade (2009, p. 182-183):

> Para os profissionais do direito que têm a missão de julgar, pode ficar a dúvida se os sinais percebidos – as provas – são mesmo indicadores suficientes do abuso. A questão, de fato, é muito complexa e, como já referido, envolve segredos e violações. Na produção da prova, que dificilmente é material, torna-se claro que o recurso ao uso da avaliação psicológica é fundamental, pois ela viabiliza um conhecimento mais abrangente da violência e suas repercussões na criança. Os psicólogos têm um conhecimento específico que possibilita encaminhar de forma adequada os procedimentos que envolvem a criança vítima de abuso. Eles também podem contribuir para o exame da credibilidade do depoimento, evitando que a criança tenha que ser ouvida muitas vezes e em diferentes esferas (delegacia policial, conselho tutelar, Ministério Público e Juízo). Ademais, é útil, nesses casos, avaliar o abusador e estimar a sua capacidade de reincidir ou de se recuperar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A técnica DSD possui caráter inovador e rompe paradigmas processuais, visto que, difere da audiência tradicionalmente realizada no intuito de conservar a dignidade dos infantes em detrimento do desgaste emocional e da vitimização e consequentemente, dar efetivação ao princípio do melhor interesse da criança.

A nova sistemática de colheita de depoimento visa retirar os infantes do ambiente repleto de formalismo de uma sala de audiência tradicional, na qual conta com a presença dos operadores do direito, sendo eles, juiz, advogados, promotor, bem assim, do suposto agressor e, coloca-las em um ambiente propício e receptível para a realização de sua inquirição, no qual os infantes terão conforto para relatar todos os fatos e traumas vivenciados, já que se chamado a depor pelo método tradicional, poderá ter seu depoimento comprometido em razão da vergonha e o medo mediante sua exposição, se tornando assim fatores preponderantes para contribuição do esquecimento ou omissão detalhada do fato ocorrido, que por vez são imprescindíveis para a elucidação do crime e para o deslinde processual.

Assevera o Doutrinador Décio Alonso Gomes (2009):

> Os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetadas para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

Desta forma, verifica-se que para realização da audiência mediante a técnica do depoimento sem dano, perfaz necessária a presença de dois ambientes distintos, sendo eles, a sala de audiência convencional e a sala de audiência do depoimento sem dano.

As audiências acontecem em tempo real e as salas são interligadas através do sistema áudio e vídeo, devendo ainda a estrutura conter um receptor de imagem, ou televisão, para que os profissionais presentes na sala de audiência convencional possam assistir em tempo real o que acontece na sala do depoimento sem dano.

Na sala de audiência convencional estará presente o juiz, que irá presidir a audiência, promotor de justiça, auxiliares da justiça, advogados e o réu, e contará com a sistemática de áudio e vídeo. Em contrapartida, na sala do depoimento sem dano, é um cenário totalmente diferenciado, receptível e acolhedor para o público alvo. A sala será um ambiente mais colorido, com a presença de brinquedos, desenhos, fantoches e o principal, com a presença de um psicólogo ou assistente social, que assumirá o papel de técnico facilitador/intermediário entre a criança vitimizada e o Juiz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para a realização da audiência, o técnico facilitador fará uso de um ponto eletrônico, no qual receberá os questionamentos formais e diretos formulados pelo magistrado os repassando a criança, contudo, de uma forma descontraída, em uma linguagem adequada e de maior compreensão do infante, vez que, observa-se a condição de pessoa em desenvolvimento.

A finalidade e o intuito do cenário diferenciado e auxilio do técnico facilitador é exatamente para que a vítima se sinta mais à vontade para relatar os fatos presenciados e ocorridos, visto que, o formalismo e a frieza da sala de audiência convencional, além de causar medo ao infante, assim, fazendo que o mesmo não consiga relatar o que de fato vivenciou, faz com que a vítima se omita aos relatos fieis da situação. A presença dos fantoches, papéis para desenhos e brinquedos, visa a facilitação da demonstração da situação pelo infante, visto que, o técnico facilitador verificando que a vítima se encontra com dificuldades para o relato, dificuldades estas, advindas da vergonha, medo e sentimento de represália, poderá demonstrar e encenar a situação vivenciada através de fantoches ou desenhos, que por vezes o profissional capacitado poderá vislumbrar detalhes que não seriam capaz de serem obtidos apenas através de seu depoimento prestado para os operadores do direito.

A realização da audiência do depoimento sem dano, contando com o auxílio e com a efetiva participação dos profissionais da psicologia e serviço social acontecerá e será desenvolvida em três etapas, das quais, Maria Palma Wolff (2010), conhece como sendo o acolhimento inicial, o depoimento propriamente dito e o acolhimento final, dos quais, que passará a conceituar e explicar.

4.1 ACOLHIMENTO INICIAL

A primeira etapa do Depoimento Sem Dano se refere ao acolhimento inicial, visto que, a criança ou adolescente por ocasião da intimação, será cientificado de que deverá estar presente no fórum na data da audiência designada, com a antecedência de 30 (trinta) minutos a realização da audiência, momento no qual, o infante, bem como, seus representantes legais, serão acolhidos pelo técnico para iniciação dos trabalhos.

A antecedência do infante na audiência objetiva evitar problema que se faz presente em todo o sistema judiciário, qual seja, o encontro da vítima com o suposto agressor antes da audiência, visto que, o reencontro poderá causar seu constrangimento, bem como, acarretar nervosismo e, assim, comprometer seu depoimento, pois conforme é cediço depoimentos realizados sob à égide de emoções, tornam-se inconsistentes e duvidosos para comprovação do delito.

Nessa ocasião, o psicólogo ou assistente social terá a possibilidade de conhecer melhor o infante, a linguagem por ele utilizada para denominar os órgãos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

genitais, os termos utilizados, bem como, possibilitará o técnico facilitador conhecer a personalidade da vítima.

Ademais, no acolhimento inicial a criança será cientificada de tudo o que acontecerá durante a audiência, que será vista e ouvida pelo Juiz, Promotor de Justiça, acusado e seu advogado, por meio do sistema audiovisual e, ainda será informada que se encontra em um ambiente distinto para a preservação de sua imagem e para desenvolvimento de seu depoimento.

4.2. DEPOIMENTO SEM DANO

O depoimento sem dano acontece após o acolhimento inicial, e tem sua duração entre trinta (30) e cinquenta (50) minutos de gravação ininterrupta, trata-se de uma audiência de instrução realizada nos moldes processual vigente, na qual será presidida pelo Juiz, em observância ao sistema presidencial, do qual, dará início aos atos solenes e suscitara as dúvidas advindas no decorrer da instrução.

Outrossim, o DSD visa a redução dos danos causados a vítima por ocasião da produção de provas, para tanto, busca a retirada das Crianças e adolescentes das salas de audiência convencional, se tendo em vista o formalismo e frieza, para o fim de que sejam postos em ambiente mais receptível, acolhedor, digno e agradável, cuja inquirição será procedida por profissionais da área da psicologia ou assistência social, que serão designados pelo magistrado, cuja a função será de auxiliar no depoimento da vítima, se utilizando de termos acessíveis e adequados a faixa etária dos envolvidos, objetivando a garantia do melhor interesse da criança.

Nesse sentido leciona Vera Cristina Pereira de Souza Azevedo de Oliveira (2005, p. 120-121):

> Para garantir e efetivar esse direito da criança é necessário que os operadores do Direito (advogados, juízes, promotores e defensores públicos) estejam preparados para atende-la e escutá-la, podendo e devendo valar-se de profissionais especializados que funcionarão como tradutores de sua fala e de seus sentimentos. Deve-se destacar que será sempre necessário observar o estado peculiar de desenvolvimento da criança para não expô-la a constrangimentos, tais como convocá-la para depor na presença dos pais ou de um dos pais, se um deles ou os dois estiverem sendo processados ou em conflito. O princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer sempre.

Assim, visa o depoimento sem dano assegurar os direitos inerentes à criança, observando a sua condição de pessoa em desenvolvimento, contando para a realização com a efetiva participação da equipe interprofissional, e propiciando

ao infante, um ambiente distinto da sala de audiência convencional, porém, interligada a ela através do sistema audiovisual, visto que, a audiência acontecerá em tempo real.

A inquirição da vítima ou testemunha será realizada por profissional designado, que assumirá o papel de técnico facilitador ou intermediário e ainda, será realizada sem a presença direta dos operadores do direito, contudo, a inquirição será assistida/acompanhada através do aparelho de TV, em tempo real, sendo registrada, portanto, por sistema audiovisual e anexada aos autos, onde todas as partes poderão ter acesso.

Ademais, o técnico facilitador fará uso de um ponto eletrônico do qual receberá os questionamentos formulados pelo magistrado e passará a criança em uma linguagem de maior compreensão. O profissional designado para realização do ato, seja ele psicólogo ou assistente social, não utilizará das metodologias atinentes ao seu respectivo campo de conhecimento, visto que, seu papel incluirá tão somente a intermediação e facilitação da compreensão do infante e da desenvoltura do seu depoimento, visto que, ao técnico incumbe apenas repassar as perguntas formuladas pelos operadores do direito ao infante de forma mais adequada.

Enaltece Carla Carvalho Leite (2008, p. 10), acerca do procedimento que:

> Iniciada a audiência, o depoimento transcorre de acordo com a normativa processual, ou seja, primeiramente o Juiz faz as perguntas e, em seguida, as partes formulam as perguntas, as quais, uma vez deferidas pelo Juiz, são por este formuladas ao depoente. Neste caso, o juiz o faz indiretamente, já que dirige as perguntas ao profissional que está com um ponto de escuta e este, por sua vez, repassa à vítima, adequando-a ao vocabulário desta, o que [...] se torna possível pela capacitação técnica.

No mesmo sentido, assevera Maria Palma Wolff (2010, p. 115-13): "o juiz transmite seus questionamentos e os das partes, que são repassados para a criança pelo técnico; a audiência é gravada para fazer parte do processo."

Importante ainda obtemperar que, por ocasião da realização da audiência utilizando-se o método do Depoimento sem Dano as partes envolvidas serão oportunizadas a se manifestar e impugnar todas as questões que acharem impertinentes, observando assim, o princípio do devido processo legal e consequentemente os princípios do contraditório e ampla defesa.

De acordo com à metodologia utilizada por tais órgãos, uma vez denunciada à violência contra crianças e adolescentes, as vítimas passam a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

submetidos a uma série de entrevistas, depoimentos, relatos de sua história e da violência perpetrada, acarretando repetidas vezes um processo de revitimização11 com dimensões ainda mais devastadoras e sem nenhum compromisso com o respeito à garantia de direitos.

Neste sentido, uma dessas metodologias utilizadas pelo poder judiciário em alguns estados brasileiros é chamada de "metodologia do Depoimento Sem Dano –DSD" que suscita várias discussões e críticas, uma vez que, está sendo implantada como uma forma de garantir o direito que crianças e adolescentes tem de se expressar e opinar. Por meio do Sistema Judiciário Brasileiro, à metodologia "DSD" reproduz à sistemática processual relativa ao valor da prova, ou seja, crianças e adolescentes são importantes no sentido de que o sistema punitivo seja efetivado, secundarizando a proteção integral da criança e do adolescente.

Desse modo, estes sujeitos assumem a condição apenas de testemunha tendo vista a punição do suposto abusador. Nesse aspecto, pode representar uma nova violência do ponto de vista emocional o que contraria seu direito à proteção integral.

A referida metodologia é aplicada em algumas capitais brasileiras a partir da aprovação do Projeto de Lei nº 35 de 24 de Maio de 2005 pela Câmara dos Deputados. Este projeto foi uma iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito inspirado inicialmente na experiência que, de forma pioneira, está sendo utilizada no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

O projeto foi apresentado pela Deputada Federal Maria do Rosário que justifica tomando como principais pontos, a redução do dano durante a produção de provas no processo judicial, assim como, a valorização da palavra em Juízo, com a defesa de que estes fatos são materializados na busca pela garantia de direitos de crianças e adolescentes.

A metodologia substitui a audiência do juiz com a criança e/ou adolescente vítima de violência sexual e se desenvolve em uma sala separada da sala de audiência, interligada a esta por vídeo, áudio e ponto eletrônico, por meio do qual o Juiz transmite questões ao profissional "interprete" (que pode ser um assistente social ou um psicólogo) incluindo as da acusação e da defesa, que as retransmite a criança e/ou adolescente.

> De acordo com Fávero (2007), esta metodologia, Também revelou que à metodologia 'Depoimento Sem Dano', ou DSD, aparece como a 'grande mágica', possível de solucionar as dificuldades de magistrados, promotores e advogados em conversar com crianças e adolescentes, em ouvi-los, muito possivelmente em razão da falta de uma base formativa para

> tal – tanto na graduação em Direito quanto na capacitação para o exercício de suas funções –, bem como por causa da dificuldade de se estabelecer limites jurídicos que impeçam a 'ré-vitimização' pela exposição à diversas audiências/oitivas, ou em tratar questões sociais para além da positividade da lei (FÁVERO, 2007, p. 2). FÁVERO, E. T. Metodologia "Depoimento sem Dano", ou "Depoimento com Redução de Danos".

4.3. ACOLHIMENTO FINAL

Após a instrução processual, ocorrerá o que se chama acolhimento final, onde após finalizada a inquirição e devidamente desligados os aparelhos de som e vídeo, o técnico facilitador/intermediário colherá a assinatura do infante, bem como, do seu representante legal e prestará o atendimento final, que consiste em uma avaliação do depoimento do infante.

Evidencia-se, mais uma vez, a observância do princípio do melhor interesse da criança, bem como, a diferença da colheita do depoimento do infante nos moldes vigentes no ordenamento jurídico, visto que, após o encerramento do ato, o infante é imediatamente dispensado, não mantendo mais nenhum tipo de contato com o sistema judiciário, evidenciando assim, que a importância de sua presença no ato se tratava apenas de cunho probatório para a posterior condenação do agressor.

Assevera o mentor da utilização da técnica do depoimento sem Dano no Brasil, Dr. José Antônio Dalton é Cezar (2007, p. 76):

> Diferentemente do que ocorre quando uma audiência é realizada pelo sistema estritamente previsto nas normas processuais, em que a vítima de abuso sexual ou outro tipo de violência , após o encerramento da inquirição, é dispensada e não mantém mais qualquer contato com o sistema de justiça, propõe o projeto Depoimento Sem Dano que o objeto da escuta da criança/adolescente não se encerre imediatamente, como forma de novamente valorizá-la como sujeito de direitos e de afastar a ideia de que aquele momento foi apenas um meio – a criança/adolescente o objeto – para que o Estado conseguisse atingir o desiderato de um processo judicial.

Desta forma, através do diálogo final o psicólogo ou assistente social, procederá a uma avaliação junto ao infante e vislumbrando que o infante apresenta visíveis dificuldades, o técnico poderá intervir, procedendo ao seu encaminhamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para uma rede de proteção e relatando as informações aos operadores do direito, para a tomada das providências cabíveis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – passou a integrar o ordenamento jurídico no ano de 1999, em substituição ao antigo Código de Menores, Lei nº 6.697/79, que considerava criança e adolescente apenas como objetos de direito, ainda, dando incidência apenas ao menor em situação irregular. Desta forma, o ECA veio regulamentar e enfatizar os direitos inerentes à classe infanto-juvenil, bem assim, à garantia da proteção integral.

Com o advento do Estatuto, as crianças e os adolescentes passaram a serem considerados cidadãos possuidores de direitos e deveres, direitos esses, que necessitam ser observados e resguardados por toda sociedade. No mais, trouxe consigo uma divisão conceitual de grande relevância entre Criança e Adolescente.

Conforme preceitua o artigo 2º do Estatuto (BRASIL, 1990), considera-se Criança toda pessoa que não tenha completado 12 (doze) anos de idade, ou seja, qualquer pessoa com até 12 (doze) anos incompletos. Noutro giro, considera-se Adolescente aquele que possui 12 (doze) anos de idade completos até 18 (dezoito) anos incompletos, visto que, alcançado os 18 anos de idade o indivíduo deixa do status de "menor" alcançando assim a maioridade civil, conforme prevê o artigo 5º do Código Civil.

Ubaldino Calvento Solari (2010, p. 21) comentando o artigo 2º do ECA diz que:

> A distinção entre "criança" e "adolescente", como etapas distintas da vida humana, tem importância no estatuto. Em geral, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, o que pode ser percebido principalmente no decorrer do Livro I. O tratamento de suas situações difere, como é lógico, quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenção pela lei penal. Solari, Ubaldino Calvento. (201, p.21). Artigo 2°. In Munir Cury (Coord.), Estatuto da criança e do adolescente comentado (11.ª ed). São Paulo: Malheiros.

Como já dito, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do adolescente, passaram a se tornar sujeitos de direito e não mais "meros" objetos de direitos da intervenção estatal. Desta forma, como pessoas, passaram a possuir os mesmos direitos atribuídos aos adultos, além de outros que são próprios, aqueles previstos no artigo 3º do Estatuto (BRASIL, 1990):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Observa-se assim, que a Criança e Adolescente são prioridades absolutas, motivo pelo qual necessário faz-se os em assegurar plenas condições para o desenvolvimento integral, levando em conta sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como, dar efetivação ao princípio da proteção integral previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

> 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.

Desta forma, por serem pessoas em desenvolvimento, fica evidenciado que a proteção dos infantes é dever de todos, especialmente do Estado e da sociedade. Parte inferior do formulário. Parte superior do formulário

5.O DEPOIMENTO SEM DANO E A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO JURÍDICO

A violência sexual, por sua vez, pode ser compreendida como todos os atos praticados por um adulto contra uma criança para a obtenção de gratificação sexual, onde a criança abusada é induzida ou forçada a práticas sexuais, com ou sem violência física (ABRAPIA, 2003). O abuso sexual baseia-se em uma relação de poder que pode incluir desde carícias, manipulação da genitália, mama ou ânus, exploração sexual, voyeurismo, pornografia e exibicionismo, até o ato sexual com ou sem penetração (OMS, 2002).

Utilizando um conceito mais detalhado, Marques (1994, p. 13) afirma que o abuso sexual é:

> [...] todo o ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual, cujo agressor esteja em estágio de desenvolvimento psicossocial (diferenças etárias e de desenvolvimento mental) mais adiantado que a criança ou adolescente. Tem por finalidade estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter estimulação sexual. Estas práticas eróticas e sexuais são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> impostas às crianças pela violência física, ameaças ou indução de sua vontade. Podem variar desde atos nos quais não exista contato sexual (voyenrismo, exibicionismo), aos diferentes tipos de atos com contato sexual sem penetração (sexo oral, intercurso interfemural) ou com penetração (digital, com objetos, intercurso genital ou anal). Engloba ainda a situação de exploração sexual, visando lucros, como a prostituição e a pornografia.

O abuso psicológico ou emocional é compreendido por Marques (1994) como a interferência negativa do adulto ou de pessoas mais velhas sobre a competência social da criança, conformando um padrão de comportamento destrutivo.

Para a OMS (2002) a violência psicológica ocorre quando o responsável ignora as condições apropriadas para a saúde emocional e para o desenvolvimento da criança. Inclui a restrição excessiva, ridicularização, ameaças e intimidações, discriminação, deboche e outras formas não físicas de tratamento hostil.

A negligência, segundo a ABRAPIA (2003), é todo o ato de omissão do responsável pela criança ou adolescente em prover as necessidades básicas para seu desenvolvimento.

As diversas formas de violência praticadas contra crianças e adolescentes podem ocorrer em diversos contextos. Porém, de acordo com Santos (1987) e Lemos (2008), são geralmente impostas no ambiente familiar, pelos próprios pais ou responsáveis.

Para Silva (2002), a violência contra crianças e adolescentes acarreta prejuízos ao seu desenvolvimento, pois sua formação é perturbada ou bloqueada por esta triste realidade. Os danos causados podem atingir sua capacidade intelectual, de aprendizagem, de amar, de conhecer, de crescer, de se relacionar, quando seu cotidiano está submetido à intolerância ao rancor e a reações agressivas imprevisíveis, marcando a memória e a personalidade da criança, aumentando a possibilidade dela se tornar, no futuro, um adulto agressor. Parte superior do formulário. Parte inferior do formulário

6. O DEPOIMENTO SEM DANO X GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A criança e o adolescente se referem a sujeito de direitos, assim, possuem o direito de serem inquiridos judicialmente nos processos judiciais em que figuram como vítimas ou testemunhas, direito este que lhes são assegurados pelo artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e artigo 16 inciso II e artigo 28, §1º. Do Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990), não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

obstante, o referido direito deve ser sempre garantido sob a ótica do Princípio do Melhor Interesse da Criança, devendo as inquirições se dar sempre com zelo e observância ao seu peculiar estado de desenvolvimento físico e psíquico.

Com a classificação de criança e adolescente como sujeito de direito surgiram diversas teorias acerca do estado da criança e suas necessidades diferenciadas, especialmente no contexto interdisciplinar. Assim, no intuito de reparar a omissão existente até então no que se referia a este sujeito de direitos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovada em 10 de dezembro de 1948, a qual tem o Brasil como signatário, estabeleceu prioridade absoluta à proteção dos interesses da criança e do adolescente, nascendo assim à expressão e hoje princípio do "Melhor Interesse da Criança".

Pois bem, o princípio do melhor interesse da criança estabelece de forma sucinta de que toda e qualquer atuação ou intervenção estatal deve atender prioritariamente aos interesses e direitos das crianças e adolescentes sempre que houver pluralidade de interesses no caso concreto.

Eugênio Facchini Neto (2003, p. 23) a respeito do referido princípio assinala que:

> Os juízes e operadores do direito devem levar a cabo a proteção da criança e do adolescente como prioridade absoluta, ao argumento de que o legislador constituinte previu de forma expressa, de que fossem evitadas ações, omissões ou qualquer outra ordem de prioridade. (FACCHINI NETO, E. Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2003, p. 23).

Partindo da premissa de que incumbe aos operadores do direito a preservação dos princípios e valores constitucionais, tal como, o "princípio do melhor interesse da criança", pode-se afirmar de forma veemente de que o método do depoimento sem dano garante a observância do referido princípio constitucional por ocasião das inquirições judiciais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes contra a dignidade sexual, eis que, utilizando-se deste método, a intervenção judicial estará preservando o caráter da mente em desenvolvimento da criança, além de viabilizar uma intervenção técnica que possibilite o infante a enfrentar com tranquilidade a situação difícil por ele vivenciada, visando, acima de tudo inibir a ré-vitimização ou subvenção de direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, se tendo em vista o modus operandi do agente quando da pratica de crimes contra a liberdade sexual, bem como, aliada as circunstancias em que o crime ocorre especialmente quando a vítima se refere a crianças e adolescentes, o órgão acusador na maioria das vezes conta único a exclusivamente com o depoimento da vítima para poder aclarar os fatos e penalizar o acusado, sendo, portanto, imprescindível que as vítimas prestem depoimento no processo judicial, não obstante, com a observância ao melhor interesse da criança, sendo, portanto, o método do depoimento sem dano instrumento hábil para esclarecer os fatos, sem, contudo, deixar de observar as condições peculiares de pessoa em desenvolvimento e a vulnerabilidade da criança e adolescente.

7. A OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NO DEPOIMENTO SEM DANO

Conforme é cediço para que haja a responsabilização do agressor na esfera criminal necessário se faz a caracterização da prova, o que muitas vezes se torna difícil em razão de que a prova testemunhal e o depoimento pessoal da vítima são os únicos elementos capazes de formar o convencimento do magistrado. Em que pese à eficácia da utilização do método do depoimento sem dano, bem como, que sua aplicação se dá ainda sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança, não se pode perder de vista de que ele também se dê em observância aos direitos e garantias constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Um dos primordiais princípios do processo penal vem preconizado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual estabelece que " ninguém será provado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", desta forma, é necessário que todo processo judicial tramite de forma regular, coesa, correta e com observância a todas as garantias fundamentais e princípios constitucionais, dentre eles os princípios do contraditório e ampla defesa.

A respeito da importância destes princípios, leciona o Ilustre Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 45):

> O contraditório, portanto, junto com o princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim, é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para imposição da sanção de natureza penal. (Oliveira, Eugênio Pacelli, 2010, p.45)

Tendo-se em vista que a técnica do depoimento sem dano se refere a um método relativamente novo de inquirição, bem assim, por ainda não possuir previsão legal e tão somente normas institucionais, muitas vezes é criticado por parte da defesa dos acusados sob a argumentação de que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, afrontando consequentemente o princípio do devido processo legal.

A argumentação se norteia no fato de que a oitiva se dá em local diferente de onde se encontra as partes, o Ministério Público, advogado de defesa e juiz, bem assim, no fato de que as perguntas são transmitidas ao infante através do técnico facilitador o qual ameniza os questionamentos, repassando as crianças e adolescentes de forma mais amena.

Entretanto, em que pese os argumentos despendidos pelos críticos a utilização da técnica, a doutrina, bem como, o entendimento jurisprudencial pátrio se posicionam no sentido de que inexiste qualquer afronta aos princípios constitucionais, já que, conforme amplamente exposto no capitulo onde se explica a dinâmica desta técnica, quando de sua utilização é dado a oportunidade a ambas as partes e magistrado em intervir a qualquer momento da inquirição, sendo ainda garantida a comunicação áudio visual com o ambiente onde o técnico facilitador estará realizando o depoimento do infante.

Importante ainda fazer menção de que o artigo 217 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) estabelece a possibilidade de inquirições por videoconferência ou ainda, com a ausência do réu nos casos que seja verificado que sua presença possa causar temor, humilhação ou sério constrangimento ao depoente, desta forma, não há porque prevalecer o argumento de que a técnica infringe o princípio do devido processo legal em razão de que a inquirição se dá em sala diversa, especialmente em razoa de que a utilização do método visa sobretudo o não contato da vítima com o agressor para o fim de que sua versão acerca dos fatos seja realizado sem nenhum abalo emocional o que por sua vez teria o condão de prejudicar não só a ela, mas também a busca pela verdade real dos fatos.

Por fim, em que pese desprovido de norma que o regulamente o depoimento sem dano possui total respaldo doutrinário e jurisprudencial eis que não ofende ao princípio do devido processo legal e ainda garante princípios de extrema importância como o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da proteção integral.

7. CONCLUSÃO

O depoimento sem dano – DSD – eclodiu-se da busca em se encontrar métodos diferenciados para proceder à inquirição de Crianças e Adolescentes e, portanto, se refere a um método inovador de oitiva de Crianças e Adolescentes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vítimas ou testemunhas de crimes contra a dignidade sexual, que diverge da forma tradicional prevista na legislação processual vigente, sem, contudo, violar qualquer princípio constitucional.

No Brasil, foi desenvolvido em razão das dificuldades encontradas pelos operadores do direito em procederem a inquirição dos infantes vitimizados, sem que os submetessem a situações de constrangimento e humilhação e, possui como principal objetivo resguardar os direitos inerentes à classe infanto-juvenil, observando para tanto os princípios do melhor interesse da criança e o da proteção integral.

A técnica do DSD tem como principal escopo reduzir os danos causados aos infantes, quando intimados para serem ouvidos em juízo na fase de produção de prova no processo criminal, os afastando do ambiente frio e formal das salas de audiência convencional e os colocando em um ambiente propicio e agradável ao universo infanto-juvenil.

Para a realização da inquirição o poder judiciário conta com o auxílio de profissionais dotados de conhecimento técnico para procederem a oitiva dos vitimizados propiciando, portanto, melhor desenvoltura do infante por ocasião de seu depoimento e evitando o processo de revitimização. Nesta espécie de depoimento, fica ao encargo do profissional designado e técnico facilitador a responsabilidade de alcançar os indicativos necessários e relevantes para formação do livre convencimento do juiz que a posteriormente acarretará a absolvição ou condenação do suposto agressor

De pesquisas desenvolvidas, conclui-se que, infelizmente, embora seja eficaz, o depoimento sem dano não exime por completo o dano causado à vítima, uma vez que, o dano restou ocasionado no momento em que o infante teve sua dignidade sexual violada. Entretanto, como já dito, a técnica almeja tornar o processo judicial menos traumático, doloroso e humilhante para o infante, se tendo em vista que tais sentimentos poderiam gerar a sua revitimização.

Ademais, a técnica auxilia na efetivação das garantias processuais, vez que, através de sua utilização, o depoimento do infante o conjunto probatório se torna mais preciso, seguro e rico, já que além de conseguir a colheita do depoimento do infante de forma especial se valendo valer os princípios apregoados na Constituição Federal, Estatuto da Criança e Adolescente e também na Convenção Internacional sobre Direito das Crianças e dos Adolescentes, sem, contudo, deixar de observar as garantias processuais do ordenamento jurídico vigente, tais como o princípio do devido processo legal e os dele decorrentes, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, conclui-se que a técnica tem por objetivo amenizar o sofrimento da criança e adolescente vítima de violência sexual, eis que possibilita aos infantes a serem inquiridos de forma adequada e condizendo com sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, além de possuir extrema relevância para o processo penal possibilitando assim o esgotamento de todos os meios existentes para se buscar o princípio da verdade real dos fatos, sem contudo, ferir os princípios constitucionais previstos em na Lex Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Art. 5, inc. LIV da Constituição Federal de 88 - Jusbrasil

https://www.jusbrasil.com.br › topicos › inciso-liv-do-artigo-5-da-constituica...

Art. 227 da Constituição Federal de 88 - Jusbrasil

https://www.jusbrasil.com.br › artigo-227-da-constituicao-federal-de-1988

BISPO, M. M. S. Da vitimização secundária à revalorização da vítima no Processo Penal Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=475&tmp_secao=16&t%20mp_topico=direitopenal. Acesso em 15 out. 2015.

BITENCOURT, L. P. Violência, vitimização e política de redução de danos. In: BITENCOURT, L. P. (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 17-55.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 20 set. 2015.

CEZAR, J. A. D. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquiria crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. CEZAR, J. A. D. A escuta de crianças e adolescentes em juízo: uma questão legal ou um exercício de direitos. In: BITENCOURT, L. P. (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71-86.

Código Civil - Planalto

www.planalto.gov.br › ccivil_03 › LEIS, Artigo 5°

Código de Processo Penal - Planalto

www.planalto.gov.br › ccivil_03 › Decreto-Lei › Del3689, Artigos 217, 250

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Convenção sobre os Direitos da Criança – Planalto www.planalto.gov.br › ccivil_03 › decreto Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, Artigos 12 e 16.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção Internacional dos Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

DOBKE, V. Abuso sexual: a inquirição das crianças: uma abordagem interdisciplinar. Ponto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

Estatuto da Criança e do Adolescente – Planalto www.planalto.gov.br › ccivil_03 › leis O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Artigos 3° e 28, § 1°.

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, Oliveira, Eugênio Pacelli (2010, p. 45), de, 1959-

Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen juris.

FACCHINI NETO, E. Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2003, p. 23.

FÁVERO, E. T. Metodologia "Depoimento sem Dano", ou "Depoimento com Redução de Danos". Disponível em: <http://www.cress-es.org.br/site/images/arquivos/parecer_cfess%20_depoimento_sem_dano.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015. FÁVERO. E. T. Parecer técnico: Metodologia "Depoimento sem Dano", ou "Depoimento com GOMES, D. A. Confrontação do depoimento com redução de danos (abordagem desde uma perspectiva criminal). Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 31, p. 01-40, jan./jun. 2009.

LEITE, C. C. Depoimento sem dano: a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual em juízo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 28, p. 01-55, abr./jun. 2008.

LUCENA, Mário Augusto Drago de; HOMEM, Élie Peixoto. O depoimento sem dano sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4640, 3 CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE LUCENA, Mário Augusto Drago de; HOMEM, Élie Peixoto. O depoimento sem dano sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4640, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46814>. Acesso em: 13 maio 2019.

LUMATTI, A. B. Depoimento sem dano: consensus e dissensos. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/a6c9c 226-cd30-4e3c-b097-d5a3c899cbee/Default.aspx>. Acesso em: 15 de out. 2015.

OLIVEIRA, E. P. Curso de processo penal. 13. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. OLIVEIRA, V. C. P. S. A. Considerações sobre a criança e o adolescente diante da Justiça nos crimes de abuso sexual infantil. In: VOLNOVICH, J. R. Abuso sexual na Infância. Rio de Janeiro: Lacerda, 2005. p. 120-121.

QUEIROZ, R. Sala especial assegura direitos a menores. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/32200#.U0gu01VdUuc>. Acesso em: 10 out. 2015.

Redução de Danos". Disponível em: <http:// http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/17_2063111651582008_ParecerNaoFavoravel.pdf >. Acessado em 20/04/2012.

SOLAR, U. C. Artigo 2º. In: CURY, M. (Coord). Estatuto da Criança e do adolescente comentado. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.p. 05-10. Solari, Ubaldino Calvento. (2010). Artigo 2°. In Munir Cury (Coord.), Estatuto da criança e do adolescente comentado (11.ª ed). São Paulo: Malheiros.

SWNZEN, R. Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais na África do Sul. Disponível em: <http://www.conectas.org/sur_revista.html>. Acesso em: 15 out. 2015.

TRINDADE, J. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLFF, M. P. Inquirição de crianças vítimas de violência e abuso sexual: uma análise da participação do serviço social. In: BITENCOURT, L. P. (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política de redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris

ZOTTO, MEHL O DEPOIMENTO SEM DANO E A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO JURÍDICO Revista de Iniciação Científica, Criciúma, v. 15, n. 2, 2017 | ISSN 1678-7706

NOTA:

---

[1] Mestra Professora Orientadora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA – MANAUS/AM– Brasil

www.conteudojuridico.com.br

VIOLAÇÕES AO PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DA REFORMA PSIQUIÁTRICA À LUZ DO DIREITO

DAVI JOSÉ MUNIZ DA SILVA:
Bacharelando do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

RESUMO: A dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio jurídico basilar dos direitos fundamentais, estabelecendo-se como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Dada sua relevância, o legislador constituinte fez incluir a dignidade da pessoa humana na Carta Magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Constiui-se de um princípio fundamental com o intuito de que qualquer sociedade almeje e alcance o patamar mínimo civilizado. O reconhecimento da dignidade aos doentes mentais faz-se inprescindível, porquanto é ponto de partida para se propiciar a adoção de políticas públicas em favor da efetiva humanização no âmbito da saúde mental, de maneira que qualquer violação a dignidade humana assim como aos direitos humanos em geral, garantidos constitucionalmente seja combatida e repudiada com bastante veemencia.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Saúde mental. Doentes mentais.

ABSTRACT: The human dignity is constituted as a standard legal principle of the fundamental rights, being established as one of the Democratic's cornerstone State of Law. Given it's relevance, the constitutional legislator included the human dignity at the Magna Carta as one of the Republic's legal foundation. It is a fundamental principle in order to any society achieve a civilized minimum level. The recognition of the human dignity at the mentally ill is indispensable, since it is the starting point to provide the adoption of public policies in befetit of an efficient humanization on the mental health's context, so that any violation of the human dignity as well as the human rights in general be strongly combated and rejected.

KEYWORDS: Human dignity. Human rights. Fundamental rights. Mental health. Mentally ill.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A HISTÓRIA DA SAÚDE MENTAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA. 1.1. O histórico do tratamento da Saúde mental no Brasil. 1.2. A reforma psiquiátrica e a luta antimanicomial no Brasil. 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SAÚDE MENTAL. 2.1. Princípio da dignidade humana e o mínimo existencial. 2.2. O direito fundamental social à saúde mental enquanto dimensão do mínimo existencial. 3. O CASO DAMIÃO XIMENES NA CORTE INTERAMERICANA

DE DIREITOS HUMANOS. 3.1 O reconhecimento jurídico da inefetividade do direito fundamental a saúde mental no Brasil. 3.2 Políticas para efetivação do direito fundamental à saúde mental no Brasil. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O referido trabalho objetiva fazer uma ligação entre as Ciências do Direito e da Psiquiatria, por meio de uma análise interdisciplinar que envolve a saúde mental sob a ótica dos direitos humanos. Com certeza, isso foi bastante desafiador, tendo em vista que envolve áreas complexas e de constante desenvolvimento, como o âmbito da Ciência Médica Psiquiátrica - sobretudo naquilo que diz respeito ao tema que é objeto da presente dissertação.

Sem sombra de dúvida, o conhecimento acerca da realidade das instituições e dos tratamentos que são concedidos aos doentes mentais no decorrer da história recente, no âmbito mundial e brasileiro, poderá favorecer o estabelecimento e a consolidação de normas de proteção e de amparo às pessoas portadoras de tais necessidades.

Nesse cenário, é imprescindível, ou seja, indispensável, compreender a dimensão humana que envolve o tema, para que se alcance a finalidade pedagógica de se propiciar a redução da indiferença e do preconceito social em face do doente mental.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946) conceitua saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social," e que "não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade". No que se refere ao conceito de saúde mental, por sua vez, é possível depreender que esta integra a própria saúde, podendo estar relacionada com questões biológicas, comportamentais ou sociais. Pertinentes, deste modo, que se faça as seguinte indagações: é possível falar em dignidade dos doentes mentais? Os direitos fundamentais são efetivos na proteção da dignidade dos portadores brasileiros de doença mental? Quais são os traumas vivenciados pelos doentes ao longo da história e de que maneira favoreceram no combate à violações e no incentivo à busca da reforma do modelo assistencial psiquiátrico? Qual o papel do Estado na proteção da saúde mental? Tais respostas serão desenvolvidas no decorrer do trabalho.

De qualquer modo, é de supra importancia e grande relevancia ressaltar o que rege o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, acerca dos objetivos fundamentais da República, os quais indubitavelmente evidenciam as finalidades políticas, econômicas, sociais e jurídicas a serem alcançadas pelo Estado brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É importante frisar, portanto, que a letra da Lei maior não pode ser vazia, inócua, morta, ou em consonância com Ferdinand Lassalle (1933), não pode o texto constitucional ser uma mera folha de papel, sem condizer com a realidade inserida em determinada sociedade, pois os fatores reais de poder – tais como poder político, social, econômico e intelectual – devem estar presentes na essência de uma Constituição.

E, seguindo além do entendimento de Lassalle e contrapondo-o, inclusive, aponta o jurista Konrad Hesse acerca da necessidade das normas constitucionais serem dotadas de eficácia, devendo haver uma força normativa da Constituição, capaz de impor deveres ao Estado e também alterar a realidade social.

Todavia, deve-se reconhecer que vivemos em um país com baixa efetividade das normas sociais e de alcance em favor da cidadania, sobretudo, a população hipossuficiente, como é o caso do doente mental.

Esta constatação, no entanto, não deve servir como um desalento, mas sim como um desafio a todos aqueles dotados de uma consciência crítica, para se engajar na luta por uma sociedade que se prime pelos princípios característicos do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, no referido, será possível observar questões relacionadas à dignidade humana e saúde mental, notadamente com o intuito de se informar aspectos históricos e atuais relacionados ao tratamento dos portadores de doença mental, mediante inclusive a abordagem de um caso brasileiro que gerou repercussão internacional.

Portanto, já no primeiro tema, serão abordadas situações históricas relacionadas ao tratamento da saúde mental tanto numa perspectiva europeia quanto na brasileira. Também serão observados os movimentos reformistas que procuraram humanizar o tratamento destinado aos doentes mentais nas instituições psiquiátricas brasileiras.

O segundo tópico, por sua vez, analisará e relacionará o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial, notadamente em atenção à seara da saúde mental. Portanto, questões jurídicas serão desenvolvidas.

Por ultimo, e não menos importante, será observado o caso Damião Ximenes, seus aspectos relevantes e principalmente a sua condenação internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. À partir disso, serão apresentadas novas discussões acerca de algumas conquistas reformistas, tendo em vista a implementação de políticas públicas que propiciam um novo modelo de assistência psiquiátrica aos portadores de doença mental.

Finalizando com um entendimento que direitos e garantias fundamentais, não podem em hipóteses alguma serem violados, e faz se necessário que sejam feitas politicas para que garantam que esse direito seja garantido a qualquer cidadão que reside em nosso país, como almeja a carta Magna. Dignidade da pessoa humana, princípo primordial para a garantia de direitos constitucionais.

1.A HISTÓRIA DA SAÚDE MENTAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA

Conforme dispõe o Dicionário de Termos Psiquiátricos, a palavra "loucura" apresenta-se como aquela em que:

> [...] se designavam transtornos mentais, desde o desajustamento leve até a psicose grave. Atualmente, combate-se sua utilização, até pelo leigo não profissional, em vista do estigma e preconceito contra a enfermidade mental. Termos populares correspondentes: pinel, orate, adoidado, fraco da cabeça, gira, tã-tã, maluco, biruta, lunático, etc . (MIELNIK, 1987, p.164)

Ao longo da história da humanidade, a compreensão acerca da loucura (saúde mental) veio sofreu grandes mudanças. No período da Antiguidade Clássica predominava a influência mitológica, sendo a loucura considerada uma intervenção divina, em que os deuses se manifestavam por meio dos considerados "loucos".

Em contrapartida, tendo em vista a propagação e consolidação do Cristianismo na Europa, na Idade Média, a loucura passou a ser associada à possessão diabólica, sendo os doentes mentais considerados os "porta-vozes do demônio". Inclusive, neste momento, destacam-se os exorcistas, os quais desempenhavam a função de cura espiritual e expulsão das manifestações demoníacas. E é a partir dessa visão sombria que as sociedades justificavam o desprezo e a exclusão desses doentes.

Já na era do Absolutismo, e meados do século XVII, em meio às crises econômicas e ao caos social, o Estado europeu encontrou na criação de asilos a solução para a ocultação da miséria, onde se buscava disfarçar e esconder as grandes mazelas sociais vivenciadas naquela época. Sendo assim, eram destinadas ao enclausuramento pessoas que integravam a classe pobre de diversos segmentos sociais, sendo não somente os doentes mentais, mas também, crianças, mendigos, prostitutas, desempregados, criminosos, idosos e tantos outros. Deste modo, segundo o psiquiatra espanhol Manuel Desviat (1999, p.16).

Em meio a este cenário, (principalmente na França), passaram a ganhar destaque os hospitais gerais, nos quais possuíam o objetivo de que fosse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promovido uma reorganização de estabelecimentos existentes sob uma administração única. Estes hospitais, que os doentes eram trancafiados em locais desumanso e insalubres, foram instituídos como instrumento opressor do Estado absolutista, já que o mesmo legitimava e ao mesmo tempo legalizava a repressão social.

Nos demais países europeus, principalmente na Inglaterra e Alemanha, houve a criação das casas de internação, respectivamente *workhouses* e *Zuchthäusern*, as quais, ineditamente, atribuíam trabalho aos internos, lhes sendo exigido o alcance da produtividade. Desse modo, o Estado utilizava a internação como instrumento de controle social e o trabalho servia como forma de punição, domínio e exploração, algo muito distante do compromisso em oferecer alguma ocupação e tratamento às pessoas internadas.

Importante ressaltar que a associação da loucura com a imoralidade e, portanto a necessidade de um tratamento moral nos asilos foi, inclusive, defendida por pensadores e médicos da época, como Jean-Étienne Esquirol (1991 apud DEVIAT, 1999) – o que acarretou em maiores abusos aos doentes em decorrência da busca pela correção dos comportamentos imorais.

Com a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, marco revolucionário dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, o tratamento obtido pelas casas de internação passou a ser modificado, tendo em vista a repercussão dada ao conceito de liberdade humana.

A partir dos trabalhos científicos de Esquirol e Pinel4 (1801 apud DESVIAT, 1999), surge uma nova especialidade médica que viria a se chamar Psiquiatria, vindo a consolidar-se enquanto ciência, além de também fundamentar uma aliança com a área do Direito, uma vez que trouxe os conceitos de periculosidade, incurabilidade e cronicidade, os quais acarretaram ao longo da história uma visão estigmatizante da loucura.

Sendo assim, a privação da liberdade aos internos passou a ser permitida apenas quando indispensável e desde que houvesse um tratamento terapêutico, no qual o doente, reconhecido como ser parcialmente racional, poderia dialogar-se com seu médico, fator contribuinte para a investigação empírica do Positivismo.

No século XIX, a Psiquiatria se fortalece enquanto ciência a partir da publicação do Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental de Pinel. Pela criação dessa nova especialidade médica, "institui-se, assim, a visão clínica da loucura, já que o diagnóstico implica a observação prolongada, rigorosa e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sistemática das transformações na vida biológica, nas atividades mentais e no comportamento social do paciente

1.1. O histórico do tratamento da saúde mental no Brasil

A saúde mental no Brasil desenvolveu-se no período imperial, a partir da inauguração de seu primeiro hospício em 1852, o Pedro II, na cidade do Rio de Janeiro – culminando, portanto, para o início da atuação da Psiquiatria brasileira. Tal instituição, que a princípio era controlada pela Igreja Católica e legitimada pelo poder imperial, seguia os moldes das instituições hospitalares europeias da época, tanto na exclusão daqueles que perturbavam a ordem e envergonhavam a sociedade quanto na realização de tratamento moral dos doentes. (LIMA e NOGUEIRA, 2012):

> O ato que marca a maioridade de D. Pedro II como Imperador é justamente a assinatura do decreto de fundação do primeiro hospital psiquiátrico brasileiro – o Hospício D. Pedro II, no Rio de Janeiro. Este foi inaugurado em 1852, mas um psiquiatra só iria assumir a sua direção em 1886. (SILVA, 2001, p.20)

Pertinente ressaltar que anteriormente, os doentes mentais eram destinados aos hospitais gerais e às Santas Casas de Misericórdias onde recebiam castigos corporais em celas insalubres, além de não receberem tratamento específico de suas doenças. Em razão disso, passaram a ocorrer as primeiras mobilizações dos médicos relacionadas à área da saúde mental, na tentativa de serem construídos locais próprios para os doentes, ou seja, os manicômios. Desde então, os alienados passaram a ocupar gradativamente esses ambientes.

Com a Proclamação da República em 1889, por sua vez, o manicômio Pedro II foi submetido a uma administração pública, o que favoreceu então o surgimento da primeira política pública da saúde mental - a criação no Brasil das chamadas colônias agrícolas, cujo propósito era o de promover uma ocupação produtiva aos pacientes, colocando-os em maior contato com a natureza. (LIMA e NOGUEIRA, 2012)

No tocante à aplicação do trabalho nos hospícios, mister frisar a segregação vivenciada pelos alienados, uma vez que aos pobres se atribuíam diversas atividades produtivas, tais como costuras, bordados, confecção de vestimentas e serviços de limpeza; enquanto que aos ricos, eram oferecidas atividades lúdicas. (MACHADO et al., 1978)

Em meio à grande fragilidade do modelo manicomial – tendo em vista o total isolamento dos doentes com a sociedade, a insuficiência de médicos, o despreparo dos profissionais de saúde e a própria precariedade no tratamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

realizado – os hospícios vão se enfraquecendo aos poucos e passam a ansiar por mudanças, que ao longo dos tempos foram realizadas e defendidas por diversos profissionais da área, favorecendo a evolução da saúde mental brasileira no cenário atual.

1.2. A reforma psiquiátrica e a luta antimanicomial no Brasil

Logo após o final da Segunda Guerra Mundial a humanidade passa a aflorar por maiores sentimentos de solidariedade, generosidade, sensibilidade e tolerância e, com o desejo de reconstrução social, passa a olhar os espaços de exclusão do doente mental com novas propostas reformistas e políticas inclusivas de ações humanitárias. (DESVIAT, 1999)

Deste modo, tendo em vista as imensuráveis atrocidades ocorridas nas instituições psiquiátricas no decorrer dos tempos, notadamente os encarceramentos, as torturas, os maus- tratos, o abandono familiar e o isolamento social, em nível mundial, diversas formas de

atendimento ao doente mental começaram a emergir, no intuito de transformar ou abolir o hospital psiquiátrico. (AMARANTE, 1996)

Como exemplo, a psiquiatria de setor, com desenvolvimento na França, na qual se buscava a estruturação de um serviço público com qualidade e que atendesse o tratamento da população com problemas mentais, contemplando igualmente uma ação em saúde pública que não ocorria no antigo espaço do hospital psiquiátrico. A proposta primordial era setorizar para que o atendimento não ficasse centralizado apenas em uma instituição, que fosse desenvolvido na comunidade, e assim propiciando menor tempo de internação.

È importante frisar, entretanto, que ao que se critica a esses dois modelos reformistas europeus é que o doente não retornava à sociedade, sendo então criada uma micro sociedade no interior desses espaços, não havendo uma interlocução com o mundo social externo aos muros hospitalares.

Não restam dúvidas de que ao decorrer dos anos o hospital psiquiátrico veio desempenhar um papel com do poder estatal de segregação e de exclusão, provocando assim inconformismo por determinados setores da sociedade em âmbito mundial. No Brasil, certamente, inúmeros profissionais da saúde e, inclusive, familiares de pacientes que buscaram por mudanças do modelo opressor dos manicômios a partir da defesa da humanização e revolução do tratamento.

Cumpre destacar que na época, sob influências da Psicanálise e do modelo inglês da Comunidade Terapêutica, os médicos brasileiros, ao seguirem tais referenciais teóricos, passaram a humanizar suas propostas, incentivando a

participação mais ativa dos internos nas terapias por meio do trabalho, assim como estimulando o diálogo e a autonomia.

Por outro lado, os trabalhadores da saúde mental passaram a reivindicar melhores condições, tanto na relação de trabalho quanto na assistência aos doentes. No Brasil, o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM) inicia-se no final da década de 70, com o objetivo de melhorar as condições de trabalho, transformar o modelo de assistência psiquiátrica da época e de repensar a visão "hospitalocêntrica" da instituição manicomial.

Ainda no final da década de 80, o movimento reformista logrou êxito na intervenção do Hospital Psiquiátrico Padre Anchieta – conhecido como a "Casa dos Horrores" - na cidade de Santos, a partir de denúncias de violência, abandono e descaso com os doentes mentais, culminando, então, para o seu fechamento, fato este que repercutiu nacionalmente, sendo um marco na construção e reformulação da assistência psiquiátrica brasileira. (BRASIL, 2005)

A consolidação da luta antimanicomial pode ser observada a partir tanto da promulgação da Lei 10.216/01, a qual redireciona a assistência em saúde mental para a comunidade e assegura os direitos das pessoas acometidas de transtornos mentais; quanto da III Conferência Nacional de Saúde Mental (Brasília, 2001), com o tema "Cuidar sim, excluir não (...)", em consonância com os princípios da Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2005).

Desta maneira, as políticas públicas vieram a serem criadas e passaram a ser dotadas de mecanismos de fiscalização para a redução de leitos psiquiátricos em todo o país, além de também assegurarem financiamentos para a criação de uma rede de serviços substitutos ao hospital, conforme observado pelo Ministério da Saúde, em que no ano de 2004 os recursos gastos com os hospitais psiquiátricos representava cerca de 64% do total de seus recursos. (BRASIL, 2005).

2.DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SAÚDE MENTAL

Fazer uma definição, com bastante precisão do termo "dignidade da pessoa humana" é uma tarefa árdua, difícil, primeiramente porquê além de envolver bases religiosas, filosóficas, políticas e jurídicas, a dignidade da pessoa humana se encontra em constante transformação, tendo em vista as diversas necessidades do ser humano ao longo dos tempos.

A palavra "dignidade" provém do latim *dignitas* e, consoante o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, significa "1. Qualidade de digno. 2. Modo digno de proceder. 3. Procedimento que atrai o respeito dos outros[...]". (DICIONÁRIO, 2008)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Muito embora cada religião tenha a sua relevância e particularidade, foi a partir do cristianismo que se propagou a ideia de universalização de novos valores, mediante o entendimento de que qualquer ser humano, independentemente de sua origem étnica, gênero ou classe social, foi criado à imagem e semelhança de Deus e, assim sendo, deve buscar amar o seu próximo como ama a si mesmo. Esse amor tão ensinado por Jesus em sua época, vai de encontro com o sentido de se reconhecer em cada ser humano o respeito, a sua dignidade e o seu valor na sua individualidade. A doutrina cristã passou então a desenvolver o conceito de dignidade, tendo importância o entendimento do teólogo e filósofo Tomás de Aquino, o qual enfatizou que o ser humano, além de ser imagem e semelhança de Deus, é também capaz de autodeterminar- se, devido a sua racionalidade e dignidade, sendo livre para fazer as suas próprias escolhas. – (SARLET, 2011)

Contudo, a partir da influência dos ideais iluministas e antropocentristas, a filosofia procurou desenvolver, com êxito, a temática sob uma análise secular, tendo destaque especial o ilustre pensador Immanuel Kant, o qual considerou a dignidade humana como insubstituível e inerente ao ser humano.

De acordo com Kant, às pessoas atribui-se dignidade, enquanto que aos objetos, valor econômico. Sendo assim, não é possível retirar e tampouco substituir a dignidade, pois ela está enraizada em cada ser humano, de modo que permite cada ser racional ser um fim em si mesmo, dono de sua própria história de vida e de suas escolhas, não podendo ser meio ou instrumento de vontades alheias. (BARROSO, 2010a).

No âmbito político, por sua vez, apesar dos Estados democráticos considerarem a dignidade como um de seus fundamentos, *a priori*, apenas os poderes Legislativos e Executivos que tinham a missão de concretizá-la – o que, posteriormente, foi também atribuída essa tarefa ao poder Judiciário. (BARROSO, 2010b)

Em contrapartida, no ordenamento jurídico o desenvolvimento da dignidade humana se deu de maneira mais tardia, sendo ressaltada no Pós Segunda Guerra Mundial, em que a humanidade, traumatizada pelas inúmeras barbáries acometidas, precisava de amparo e proteção legais, que reconhecessem a importância da vida humana e que repudiassem qualquer violação à mesma. Em todo o caso, o caos vivenciado nas duas guerras mundiais (1914 - 1918 e 1939 – 1945, respectivamente) possibilitou que o homem questionasse condutas e doutrinas intolerantes, que foram legitimadas pelos regimes totalitários, a exemplo do nazi-fascismo.

Ao lado da tolerância, a busca pela paz, o temor por novas atrocidades e genocídios, acarretaram na necessidade de se defender a vida humana, sendo o

reconhecimento da dignidade um fator fundamental para a construção desses anseios e indispensável para a própria sobrevivência do ser humano perante o planeta Terra, sobretudo, na vidahipermoderna (termo que designa o atual momento da sociedade, caracterizado pelo avanço técnico- científico, valorização da racionalidade e individualismo).

Em conformidade com os dispositivos mencionados acima, resta concluir que a inerência da dignidade no ser humano é tão legítima que deve inexistir qualquer discriminação, já que todo ser humano possui dignidade, independentemente de seu estado psíquico ou físico. No âmbito da saúde mental, por sua vez, cumpre salientar que o verdadeiro parâmetro relacionado a dignidade da pessoa humana se deu a partir da resolução 46/119 de dezembro de 1991, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, na qual apresentou significativas considerações.

Assim sendo, embora não haja consenso doutrinário acerca do tema no ordenamento, não restam dúvidas de que diante das diversas transformações vivenciadas pela sociedade, sejam elas culturais, sociais, econômicas e até mesmo ambientais, atualmente, a definição jurídica de dignidade humana amplia-se no sentido de abranger o máximo possível as diferenças – fato este que reforça a necessidade de proteção da dignidade dos doentes mentais. (SARLET, 2011)

2.1. Princípio da dignidade humana e o mínimo existencial

As normas jurídicas, enquanto objeto da ciência jurídica, se resultam como fruto da relação do Direito perante a sociedade, com o intuito de promoverem a justiça e a ordem social, a partir da emissão de comandos de imperatividade – dever de submissão à norma – e de garantias – utilizadas tanto para reforçar a necessidade de observância de uma norma, quanto na possibilidade de tutela de direitos em razão de sua inobservância. (BARROSO, 2010a)

Logo, o sistema jurídico deve ser compreendido como um sistema normativo aberto, dotado de regras e princípios, sendo a norma jurídica o gênero dessas duas espécies. Entretanto, há distinções significativas entre tais espécies normativas, notadamente quanto ao conteúdo, estrutura, grau de abstração e de aplicabilidade – sendo necessário tecer algumas considerações. (TAVARES, 2010)

É possível observar que as regras jurídicas são instrumentos dotados de pouco grau de abstração e apresentam em sua essência uma estrutura descritiva – pois descrevem ou impõem condutas concretas a serem ou permitidas ou proibidas. Portanto, ou são aplicadas em uma determinada situação ou não são, pois vigora o "tudo ou nada" – ou são válidas ou são

inválidas, não sendo possível um meio termo (a não ser que prevejam expressamente suas exceções).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito aos princípios, por sua vez, estes têm apresentado significativa relevância no ordenamento jurídico, vez que estão no centro de seu sistema e irradiam sobre ele, "(...) influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito". É, portanto, evidente a sua essência valorativa - tendo em vista a busca pela inserção de valores (como a dignidade humana) - e finalística - a partir da realização de uma finalidade jurídica relevante tanto para o ordenamento, quanto para a sociedade.

Sem dúvida, os princípios jurídicos são dotados de alto grau de abstração, tendo em vista que não previnem condutas concretas (como fazem as regras), pois apresentam-se constantemente em evolução, já que são abertos, favorecendo com que diante de um caso concreto o operador do Direito encontre a melhor solução possível, a partir da aplicação de um princípio, que neste determinado caso considere ser mais relevante em detrimento de outro – devendo ser realizada a ponderação como solução de conflitos entre princípios.

Imperioso frisar que, muito embora seja majoritária a classificação principiológica da dignidade da pessoa humana, é sim possível depreender que o seu conceito amplo e indeterminado possibilita diversas construções teóricas, inclusive entendimentos discrepantes acerca da sua natureza jurídica.

Tendo em vista a dinâmica construção doutrinária acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, há quem aponte para a existência de um caráter multidimensional da dignidade, de modo que haveriam expressivas dimensões a interagirem e influenciarem os seus destinatários.Em análise da obra de Sarlet (2011), é possível auferir que o jurista, a partir da reunião de diversos autores, destaca como as seguintes dimensões da dignidade humana: ontológica; histórico-cultural; intersubjetiva; comunitária ou social; política; ecológica; defensiva e prestacional. Mister frisar que cada dimensão possui a sua relevância na contribuição atual do estudo da dignidade e, por isso, merece ser analisada cada uma individualmente.

A compreensão de uma dimensão ontológica remete à análise kantiana acerca da inerência da dignidade, pois esta é considerada um valor intrínseco ao ser humano. Ocorre que o sentido aqui atribuído não deve ser apenas o biológico, pois reduzir a dignidade humana meramente como algo congênito ao homem é insuficiente para que haja o seu verdadeiro e efetivo alcance perante a sociedade, uma vez que os desafios da realidade demandam maiores mecanismos para a sua concretização. (SARLET, 2011)

No aspecto cultural, entretanto, a questão é muito complexa, pois em razão da diversidade cultural existente no mundo, a percepção acerca do que representa a dignidade humana diverge para cada cultura (SARLET, 2011). E, não bastasse isso, a maior parte dos estudos relacionados à dignidade humana e aos

direitos humanos em geral, são realizados sob o ponto de vista ocidental, sendo difícil conhecer precisamente as considerações teóricas do tema na visão oriental, por exemplo.

Embora esteja presente em cada indivíduo, é relevante que a dignidade também seja reconhecida como um atributo coletivo, de maneira que atue em prol da coletividade – já que inclusive formalmente, todos os indivíduos são considerados iguais em direitos e deveres, conforme o art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal de 1988. (SARLET, 2011)

Sem dúvida, o Estado cumpre uma função de extrema relevância no meio social, de modo que deva ser o garantidor de condições mínimas existenciais aos seus indivíduos – o chamado mínimo existencial. É sabido que o poder estatal deve considerar a dignidade humana em suas atuações, de modo que estas não sejam arbitrárias e tampouco desconsiderem preceitos fundamentais consagrados democraticamente. Sendo assim, compreender a dimensão defensiva da dignidade humana como um limite ao Estado é primordial.

A dignidade da pessoa humana, pricípio constitucional, como limite impede com que abusos ocorram perante a sociedade, e, embora sofra transformações com o passar dos tempos, enquanto limite ela deve ser analisada como algo que seja imutável e fixo, com o intuito de que independentemente do espaço de tempo, arbitrariedades e violações sejam sempre combatidas e limitadas por ela.

É necessário que o Estado viabilize mecanismos satisfatórios à promoção de uma vida digna, em que oportunidades e condições sejam verdadeiramente asseguradas, e não apenas previstas.

Ademais, é prudente ressaltar que essa dupla dimensão – defensiva (negativa) e prestacional (positiva) - do princípio da dignidade humana, além de fazer uma observação nas atuações estatais, também se faz presente nas relações entre particulares, sendo que ofensas a tal princípio são inaceitáveis.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana em cada indivíduo é fundamentamente importante para que se busque e almeje o mínimo existencial, já que o homem não pode ser rechaçado a um mero objeto (coisificado), devendo ser observada a sua essência humana, os seus valores, cujas necessidades vitais, fisiológicas e espirituais são evidenciadas em sua própria existência.2.2. O direito fundamental social à saúde mental enquanto dimensão do mínimo existencial

Há bastante tempos, é possível verificar a presença de direitos fundamentais no ordenamento jurídico – como por exemplo, a Lei das Doze

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tábuas do Direito Romano na Antiguidade e a Magna Carta de 1215 na Idade Média.

Ocorre que a partir da evolução da ciência jurídica e notadamente do constitucionalismo moderno na Idade Contemporânea, as Constituições passaram a prever os direitos fundamentais em seus textos, tendo em vista a busca pela efetividade desses direitos – como fez a Constituição pátria de 1988, ao inserir em seu Título II a previsão "dos direitos e garantias fundamentais".

A doutrina majoritária classifica os direitos fundamentais em três dimensões (ou gerações). A primeira dimensão compreende os direitos individuais (direitos de liberdade), os quais estão relacionados ao papel negativo estatal, em que o principal dever do Estado é o de não intervir. Já os direitos de segunda dimensão, são os direitos sociais (relacionados ao direito à igualdade), os quais demandam atuação positiva do Estado, tendo em vista que ele deve promover o bem estar social. (TAVARES, 2010) Por outro lado, imperioso frisar que apesar do texto constitucional ter inserido os direitos sociais dentro do Título II dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II), – o que por sua vez evidencia a sua natureza de direito fundamental - há quem defenda que eles não seriam originariamente direitos fundamentais, mas apenas apresentariam um status desses.

Desse modo, enquanto normas programáticas, a eficácia desses direitos seria limitada, ou seja, com produção de poucos efeitos, ante a necessidade de implementação de reiteradas políticas públicas – ao contrário da eficácia dos direitos fundamentais, que, conforme dispõe o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal, é direta e imediata.

Partindo dessa visão conservadora, o direito social à saúde, portanto, seria compreendido como uma norma programática, e, então, de eficácia limitada - tendo em vista a disposição do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Para Torres (1989), outra diferença significativa entre tais direitos seria acerca da obrigatoriedade de seu cumprimento pelo Estado, pois, enquanto que os direitos sociais não obrigam as prestações positivas estatais – ante a sua relação com o ideal de justiça-, os direitos fundamentais, ao revés, geram obrigatoriedade, devido a sua natureza de direito público subjetivo – sendo pertinente ressaltar que se inclui também essa obrigatoriedade ao mínimo existencial, vez que o exercício da liberdade é seu fundamento.

Desse modo, Torres (1989) considera que o *status positivus libertatis*, por associar-se ao exercício da liberdade, gera obrigatoriedade da prestação positiva do Estado, inclusive por encontrar-se enquanto direito público subjetivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, atualmente se faz pertinente a compreensão dos direitos sociais sob uma perspectiva principiológica, em que eles seriam, portanto, observados enquanto princípios, sendo consequentemente, valorativos e norteadores tanto do ordenamento jurídico quanto do legislador constituinte. No mais, é indispensável ressaltar o diverso entendimento jurisprudencial – notadamente a partir do Supremo Tribunal Federal – e também doutrinário, de que o Estado tem o dever de cumprir um mínimo existencial dos direitos sociais, sendo, portanto, inaceitável alegar a reserva do possível para descumprir o seu mínimo existencial – neste caso, o direito à saúde mental.

O CASO DAMIÃO XIMENES NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em meio a um cenário temeroso vivenciado pelos pacientes que se encontram internados em diversas instituições psiquiátricas ao decorrer de todo país, vale destaca a cruel e macabra história de Damião Ximenes Lopes, onde o mesmo foi encontrado morto aos 30 anos de idade na Casa de Repouso Guararapes em Sobral, Ceará, no dia 04 de outubro do ano de 1999.

Conforme relata sua irmã Irene, Damião cresceu em uma família pobre no sertão cearense, constituida por sete filhos, uma mãe sempre presente e um pai rude e ignorante. Sua família passou por muitas privações, tanto financeiras quanto afetivas – tendo em vista o temor transmitido pela autoridade paterna/ excessos educacionais. Damião era o irmão mais ambicioso e muito sonhador, mas a pobreza lhe causava muito sofrimento. Era considerado tímido, calmo, criativo, possuía raciocínio lógico e um olhar pensativo. Viveu saudavelmente até a idade de dezessete anos.

Após, conforme observa Irene, uma somatória de fatores contribuíram para que ele desenvolvesse crises psíquicas: seu bom relacionamento com um de seus irmãos, Cosme, foi prejudicado, tendo em vista que este havia se mudado para o Rio de Janeiro para trabalhar – o que lhe causou muita tristeza; ademais, sofrera uma pancada acidental na escola, ficando desacordado em torno de meia hora e também apanhara brutalmente de seu pai por não ter lhe correspondido em um provável momento de sonambolismo – fato que no dia posterior apresentava falas sem nexo.

Irene acredita que Damião possuía depressão e que era incompreendido pela família, sendo muitas vezes criticado ao usar sua criatividade – esta era considerada como integrante de sua loucura. Suas crises passaram a se tornar mais frequentes e seu comportamento geralmente era o de ficar mais arredio, sem conversar com as pessoas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No final do ano de 1995, Damião foi levado pela primeira vez à casa de repouso Guararapes, sendo lá internado durante dois meses. A partir de então, passou a fazer uso controlado de medicamentos. Já neste primeiro contato com a casa de repouso, seus relatos eram de que só havia violência no local. Ocorre que em março de 1998, ao fazer uma consulta na capital cearense, no caminho para retornar a sua cidade, Damião passou a apresentar um comportamento agitado, dificultando a condução do carro em que estava, o que ocasionou em um acidente. Logo em seguida, ele passa a caminhar pela rua e sua mãe Albertina, ao perdê-lo de vista, aciona a polícia, a qual ao encontrá-lo próximo a Sobral, o deixa novamente na casa de repouso de Guararapes.

Ao receber alta da internação, Damião retornou para sua casa totalmente desanimado, sem vontade de fazer qualquer coisa, inclusive o que gostava. Ademais, devido aos efeitos colaterais dos medicamentos – náuseas – decidiu parar de ingeri-los, fato que lhe causou insônia e total falta de apetite. Sua mãe, com medo de suas crises retornarem devido a não ingestão dos medicamentos, decidiu levá-lo no dia primeiro de outubro de 1999 para ser novamente consultado na instituição Guararapes. Todavia, não havia nenhum médico no estabelecimento para realizar a consulta. Deste modo, Albertina decidiu então que Damião fosse internado para receber o tratamento.

No dia 04 de outubro daquele ano, a mãe decidiu retornar ao hospital para fazer uma visita ao filho e lhe informaram na portaria que o mesmo não podia receber visitas. Desesperada, Albertina passa a gritar o nome de Damião e este aparece todo machucado.

Mal sabia Albertina que este era o último momento que estaria em contato com seu filho, pois ao retornar desolada para sua cidade, cuja distância é de 72 km do hospital, naquele mesmo dia, teve a triste notícia do falecimento de Damião – devido a uma parada cardiorrespiratória, conforme constava no laudo médico. Ocorre que, obviamente, devido às péssimas condições observadas pela família da vítima na instituição de Guararapes, era no mínimo duvidoso acreditar em tal laudo. Sendo assim, os familiares solicitaram a realização de laudo pericial e, para maior indignação, o mesmo foi realizado pelo mesmo médico de Guararapes, Dr. Francisco Ivo, pois ele também era o médico legista da polícia, não havendo nenhuma alteração.

Deste modo, diante do inconformismo, o corpo de Damião foi levado para a capital para realização de necropsia no Instituto Médico Legal (IML), tendo sido, entretanto, indeterminada a causa da morte e sem demais "elementos para responder". (SILVA, 2011)

A partir de então, inúmeros órgãos públicos foram acionados, a fim de que fosse apurada verdadeiramente a situação de Damião e demais tratamentos

horrendos realizados naquela instituição psiquiátrica. Pacientes que foram internados no hospital de Guararapes prestaram depoimentos e em seus relatos foi possível depreender a total desumanidade dos profissionais de saúde para com os doentes – sendo inclusive ressaltado que as práticas de violência e tortura eram realizadas pelos enfermeiros, seus auxiliares ou monitores de pátio. E, certamente, os médicos tinham conhecimento das agressões, mas se tornavam indiferentes.

Esses profissionais incentivavam brigas e contendas entre os próprios pacientes e depois lhes desferiam chutes, socos e demais atos violentos. Alguns até chegaram a estuprar pacientes e estes se viam em situação de total submissão e vulnerabilidade.

Além dos maus-tratos e abusos sexuais praticados pelos funcionários da instituição, foi constatada a falta total de infraestrutura e higiene do local, já que quase não havia água para

os doentes beberem e tampouco tomarem banho, não havia papel higiênico e outros objetos de higienização, faltavam médicos para uma quantidade significativa de internos, o ambiente era sujo, precário e inabitável.

Ocorre que muito embora a Comissão tenha sugerido pelo descredenciamento, no tocante ao caso de Damião Ximenes, a mesma concluiu pela inexistência de evidências de que o óbito do paciente estaria relacionado a práticas de violência e tortura naquele hospital, o que, por sua vez, novamente, demonstra o acobertamento aos profissionais de saúde daquela instituição. Após o óbito de Damião, apesar de terem sido ajuizadas ações tanto na esfera penal (27 de março de 2000) quanto na esfera cível (06 de julho de 2000), ante todo o horror praticado contra o paciente, no âmbito nacional, não houve de fato, até naquele o momento, uma verdadeira investigação e condenação.

Sendo assim, à família de Damião não restou outra alternativa senão clamar por justiça externamente, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1999. Foi então oferecida denúncia contra o Estado brasileiro, por ter violado o direito à vida, integridade pessoal, proteção da honra e dignidade de Damião.

Imprescindível ressaltar, outrossim, que o caso Damião Ximenes foi o primeiro caso brasileiro a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, – caso 12237 – sendo que, nesse momento, é a primeira vez que esse Tribunal se pronuncia acerca da violação de direitos de um doente mental.

3.1. O reconhecimento jurídico da inefetividade do direito fundamental a saúde mental no Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir da criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo em vista o sofrimento vivenciado nas guerras mundiais, o mundo passa a reforçar e a universalizar a proteção dos direitos humanos, emergindo tratados que abrangem dentro do âmbito internacional, tanto um sistema global, quanto um sistema regional de proteção desses direitos. À luz da dignidade humana, esses sistemas, portanto, visam atuar em conjunto com o sistema nacional de cada país, a fim de que de fato seja mais eficaz a proteção dos direitos humanos. (SUR, 2004)

Em 1948, foi realizada em Bogotá, Colômbia, a Nona Conferência Internacional Americana, na qual resultou na fundação da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo proposta a Carta da OEA – cuja entrada em vigor ocorreu em 1951- assim como aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – esta, é considerada o importante mecanismo de proteção internacional dos direitos humanos, tendo inclusive introduzido o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), além de apresentar autonomia, é considerada como principal órgão da OEA, devendo zelar pelos direitos humanos na América – análise dos artigos 106 da Carta da OEA e art.1º do Regulamento da CIDH. Em análise da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – em vigor desde 1979, em seu artigo 44, tem-se o entendimento de que a Comissão passou a conhecer e examinar denúncias de indivíduos que tiveram seus direitos violados pelos seus Estados.

Tendo o autor da alegação apresentado denúncia à Comissão, esta buscará a mediação do conflito. Não havendo solução amistosa, o órgão então recomendará medidas a serem adotadas pelo Estado infrator, a fim de que seja amparada a violação. Caso o Estado não cumpra com as determinações, poderá haver a publicidade do caso e, havendo esgotamento do procedimento perante à Comissão, o mesmo será remetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)- desde que o Estado reconheça a obrigatoriedade da competência desta. (FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, 2007, p.8)

Sem dúvida, a publicidade de um caso violado por um Estado-parte gera o seu constrangimento. É uma maneira de intimidar e compelir o Estado e os demais Estados-partes para que não violem direitos de seus indivíduos. Tanto nacional quanto internacionalmente o conhecimento de violações causa indignações, podendo até interferir em relações diplomáticas, políticas e econômicas. (SILVA, 2011, p.94)

A grande atuação internacional do sistema interamericano favorece maior fiscalização das atividades estatais no âmbito interno, a partir de seu

monitoramento, condicionando o Estado- parte, na hipótese de violação de seus direitos fundamentais – como é o caso de Damião Ximenes- a não apenas justificar suas ações violadoras, mas também a responder e responsabilizar-se por elas.

Como forma de tutela internacional ao indivíduo que teve o seu direito violado, responderá o Estado objetivamente pelos danos que tiver causado – sendo portanto necessária apenas a demonstração do nexo causal entre a conduta infratora do Estado e o dano causado resultante daquela. São considerados direitos humanos os direitos indispensáveis a vida humana que estejam relacionados com a liberdade, igualdade e dignidade, sendo reconhecidos em tratados. Trazem, portanto, no âmbito externo, a universalização de direitos. Os direitos fundamentais, por sua vez, encontram-se no âmbito interno, sendo direitos que estão positivados nas constituições pátrias.

Importante salientar que internacionalmente, a busca pela proteção dos direitos humanos no Brasil se consagrou a partir da redemocratização, notadamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual certamente, trouxe o reconhecimento de inúmeros direitos e garantias fundamentáis à sociedade brasileira – inclusive para impedir retrocessos e intolerâncias vivenciados na era da ditadura militar.

Sob este prisma, a inclusão da dignidade humana no art. 1º, inciso III como um dos fundamentos da República trouxe significativa relevância, tendo em vista que, nas palavras de Sarlet, a Constituição pátria reconheceu que "(...) é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano, constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal". (SARLET, 2011). Por sua vez, a partir da análise do art.5º, caput e seus incisos, é possível depreender a importância dos direitos e das garantias fundamentais para a concretização dos objetivos almejados pelo Estado Social e Democrático de Direito, sendo inclusive imprescindíveis na concretização da dignidade humana.

Ademais, tendo em vista a irrenunciabilidade e inalienabilidade da dignidade da pessoa humana, como aponta Sarlet (2011), essa "pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Deste modo, em 31 de dezembro de 2003, foi encaminhado ao Estado brasileiro o presente relatório, a fim de que se manifestasse no prazo de dois meses. O Brasil solicitou então a prorrogação do prazo, o que lhe foi concedido em dois momentos, e apresentou no dia 29 de setembro de 2004, suas alegações acerca do possível cumprimento das recomendações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Comissão, por sua vez, concluiu pelo descumprimento brasileiro das recomendações que realizara, já que "(...) não havia avanços substanciais no esclarecimento judicial dos fatos que levaram à morte da vítima, nem no julgamento dos responsáveis, como tampouco haviam sido adotadas medidas adequadas destinadas à reparação, conforme recomendava o Relatório nº43/03 da CIDH". (OEA, 2005, p.676)

Sendo assim, no dia primeiro de outubro daquele mesmo ano, o Caso foi submetido à Corte Interamericana, em atenção às atribuições de sua competência – consoante dispõe o art.62(3) da Convenção e art.44 do Regulamento da Comissão, além da atenção dada ao art. 51 da Convenção. No mês de março de 2005, o Estado apresentou uma exceção preliminar, com base na alegação de esgotamento de recursos internos, e também uma contestação, apresentando provas, nos termos do art. 41 do Regulamento da Corte.

Embora o art. 46 do inciso 1, alínea a da Convenção Americana reconheça que um dos mecanismos de admissibilidade da petição perante a Comissão é de que na jurisdição interna tenham sido esgotados os seus recursos, esse mesmo artigo dispõe exceções a essa regra. No Caso em comento, as exceções ao esgotamento dos recursos da jurisdição interna podem ser observadas notadamente à falta de celeridade processual da justiça brasileira perante as ações civil e penal movidas no direito interno.

Ademais, durante realização de audiência pública em 30 de novembro e 01 de dezembro de 2005, em sua primeira parte, a Corte decidiu pela extemporaneidade da exceção preliminar alegada, rejeitando-a, portanto, já que a mesma deveria ter sido alegada no momento de admissibilidade da petição. (OEA, 2005)

Na segunda parte da audiência, o Estado brasileiro reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional no Caso, considerando apenas a violação dos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal) da Convenção Americana - estando neste ponto, encerrada a controvérsia. Reconheceu, portanto, a morte de Damião na instituição, os maus- tratos que sofrera, assim como a precária assistência fornecida pelo hospital, o que favoreceu no óbito do mesmo. (OEA, 2005).

3.2. Políticas para efetivação do direito fundamental à saúde mental no Brasil

Com grande certeza, a condenação brasileira no Caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil na Corte Interamericana gerou tanto uma expressiva repercussão quanto uma pressão internacional perante o Estado. As atribuições conferidas internacionalmente ao país como mecanismos de reparação,

humanização e maior inclusão do sistema de saúde mental favoreceram na desconstrução do modelo manicomial opressor, possibilitando maior alcance dos objetivos da reforma psiquiátrica nas instituições.

É cediço que os direitos fundamentais consagrados na Constituição federal tal como a proteção da dignidade da pessoa humana reforçam a busca por estratégias efetivas e positivas no âmbito da saúde mental. De modo que sejam verdadeiramente tutelados os direitos dos portadores de doença mental, não havendo apenas a simples positivação de uma norma, mas também repercutindo em sua real eficácia – a fim de que a letra da lei não seja uma lei morta.

Caso as leis brasileiras e os tratados internacionais que o país aderiu estivessem em perfeita aplicação, não haveria a necessidade de uma condenação internacional de um caso brasileiro marcado por maus-tratos e tratamento desumano. Da mesma forma, inexistiriam ou seriam mínimas as violências nas instituições psiquiátricas.

Ocorre que, evidentemente, o caminho oposto - da inexistência de leis que tutelem os direitos dos doentes mentais – seria muito mais trágico, já que favoreceria infinitamente atitudes arbitrárias e cruéis sem qualquer fiscalização, investigação e condenação.

Logo, faz-se necessária uma atuação com estímulo e amparo do Estado, na proteção e respeito de direitos e garantias dos doentes mentais dentro do âmbito da assistência psiquiátrica – seja pelo texto constitucional, por leis infraconstitucionais ou tratados internacionais. A constituição brasileira de 1988, portanto, em seus artigos 196 a 200, ao considerar a saúde como "direito de todos e dever do Estado" – artigo 196, atribui ao poder estatal a importante missão na instituição de políticas públicas que permitam o verdadeiro acesso de seu povo à saúde.

Por sua vez, foi a partir da Lei nº 10216, de 06 de abril do ano de 2001, que se buscou maiores avanços na área da saúde mental, sendo defendida a desisntitucionalização do modelo manicomial para dar espaço ao tratamento humanizado, que promove o contato do doente com a sociedade e ao mesmo tempo maior convívio com sua família. A presente lei federal "dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental". (BRASIL, 2004)

Pela análise do art. 2º dessa lei, é possível verificar que mensalmente, o paciente egresso e portador de transtorno mental auferirá como auxílio pecuniário o benefício de R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) durante um ano – podendo tal benefício ser reajustado pelo Poder Executivo e ser modificado tal prazo, de acordo com as necessidades para reintegração social do paciente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Programa de Volta Para Casa em conjunto com o Programa de Redução de Leitos Hospitalares de longa permanência e os serviços de Residência Terapêutica, são essenciais para fortalecer o processo de desinstitucionalização e a construção da cidadania dos portadores de doença mental. Da mesma forma, foi fundamental a divulgação de uma carta no I Seminário Nacional do Programa de Volta Para Casa, (Brasília,2007), com o intuito de convocar a aceleração da reforma a partir do rompimento de internações prolongadas de pacientes.

Portanto, no decorrer dos tempos, a Reforma Psiquiátrica brasileira vai se consolidando mediante a construção de uma rede de atenção à saúde mental como parte integrante do SUS, o qual compartilha princípios comuns, garantindo a gratuidade, equidade, integralidade e controle social das ações, sendo neste contexto que se inserem os novos dispositivos que formam esta rede:

a) Centro de Atenção Psicossocial (CAPS I, II e III) - as três modalidades de serviços são capacitadas para o atendimento de pessoas portadoras de transtorno mental severo em seu território, em regime diário de tratamento não-intensivo, semi-intensivo e intensivo, funcionando em área física e específica e independente de qualquer estrutura hospitalar. (BRASIL, 2004); b) Centro de Atenção Psicossocial Álcool e outras Drogas (CAPS-AD) - serviço de atenção psicossocial para atendimentos de pessoas com transtornos decorrentes do uso e dependência química. (BRASIL, 2004). c) Centro de Atenção Psicossocial da Infância e Adolescência (CAPS-i II) - dispositivo para o atendimento diário das crianças e adolescentes com transtornos mentais. (BRASIL, 2004). D) Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental - uma modalidade de atendimento substitutiva da internação prolongada que garante assistência aos portadores de transtornos mentais com grave dependência institucional, sem vínculos familiares, sem moradia e sem autonomia. (BRASIL, 2004) e) Serviços de Urgência Psiquiátrica em Hospital Geral - dispositivo situado em pronto socorro de hospital geral que funciona 24 horas e contam com apoio de leitos de internação para até 72 horas. (BRASIL, 2004) f) Leitos Psiquiátricos em Hospital Geral - os quais funcionam como retaguarda para os CAPS, para o atendimento ao portador de transtorno mental severo acometido por doenças orgânicas. (BRASIL, 2004)

Hospital Psiquiátrico - local que promove internação de pacientes portadores de doença mental severa, quando esgotadas todas as possibilidades de tratamento extra hospitalar. (BRASIL, 2004); g) Hospital-dia - representa um recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, visando a substituição da internação integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho, sem dúvida, possibilitou na compreensão de questões relevantes no que se refere ao âmbito da saúde mental, notadamente a partir do conhecimento de situações traumáticas vivenciadas pelos pacientes em decorrência de violentas correções comportamentais, assim como evolutivas no tratamento realizado dentro das instituições psiquiátricas. Evidentemente, as árduas e graduais conquistas observadas na assistência da saúde mental resultaram-se da busca incessante por mudanças, a partir da crença pela humanização do modelo assistencial – perspectiva fundamentalmente reconhecida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, é imprescindível a compreensão de que o portador de doença mental – antes de tudo, um ser humano – deve ser respeitado em sua dignidade, sendo merecedor da tutela do Estado, a quem compete adotar políticas públicas visando sua inserção na sociedade e a efetiva proteção de seus direitos.

Reitera-se que a dignidade dos doentes mentais deve ser tutelada pelo poder estatal, garantindo-lhes a observância de direitos em suas dimensões positivas (prestacionais) e negativas (defensivas), penalizando-se eventuais violações em seus direitos fundamentais, em sua dignidade humana e seu mínimo existencial. O mínimo existencial, enquanto condições existenciais básicas a serem observadas pelo ente federativo, deve ser protegido, e, para isso, como acima ressaltado, devem haver mecanismos institucionais viáveis para a implementação de políticas públicas que promovam maior inclusão e maiores condições aptas a satisfazerem as necessidades humanas dos portadores de transtornos mentais.

Garantir o cumprimento de um mínimo à existência digna do doente mental deve ser observado como um dos "primeiros passos" para a desconstrução dos estigmas vivenciados por esses seres, mas, certamente, não se findam apenas nesta concretização, mormente porquê há a significativa necessidade do rompimento dos espaços de exclusão das instituições, no sentido de ser promovida a ressocialização desses indivíduos na sociedade.

Proporcionar-lhes trabalho, alimentação, moradia, lazer, tratamento adequado e outros meios de subsistência favorecem para o propósito da erradicação de alguns problemas sociais e econômicos – notadamente tendo em consideração que uma significativa parcela dos doentes mentais encontra-se marginalizada pela sociedade tanto em razão de preconceito e discriminação quanto devido à precária situação econômica que se encontram.

E, nessas circunstâncias, o desamparo do ser humano deve atrair a presença do Estado, que tem o dever de dar proteção, assistência em suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

necessidades de tratamento de saúde, provimento de suas carências materiais e fornecimento de um mínimo de dignidade humana.

É um dever fundado em nossa Carta Magna, e que inclusive, vai de encontro com o entendimento constitucional da dignidade humana enquanto um dos princípios fundamentais da República (art. 1º, III, CF/88).

Ademais, não se pode ignorar o texto constitucional da saúde como "direito de todos e dever do Estado", o qual, indubitavelmente, tem o dever de assegurar a implementação de políticas "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" – art. 196 da Constituição Federal de 1988..

Entretanto, também é conhecida as precárias condições do sistema de saúde pública no país, assim como se mostra insuficiente a fiscalização do poder público frente ao fiel cumprimento das propostas reformistas da assistência psiquiátrica, o que acarreta muitas vezes, em situações assistenciais desumanas, contrárias às próprias pretensões buscadas pelo modelo antimanicomial – modelo este que prima pela abolição do manicômio enquanto instituição fechada e violenta, desprovida de afeto e cuidados científicos.

Deste modo, é fundamental que se faça cada vez mais fortalecido o movimento antimanicomial, com suas propostas reformistas de enxergar o doente mental primeiramente como um ser humano qualquer, para assim ser analisada, estudada e tutelada a sua doença mental. A fim de que realmente haja efetividade dos direitos fundamentais no âmbito da saúde mental, é primordial que o Estado seja garantidor e protetor de direitos, que busque concretizar o mínimo existencial e que seja ativamente fiscalizador do tratamento psiquiátrico realizado em toda a seara nacional – a fim, inclusive, de que casos como o vivenciado por Damião, não se repitam e não resultem em mais vítimas.

Ademais, cumpre salientar que as indagações realizadas anteriormente na introdução desse trabalho, restaram consideradas, sendo necessária a constatação de que o reconhecimento do princípio da dignidade humana aos portadores de transtornos mentais é fundamental para a proteção de seus direitos. Nesse contexto, faz-se necessário reconhecer a função desenvolvida pela dignidade humana enquanto componente basilar de todo o ordenamento jurídico e das relações sociais.

Por fim, se faz necessário reconhecer a complexidade e amplitude do tema abordado neste modesto estudo. De qualquer forma, seu objetivo é o de chamar a atenção para a histórica e atual marginalização e exclusão do doente mental, entretanto, com a compreensão de que grande parte de seu sofrimento pode ser

amenizado com a intervenção do Estado e de toda sociedade em favor da ação de políticas públicas protetivas e a efetivação de seus direitos fundamentais, ciente de que muito se caminhou e ainda há um longo caminho a percorrer para vivermos em uma sociedade humanizada para todos.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**. Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113927 Acesso em: 09 de Julho de 2017

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.**

BRASIL, Ministério da Saúde. **Coordenação Geral de Saúde Mental / DAPE / SAS**

Disponível em: http://pvc.datasus.gov.br/ Acesso em: 4 de agosto de 2017

Reforma Psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Brasília, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 745745/MG** – Belo Horizonte. Relator: Min. Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Julgamento: 02 dezembro de 2014.

DIGNIDADE. **in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2008-2013.

Disponível em: https://www.priberam.pt/DLPO/dignidade Acesso em: 5 de setembro de 2019

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris (Editor).1991, p.11. http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/saude/smental.htm Acesso em: 10 de Junho de 2019

LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** Tradução de: Walter Stönner. Edições e publicações Brasil, São Paulo,1933, p.63.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** 1979. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp Acesso em: 20 de Julho de 2019

SARLET, Ingo Wolfgang et al.. **Jurisdição Constitucional, Democracia, e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes.** 2 série. JusPodivm. Salvador, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo: Nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional.** 25 ed. ver. Atual. n. 48. São Paulo. 1976-2005.

SIVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). **A instituição sinistra Mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil**. Conselho Federal de Psicologia, 2001. 398p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER EMPREGADA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NA LEI MARIA DA PENHA

SILLEN SANDREWLLY LEANDRO DA SILVA:
Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho analisou os aspectos trabalhistas da Lei Maria da Penha e as suas divergências. Foi examinada a medida de proteção que garante à mulher empregada vítima de violência doméstica ou familiar a manutenção de seu vínculo trabalhista por até seis meses quando necessitar se afastar do seu local de trabalho. Apresentou as divergências doutrinárias acerca da sua natureza jurídica, se é interrupção ou suspensão do contrato de trabalho, o qual é mantido durante o afastamento. Tem-se que o tema ainda gera controvérsias sobre a possibilidade de aplicação do instituto da estabilidade após o término da medida protetiva e o consequente retorno da trabalhadora ao seu labor à luz da base legal vigente. Por fim, examinou a controvérsia quanto à competência jurisdicional para a concessão do afastamento, considerando-se os entendimentos da Justiça do Trabalho e do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou, na ausência destes, das Varas Criminais da Justiça Comum.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Mulher empregada vítima violência doméstica e familiar. Suspensão do contrato de trabalho. Proteção do trabalho.

ABSTRACT: This paper analyzed the labor aspects of the Maria da Penha Law and its differences. The protective measure that guarantees employed women who are victims of domestic or family violence to maintain their employment relationship for up to six months when they need to leave their workplace was examined. He presented doctrinal differences about its legal nature, whether it is interruption or suspension of the employment contract, which is maintained during the removal. There is still controversy about the possibility of applying the stability institute after the end of the protective measure and the consequent return of the worker to her work in the light of the current legal basis. Finally, it examined the controversy over the jurisdictional jurisdiction for granting expulsion, considering the understandings of the Labor Court and the Court of Domestic and Family Violence against Women or, in their absence, the Criminal Courts of the Common Justice.

Keywords: Maria da Penha Law. Female employee victim of domestic and family violence. Suspension of employment contract. Work protection.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objeto analisar o instituto de proteção ao afastamento da mulher empregada vítima de violência doméstica e familiar, na forma estabelecida na Lei Maria da Penha, diante da garantia da manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o seu afastamento do local de trabalho, a fim de salvaguardar a sua integridade física e psicológica.

A inserção da mulher no mercado de trabalho e a busca pela independência financeira e legal provocaram uma mudança de paradigmas, onde as mulheres não aceitam mais ser vistas como propriedade de seus cônjuges ou companheiros.

As conquistas alcançadas pelo movimento feminista e pelas mudanças graduais das legislações, guiadas pela Constituição Federal de 1988, que prevê a igualdade entre homens e mulheres e o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares, bem como os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, impulsionaram o combate à violência contra a mulher.

A violência contra mulher no âmbito doméstico e familiar é uma realidade que apenas há pouco tempo passou a ser discutida e combatida no Brasil. Antes, a proteção legal era escassa, restrita ao âmbito penal e marcada pela discriminação contra as mulheres.

O patriarcalismo e o machismo constituem duas das principais bases históricas da sociedade brasileira, fazendo com que durante décadas as mulheres não tivessem liberdade nem direitos assegurados pela lei.

A impunidade e a morosidade nos procedimentos investigatórios e processos judiciais que tratavam sobre os poucos casos de violência doméstica ou familiar que chegavam a ser denunciados, associados às bases patriarcais e machistas que historicamente construíram a sociedade e cultura brasileiras, faziam com que o medo e a submissão reinassem nos lares de incontáveis famílias.

Buscando dar efetividade ao preceito constitucional que estabelece o dever estatal de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares e dar efetividade aos compromissos internacionais assumidos, o legislado trouxe ao mundo jurídico um importante diploma legal que ultrapassa a esfera criminal, incidindo sobre o âmbito cível, administrativo e trabalhista.

A Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como "Lei Maria da Penha", além internalizar mecanismos jurídicos internacionais de proteção à mulher, como 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, serviu de marco na implementação de medidas

protetivas às mulheres empregadas vítimas de violência doméstica e familiar, não se restringindo à punição do agressor, mas com uma abordagem mais ampla, implantando uma verdadeira política pública destinada a combater a violência de gênero.

Em todo o vasto território brasileiro têm-se notícias de violência doméstica e familiar que chegam a trazer ao óbito número significativo de mulheres, mães, avós, filhas e irmãs que perecem sob os ciúmes e a intolerância de seus algozes, os quais via de regra, por possuírem uma renda e sustentarem financeiramente a família, se arvoram do inglório direito potestativo sobre o corpo, a mente e a liberdade das mulheres.

O Brasil possui um longo caminho para se chegar a uma democracia plena e, como reza o texto constitucional, e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88).

Proteger as avós, mães, filhas, netas, irmãs, tias e primas não é um favor ou uma faculdade. É um dever de todos enquanto sociedade, enquanto estado democrático de direito, enquanto nação, enquanto serem humanos.

O caminho ainda é longo, pois realidades sociais divorciadas da igualdade material, da garantia e da observância aos direitos humanos fundamentais demonstram diariamente nos noticiários o quanto mulheres se subjugam por um prato de comida e por um teto, muitas vezes se sujeitando a violência de seu próprio corpo para proteger filhos, pais e avós doentes que delas dependem.

Proteger a mulher vítima de violência doméstica não é apenas proteger a mulher, é proteger a sociedade, é proteger a justiça social, é garantir uma sociedade justa e solidária, é garantir o futuro de uma nação.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI MARIA DA PENHA

A alcunha “Lei Maria da Penha” deu nome à lei em virtude de um fato crimino, onde a biofarmacêutica cearense Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, casada com o Sr. Marco Antônio Heredia Viveros, professor universitário e economista, onde por duas vezes tentou matá-la. Em 29 de maio de 1983, recebeu um tiro de espingarda pelas costas e não teve dúvidas de que seu marido era o autor do disparo, mas este simulou uma tentativa de assalto.

Como resultado, a Sra. Maria da Penha ficou paraplégica necessitando de cadeira de rodas para se locomover indefinidamente, vindo o seu algoz a atentar mais uma vez contra a sua vida, pouco mais de uma semana após o primeiro fato criminoso e desta vez tentou eletrocutá-la por intermédio de uma descarga elétrica no banheiro da casa, enquanto a Sra. Maria da Penha tomava banho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os procedimentos investigatórios iniciaram-se em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri a oito anos de prisão e, após recorrer em liberdade, um ano depois teve seu julgamento anulado. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses e novamente veio a recorrer (em liberdade), vindo a cumprir efetivamente a pena de 19 anos e 6 meses após os fatos, ou seja, somente em 2002, cabendo mencionar que cumpriu apenas dois anos de recolhimento no cárcere. (DIAS, Maria Berenice, Tir. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.13).

Os fatos envolvendo a Sra. Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) através do Relatório 54/01, responsabilizou o Estado brasileiro por omissão, por não o preceituado no art. 7º da Convenção de Belém do Pará, nem tampouco os arts. 1º, 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos. (GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade, 2014. p. 25/26/27).

A OEA trouxe inúmeras recomendações, dentre elas: afastar a tolerância do Estado ao tratamento discriminatório em relação à violência doméstica contra mulheres; simplificar os procedimentos judiciais penais para reduzir a marcha processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo; estabelecer formas alternativas mais rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares; e sensibilizar a população considerando a gravidade e as consequências penais da violência doméstica e familiar. (GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. 2014. p. 25/26/27)

Este diploma legal apresenta-se como um importante instrumento na busca da defesa da integridade física, psíquica e moral da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

3 COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A salvaguarda da dignidade da pessoa humana enquanto valor universal humanístico passou a ser o fundamento das Constituições dos países democráticos, deslocando a finalidade do Estado para o indivíduo de modo a direcionar toda a sua atuação para persecução dos direitos fundamentais deste e a promoção da justiça social. (ALEXY, Robert. Tr. de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008).

Inicialmente, impõe-se trazer o conceito de violência.

De Placido e Silva Castro conceitua violência nos seguintes termos:

> "VIOLÊNCIA. Do latim violentia, de viontus (com ímpeto, furioso, à força), entende-se o ato de força, a impetuosidade,

> o acometimento, a brutalidade, a veemência. Em regra, a violência resulta da ação, ou da força irresistível, praticada na intenção de um objetivo, que não se teria sem ela." (SILVA, De plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de janeiro: Forense. 4v., p. 498)

O art. 5º da Lei Maria da Penha apresenta o conceito legal de violência nos seguintes termos:

> "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."

O conceito legal acima trazido registra que configura-se a 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, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto independente de orientação sexual.

A norma legal definiu expressamente a abrangência do termo violência doméstica e familiar para que ao intérprete não seja possível reduzir o seu nível de abrangência e proteção.

Já o artigo 377 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não se pode olvidar que a violência combatida pela "Lei Maria da Penha" não é apenas física, mas também moral, patrimonial, psicológica e sexual.

> Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, registra que violência doméstica ou familiar consiste em qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais. (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

Já o sujeito passivo, necessariamente precisa ser do sexo feminino e fazer parte de uma relação doméstica, familiar ou de afeto, incluindo "a esposa, companheira, ex-mulher, amante, irmã, mãe, avó, bisavó ou qualquer outro parentesco e também as lésbicas, transgêneros, transexuais, e as travestis", estas últimas, desde que tenham assumido uma identidade de mulher perante a sociedade. (BRASIL. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino, http://www.iesde.com.br. Acessado em: 17/03/2015).

A Lei Maria da Penha não se apresenta, tão-somente, como um diploma que busca o combate e controle da violência doméstica e familiar, mas um instrumento de espectro muito mais amplo, representando um verdadeiro marco nacional e internacional de proteção aos direitos humanos fundamentais.

O art. 1º da Lei Maria da Penha ilustra bem o acima disposto:

> "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."

A norma legal dispõe expressamente (art. 6º, da LMP) que a violência doméstica e familiar viola os direitos humanos, resultando na "a legitimidade para a intervenção protetiva por parte de organismos internacionais e nacionais de defesa dos direitos da mulher em níveis políticos e judiciais" (RODRIGUES, COELHO e LIMA; 2009; p.5474).

Não se pode olvidar, que em muitos casos a agressão e a violência extrapolam o ambiente doméstico repercutindo direta ou indiretamente no ambiente de trabalho da mulher e que a manutenção do trabalho da mulher contribui para que esta tenha recursos financeiros para lutar contra a influência do seu algoz.

Acerca da proteção do trabalho da mulher, a Lei Maria da Penha traz o seguinte dispositivo:

> "Art. 9º (...)
>
> § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: (...)
>
> II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses."

Associado a este dispositivo, importante é trazer o texto do art. 377 da CLT, a saber:

> "Art. 377 - A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário."

Os dispositivos supramencionado busca preservar a integridade física, psicológica, financeira e social, com a manutenção do vínculo trabalhista quando necessário ao afastamento do local de trabalho pelo período de até seis meses, reconhecendo a própria legislação obreira que se trata de uma norma de ordem pública e observância obrigatória.

4. DENOMINAÇÕES E NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA

No campo do direito material do trabalho, a medida protetiva é alvo de inúmeras controvérsias e divergências doutrinárias no que toca à sua natureza jurídica, sua forma de aplicação e, consequentemente, sua repercussão no contrato de trabalho, uma vez que inexiste regulamentação específica que lhe garanta clareza e efetividade.

> Aponta ALVES, Fabrício da Mota, (2006; p.02) que é precisamente o § 2º do art. 9º da Lei Maria da Penha que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> contém o dispositivo de maior força do Capítulo, uma vez que assegura àquelas vítimas que estejam empregadas sob qualquer forma de relação profissional com particulares ou com empresas, garantindo o afastamento do trabalho por até seis meses via medida judicial.

O comando dirige-se ao empregador da mulher em situação de violência doméstica ou familiar que, na prática, só assegurará a manutenção do vínculo trabalhista se compelido pelo Judiciário. (CASTILHO; 2011; p.235).

Ao não disciplinar a concessão do benefício, inúmeras dúvidas se apresentam no campo jurídico, porque o enunciado é omisso quanto aos efeitos patrimoniais decorrentes desse afastamento judicial, seja de caráter pecuniário ou previdenciário. Contudo, diante dessa limitação instituída pelo legislador ordinário, que se expressou por meio de conceitos jurídicos indeterminados, percebe-se que existe uma lacuna na lei, necessitando, para tanto, da aplicação do processo de integração das normas jurídicas. Nesse linear, a temática tem relevância no contexto jurídico e social, à medida que se propõe apontar os caminhos alternativos para corrigir essa supressão.

> Na seara trabalhista, a aplicação da Lei n° 11.340/06 não produz a efetividade e desejada, possibilitando alcançar um leque amplo de discussões e essa convicção é oportuna, em decorrência da pequena incidência de demanda na prestação jurisdicional das Varas do Trabalho. (PEREIRA e LUCENA; 2013; p.214).

A análise da natureza jurídica do afastamento do local de trabalho e, partindo daí, das suas possibilidades de aplicação, deve sempre buscar a defesa dos interesses da trabalhadora vítima, tendo em vista o princípio da continuidade da relação de emprego, e levar em consideração a necessidade de regulamentação da medida.

Para o exame da questão, impõe-se alguns questionamentos. Trata-se de uma hipótese de suspensão ou de interrupção do contrato de trabalho? O empregador continua sendo responsável pelo pagamento de salários à vítima durante o período em que esta permanecer afastada do local de trabalho? O art. 9º, incluindo o seu parágrafo 2º, inciso II, pode ser visto como uma regra de seguridade social?

Para tanto impõe-se trazer os conceitos de interrupção e suspensão do contrato de trabalho.

O eminente doutrinador Maurício Godinho Delgado apresenta preciosas lições sobre o tema, in verbis:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.
>
> Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais. Como se vê, é a interrupção a sustação restrita e unilateral de efeitos contratuais. "É também conhecida como suspensão parcial do contrato (Gomes e Gottschalk)." (DELGADO Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. Ed.— São Paulo: LTr, 2019, p. 1262)

Em relação à jurisprudência pátria, ainda não há um consenso em relação à natureza jurídica desse afastamento, porquanto ainda há poucos casos concretos a respeito desse assunto na Justiça do Trabalho.

> Assim, diante da falta de suficiente experimentação jurídica e processual no segmento trabalhista a respeito dessa lide, há uma necessidade de buscar elementos para o respectivo enquadramento nos dois tipos jurídicos contrapostos, quais sejam, a interrupção e a suspensão do contrato (Delgado, Mauricio Godinho 16. Ed. São Paulo: LTr,2017, p. 1229).

Impõe-se ressaltar que a Lei Maria da Penha não faz referência ao pagamento do salário e nem à natureza do licenciamento, não encontrando o afastamento do trabalho por determinação judicial guarida na Consolidação da Lei do Trabalho e sem previsão da obrigatoriedade do empregador arcar com o pagamento dos haveres trabalhistas do contrato de trabalho neste interim. Também não se encontra entre as hipóteses em que a ausência do empregado não é considerada falta ao serviço (CLT, artigos. 131 e 473). Assim, cabe o questionamento quanto à natureza do afastamento determinado judicialmente, se de suspensão ou de interrupção do vínculo trabalhista (DIAS, Maria Berenice, 2014, p. 96).

4.1. Natureza de interrupção do contrato de trabalho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A primeira corrente firma-se no entendimento de que o afastamento do labor seja caso de interrupção do contrato de trabalho e, nesse caso, a obreira faria jus à remuneração e demais direitos, como se em exercício estivesse.

Nesse aspecto, quem arca com o ônus é o empregador, pois estaria obrigado a saldar o salário da trabalhadora sem que recebesse, em contrapartida, prestação de serviços. Em outras palavras, seria obrigado a pagar duas vezes, uma para a empregada com o contrato interrompido e outra em favor daquela que a substituiu.

Alguns dispositivos legais trazem importante instrumentos para sustentar o presente pensamento, uma vez que a proteção da mulher vítima da violência doméstica e família é uma função social e dever de todos.

No plano constitucional, podermos reconhecer que a função social da propriedade é um direito fundamental (art. 5º, XXIII, CF/88) e um princípio da ordem econômica (art. 170, III, CF/88).

> Os dispositivos acima citados têm o seguinte texto:
>
> "Art. 5º. (...)
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
>
> Art. 170. (...)
>
> III - função social da propriedade;"

O Código Civil também traz importantes dispositivos acerca da função social do contrato e da propriedade, a saber:

> "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (...)
>
> Art. 2.035. (...)
>
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Outro argumento nesse sentido é o fato de que se deve buscar a integração das normas jurídicas no ordenamento pátrio, assim, o mero silêncio da lei não teria necessariamente a função de excluir deveres (DELGADO, Maurício Godinho, 16. ed. São Paulo: LTr, 2017).

Em que pese se tratar de uma importante prerrogativa trabalhista concedida à empregada em situação de violência doméstica e familiar, é necessário ponderar que tal medida causa prejuízo ao empregador, que se vê obrigado a contratar outro trabalhador para exercer as atividades então executadas pela obreira afastada, em virtude de uma situação inesperada e para a qual não concorreu, ressalte-se, por isso, não deve ser utilizada indiscriminadamente, mas apenas nos casos em que a sua aplicação se mostre como adequada e essencial.

4.2. Natureza de suspensão do contrato de trabalho

4.2.1. Sem recursos para a empregada

Há uma segunda corrente doutrinária que entende ser esse afastamento suspensão do contrato de trabalho, pois, a despeito de atender ao fim social de proteção da empregada vítima de violência doméstica e familiar e o princípio da continuidade da relação de emprego, a lei não determinou o pagamento de salários, assim, o magistrado também não poderá fazê-lo, sob pena de usurpar a função do legislador, tratando-se, pois, de mera licença sem remuneração (Martins, Sergio Pinto 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 373).

Outro argumento neste sentido se dá pelo fato do afastamento ser em decorrência de fatores alheios à vontade do empregador, visto que as circunstâncias são externas ao contrato de trabalho, não podendo ser responsabilizado apenas por mero esforço do intérprete da lei, não sendo razoável a empresa custear tal período.

Assim, sob a ótica da corrente supramencionada, considerando que a mulher não receberá salários e benefícios previdenciários, a empregada ficaria entregue à própria sorte e sem o seu principal meio de subsistência.

Sob este jaez, estar-se-ia em termos práticos diante de uma mulher trabalhadora vítima de violência doméstica e familiar, a qual geralmente tem filhos, sem meios financeiros de subsistência e dependente da caridade de terceiros, em geral membros da própria família que vivem com modestas rendas, ou seja, um estorvo que compromete a sua dignidade.

Embora seja lógico e jurídico, em termos práticos, o instrumento tornar-se-ia praticamente letra morta, uma vez que as mulheres brasileiras, em sua grande maioria, são dependentes financeiramente de seus algozes, sejam eles maridos, companheiros, pais, irmãos etc.

> Dessa feita, importante as palavras de Souza. (SOUZA, Sérgio Ricardo de, 2009, p. 62), no sentido de que "ou se institui uma mudança, ou haverá prejuízo direto para a vítima, que, ao se beneficiar do afastamento do trabalho, não terá direito sequer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que as parcelas devidas ao INSS sejam recolhidas, prejudicando-a principalmente em relação à futura aposentadoria".

4.2.2 Benefício previdenciário

Também não se pode olvidar que há uma terceira corrente que, embora reconheça o afastamento da trabalhadora como suspensão do contrato de trabalho, milita no sentido de que seja deferido o benefício previdenciário a trabalhadora no período de afastamento.

Esta corrente entende que não é correto simplesmente transferir a responsabilidade desse pagamento para o empregador, posto que, em médio prazo, seria inevitável a discriminação da mulher no mercado de trabalho, ocasionando efeitos contrários àqueles perseguidos pela norma e, sendo assim, o mais indicado seria a criação de um benefício da seguridade social que possibilitasse a resolução dessa situação.

Sob este prisma, busca-se defender uma possível solução para que a empregada recebesse um valor pago pela Previdência Social, como ocorre, por exemplo, na licença-maternidade, prevista no art. 392 da CLT, onde a empregada poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário art. 473, no afastamento do trabalhador por doença, conforme art. 476, da CLT e a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres, art. 377 da CLT.

> Neste mesmo sentido se posiciona Sérgio Pinto Martins, com base no caput do artigo 9º da Lei 11.340/06, no sentido de atribuir à Lei de Assistência Social, a responsabilidade de determinar que o INSS pague os salários da empregada afastada, pelo período de até seis meses. "Enquanto isso não ocorre, o empregador não tem obrigação de pagar os salários da mulher, nem contar o tempo de serviço". (MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho, 2010, p. 364).

A solução que nos parece mais adequada seria de suspensão do contrato de trabalho, na qual a mulher teria mantido seu vínculo empregatício, não recebendo, porém, salário do empregador, mas sim do órgão previdenciário. É o que ocorre, por exemplo, na licença da gestante (art. 392 da CLT) [...]. Nesses casos quem paga pelo período de afastamento da gestante [...] é a Previdência Social, não importando, tal pagamento, em nenhum ônus para o empregador.

Entretanto, o presente entendimento esbarra em um impedimento legal consagrado na CF/88, o qual apresenta o seguinte texto:

> "Art. 195. (...)

> § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."

Como acima verificado no texto constitucional, constituição estabelece, ainda, princípios específicos em relação ao custeio da Seguridade Social, o da precedência da fonte de custeio.

Acerca da matéria, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari apresentam a seguinte lição:

> "Nada impede que o número de prestações seja ampliado, para dar ensejo à proteção do indivíduo em face da ocorrência de outros eventos de infortunística. Todavia, a ampliação da proteção previdenciária não pode ser feita sem que, previamente, se tenha criado a fonte de custeio capaz de atender ao dispêndio com a concessão (Constituição, art. 195, § 5º)." (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 336)

Nestes termos, ter-se-ia criar um mecanismo legal, o qual passaria para a Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento do salário da trabalhadora afastada, da mesma forma que já ocorre nos casos de licença maternidade e afastamento por doença. Desta forma, estar-se-ia alcançando o objetivo do dispositivo legal, que é manter o vínculo trabalhista entre a empregada e o empregador, garantindo o salário, fundamental para a sobrevivência da empregada e sem onerar o empregador, que afinal de contas, não deu causa ao afastamento. (MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho, 2010, p. 364).

Embora seja uma saída prática para permitir que a empregada vítima de violência doméstica e familiar possa se manter durante o afastamento, juridicamente é uma questão de difícil resolução, uma vez que demanda um acréscimo na contribuição previdenciária para que o benefício fosse criado.

5. MANUTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRABALHISTAS DURANTE O AFASTAMENTO

Outro questionamento que se impõe diz respeito aos benefícios concedidos aos empregados da empresa, no período de afastamento da trabalhadora. Nesse caso, impõe-se saber se a obreira faria jus ao seu recebimento apenas quando do retorno ao seu posto de trabalho ou se já seriam devidos ao tempo de sua concessão.

Nesse ponto, o art. 471 da CLT determina que o empregado afastado do emprego, quando do retorno, faz jus a todas as vantagens que tenham sido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

concedidas à categoria a que pertencia na empresa durante sua ausência do posto de trabalho.

A doutrina de Bonini, Silva e Lavorenti leciona que:

> "Mesmo em face da Lei Maria da Penha, por ocasião do retorno da mulher devem ser asseguradas todas as vantagens concernentes ao período de seu afastamento, bem como não poderá haver prejuízo para o cálculo de férias e para fins de incidência do FGTS e Previdência Social – se é que se quer dar efetividade aos propósitos da lei, como reflexo do compromisso internacional" (Bonini; Silva; Lavorenti; 2011, p. 838).

Destarte, quando a empregada afastada do emprego, em virtude da situação referida pela Lei Maria da Penha, retornar às suas atividades laborais de rotina, teria direito ao recebimento de todos os direitos trabalhistas que, durante sua ausência, tenham sido atribuídos à categoria a que a mesma pertencia como reajusteis salariais, por exemplo, independentemente de terem sido concedidos por iniciativa do empregador ou por meio de negociação coletiva, em obediência ao que dispõe o princípio da condição mais benéfica, insculpido no art. 468 do diploma celetista.

Nota-se que o legislador teve a intenção de proteger a obreira vítima de violência doméstica e familiar, permitindo seu afastamento do local de trabalho por até seis meses, nada mencionando a respeito de proteção ao emprego após a ocorrência do retorno.

Importa registrar que é possível afirmar que não há de se falar em uma nova forma de estabilidade enquanto a obreira estiver afastada, mas tão-somente a manutenção do vínculo laboral.

6. CONCLUSÃO

Do presente estudo, percebe-se a necessidade da Lei 11.340/06 ser lapidada, uma vez que existem lacunas deixadas pelo legislador, que necessitam de regulamentação. Estas lacunas, especialmente as encontradas no inciso II, do § 2º do artigo 9º, objeto de estudo deste trabalho, de aspecto trabalhista, trazem insegurança tanto para a mulher, quanto para os demais envolvidos, especialmente ao empregador, quando for determinado pelo magistrado o afastamento da mulher empregada de seu local de trabalho, que pode ser por até seis meses, gerando repercussões jurídicas no contrato de trabalho.

Assim sendo, deveria haver um aperfeiçoamento da Lei 11.340/06, e por analogia incluir o período de afastamento estudado neste trabalho dentre as

hipóteses sujeitas aos benefícios previdenciários, como por exemplo, o afastamento por doença ou acidente de trabalho ou licença maternidade e com isso a mulher vítima, quando afastada do trabalho para sua própria proteção, teria a segurança financeira necessária para a sua sobrevivência.

Não se trata de favorecimento e tratamento desigual, mas justamente da busca pela igualdade entre homens e mulheres, ultrapassando as barreiras discriminatórias erguidas pelo patriarcalismo e machismo que permeiam a sociedade brasileira desde os seus primórdios.

As mulheres há décadas lutam pela igualdade de direitos, pelo pleno ingresso no mercado de trabalho com as mesmas oportunidades e salários, pela independência financeira e legal.

Assim, a solução mais razoável parece ser a determinação do afastamento pelo juízo criminal e, em caso de descumprimento da ordem judicial pelo empregador, o surgimento de uma lide na Justiça do Trabalho.

Além disso, onerar o empregador com um encargo de uma política pública nitidamente de seguridade social significaria criar de maneira oblíqua uma causa de discriminação contra a mulher no trabalho.

A hipótese de suspensão apresenta-se como a mais viável. Não havendo que se falar em responsabilidade do empregador, recai sobre o Estado garantir a subsistência da mulher vítima de violência doméstica e familiar afastada de seu trabalho.

Importante seria que a garantia insculpida no art. 9º, § 2º, II fosse tratada como regra de seguridade social, incluindo um benefício social referente ao afastamento da vítima de violência doméstica e familiar no rol da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social – Lei nº 8.213/1991 ou encaixando-o num dos benefícios já existentes.

Por fim, cumpre registrar que, embora a garantia exista juridicamente, em termos práticos a mulher vítima de violência doméstica e familiar encontra pouco amparo para um momento delicado de sua vida, necessitando de um aprimoramento do instituto para se tornar mais eficaz e eficiente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ªed.São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8764>. Acesso em: 25 jun. 2019

Art. 226, § 8 da Constituição Federal de 88 – JusBrasil https://www.jusbrasil.com.br/.../paragrafo-8-artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988

BONINI, Paulo Rogério; SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson. Leis Penais Especiais Anotadas. 12. ed. Campinas: Millennium, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. (Art. 1º, III, Art. 5º, XXIII, Art. 170, Art. 195).

BRASIL. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino, http://www.iesde.com.br. Acessado em: 17/03/2015).

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Da assistência à mulher em situaçãode violência

doméstica e familiar – artigo 9º. Lei Maria da Penha comentada em uma

perspectiva jurídico-feminista, p. 233 - 246, 2011.

(CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 336).

Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-lei 5452/43 | Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, Artigos 377, 476, 392, 468 e 471, 473.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

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. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.13.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. 7º ed. São Paulo: Método. 2015.

(Gomes e Gottschalk).” (DELGADO Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. Ed.— São Paulo: LTr, 2019, p. 1262)

GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. Lei Maria da Penha: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 3º ed. Curitiba: Jaruá, 2014. p. 25,26,27.

LEI MARIA DA PENHA Lei nº 11.340 https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/.../lei_maria_penha.pdf Lei nº 11.340, DE 7 de Agosto DE 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA FILHO, Waldeny; DE LUCENA FILHO, Humberto Lima. A Lei nº 11.340/06 e suas Repercussões no Contrato Individual de Trabalho. Prima Facie-Direito, História e Política, v. 11, n. 21, p. 213-236, 2013. PEREIRA e LUCENA; 2013; p.214).

RODRIGUES, COELHO e LIMA; RODRIGUES, Luciano Lima; COELHO, Renata Pinto; LIMA, Raphael Rocha. A CONTRIBUIÇÃO DA LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) PARA O COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI-Salvador. 2009. P.5474).

SILVA, De plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de janeiro: Forense. 4v., p. 498

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2009. (SOUZA, 2009, P. 62, 71).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COMO A INTERPOL PODERIA CONTRIBUIR MAIS EFICAZMENTE NO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO INTERNACIONAL

RAMON CEZAR DA CUNHA TEIXEIRA: Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco;

RESUMO: A pesquisa expressada no presente trabalho busca compreender como a INTERPOL, a maior organização policial e a segunda maior organização internacional do mundo, se coloca no enfrentamento à delinquência organizada transnacional, se desempenha o seu papel satisfatoriamente e, em caso negativo, o que poderia vir a ser feito para aperfeiçoar as suas relevantes funções na busca por justiça.

Palavras-chave: INTERPOL. Direito Internacional Público. Organização internacional. Direito Internacional Penal. Crime organizado transnacional.

ABSTRACT: The research expressed in the following study seeks to understand how INTERPOL, the world's largest police organization and the second largest international organization, is facing transnational organized crime, if it plays its role satisfactorily and, in case negative, what could be done to refine its relevant functions in the pursuit of justice.

Keywords: INTERPOL. Public International Law. International organization. International Criminal Law. Transnational organized crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Internacional: breves anotações. 2.1. Conceito e sujeitos do Direito Internacional. 2.2. Organizações internacionais. 3. A Organização Internacional de Polícia Criminal. 3.1. Origens históricas. 3.2. O papel da INTERPOL na atualidade. 3.3. Problemas enfrentados pela INTERPOL. 3.4. Possíveis medidas de aperfeiçoamento. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da sociedade internacional no mundo contemporâneo está em descobrir como se combater eficazmente a criminalidade organizada transnacional, responsável por movimentar anualmente, de acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), impressionantes 870 (oitocentos e setenta) bilhões de dólares [[1]].

Na investigação de uma possível solução para esta questão, serão estudadas as organizações internacionais e, específica e esmiuçadamente, a entidade objeto do presente trabalho, a INTERPOL, à luz do Direito Internacional; em seguida, será

feita uma análise das funções dessa organização, bem como de sua composição e de suas características e limitações.

Sem a frívola ambição de esgotar um tema tão intrincado, muito rico em minúcias e alimentado por incontáveis precedentes e marcos histórico-normativos, buscar-se-á compreender como a referida organização se coloca no enfrentamento ao crime organizado internacional, se desempenha seu papel satisfatoriamente e, em caso negativo, o que poderia vir a ser feito para aperfeiçoar as suas relevantes funções na busca por justiça.

2. DIREITO INTERNACIONAL: BREVES ANOTAÇÕES

2.1. Conceito e sujeitos do Direito Internacional

O nascimento de um Direito Internacional remonta ao continente europeu, berço do conceito de estado-nação, o qual, por sua vez, adveio não de um marco temporal claro e definitivo, mas de um processo paulatino, iniciado no Iluminismo e consolidado durante a chamada Revolução Industrial, entre os séculos XVII e XIX.

Desta maneira, entende-se que o cerne espiritual da ideia de estado-nação, sobretudo enquanto embrião do Direito Internacional, está na constituição de um governo soberano, expressado sobre um povo em determinada região territorial – consequentemente, tem-se uma vida em sociedade, caracterizada por conflitos interpessoais, a serem solucionados pelas estruturas jurídicas nacionais; mas como fazê-lo quando entre sujeitos de âmbito internacional?

Por meio de um Direito Internacional, por suposto, consistindo este em um conjunto de princípios e normas, positivados ou costumeiros, que representam direito e deveres aplicáveis no âmbito internacional [[2]] e que regulam as relações externas dos atores que compõem a chamada sociedade internacional [[3]].

No mesmo sentido, Accioly define o Direito Internacional como "o conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas dos estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, bem como dos indivíduos" [[4]].

Roque, por sua vez, conceitua o Direito Internacional como o "conjunto de normas positivas, costumes, princípios, tratados internacionais e outros elementos jurídicos que tenham por objetivo regular o relacionamento entre países", rematando que, "ao se falar em internacional, não se pode mais considerar a origem etimológica do termo, mas se trata do relacionamento entre estados soberanos e não mais entre nações" [[5]].

Já para Mazzuoli, o Direito Internacional Público disciplina e rege, prioritariamente, a sociedade internacional, formada por estados e organizações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

internacionais intergovernamentais, mas com reflexos voltados, ainda, para a atuação dos indivíduos no plano internacional [[6]]; sendo assim, o que existe no âmbito internacional, para o referido autor, é uma sociedade de estados (e/ou organizações internacionais) que mantêm entre si relações mútuas, enquanto isso lhes convêm e lhes interessa [[7]].

Vê-se, assim, que os chamados sujeitos de Direito Internacional (também conhecido como "Direito Internacional Público", "Direito das Gentes" ou "Direito Externo") são, via de regra, os estados nacionais, porém a doutrina acaba por elencar, igualmente, outros atores – como as organizações internacionais – detentores de capacidade e personalidade jurídicas e reconhecidos pelos outros estados ou organismos internacionais.

2.2. Organizações Internacionais

Organizações ou organismos internacionais são, grosso modo, pessoas ou coletividades reunidas ou presentes internacionalmente; hodiernamente, são distinguidas entre organizações internacionais não governamentais, que incluem entidades sem fins lucrativos com atuação no plano internacional, a exemplo da Ordem Soberana e Militar Hospitalária de São João de Jerusalém, de Rodes e de Malta, e organizações intergovernamentais, mais comumente associadas às próprias organizações internacionais.

As organizações internacionais intergovernamentais, também chamadas de organizações internacionais públicas, são criadas pela vontade dos próprios estados e reconhecidas como sujeitos de Direito Internacional, com capacidade jurídica de ter direitos e de assumir obrigações. Embora haja quem entenda inadequado, aqui, o termo "intergovernamental" – por ser o estado, e não o seu governo, quem tecnicamente atua no plano internacional [[8]] –, tal expressão foi adotada formalmente pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986 [[9]].

Portanto, organizações intergovernamentais são sujeitos derivados da sociedade internacional, uma vez que criadas por estados, estes os sujeitos principais do Direito Internacional; aquelas são estabelecidas por tratados multilaterais, que lhes proveem personalidade jurídica de direito internacional quando ratificados pelos representantes legais (dos governos) de vários estados soberanos – assim, podem chegar, inclusive, a celebrar tratados de caráter obrigatório, regidos pelo Direito Internacional, com os estados e com outros organismos internacionais (desde que autorizadas a fazê-lo por seu convênio constitutivo).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse mesmo sentido, Cretella Neto assevera que a carta constitutiva das organizações internacionais lhes confere capacidade jurídica para exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos no âmbito territorial dos estados membros [[10]].

Em termos conceituais, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) concebeu, em 1953, as organizações internacionais como aquelas "entidades que são criadas por tratados firmados entre estados, cuja composição se dá, principalmente, por estados, que possuem órgãos próprios permanentes, e cuja personalidade internacional é reconhecida ou pelos termos de seu instrumento constitutivo, ou em virtude do reconhecimento expresso por um tratado celebrado por elas com um estado" [[11]].

Anos depois, Sereni estabeleceu que organização internacional consiste em "uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de Direito Internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos" [[12]].

Por seu turno, Mazzuoli conceituou organização internacional como "a associação voluntária de sujeitos do direito internacional, criada mediante tratado internacional (nominado de convênio constitutivo) e com finalidades predeterminadas, regida pelas normas do direito internacional, dotada de personalidade jurídica distinta da dos seus membros, que se realiza em um organismo próprio e estável, dotado de autonomia e especificidade, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio dos quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos por estes" [[13]].

Ocorre que as organizações intergovernamentais têm, como já visto, capacidade e personalidade jurídicas próprias no plano internacional, porém elas não são dotadas de soberania, atributo inerente apenas aos estados, sujeitos principais da sociedade internacional. Então, até onde vão o alcance e a extensão de seus poderes?

Bem, é certo que os poderes da organização internacional decorrem, a princípio, de sua ordem jurídica própria, porém a Corte Internacional de Justiça (CIJ) mesma reconheceu, no caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949), referente ao assassinato do conde de Wisborg, Folke Bernadotte, que a organização internacional deve ser considerada, no âmbito do Direito Internacional, como possuidora de potestades que, ainda quando não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estejam expressamente estipuladas na Carta, são conferidas à organização como essenciais para o desempenho de suas funções [[14]].

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise, especificamente, do papel da organização intergovernamental objeto e escopo do presente estudo, mundialmente conhecida pelo acrônimo INTERPOL.

3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE POLÍCIA CRIMINAL

3.1 Origens Históricas

No mês de abril de 1914, o príncipe Alberto I de Mônaco promoveu *o Primeiro Congresso Internacional de Polícia Judiciária (First International Criminal Police Congress)*, no qual os conferencistas elaboraram o que seria o projeto preliminar de uma nova organização policial internacional e definiram que, em dois anos, tornariam a se reunir, a fim de implementar o referido projeto. No entanto, dois meses depois do encontro, ocorreu o assassinato de Francisco Fernando, arquiduque da Áustria-Este e herdeiro do trono do Império Austro-Húngaro, evento que deflagrou a Primeira Guerra Mundial [[15]] e que, evidentemente, retardou a implantação de dita organização.

Daquela conferência internacional emanou, contudo, o Resumo das Propostas Apresentadas nas Sessões ou Assembleias (*Summary of the Wishes Expressed at the Sessions or Assemblies*) [[16]], do qual podem ser destacados os artigos primeiro ("I. O *Primeiro Congresso Internacional de Polícia Judiciária* expressa o desejo de ver generalizadas e aprimoradas as relações oficiais diretas entre as forças policiais dos diversos países, visando a possibilitar que todas as investigações se destinem à ação da Justiça Criminal") [[17]] e quarto ("IV. O Congresso expressa o desejo de que as matérias de perícia forense sejam incluídas nos cursos de todas as faculdades de Direito") [[18]], que alicerçaram o caráter técnico, científico e jurídico das investigações criminais.

Em setembro de 1923, Johann Schober, presidente da Polícia de Viena e que havia sido chanceler austríaco nos dois anos anteriores, desempenhou um papel fundamental na realização do Segundo Congresso *Internacional de Polícia Judiciária*, tendo este culminado na fundação da Comissão Internacional de Polícia Criminal (ICPC, ou *International Criminal Police Commission*); de modo impressionante, representantes de vinte países conseguiram conceber, em apenas cinco dias, uma entidade permanente e inteiramente funcional, dotada de Constituição, uma sede, agentes e procedimentos operacionais próprios [[19]].

Diferentemente da maioria das organizações internacionais, a Comissão Internacional de Polícia Criminal foi criada sem o suporte institucional dos governos dos respectivos emissários, sendo originalmente concebida, portanto, como uma entidade de natureza privada, não política e não governamental – na verdade, a

Constituição e as obrigações vigentes da INTERPOL proíbem o seu envolvimento em quaisquer intervenções ou atividades de caráter político [[20]].

Após a aprovação, na vigésima quinta sessão da Assembleia Geral (em Viena, 1956), de uma Constituição modernizada, a ICPC então passou a se chamar Organização Internacional de Polícia Criminal (ICPO-INTERPOL, ou *International Criminal Police Organization*); a organização se converteu, a partir daí, em autônoma, por meio da cobrança de contribuições aos estados membros, e fez dos investimentos o seu mais substantivo instrumento de apoio. Os objetivos da INTERPOL foram expressamente estabelecidos no artigo segundo da Constituição e são [[21]]:

> "Artigo 2. Seus objetivos são: (1) Garantir e promover a maior assistência mútua possível entre todas as autoridades policiais, dentro dos limites das leis existentes nos diversos países e em respeito à 'Declaração Universal dos Direitos Humanos'; (2) Estabelecer e desenvolver todas as instituições que possam contribuir eficazmente para a prevenção e a repressão dos crimes de direito comum".

Em 1971, as Nações Unidas (ONU, ou Organização das Nações Unidas), por meio da Comissão de Drogas e Narcóticos (CND, ou *Commission on Narcotic Drugs*), reconheceram formalmente a INTERPOL como uma organização intergovernamental [[22]]. Em meados dos anos 1980, a INTERPOL adaptou o seu sistema de cooperação multinacional a fim de fortalecer o combate ao terrorismo internacional – em décadas recentes, enquanto terroristas internacionais fizeram do mundo inteiro o seu ambiente operacional, as forças policiais e os respetivos sistemas de Justiça Criminal nacionais permaneceram confinados às fronteiras de seus países [[23]].

Com seus 194 países membros [[24]], a INTERPOL é a maior organização policial e, atualmente, a segunda maior organização internacional do mundo – atrás apenas da ONU –, sendo financiada por contribuições anuais de seus estados membros e sediada na cidade francesa de Lyon [[25]].

3.2 O papel da INTERPOL na atualidade

A necessidade de uma cooperação policial efetiva em questões criminais internacionais fez com que a INTERPOL se tornasse uma organização a cada dia mais relevante na coleta de informações e de evidências em países estrangeiros, para a utilização em processos penais domésticos; a entidade está concentrada,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sobretudo, em prover assistência técnica, científica e jurídica na investigação de crimes que tenham ramificações internacionais com o autor do delito, com os atos constitutivos do crime ou com as consequências decorrentes desses atos [[26]].

Além de vários acordos de cooperação internacional que auxiliam os países na apuração, no processamento e no julgamento de crimes de interesse, relevância e repercussão internacionais, é possível recorrer-se à INTERPOL, enquanto organização intergovernamental encarregada de prover a supradita assistência jurídica internacional; na prática, o envolvimento da INTERPOL geralmente ocorre quando criminosos ou fogem para outros países, ou praticam tráfico internacional de drogas, de dinheiro, de bens ou de pessoas [[27]].

Atualmente, uma vez que a INTERPOL não possui autoridade policial independente, ela acaba por funcionar, primariamente, como uma central organizadora de informações, auxiliando no repasse e no intercâmbio de dados e informações entre as forças policiais soberanas mundo afora [[28]]. As atribuições investigativas primárias da INTERPOL são conduzidas por meio dos Escritórios Centrais Nacionais (ECN ou NCB, *National Central Bureau*) de cada país, os quais atuam como um canal de intercomunicação de requisições entre autoridades policiais e estados membros [[29]].

Em termos práticos, assim que recebida uma requisição, o Escritório Central Nacional (doravante ECN) deverá submetê-la ao gabinete correspondente no país destinatário da medida e/ou à sede central da INTERPOL, na França. A ECN de cada país tem, de acordo com Fooner, uma tripla responsabilidade: prover informações às autoridades policiais de seu próprio país, responder às requisições feitas diretamente pela ECN de outro estado-membro e prover assistência em relação a qualquer requisição advinda da sede central da INTERPOL [[30]].

Já a sede central da INTERPOL e os seus departamentos permanentes também oferecem uma base prática e mecanismos eficazes para o intercâmbio de documentos e de informações; infere-se, deste modo, que a matriz da organização complementa a rede de ECN [[31]]. Nos casos de fugitivos internacionais, por exemplo, a INTERPOL poderá prover assistência proativa e sistemática aos estados membros e a outras entidades internacionais, oferecendo suporte operacional na busca pela localização de pessoas procuradas e coordenando ações de cooperação internacional de campo [[32]].

A atuação da sede central da INTERPOL dispensa o país requisitante de uma medida de notificar, diretamente, cada um dos demais países relacionados; este tipo de assistência jamais seria possível sem uma organização internacional estruturada como a INTERPOL. Sem a assistência das ECN, por outro lado, autoridades policiais de cada país necessitariam realizar requisições pessoalmente às demais autoridades apropriadas, o que exigiria um grande desperdício de tempo

e de esforços no combate ao crime, especialmente para aquelas autoridades que não possuíssem contato no estrangeiro [[33]].

3.3 Problemas enfrentados pela INTERPOL

Infelizmente, a estruturação orgânica da INTERPOL e as atribuições atualmente confiadas à organização pela sociedade internacional não são livres de problemas. Um dos percalços enfrentados pela entidade se dá na busca e na captura, pelos agentes das forças policiais domésticas, de indivíduos procurados em outros países, já que aqueles não possuem obrigações cogentes para com a INTERPOL no tocante aos foragidos internacionais [[34]] – seu "código vermelho" (*red notice)* apenas informa as polícias locais sobre a existência de mandado de prisão decretado contra um indivíduo no exterior ou, ainda, no âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI ou ICC, *International Criminal Court*) [[35]].

Não apenas isso: as autoridades locais têm poder apenas relativo na condução do cumprimento do mandado; se um fugitivo internacional é preso e mantido sob custódia por força de um "código vermelho" da INTERPOL, o processo de tê-lo extraditado ao país requisitante de sua captura é, normalmente, conduzido por meio de canais diplomáticos. Acontece que, embora a diplomacia seja uma excelente via de resolução de conflitos entre países, não é sempre efetiva na área de investigação e persecução criminais, onde a política e outros fatores nebulosos podem se sobrepor à busca por justiça [[36]], o que, grosso modo, costuma se expressar de duas maneiras contrapostas, mas igualmente problemáticas.

Por um lado, apesar de a INTERPOL jamais poder atuar ou intervir em questões de cunho político, e isso à luz de sua própria Constituição [[37]], há notícias da utilização, por estados considerados não democráticos, de ferramentas da própria organização como "armadilhas" para os opositores de tais regimes que se encontrem no exterior; por exemplo, a suposta falta de mecanismos de verificação dos casos merecedores de "código vermelho" estaria levando à prisão, injustamente, pessoas como ativistas, políticos e jornalistas [[38]].

No outro extremo, pelos mesmos fundamentos jurídicos expressos em sua Carta, a INTERPOL estaria deixando de intervir em diversos outros procedimentos de extradição com suposta motivação política ou de aplicação da lei doméstica dos países; assim, com a sua atuação limitada nos atos investigatórios e desprovida de mecanismos coercitivos efetivos, a organização esbarraria em um obstáculo fundamental a seu objetivo institucional de combater, eficazmente, o crime internacional [[39]].

Sem a leviana aspiração de esgotar o assunto – o que requereria, inevitavelmente, uma avaliação histórico-jurídica que transcenderia, e muito, o objeto do presente trabalho –, considera-se que algumas das limitações à atuação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da INTERPOL decorrem das problematizações do Direito penal internacional [[40]] e, até mesmo, da inexistência de normas internacionais que disciplinem, em caráter específico, o trabalho das polícias judiciárias em escala global.

Evidentemente, marcos como a implementação do Tribunal Penal Internacional (TPI) arrefeceram os debates relacionados à própria existência de um Direito internacional penal (*Völkerstrafrecht*) e representaram, também, uma expressiva conquista da sociedade internacional, ao possibilitar a persecução penal e um julgamento justo daqueles acusados pela prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a Humanidade e de agressão [[41]] em qualquer parte do mundo.

No entanto, é importante ressaltar que o Tribunal em questão somente será competente para julgar os referidos crimes, considerados, ao menos pelas nações signatárias do Estatuto de Roma, aqueles de "maior gravidade" e que "afetam a comunidade internacional no seu conjunto", cabendo, portanto, a cada estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais [[42]] – como alguns daqueles previstos no Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade (primeira leitura), de 1991, a exemplo do terrorismo internacional (artigo 24), do tráfico ilícito de drogas (artigo 25) e de danos graves ao meio-ambiente (artigo 26) [[43]].

Um dos problemas, no tocante ao escopo do presente estudo, parece advir de uma relativa fragilização do braço investigativo da persecução penal – geralmente a cargo das polícias judiciárias –, inclusive e especificamente no âmbito do Direito Internacional Penal; significa dizer que o fortalecimento orgânico-normativo dos entes responsáveis pela acusação formal em juízo e pelo julgamento, quando não acompanhado de uma proporcional e correspondente fortificação da etapa investigativa preliminar, inclusive mediante integração entre os atores encarregados da apuração dos fatos delituosos, pode causar um desnível sistemático na busca pela realização de justiça, que, em muitos casos, resultará em impunidade.

Como corolário da mencionada desarmonia, no tocante ao Tribunal Penal Internacional, por exemplo, a produção probatória da promotoria poderá acabar fragilizada se não houver uma cooperação efetiva dos estados membros, resultando em casos (ações judiciais) frágeis levados à corte – isso quando não houver uma seleção de casos, evitando-se deliberadamente a judicialização de causas mais complexas – e na subtração, em última análise, de legitimidade e de dissuasão do tribunal [[44]]. Vale registrar que, antagonicamente, o Departamento de Estado dos Estados Unidos (país que retirou a sua assinatura do Estatuto de Roma) considera haver insuficientes "freios e contrapesos" a uma atuação potencialmente politizada ou abusiva da promotoria, a qual não se submeteria, a seu ver, ao controle externo de qualquer estado ou instituição, além da própria corte [[45]].

Como a análise pormenorizada dessas questões iria – repete-se – muito além do objeto deste trabalho, focar-se-á nas possibilidades de aprimoramento técnico e jurídico das investigações criminais realizadas pela INTERPOL.

3.4 Possíveis medidas de aperfeiçoamento

A primeira e – por que não dizer – mais elementar medida destinada ao aprimoramento da atuação da INTERPOL na repressão à criminalidade organizada internacional é o estabelecimento de cada vez mais consistentes e eficazes acordos de cooperação entre a entidade e outros estados ou organizações – a exemplo daquele que foi firmado em 2016 com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime [[46]] (UNODC, ou *United Nations Office on Drugs and Crime*). É natural que a criação e a manutenção de um intercâmbio constante de conhecimentos, experiências, métodos e ferramentas investigativas se mostre obrigatória numa era de globalização da delinquência organizada.

Uma das mais marcantes características da criminalidade organizada transnacional é a existência de intermináveis conexões entre os criminosos, o que não apenas abre aos grupos delinquentes possibilidades de atuar em novos mercados, como também, e principalmente, lhes oferece excelentes condições para obstaculizar as apurações dos crimes que cometem de maneira habitual, uma vez que tamanha estratificação de sua rede delitiva lhes confere ótimas possibilidades de ocultação e/ou de destruição de evidências, deixando-os frequentemente à frente dos investigadores, por assim dizer. Por isso, a desburocratização e a dinamização dos procedimentos apuratórios atualmente existentes se mostram evoluções igualmente indispensáveis ao processo investigativo de crimes internacionais.

É verdade que vários acordos internacionais, bilaterais e multilaterais, já detalham os procedimentos pelos quais os estados se auxiliam mutuamente na realização de investigações criminais que atravessam fronteiras; no entanto, é preciso conceber mecanismos mais arrojados para a direção e a coordenação de investigações altamente complexas e especializadas, principalmente quando os acordos internacionais de assistência jurídica existentes ou outras práticas não bastarem para a apuração de delitos internacionais perpetrados por grupos criminosos organizados [[47]], casos em que uma autoridade da INTERPOL poderia ser designada para a direção de uma investigação criminal supranacional, independentemente de qualquer investigação policial nacional em curso [[48]].

Assim o sendo, a designação de agentes da INTERPOL sob a sua autoridade em investigações supranacionais se poderia revelar um instrumento mais eficaz do que os demais métodos atualmente disponíveis, já que aqueles teriam uma ligação direta com o país no qual a investigação criminal estivesse sendo conduzida; poderia ser, inclusive e por exemplo, um requisito formalmente estabelecido o de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que os agentes da INTERPOL responsáveis pela investigação de um delito internacional fossem nacionais do país do fato, uma vez que, como nacionais, os investigadores da INTERPOL já conheceriam as leis materiais e processuais do país – os agentes nacionais da INTERPOL poderiam, inclusive, ser assistidos por agentes da INTERPOL de outros países membros, mas seriam os agentes nacionais os encarregados das investigações, sob a supervisão de uma autoridade policial da organização [[49]].

Dessa maneira, a autoridade da INTERPOL designada para assumir a direção de determinada investigação criminal internacional se sobreporia às autoridades e aos investigadores nacionais – como os agentes da INTERPOL são nacionais de diversos países diferentes, nomeá-los como responsáveis por uma investigação supranacional de crimes internacionais significaria que nenhum país seria, deste modo, o "policial do mundo"; além do mais, a expansão das funções atualmente desempenhadas pelos agentes da INTERPOL resultaria, sem sombra de dúvidas, em investigações criminais internacionais mais completas e efetivas [[50]].

CONCLUSÃO

Em um mundo a cada dia mais complexo, dotado de intermináveis conexões e possibilidades, o Direito Internacional – paulatina, mas continuamente – se concretiza como o mecanismo jurídico mais adequado a regular as relações externas dos membros da sociedade internacional, especialmente em sendo eles estados e/ou organizações internacionais.

Naturalmente, a evolução desse universo traz consigo um inevitável aperfeiçoamento das práticas delituosas cometidas por grupos criminosos organizados transnacionais, razão pela qual sempre se fará necessária a utilização de novos e aprimorados instrumentos de combate à criminalidade organizada pelas entidades encarregadas de fazê-lo.

Nesse cenário, vê-se a necessidade de a INTERPOL, na condição de maior organização policial do planeta e de segunda maior organização intergovernamental do mundo, deixar para trás o seu papel de apenas coadjuvar o sistema de Justiça Criminal internacional, mediante práticas e ações no mais das vezes supletivas à atuação repressiva dos próprios estados nacionais e, excepcionalmente, no âmbito da Corte Internacional de Justiça, e assumir funções institucionais capazes de alçar a organização ao coprotagonismo no enfrentamento à criminalidade organizada internacional.

Emendas à sua Constituição, adoção de novas resoluções ou mesmo o estabelecimento de novos tratados e acordos de cooperação internacional, buscando o estreitamento institucional com as demais entidades responsáveis pelo enfrentamento àqueles delitos que mais consternam e atingem

a sociedade internacional: que se promovam modificações ao *status quo* jurídico da organização, municiando-a com aquela que pode ser a arma mais eficaz no combate ao crime organizado internacional – uma real autoridade investigativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional público & direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2007.

BUREAU OF POLITICAL-MILITARY AFFAIRS. **Frequently asked questions about the U.S. Government's policy regarding the International Criminal Court (ICC)**. Washington, DC: U. S. Department of State Archive, Jul. 2003. Disponível em:

<https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/fs/23428.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CASTRO, Fernando et al. Imunidade absoluta de jurisdição dos organismos internacionais e a violação aos direitos humanos (trabalhistas): comentários à OJ 416 do TST. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, 2013.

FEDOTOV, Yury. **Remarks at CCPCJ side event on the UNODC-INTERPOL Joint Action Plan: Making a Strategic Global Partnership Operational**. United Nations Office on Drugs and Crime, Maio 2016. Disponível em:

<http://www.unodc.org/unodc/en/speeches/2016/ccpcj-interpol-230516.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

FOONER, Michael. **Interpol: Issues in world crime and international criminal justice**. New York: Plenum Press, 1989.

GREENE, Jack. **The Encyclopedia of Police Science**. v. 1, New York: Routledge, 2007.

GUFFEY-LANDERS, Nancy. Establishing an International Criminal Court: will it do justice? In: **Maryland Journal of International Law**. v. 20, 1996.

HILLEBRECHT, Courtney et al. Last week, the International Criminal Court convicted a war criminal. And that revealed one of the ICC's weaknesses. In: **The Washington Post**. Mar. 2016. Disponível em:

<https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/03/28/last-week-the-international-criminal-court-convicted-a-war-criminal-and-that-revealed-one-of-the-iccs-weaknesses/?utm_term=.e93385b8e3a8>. Acesso em: 02 jul. 2017

HUSEK, Carlos. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (CIJ). **Handbook**. 2013. Disponível em:

<http://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (TPI). **Rome Statute of the International Criminal Court**, 2002. Disponível em:

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Constitution of the ICPO-INTERPOL**, 1956, art. 3º. Disponível em:

<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/14/14-02/interpol-constitution.xml>. Acesso em: 12 jul. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Fugitive investigations**. Disponível em:

<https://www.interpol.int/Crime-areas/Fugitive-investigations/Fugitive-investigations>. Acesso em: 05 jul. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **History: 1914-2014**, *2014.* Disponível em:

<https://www.interpol.int/About-INTERPOL/History/1914-2014/INTERPOL-1914-2014/INTERPOL-1914-2014>. Acesso em: 10 jul. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Member countries**. Disponível em:

<https://www.interpol.int/Member-countries/World>. Acesso em: 12 jul. 2017.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION (CDI). Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly. In: **Yearbook of the International Law Commission**. v. II, 1953.

KENDALL, Raymond. Interpol's co-operation system and activities relating to forensic science. In: **Journal of the Forensic Science Society**. Elsevier, v. 31, Jul. 1991. Disponível em:

<http://www.scienceandjusticejournal.com/article/S0015-7368(91)73170-8/pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso. **Curso de direito internacional público**. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORTON, Jeffrey. **The International Law Commission of the United Nations**. Columbia: University of South Carolina Press, 2000.

SAVCHENKO, Igor. **The report: The Interpol system is in need of reform**. Fev. 2015. Disponível em:

<http://en.odfoundation.eu/a/5947,the-report-the-interpol-system-is-in-need-of-reform>. Acesso em: 13 jul. 2017.

SILVA, Alexandre. Direito internacional penal (direito penal internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, 2013.

UNITED NATIONS (ONU). Ad Hoc Committee on Illicit Traffic in the Near and Middle East. In: **CND Resolution 3 (XXIV)**, 1971.

UNITED NATIONS (ONU). **Official records of the United Nations conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations**. v. II, New York: United Nations, 2005.

UNITED NATIONS (ONU). **United Nations convention against transnational organized crime and the protocols thereto**. a. I, New York: United Nations, 2004.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **New UNODC campaign highlights transnational organized crime as a US$870 billion a year business**. Jul. 2012. Disponível em:

<https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2012/July/new-unodc-campaign-highlights-transnational-organized-crime-as-an-us-870-billion-a-year-business.html>. Acesso em: 17 jul. 2017.

NOTAS:

[1] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **New UNODC campaign highlights transnational organized crime as a US$870 billion a year business**. Jul. 2012. Disponível em:

<https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2012/July/new-unodc-campaign-highlights-transnational-organized-crime-as-an-us-870-billion-a-year-business.html>. Acesso em: 17 jul. 2017.

[2] BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional público & direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[3] MELLO, Celso. **Curso de direito internacional público**. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 71.

[4] ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

[5] ROQUE, Sebastião, *apud* HUSEK, Carlos. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

[6] MAZZUOLI, Valerio. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

[7] Ibidem, p. 46.

[8] A título de exemplo: Ibidem, p. 599.

[9] UNITED NATIONS (ONU). **Official records of the United Nations conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations**. v. II, New York: United Nations, 2005, p. 4.

[10] CRETELLA Neto, José. Teoria geral das organizações internacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, *apud* CASTRO, Fernando et al. Imunidade absoluta de jurisdição dos organismos internacionais e a violação aos direitos humanos (trabalhistas): comentários à OJ 416 do TST. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, 2013, p. 113.

[11] INTERNATIONAL LAW COMMISSION (CDI). Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly. In: **Yearbook of the International Law Commission**. v. II, 1953, p. 99, tradução nossa.

[12] SERENI, Angelo. Le organizzazioni internazionali. Milano: Giuffrè, 1959, *apud* MELLO, Celso, **op. cit.,** p. 13.

[13] MAZZUOLI, Valerio, op. cit., p. 600.

[14] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (CIJ). **Handbook**. 2013, p. 254-255. Disponível em:

<http://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

[15] GREENE, Jack. **The Encyclopedia of Police Science**. v. 1, New York: Routledge, 2007, p. 706.

[16] INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **History: 1914-2014**, *2014.* Disponível em:

<https://www.interpol.int/About-INTERPOL/History/1914-2014/INTERPOL-1914-2014/INTERPOL-1914-2014>. Acesso em: 10 jul. 2017.

[17] Ibidem, tradução nossa.

[18] Ibidem, tradução nossa.

[19] FOONER, Michael. **Interpol: Issues in world crime and international criminal justice**. New York: Plenum Press, 1989, p. 7.

[20] INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Constitution of the ICPO-INTERPOL**, 1956, art. 3º. Disponível em:

<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/14/14-02/interpol-constitution.xml>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[21] Ibidem, art. 2º, tradução nossa.

[22] UNITED NATIONS (ONU). Ad Hoc Committee on Illicit Traffic in the Near and Middle East. In: **CND Resolution 3 (XXIV)**, 1971, art. 8º.

[23] GREENE, Jack, op. cit., p. 706.

[24] INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Member countries**. Disponível em:

<https://www.interpol.int/Member-countries/World>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[25] GREENE, Jack, op. cit., p. 706-707.

[26] KENDALL, Raymond. Interpol's co-operation system and activities relating to forensic science. In: **Journal of the Forensic Science Society**. Elsevier, v. 31, Jul. 1991, p. 374. Disponível em:

<http://www.scienceandjusticejournal.com/article/S0015-7368(91)73170-8/pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

[27] Ibidem, p. 375.

[28] GUFFEY-LANDERS, Nancy. Establishing an International Criminal Court: will it do justice? In: **Maryland Journal of International Law**. v. 20, 1996, p. 217.

[29] KENDALL, Raymond, op. cit., p. 375-376.

[30] FOONER, Michael, op. cit., p. 116.

[31] GUFFEY-LANDERS, Nancy, op. cit., p. 216.

[32] INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION (INTERPOL). **Fugitive investigations**. Disponível em:

<https://www.interpol.int/Crime-areas/Fugitive-investigations/Fugitive-investigations>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[33] GUFFEY-LANDERS, Nancy, op. cit., p. 217.

[34] Ibidem, p. 217.

[35] Neste caso, quando o Tribunal Penal Internacional expede o mandado de prisão, pode haver um pedido de cooperação à INTERPOL, para que esta, então, confira ao decreto prisional alcance internacional por meio de seu "código vermelho". Isso é extremamente importante, entre outras razões, porque o Tribunal não pode realizar julgamentos à revelia, permanecendo os processos de sua alçada paralisados até o cumprimento da ordem judicial de captura. Um caso emblemático em que isso ocorreu se deu em 2011, com os mandados de prisão dos líbios Muamar el Gadafi, Saif al Islam Gadafi e Abdullah Senussi.

[36] GUFFEY-LANDERS, Nancy, op. cit., p. 217.

[37] Ver nota de rodapé nº 21.

[38] SAVCHENKO, Igor. **The report: The Interpol system is in need of reform**. Fev. 2015. Disponível em:

<http://en.odfoundation.eu/a/5947,the-report-the-interpol-system-is-in-need-of-reform>. Acesso em: 13 jul. 2017. O autor também critica o fato de que a INTERPOL se apresentaria como uma "organização democrática" e "guardiã da Lei", porém contaria, entre os seus estados membros, com 104 países "não livres" ou "parcialmente livres", de acordo com a *Freedom House* (<https://freedomhouse.org/>) – este que parece consistir em um argumento inválido para o fim a que se presta, uma vez que, sem maiores delongas, o mesmo raciocínio crítico se aplicaria às Nações Unidas, por exemplo.

[39] GUFFEY-LANDERS, Nancy, op. cit., p. 218.

[40] Aqui considerado o conjunto de normas de Direito interno relativas à legitimidade das jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais, à lei que nesses casos devem aplicar os tribunais nacionais, à colaboração entre os órgãos locais, com base nos princípios da igualdade e da reciprocidade, e ao respeito aos princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos de cada país, a fim de favorecer o exercício do poder punitivo do Estado; não se confunde, portanto, com o chamado Direito internacional penal, enquanto o conjunto das normas do Direito internacional público que dispõem quais são as condutas consideradas crimes internacionais, os seus elementos constitutivos, as circunstâncias excludentes, em suma, a responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. SILVA, Alexandre. Direito internacional penal (direito penal internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, 2013, p. 80-81.

[41] INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (TPI). **Rome Statute of the International Criminal Court**, 2002. Disponível em:

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

[42] Ibidem, v. Preâmbulo, tradução nossa.

[43] MORTON, Jeffrey. **The International Law Commission of the United Nations**. Columbia: University of South Carolina Press, 2000, p. 123-124.

[44] HILLEBRECHT, Courtney et al. Last week, the International Criminal Court convicted a war criminal. And that revealed one of the ICC's weaknesses. In: **The Washington Post**. Mar. 2016. Disponível em:

<https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/03/28/last-week-the-international-criminal-court-convicted-a-war-criminal-and-that-revealed-one-of-the-iccs-weaknesses/?utm_term=.e93385b8e3a8>. Acesso em: 02 jul. 2017. Ver também: "Caso Bemba", *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08.* Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba?ln=en>. Acesso em: 02 jul. 2017.

[45] BUREAU OF POLITICAL-MILITARY AFFAIRS. **Frequently asked questions about the U.S. Government's policy regarding the International Criminal Court (ICC)**. Washington, DC: U. S. Department of State Archive, Jul. 2003. Disponível em:

<https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/fs/23428.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

[46] FEDOTOV, Yury. **Remarks at CCPCJ side event on the UNODC-INTERPOL Joint Action Plan: Making a Strategic Global Partnership Operational**. United Nations Office on Drugs and Crime, Maio 2016. Disponível em:

<http://www.unodc.org/unodc/en/speeches/2016/ccpcj-interpol-230516.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

[47] A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como a Convenção de Palermo, de 2000), em seu artigo 2º, conceitua "grupo criminoso organizado" como sendo aquele "[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". UNITED NATIONS (ONU). **United Nations convention against transnational organized crime and the protocols thereto**. a. I, New York: United Nations, 2004, p. 5, tradução nossa.

[48] Em sentido similar, GUFFEY-LANDERS, Nancy, op. cit., p. 229.

[49] Ibidem, p. 230.

[50] No mesmo sentido: Ibidem, p. 230-231.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O avanço das políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil após o advento da Lei Maria da Penha

YAMILE SILVA SOUZA: Graduanda em Direito 2019 pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA;

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO: Nos últimos anos a sociedade tem passado por grandes transformações e com elas a tecnologia avança diariamente, através desses acontecimentos as redes sociais dão cada vez mais voz á gritos humanos existentes por trás das telas os quais muitas vezes são femininos. Com isso, o índice de mulheres que sofrem violência doméstica tomou relevante proporção, pois muitas destas tiveram coragem para expor sua triste realidade as quais por diversas vezes não são percebidas pelas pessoas que rodeiam as vítimas. A violência contra mulheres tornou-se um dos problemas públicos de maior visibilidade social e foi a partir de então que as vítimas em conjunto com as autoridades competentes, movimentos feministas e atores estatais conseguiram a arpovação da Lei Maria da Penha no ano de 2006. Apesar de recente, desde seu advento muito se evoluiu em relação as políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil e isso poderá ser apreciado por meio das estatísticas apresentadas no presente artigo o qual tem como objetivo abordar sobre os avanços obtidos após o advento da Lei. Para elaboração deste foram realizadas pesquisas científicas e análises em legislações vigentes voltadas ao tema, bem como jurisprudências, súmulas, enunciados e as modificações que a legislação vem sofrendo, além de doutrinas e artigos já publicados.

Palavras-chave: sociedade; violência doméstica; lei Maria da Penha.

ABSTRACT: In recent years the society has undergone great transformations and with them the technology advances daily, through these events the social networks give more and more voice to human cries existing behind the screens which are often feminine. Thus, the index of women suffering from domestic violence took a significant proportion, since many of them had the courage to expose their sad reality, which are often not perceived by the people who surround the victims. Violence against women has become one of the public problems of greater social visibility and since then the victims in conjunction with the competent authorities, feminist movements and state actors have achieved the Arpovação of the Maria da Penha law in Year 2006. Although recent, since its advent much has evolved in relation to public policies on violence against women in Brazil and this can be appreciated through the statistics presented in this article which aims to address the advances Obtained after the advent of the law. For the elaboration of this,

scientific researches and analyses in current legislation on the subject were carried out, as well as jurisprudence, suppositions, utterances and modifications that the legislation has been suffering, in addition to doctrines and articles already published.

Keywords: Society Domestic violence; Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

Com o transcorrer do tempo a sociedade vem passando por relevantes transformações e com ela advieram muitas conquistas atinentes aos direitos humanos de cada indivíduo. Importante destacar que ainda que muitos hábitos tenham modificado, alguns ainda permeiam na sociedade moderna, e um exemplo disso é a violência contra a mulher.

Em um contexto histórico sabe-se que com o passar dos anos a mulher possui um histórico o qual tem como principal reflexo a discriminação advinda de uma cultura de superioridade masculina, a qual infelizmente ainda se faz presente em grande parte da sociedade independente de idade ou classe social. Para estes, a mulher ainda é considerada como se propriedade e serviçal fosse, o que muitas vezes resulta em violência havendo contrariedade a estas ordens ou linha de conduta.

Desde tempos remotos o sexo feminino vem sendo alvo dos mais diversos tipos de violência, desde os mais arcaicos até aos mais modernos, como por exemplo: constrangimento ou ameaças virtuais que são casos bem presentes atualmente.

Importante relembrar que a discriminação amparada no que diz respeito a diferença de gênero é uma das consideradas mais velhas e também uma das mais praticadas em toda a sociedade, tendo esta uma origem histórica, a mesma perfaz, configura e estabelece a cultura de dominação e submissão do gênero feminino.

O cenário de violência originou-se desde os primeiros habitantes da sociedade e ainda nos dias atuais este se faz presente contribuindo diretamente para uma lamentável estatística de violência contra a mulher. Há que se destacar que mesmo em era de movimentos feministas este cenário ainda perdura em alguns modelos de família os quais criam homens com ideias de superioridade masculina de modo a tratar mulheres como objetos sexuais ou domésticos, situação esta semelhante a que durou por longos anos. Contudo, diferente do que aconteceu em eras passadas, através do advento da modernidade e conquistas concernentes a desenvolvimento dos Diretos Humanos o cenário muda e o gênero feminino

brasileiro passa a almejar e conquistar fatores que antigamente só eram possíveis á homens.

Uma destas conquistas é a Lei Maria da Penha, a lei de nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 a qual dá tratamento diferenciado e consequentemente especial aos casos que retratam violência doméstica e familiar contra a mulher.

No primeiro capítulo será realizado um estudo concernente a Lei Maria da Penha contemplando seu contexto histórico, definição, convenções acerca do tema e aplicação desta.

No segundo capítulo realizar-se-á uma abordagem sobre o avanço das políticas públicas em relação à violência contra as mulheres após o advento da Lei Maria da Penha.

No terceiro capítulo será realizado um estudo sobre a eficácia da medida protetiva para mulheres que foram em busca de amparo com base na Lei Maria da Penha.

No quarto e último capítulo realizaremos uma breve demonstração da estatística brasileira atual de processos que tramitam com casos de violência contra a mulher.

- **LEI 11.340 DE 7 DE AGOSTO DE 2006 – LEI MARIA DA PENHA**

Ao abordar sobre a Lei Maria da Penha é importante que de antemão seja realizada uma conceituação sobre o termo "violência" tendo em vista que este esta diretamente ligado ao tema em tela e é a ela que o estudo nos remete.

> Violência em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano (TELES; MELO, 2003, p. 15).

No que concerne ao conceito ou significado da própria lei, pode-se afirmar que: A Lei Maria da Penha é a Lei Federal de número 11.340 a qual teve sua aprovação pelo Planalto na data de 07 de agosto do ano de 2006. Em linhas gerais, se sabe que essa diz respeito à uma lei específica que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A referida Lei representa para a sociedade e para o ambiente jurídico um dos maiores e mais significativos avanços legislativos desde o advento da Carta Magna de 1988, tendo em vista que demonstra e empodera a importância do reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos.

1.1 Origem e História da Lei 11.340 de 2006

A referida lei surge em um contexto político de forte intervenção da comunidade internacional, em prol dos direitos humanos e dos direitos das mulheres (SANTOS, 2008). A Conferência dos Direitos Humanos, promovida pela ONU no ano de 1993, originou o reconhecimento à nível internacional da violência contra o gênero feminino como uma das violações aos direitos humanos, ocasionando, ainda durante este mesmo ano, a aprovação pela Assembleia Geral do referido órgão a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres.

O documento mencionado acima almejava contribuir no processo de superação concernente ao quadro de violência contra o sexo feminino, reconhecendo a partir de então o remoto e constante quando de desigualdade histórica nas relações sociais entre homens e mulheres, de modo a determinar um posicionamento que fosse preventivo e punitivo por parte dos Estados no sentido de eliminar a violência doméstica, sem levar em consideração costumes, tradições, classes sociais, etnia e fundamentos religiosos.

> Insta informar que o Brasil foi signatário de tratados internacionais os quais ratificavam o compromisso de erradicar a violência contra a mulher e ainda, o de promover internamente os direitos humanos. Deste modo, tem-se como os principais documentos voltados a esta temática os seguintes: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1995; a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, promovida pela ONU em 1995 e assinada pelo Brasil no mesmo ano; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotado pela ONU em 1999, assinado pelo governo brasileiro em 2001 e ratificado pelo Congresso Nacional em 2002; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), adotada pela ONU em 1979 e assinada com reservas pelo Brasil em 1983. Em 1984, a CEDAW foi ratificada pelo Congresso Nacional, mantendo-se as reservas do poder executivo. Apenas em 1994, o governo brasileiro retirou as as

> reservas e ratificou integralmente a Convenção (FREIRE, 2006). Em 1992, o Brasil ratificou, ainda, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que trouxe maior possibilidade de denúncia em âmbito nacional nos casos de violação aos direitos humanos (SANTOS, op. cit.).

Com toda a transição nacional e internacionalmente ocorrendo, deu-se início a uma era de empoderamento feminino a qual abriu espaço para a discussão acerca da violência contra a mulher, o que fez com que durante na segunda metade da década de 1990 fossem enviados dois casos brasileiros à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): um deles foi o caso Maria Lepoldi, a qual foi vítima de assassinato por seu ex-namorado (1996), e o caso relevante e conhecido caso Maria da Penha, que tinha como vítima a mulher que sofreu dupla tentativa de homicídio por parte de seu marido (1998). Em ambos os casos foi verificada a falta de compromisso do Estado brasileiro no combate à violência doméstica. Ademais, a repercussão internacional expôs as fraquezas e necessidade de transformação radical do sistema criminal brasileiro, que era marcado pela falta de seriedade e morosidade em relação aos processos que envolviam situações de violência contra a mulher (SANTOS, 2008).

O caso de Maria da Penha destacou-se em âmbito nacional e findou sendo vinculado à Lei 11.340 de 2006, merecendo ser relatado. Maria da Penha Maia Fernandes é a personagem principal desta triste história tendo em vista que esta foi vítima de um total de duas tentativas de homicídio na qual o autor era seu marido, o Sr. Marco Antônio Heridia Viveros, as quais ocorreram nos meses de maio e junho do ano 1983.

No que tange as duas tentativas cabe lembrar que a primeira ocorreu quando o esposo da vítima disparou tiros nesta enquanto a mesma dormia. Por consequência desta tentativa, a vítima precisou se submeter a diversos procedimentos cirúrgicos, tal violência resultou ainda em uma paraplegia irreversível, as quais somaram-se á traumas físicos e psicológicos. Já a segunda tentativa, ocorreu logo duas semanas após Maria da Penha ter retornado do hospital, nesta o Sr. Viveros tentou eletrocutá-la enquanto a mesma tomava banho.

Importante destacar que o esposo de Maria da Penha já possuía um histórico de autorias de agressões contra suas filhas e esposa, que, por sua vez, temia se separar por conta do comportamento violento frequente do marido. Contudo, foi através da segunda tentativa de homicídio que adveio coragem e motivação por parte de Maria da Penha a se separar judicialmente.

Cecília Macdowell Santos descreve como se desenrolou o caso no judiciário brasileiro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> No primeiro julgamento, ocorrido nove anos depois do crime, Viveros foi condenado a uma pena de 15 anos de reclusão, reduzida a 10 anos por se tratar de 25 réu primário. Em 1996, a decisão do júri foi anulada e o réu, sendo submetido a novo julgamento, foi condenado a 10 anos e 6 meses de reclusão. Recorrendo da sentença diversas vezes e valendo-se, inclusive, de práticas de corrupção, Viveros permaneceu em liberdade por dezenove anos, sendo preso em outubro de 2002, pouco antes de o crime prescrever. Pode-se afirmar que a conclusão do processo judicial e a prisão do réu só ocorreram graças às pressões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que recebera o caso em 1998. (SANTOS, 2008, p. 24)

Em 07 de agosto de 2006 originava-se a Lei 11.340 a qual é o tema central do presente trabalho, denominada intencionalmente de "Lei Maria da Penha", esta adveio com o objetivo de reparar de forma simbólica a Sra. Maria da Penha Fernandes pelas agressões e tentativas de homicídio sofridas por seu ex-marido e ainda pelo ocorrido durante a tramitação de seu processo: a inércia do judiciário brasileiro.

O processo de criação da Lei Maria da Penha é considerado como resultado da articulação entre as partes onde de um lado figura o governo e do outro os movimentos feministas que, no que lhes concerne, tiveram praticamente a totalidade de suas propostas aceitas através do novo instrumento legal. Contudo, é imprescindível lembrar que e reconhecer que foi necessário o caso Maria da Penha e toda a pressão internacional voltada a este caso em questão para que o Estado brasileiro se movimentasse de maneira precisa e ágil, buscando a prevenção, imediata solução e erradicação da violência contra o sexo feminino.

Os documentos oriundos das conferências internacionais relacionadas aos direitos das mulheres, como por exemplo a Conferência de Viena (1993) e a Convenção de Belém do Pará (1994), além de outros instrumentos internacionais de âmbito social e jurídico, serviram como base para a elaboração do Projeto de Lei 4.559/04 e posteriormente da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Insta informar que as Conferências e os tratados internacionais contribuíram diretamente para a identificação de modo relevante dos problemas relacionados a violência contra a mulher como sendo um fenômeno global.

É imperioso lembrar que em momento anterior a promulgação da Lei Maria da Penha, o índice de casos relacionados a violência em face da mulher era deploravelmente elevado sendo o tratamento com estes lento e ineficaz por ausência de legislação específica no ordenamento jurídico. Destaca-se que isso se

dava por ser a tramitação de grande parte desses processos perante Juizados Especiais Criminais.

A exposição internacional do Brasil através do caso da Sra. Maria da Penha, trouxe à baila publicamente em território nacional e internacional o descaso do judiciário brasileiro e de seu governo em relação à elaboração de medidas eficazes de superação da violência contra a mulher. A condenação do Estado brasileiro diante dos inúmeros e frequentes olhares de reprovação por meio da comunidade internacional resultou em um olhar com mais seriedade por parte do governo no que tange a violência doméstica.

1.1.1 Conferência de Viena em 1994

Durante a II Conferência Internacional de Direitos Humanos um total de quatro aspectos foram tratados com relevância no que se refere ao impacto de suas resoluções para as concepções de desenvolvimento Humano. Em Viena, no ano de 1994, foi definitivamente legitimada a noção no que diz respeito a indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. Insta informar que a Declaração de Viena também enfatiza os direitos de solidariedade, bem como o direito à paz, o direito ao desenvolvimento e os direitos ambientais. Sob o impacto da atuação do movimento femininos e consequentemente interligados à mulheres, os textos de Viena apresentaram redefinições concernentes as fronteiras entre o espaço público e a esfera privada, ultrapassando a divisão que até então caracterizava as teorias clássicas do mundo jurídico. Foi desde então que os abusos os quais têm lugar na esfera privada, como por exemplo: estupro e violência doméstica, recebem interpretação como crimes contra os direitos da pessoa humana, ensejando a partir de então um leque de politicas. A grande controvérsia da Convenção de Viena desenvolveu-se em torno da questão da diversidade que tornaria os princípios de direitos humanos como não aplicáveis ou relativos, segundo diversos padrões culturais e religiosos. Apesar das resistências evidentes à noção de universalidade dos direitos humanos, o primeiro artigo da Declaração de Viena trás a baila que "a natureza universal de tais direitos não admite dúvidas". A controvérsia ressurgiria no Cairo, Copenhague e Beijing. Entretanto a definição de 1993 permaneceria como referência inegociável nestes novos contextos de debate e negociação.

1.1.2 A Convenção Interamericana como meio de Prevenir, Punir e Erradicar o Cenário de Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará

No ano de 1993 foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. Foi a partir de então que o termo “Violência Contra a Mulher” ganhou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

definição internacionalmente conhecida, passando o problema a ser tratado de modo específico e inteiramente relevante.

Segundo dispõe a ilustríssima Flávia Cristina Piovesan sobre o tema "a definição dada pelo instrumento internacional ora abordado, rompe com a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado, no tocante à proteção dos direitos humanos, reconhecendo que a violação destes direitos não se reduz à esfera pública, mas também alcança o domínio privado".

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará foi adotada pela Organização dos Estados Americanos – OEA no ano de 1994 e teve sua ratificação realizada pelo Estado brasileiro no ano de 1995. Insta informar que este instrumento considerado de inteira relevância considerando que foi uma das reivindicações dos movimentos de mulheres e feminista no transcorrer da história.

Salienta-se que esta convenção é o primeiro instrumento de âmbito regional de proteção aos direitos humanos feminino a reconhecer de maneira expressa a violência em face da mulher como um problema generalizado na sociedade.

1.2 Definição e Aplicação da Lei 11.340 de 2006

A definição aplicada a Lei 11.340/2006 é a de uma legislação **brasileira que garante e tem o dever de viabilizar a proteção das mulheres contra qualquer tipo de violência doméstica**, seja ela física, psicológica, patrimonial ou moral.

A Lei em comento deu aplicabilidade ao princípio da dignidade humana e à igualdade de gênero que, apesar de previstos na Constituição, precisavam ser transportados para um diploma legal específico e detalhado, comunicando à sociedade o novo paradigma de não aceitação da violência doméstica (ÁVILA, 2007). Esta trás dentre suas previsões que os juizados terão a possibilidade de contar com o auxílio de uma equipe multidisciplinar especializada a qual será composta por um grupo de profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Salienta-se que Na execução da Lei Maria da Penha é inteiramente vedada a aplicação de penas pecuniárias e pagamentos de cestas básicas.

Um dos procedimentos a serem adotados é o encaminhamento das vítimas a programas e serviços de proteção e assistência social, considerando que a Lei Maria da Penha prevê a criação de políticas públicas que venham a garantir os direitos das mulheres em suas relações domésticas e familiares.

O objetivo das normas programáticas mencionadas acima é de resguardar a mulher vítima de violência doméstica de toda a forma de negligência,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme dispõe o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n. 11.340/2006.

No que concerne ao julgamento dos agressores, seja os presos em flagrante ou os que tenham a prisão preventiva decretada, estes serão julgados por juizados especiais em violência doméstica contra a mulher.

O texto normativo da lei Maria da Penha determina que haja a criação do Sistema Nacional de Dados e Estatísticas concernentes a violência doméstica por considerar serem estes fundamentais para que ocorra relevante reflexão sobre o tema. Essa é uma medida essencial que poderá funcionar como um termômetro da latência da violência doméstica, uma vez que, revelando os dados, poderá ser diagnosticada a eficácia da lei nas diferentes realidades locais e regionais.

> Direcionando a teoria à prática, nota-se que esta lei surge de modo tão relevante que o crime de lesão corporal (art. 129 do Código Penal) adquiriu a partir de então uma nova redação no que diz respeito ao seu parágrafo 9º na Lei Maria da Penha, o qual passou a vigorar como qualificadora dos casos onde este crime seja resultante de violência doméstica, com pena de detenção de três meses a três anos. Sendo também acrescentado o parágrafo 11 ao artigo 129 do Código Penal, para descrever a causa do aumento de um terço da pena, no caso de violência praticada contra pessoa portadora de deficiência quando ocorrer a hipótese do parágrafo 9º.
>
> Por fim, considera-se imperioso destacar que a lei Maria da Penha poderá ser aplicada também em casos de violência dentro de relacionamentos homoafetivos, formados por duas mulheres ou transgêneros (que se identificam com o gênero feminino) o que deixa ainda mais notória a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista a amplitude do público que esta contempla.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO BRASIL E SEU CONSEQUENTE AVANÇO APÓS O ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme pôde ser visto até o presente momento, a violência contra a mulher que antes era um assunto considerado como problema isoladamente da esfera privada e que por longos anos esteve distante da agenda pública e governamental, em âmbito nacional e internacional, passa a receber a partir do advento da Lei Maria da Penha, conceituação de modo especifico no que tange a violência doméstica e familiar, além do estabelecimento de medidas especificas para serem tomadas diante desse cenário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Foi após o advento da referida lei que surgiram a criação dos juizados de violência doméstica e familiar, possibilidade quanto à concessão de medidas protetivas de urgência, caráter hibrido de ações as quais podem ser penais e cíveis simultaneamente. Além disso, foram reafirmados serviços já existentes , como por exemplo: casas de abrigos, serviços de saúde especializados, núcleos de defensoria especializado a atendimentos de mulheres vítimas desses atos de vioência e etc. e ainda criação de novos serviços.

Apartir do reconhecimento oriundo da Lei Maria da Penha, a violência interpessoal passou a ser conhecida como um dos principais e mais relevantes problemas públicos a ser enfrentado pela sociedade brasileira o que por conseguinte ensejou a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas específicas as quais desde o princípio requerem integração do judiciário, assistência social, instituições sociais, educacionais e hospitalares, ou seja, articulação entre os órgãos de serviços governamentais e não governamentais.

Há que se destacar que um dos maiores desafios encontrados das políticas públicas de enfrentamento à violência, diz respeito ao monitoramento das ações desenvolvidas nos estados e municípios em território nacional.

Ainda no que concerne aos desafios enfrentados, há, seguramente, hodiernas alterações significativas na especialização desses serviços, o que demonstra a relevante e crescente presença do Poder Público nesse contexto o qual outrora foram considerados íntimos e seletivamente da esfera privada.

A seguir demonstrar-se-á a institucionalização de Políticas Públicas Femininas após a Lei Maria da Penha em algumas esferas.

- Secretaria de Políticas para Mulheres

No que concerne as políticas públicas desenvolvidas pela presente secretaria evidenciou-se que esta objetiva superar as desigualdades de modo a consequentemente combater todas as formas de preconceito e discriminação enfrentadas pelas mulheres. Importante informar que a atuação desta secretaria realiza-se de modo fundamentado nas seguintes linhas de ação: a) Enfrentamento de violência contra mulher; Política do Trabalho e da autonomia econômica feminina, e, c) Programas e ações voltados á área da saúde, igualdade de gênero, educação, cultura e etc.

Em um contexto institucionalizador, a referida secretaria representou uma relevante ação no processo de fortalecimento das ações e estratégias de gestão e monitoramento das políticas públicas.

- Redes de Atendimento e de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As redes de atendimentos que passaram a ser construídas em uma grande parte dos Estados e Municipios do território brasileiro, objetivam contemplar o caráter multidimensional do problema de enfrentamento a violência contra a mulher. Salienta-se que ao contrário do que muitos pensam, essas redes são constituídas por órgãos que vão além do judiciário, alcançando ainda atendimento na área de saúde e psicossocial.

Ao realizar esse trabalho essas redes atingem as metas previstas na Política Nacional de enfrentamento a violência contra a mulher (2011) em seus principais eixos, quais são: combate a violência, prevenção, assistência as vítimas e garantia de preservação quanto aos direitos já adquiridos por estas e seus órgãos e movimentos representantes.

> A Rede de Serviços de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência é um conjunto de ações e serviços de diferentes setores, em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde, que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento; à identificação e ao encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência; e à integridade e à humanização do atendimento às mulheres vítimas de violência (RODRIGUES, 2011).

- Centros Especializados da Mulher

O número de unidades de Centros Especializados da Mulher se elevam cada vez mais e mais, o objetivo central destes locais são o acompanhamento psicológico e social, além de prestação de auxílio jurídico por meio de orientações ás vítimas, além da acolhida inicial que eles realizam para com estas.

Insta informar que essas unidades são compostas por uma equipe multidisciplinar que tem em seu corpo psicólogos, advogados e assistentes sociais.

> Os Centros de Referência ao Atendimento à Mulher são espaços de acolhimento/atendimento psicológico e social, orientação e encaminhamento jurídico da mulher em situação de violência. Estes centros têm como função proporcionar o atendimento e acolhimento necessário para superar situações de violência, contribuindo para o fortalecimento e o resgate de cidadania da mulher (RODRIGUES, 2011).

- Casas de Abrigo

As casas de abrigo oferecem para as vitimas de violência de cunho sexual, patrimonial, verbal e moral o serviço sigiloso e temporário de asilo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atendimento integral tendo em vista que na maioria das vezes no decorrer dessas situações, as vitimas encontram-se em risco de vida imintente.

O período de acolhimento a essas vitimas e também a seus filhos pode variar entre 90 a 180 dias.

> As Casas-abrigo são locais seguros que oferecem moradia e atendimento integral às
>
> mulheres em risco de vida que sofrem violência doméstica. É um serviço prestado com sigilo e por um determinado tempo, onde as mulheres permanecem, até terem condições de retomar suas vidas novamente (RODRIGUES, 2011).

Conforme pôde ser atestado nas linhas anteriores, muitos projetos e unidades de atendimentos às vitimas de violência já foram criadas e estão em constante adaptação e evolução com os índices que se apresentam diariamente. Com o eminente crescimento de movimentos feministas no país e no mundo e, após o advento da Lei Maria da Penha muito já se evoluiu em relação ao tema e as políticas públicas voltadas ao assunto e sabe-se que muito mais há que se prosperar no tocante a proteção dessas mulheres e de seus familiares.

Ao correlacionar violência contra a mulher com a segurança pública e o sistema judiciário e, realizando uma breve análise sobre o tema o que se avista é que em relação ao primeiro ítem, as Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher as quais compõe a estrutura da polícia civil atuam de modo a apurar, investigar, realizar o enquadramento e legal e sobretudo apurar os casos de violência contra a mulher.

Já em relação ao tema de modo interligado a justiça brasileira, o que se aufere é que após a promulgação da Lei 11.340/2006 houve grande impacto e consequente desenvolvimento no sistema judiciário tendo em vista que esta trouxe a possibilidade de criação de estruturas especializadas para o processamento dos crimes contra mulheres.

É imperioso destacar que ainda que não haja determinações no que concerne a intalações e adaptações de varas e juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, a legislação que versa sobre o tema tem em sua composição a previsão e em consonância a isso, o Conselho Nacional de Justiça indicou esse engenho.

Desataca-se que a presença de varas e juizados especiais voltados ao tema, representam no ordenamento jurídico e social um relevante avanço de modo a não somente reconhecer mas também desfazer a ideia anteriormente existente de que essa problemática diz respeito somente a esfera privada, resultando a partir de então ao reconhecimento público não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

somente da problemática como também dos direitos das vítimas, punibilidade do agressor e dos meios de solução desta.

3. AMPARO, EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E ÚLTIMAS DECISÕES ACERCA DO TEMA

Muito embora um longo passo já tenha sido dado em relação a avanços positivos após a promulgação da Lei Maria da Penha, há que se destacar que as medidas de amparo e proteção ainda não atingiram o ápice de segurança necessário.

Contudo, merece destaque a informação fornecida por Ribeiro (2014) em seu artigo acerca da evolução consequente do advento da lei:

> Com o advento da Lei nº 11.340/2006, uma grande rede de proteção foi se criando em torno do combate à violência doméstica, composta por vários órgãos. Dentre a rede de proteção visando às mulheres vítimas de violência doméstica, podem ser citados: a Rede de serviços de atendimento às mulheres em situação de violência; Centros de Referência ao Atendimento à Mulher; Casas-abrigo; Casas de Acolhimento Provisório; Postos, Núcleos e Seções de Atendimento à Mulher nas Delegacias Comuns; Defensoria da Mulher; Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Central de Atendimento à Mulher; Ouvidorias; Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS); Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMs); Ministério Público; Defensoria Pública, entre outros.

Não é novidade que as vitimas de violência contra a mulher, independente de qual tipo for a violência praticada, carrega com si o constrangimento resultante da situação vivida. Muitas vezes, cerca de 70% das vitimas acabam por permanecer vivenciando tais situações não somente pela dependência financeira em relação ao agressor mas também pelo medo de represália por parte da sociedade e da ausência de amparo e eficácia da medida protetiva a qual em tese é garantida as vitimas amparadas pela lei em comento.

No que diz respeito a medida protetiva, cabe aqui realizar um breve estudo sobre esta:

Buscando combater umas das causas do crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam a impunidade e a proteção deficiente, o legislador brasileiro estabeleceu medidas de proteção à mulher agredida com o cunho cautelar, considerando a hipossuficiência da mulher, a informalidade, celeridade e efetividade. (PORTO, 2007, p.85).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Porto (2007), a primeira é direcionada ao agressor, limitando sua liberdade, enquanto a segunda se destina a autorizar certas condutas da ofendida, ou restituir-lhe direitos que foram tirados pelo agressor.

O Capítulo II da Lei 11.340/06 traz em seu bojo as medidas protetivas de urgência, medidas essas que buscam assegurar a manutenção da integridade física, moral, psicológica e patrimonial da mulher vítima de violência doméstica e familiar, garantindo-lhe dessa forma a proteção jurisdicional. (BRASIL, 2006).

> A Lei em seu Capítulo III - tem como propósito indicar as medidas protetivas de urgência. Suas considerações gerais retratam que a partir da denúncia da ofendida, caberá aos juízes em prazo de quarenta e oito horas reconhecer a periculosidade do caso e aplicar as medias protetivas de urgência, encaminhar a ofendida ao órgão de assistência judiciária, se caso necessário for e comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis. (BRASIL, 2006).

O Juiz para garantir o cumprimento das medidas protetivas deferidas poderá, a qualquer momento, requisitar o auxilio de força policial. Tais medidas ficam subordinadas aos requisitos constantes da Lei nº. 11.340/06, aos requisitos das medidas cautelares em geral e a um determinado prazo de duração, podendo sofrer dilação, no caso de ser verificada a necessidade de sua prorrogação. (BRASIL, 2006).

> Segundo Seabra (2009), as medidas destinadas ao agressor são cautelares de natureza penal, logo, se vinculadas a uma ação de iniciativa pública, só poderão ser requeridas pelo Ministério Público, e não pela ofendida, porque são medidas que obrigam o agressor, não sendo destinadas à proteção da vitima. Já as medidas destinadas à proteção da ofendida são cautelares típicas do Direito de Família, sendo a vítima parte legitima para requerê-la, devendo ser assistida por defensor ou advogado.
>
> Realizado um breve estudo sobre o istituto da media protetiva é importante corroborar sobre sua real efetividade e eficácia.
>
> As medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha podem ser divididas em duas modalidades:

- **medidas que obrigam o agressor (Art. 22):**

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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) freqüentação 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. § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. § 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso. § 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

- **medidas que favorecem a ofendida (Arts. 23 e 24):**

Não satisfeito com as medidas de proteção mencionadas no item anterior, o legislador da Lei Maria da Penha buscou proporcionar também medidas protetivas de urgência relativas diretamente à pessoa da vítima.

Referidas medidas estão elencadas no rol exemplificativo dos arts. 23 e 24 da Lei Maria Penha. Vejamos, preliminarmente, o primeiro:

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos; Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Para a efetivação dessas medida, necessário se faz que existam e estejam funcionando regularmente os programas de proteção e atendimento, os quais devem ser criados não somente através de ações isoladas de grupos de apoio à mulher ou outras organizações sem fins lucrativos, mas também pelo Estado. (SOUZA, 2008).

Ainda sobre as medidas protetivas é imperioso informar que o artigo 24 da Lei Maria da Penha confere à vítima medidas de proteção de cunho patrimonial, em resposta à violência patrimonial sofrida (art. 7º), como assim mesmo expressa à redação de referida norma. Trata-se, pois, de tutela cautelar civil para proteção dos bens da mulher na sociedade conjugal ou em outras relações com o agressor, podendo o magistrado determinar a aplicação das medidas de forma incidental, nas ações penais bem como na ação civil indenizatória por ato ilícito. (SOUZA, 2008).

As medidas citadas no parágrafo anterior são medidas protetivas de natureza extrapenal, que podem ser deduzidas perante a autoridade policial quando do registro da ocorrência pela ofendida e desencadeiam o procedimento previsto no artigo 12, inciso III da Lei. Deverão ser aplicadas pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) e possuem natureza acautelatória, semelhante a ações cautelares de seqüestro, busca e apreensão e arrolamento de bens.

Por fim, considera-se indispensável apresentar no presente artigo os resultados obtidos ao realizar pesquisas sobre a eficácia das medidas protetivas.

Pois bem, lamentavaelmente o que se evidencia é que apesar de sua função legal ser de proteger a vítima de modo a lhe passar segurança fundamentada em suas garantias legais oriundas da lei, a realidade é adversa a esse cenário. Um total de quase 80% dos agressores não respeitam os limites impostos pelos órgãos competentes e por ser a fiscalização ineficaz estes agressores se aproximam e infelizmente muitas vezes voltam a ferir ou levam a óbito outra parte.

Com isso, é notório que, é de caráter emergencial que haja não somente uma fiscalização quanto a aplicação das medidas protetivas mas que também sejam severas as punições para os órgãos que tem o papel de cumpri-la garantindo o previsto em lei e assim não o fazem. Pois, de nada adiantará a criação de leis e regimentos voltados para o tema se sua aplicabilidade foi ineficaz, trataria-se tão somente de mera regressão ao que foi vivido quando ensejada a promulgação da lei.

Como meio de complemento ao tópico em questão, merece comento as jurisprudências acerca do assunto, inovações advindas da Lei Maria da Penha e últimas decisões relacionadas a esta.

No que diz respeito a jurisprudências relativas à Lei n. 11.340/06, há que se suscitar de antemãoque estas mostram o verdadeiro cenário do estado brasileiro. Deste modo, apresenta-se dois fatos que instauram dúvidas, quais sejam: Qual o entendimento sobre a aplicação dos ditames da Lei Maria da Penha em se tratando de namoro? Fere o princípio da constitucionalidade em relação a isonomia, a elaboração de dispositivo que almeje beneficios somente em relação aoo universo feminino?.

Em resposta aos questionamentos acima, vejamos duas jurisprudências:

- **HABEAS CORPUS Nº 181.217 - RS (2010/0143179-9) (STJ):**

> PENAL. HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS. APLICABILIDADE. INSTITUTOS DESPENALIZADORES. LEI N.º 9.099/95. ART. 41. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
>
> I. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento jurisprudencial no sentido da configuração de violência doméstica contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado.
>
> II. Em tais circunstâncias, há o pressuposto de uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do anterior convívio do agressor com a vítima, ainda que não tenham coabitado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III. A constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha foi declarada no dia 24.03.2011, à unanimidade de votos, pelo Plenário do STF, afastando de uma vez por todas quaisquer questionamentos quanto à não aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n.º 9.099/95.

IV. Ordem denegada.

2) Apelação Criminal n°1.0672.07.240507-5/001 - 2405075-61.2007.8.13.0672 (TJMG)

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI Nº. 11.340/06 (MARIA DA PENHA) - MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - NÃO APRECIAÇÃO POR SEREM CONSIDERADOS INCONSTITUCIONAIS ALGUNS DOS DISPOSITIVOS NELA ALBERGADOS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - NÃO FERIMENTO.

- Por isonomia não significa conferir o mesmo tratamento a todos, mas tratar desigualmente os desiguais.

- "A razão é simples. Aquilo que se há de procurar para saber se o cânone da igualdade sofrerá ofensa em dada hipótese, não é o fator de desigualação assumido pela regra ou conduta examinada, porquanto, como se disse, sempre haverá nas coisas, pessoas, situações ou circunstâncias, múltiplos aspectos específicos que poderiam ser colacionados em dado grupo para apartá-lo dos demais. E estes mesmos aspectos de desigualação, colhidos pela regra, ora aparecerão como transgressores da isonomia ora como conformados a ela. Em verdade o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é a seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for 'justificável', por existir uma 'correlação lógica' entre o 'fator de discrímen' tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma e a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade: se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou - o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de descrímen, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade" (Celso Antônio Bandeira de Melo).

- "Na sociedade patriarcal, culturalmente elaborada pelo masculino, a mulher não tem o mesmo' status' que o homem. Historicamente, as relações entre mulheres e homens são desiguais, pois marcadas pela subordinação da população feminina aos ditames masculinos que impõem normas de conduta às mulheres e as devidas correções ao descumprimento dessas regras, muitas vezes sutis e perversas, embutidas nesse relacionamento (Teles). No aspecto constitucional, essa discriminação (negativa) é suficiente para justificar a ampliação d o conceito penal de

proteção à mulher vítima da violência de gênero. Trata-se de uma discriminação positiva que busca equilibrar a relação de gênero, isto é, as relações entre mulheres e homens. Logo, as normas penais de erradicação da violência de gênero previstas na Lei nº. 11.340/06 - que têm como sujeito passivo a mulher e como sujeito ativo o homem - não ofendem o princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos. Ao contrário, busca efetivá-lo nas relações de gênero, objetivando a construção de uma convivência equilibrada, pacífica e democrática entre os sexos" (Edison Miguel da Silva Júnior).

- Recurso provido, para o fim de declarar plenamente vigentes os dispositivos legais desconsiderados na instância de origem e, como corolário, determinar que sejam examinados à luz da Lei nº. 11.340/06 os pleitos para lá direcionados.

Com base no exposto, pode-se concluir que o entendimento acerca do assunto é pacifico no que concerne a aplicação dos itens previstos na Lei Maria da Penha em relação à violência praticada ainda que em uma relação de namoro, não reduzindo portanto, os direitos por não ser este relacionamento de cunho oficial como o casamento por exemplo, isso porque encontra-se configurado o pressuposto de uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do convívio, ou convívio anterior no caso de ex-namorados, do agressor com a vítima, ainda que não coabitem ou tenham coabitado.

Ademais, no que tange ao segundo questionamento e a jurisprudência apresentada acerca dele, nota-se que os tribunais prevalecem seus entendimentos no sentido de que a terminologia “isonomia” não consiste em conferir o mesmo tratamento a todos, mas tratar desigualmente os desiguais. No contexto homem e mulhert, é inconstestável a existência de características específicas que diferenciam um do outro, porém, o tratamento “desigual” dado à mulher é plenamente justificável e legal. Prova disso esta na relevância apresentada pela Lei Maria da Penha.

Por fim, cabe apresentar como meio de complemento informativo, as inovações advindas com a Lei Maria da Penha e as últimas decisões em âmbito nacional em relação a esta.

Sobre as inovações a partir da promulgação desta, sabe-se que a Lei 11.340 de 2006 deu aplicabilidade diretamente ao princípio da dignidade humana (o qual encontra consonância e consagração na Carta Magna de 1988) e à igualdade de gênero que, apesar ter previsão na Constituição Federal de 1988, carregava consigo a necessidade de ser transportados para um diploma legal específico e detalhado, comunicando à sociedade o novo paradigma de não aceitação da violência doméstica (ÁVILA, 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A projeção na lei do artigo 226 da Constituição o tornou tangível, produzindo igualdade material entre homens e mulheres ao propor o enfrentamento da violência doméstica e reforçar: a proteção dos direitos fundamentais; a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos; e o propósito da legislação de contribuir para a igualdade nas relações de gênero no âmbito familiar (CAMPOS e CARVALHO, 2011).

A Lei Maria da Penha cria um sistema jurídico autônomo e multifacetado, com regras e procedimentos específicos, que desvinculam a violência de gênero do campo exclusivamente penal (CAMPOS e CARVALHO, *op. cit.*), dilatando o acolhimento feminino em situação de violência. Tendo principais inovações instituídas pelo diploma legal: o afastamento da lei 9.099/1995, a inserção do termo "situação de violência", proteção nas relações homoafetivas, tutela específica para mulheres e e conceituação da violência de gêneros, dentre outras.

Ao abordar sobre as inovações sofridas pela Lei Maria da Penha, é importantes demonstrar as principais, quais sejam:

Recentemente, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) sofreu alteração por meio das leis 13.641/18 e 13.505/17. Opiniões divergiram sobre o assunto, onde preponderou a de que houve avanços parciais os quais poderiam ter atingindo um progresso maior.

No que concerce à Lei 13.505/17, acrescentou os artigos 10-A, 12-A e 12-B na Lei 11.340/06, tendo como escopo fortalecer a proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar.

O art. 10-A tras a baila que é direito garantido da mulher em situações que ocorram violência doméstica e familiar, receber atendimento policial e pericial de modo especializado, ininterrupto e prestado por servidores previamente capacitados, preferencialmente do sexo feminino (artigo 10-A). Insta informar que o atendimento pode abranger medidas como proteção policial, tratamento médico e transporte.

Um dos principais avanços elencados que poderiam resultar no reconhecimento da Lei 13.505/17 ser conhecida por Lei da Proteção Imediata, foi vetado, o que por conseguinte gerou grande repercurssão. Trata-se especialmente do artigo 12-B, *caput* e parágrafos 1º e 2º, o qual traria permissão para que o delegado de polícia tivesse o condão de conceder algumas medidas protetivas de urgência, de modo a submeter ao escrutínio do magistrado no exíguo prazo de 24 horas (sistemática semelhante à da prisão em flagrante).

Uma das alterações ainda por parte do art. 12 diz respeito a permissão dada a autoridade policial de requisitar os serviços públicos indispensáveis à defesa da mulher em situação de violência doméstica e ainda em âmbito familiar (artigo 12-

B, parágrafo 3º). Trata-se portanto de um dispositivo que robustece o poder requisitório do delegado de polícia na presidência da investigação criminal.

Já no que tange a Lei 13.641/18, percebeu-se que esta passou a criminalizar a conduta de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Em um contexto historico, no Superior Tribunal de Justiça prevalecia o entendimento de que o descumprimento da medida protetiva não configurava crime de desobediência (artigo 330 do CP), tendo em vista que a lei desobedecida prevê sanção em âmbito civil, administrativo ou processual penal para o descumprimento sem ressalvar a incidência de sanção criminal.

A partir do advento dessas mudanças relacionadas a Lei Maria da Penha, houve a denominada superação legislativa da jurisprudência ou reação legislativa. Agora a conduta inequivocamente passou a configurar crime (artigo 24-A). Evidentemente, desde que o agressor tenha sido intimado e ainda assim optou por não atender e respeitar a medida imposta.

Um pouco mais adiante, introduziu-se, na Lei em comento (Lei Maria da Penha), o artigo 12-C.

A Lei 13.827/2019 admitiu que analisada e confirmada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em cenários que ocorram violência doméstica e familiar (ou de familiares), o agressor poderá ser afastado imediatamente do ambiente que reside com a outra parte, podendo tal ação ser realizada pelo juiz, pelo delegado de polícia (em caso de não haver juiz a disposição), pelo policial (civil ou militar).

Importante frisar que a referida lei foi cautelosa ao prever a comunicação da medida ao magistrado, no prazo máximo de 24 horas, decidindo em igual prazo, por manter ou em contrapartida revogar a medida, dando ciência ao Ministério Público.

Por fim, em 14 de setembro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro sancionou as mudanças como meio de facilitar a aplicação de medidas protetivas com caráter de urgência a mulheres e seus familiares e dependentes. Insta informar que a lei sancionada tras a possibilidade de um atendimento ágil e consequentemente mais eficaz na tomada de decisão por parte das autoridades judiciária e policial.

Em consonância com a norma, ao ser constatada a existência de risco atual ou iminente concernente a vida ou integridade física da vitima, o agressor será de maneira imediata afastado do domicilio ou local de convivência com a outra parte. Foi determinado ainda que nos casos anteriormente mencionados não será concedida liberdade provisória ao preso. Ao final, o novo texto estabeleceu ainda que o juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em sistema de banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, "com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas".

4. A ATUAL ESTATÍSTA BRASILEIRA DE PROCESSOS REGISTRADOS COM FUNDAMENTO NA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

Conforme dados relatados em uma matéria da Folha de São Paulo em Agosto do ano anterior (2018), o Brasil tem registrado nos últimos meses uma média de 530 chamas na Lei Maria da Penha por dia, o que segundo eles significa 22 por hora. Ou seja, é um número gritante para um país o qual já obteve tantas conquistas em relação a esta temática.

O repórter traz à baila a recordação de que no ano de 2017 houve um total de 193 mil mulheres que registraram queixas por violência domésticas, ameaças e etc.

> Doze mulheres são assassinadas todos os dias, em média, no Brasil. É o que mostra um levantamento feito pelo **G1** considerando os dados oficiais dos estados relativos a 2017. São 4.473 homicídios dolosos, sendo 946 feminicídios, ou seja, casos de mulheres mortas em crimes de ódio motivados pela condição de gênero (G1, 2018).

Trazendo para dados de 2019 na cidade de Manaus, conforme informação passada pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas os atendimentos à vitimas de violência contra a mulher em Manaus já chegaram a um total percentual de em mèdia 75% (setenta e cinco), dados esses que são considerados alarmantes diante da quantidade de habitantes em Manaus.

Deste modo, percebe-se que embora as politicas públicas e as medidas de combate a violência tenham aumentado, os números ainda são altos e geram grande preocupação para a sociedade e principalmente para as autoridades resposáveis pela missão de coibir a violência contra a mulher e seus famílias, devendo haver portanto uma análise dobrada sobre o tema onde se possam gerar novos meios eficazes de fato e direito para que esses números reduzam.

CONCLUSÃO

Considerando o exposto no corpo do presente trabalho conclui-se que o tema abordado foi desde o principio até o presente momento tema de grande discussão no âmbito jurídico tendo em vista sua representatividade social para dentro e fora do país.

É fato que a violência em si já é fator que reproduz medo no ser humano, contudo, a violência doméstica representa de modo mais preciso esse cenário.

Infelizmente há ainda quem conviva com esse dramático cenário desde a infância o que muitas vezes induz o ser humano a ter a mesma personalidade que o agressor ou considerar os fatos normais pelo simples fato de ter convivido com isso desde seu nascimento. Com a evidente discriminação e violência contra as mulheres e o caso de Maria da Penha a qual foi por duas vezes vítima de tentativa de homicídio na qual tinha como autor seu próprio marido, o Estado interveio por meio da Lei 11.340/06 almejando coibir os diversos tipos de violência existentes (física, patrimonial e psicológica), fazendo, com que as mulheres se sentissem mais seguras, resgatando a cidadania e a dignidade dessas cidadãs que, na maioria das vezes, sofrem caladas.

Apesar de obter conhecimento sobre as grandes conquistas que já se teve em relação ao empoderamento feminino, sabe-se que ainda há um longo caminho a trilhar tendo em vista que basta uma pequena pesquisa para se ter certeza que o índice de violência e preconceito contra a mulher ainda é alto e significativo. Insta informar que mais da metade das mulheres que hoje sofrem qualquer tipo de violência no Brasil ainda escondem os acontecimentos dos familiares, da sociedade e da justiça por medo de represália.

Após a realização de um breve estudo sobre a lei para a elaboração deste o que pode se concluir sobretudo é que o juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tem, agora, de modo respaldado e consequentemente legalizado, à sua disposição, instrumentos processuais suficientes para proporcionar integral proteção às vítimas dessa violência de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres**. Projeto BuscaLegis 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf> . Acessado em 18 de setembro de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Impressa Oficial, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de setembro de 2019.

BRASIL. *Código penal, processo penal e Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. **A Lei Maria da Penha e sua Efetividade**. Universidade Estadual Vale do Acaraú. Escola Superior de Magistratura do Ceará. Curso de Especialização e, Administração Judiciária. Monografia. Fortaleza (CE): ESMC, 2008. Disponível em: < http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>. Acesso em 05 abril de 2019.

CARVALHO, Amilton da Cota; FILHO, Aroldo Alves de Oliveira; CRUZ, Gislaine Oliveira; MENDES, Igor Leonardo Rodrigues; SILVA, Karla Marisa Menezes; SILVA, Monize Teixeira; COSTA, Carmen Lúcia Neves do Amaral; MENEZES, Maria Ione Vasconcelos. **A Questão Social: Violência Contra a Mulher.** Artigo. Aracaju (SE): Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais, v.1, n.16, mar., 2012, p.201-2010. Disponível em: < https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/viewFile/260/260>. Acesso em 02 setembro de 2019.

G1. **Cresce o número de mulheres vitimas de homicídio no Brasil; dados de feminicidio são subnotificados**, 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml. Acesso em 15 de setembro de 2019.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2007.

RIBEIRO, Dominique de Paula. **Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

RODRIGUES, Maria Solange da Silva. **Mulheres em situação de violência**. Trabalho Conclusão de Curso (Curso de Sociologia) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2011.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil**. Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 301, março de 2008.

SÃO PAULO, Folha. **Brasil registra 606 casos de violência domésticas e 164 estupros por dia, 2018**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/brasil-registra-606-casos-de-violencia-domestica-e-164-estupros-por-dia.shtml. Acesso em 23 de setembro de 2019.

SEABRA, Lílian de Ataides Rosa. **Ação Penal e a Lei Maria da Penha: A Polêmica dos Crimes de Lesão Corporal Leve e Culposa**. Universidade Católica de Brasília. Pró-Reitoria de Graduação. Graduação em Direito. Trabalho de Conclusão de Curso.

Brasília (DF): UCB, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48535/acao-penal-nos-crimes-de-lesao-corporal-leve-e-culposa-quando-praticados-no-contexto-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em 17 de setembro de 2019.

SIGNIFICADOS. **Significado da lei Maria da Penha**, 2018. Disponível em: https://www.significados.com.br/maria-da-penha/. Acesso em 23 de setembro de 2019.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentário a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. 2. ed. Curitiba (PR): Juruá, 2008.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é a violência contra a Mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO CONSTITUCIONAL: FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO À SAÚDE

GLAUCIENE MOREIRA SOARES:
Graduanda em Direto pelo Centro Universitário do Ensino Superior Do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA, Me.[1]

(Orientador)

RESUMO: Este estudo veio a partir da curiosidade em saber a respeito da judicialização no direito a saúde, que trata da delicada situação do sistema público de saúde em conformidade com a insuficiência no fornecimento de procedimentos, medicamentos e consultas médicas. O direito a saúde é previsto no art. 6º e 196º da CF como direito social que deve ser prestado de forma prioritária pelo Estado. No entanto, a efetividade desse direito esbarra na tese da reserva do possível, em que o Estado alega que não pode dar efetividade em todos os casos envolvendo a saúde por não ter orçamento disponível. Como há colisão de dois princípios e que não há hierarquia entre ele, deverá ser solucionado por meio da técnica de ponderação ao caso concreto indicando qual deverá prevalecer sem excluir o outro. O órgão responsável para solucionar o conflito e efetivar a política pública diante das omissões por parte do Estado é o poder judiciário. Assim o objetivo foi analisar a atuação do poder judiciário para efetivação do direito à saúde. A partir de então, justificou-se a contextualização do presente trabalho para conhecer as falhas na execução de políticas afirmativas para concretização desse direito, bem como a escassez de recurso, o qual induz ao embate entre os princípios do mínimo existencial e reserva do possível, assim conduzindo ao fenômeno da Judicialização no direito à saúde, em que o poder judiciário aparece com papel importante para suprir a lacuna de efetivação do direito fundamental à saúde. Para tanto se buscou analisar diversos artigos periódicos relacionados com o assunto, sintetizando a pesquisa bibliografica e simultâneamente o método dedutivo, concluindo que o processo denominado como "Judicialização da saúde" tem se apresentado como uma das possibilidades, útil na medida em que atua como controlador da atividade administrativa. De forma a recomendar que esse assunto seja explorado com maior profundidade.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Direito.

ABSTRACT: *This study came from the curiosity to know about the judicialization in the right to health, which deals with the delicate situation of the public health system in accordance with the insufficient supply of procedures, medications and medical consultations. The right to health is provided for in art. 6 of 196 the FC as a social right that must be provided by the State as a priority. However, the*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

effectiveness of this right runs counter to the reservation of the possible, in which the State claims that it can not be effective in all cases involving health because it has no available budget. As there is a collision of two principles and there is no hierarchy between it, it must be solved by means of the technique of weighing the concrete case indicating which should prevail without excluding the other. The body responsible for resolving the conflict and enforcing public policy in the face of omissions by the state is the judiciary. Thus, the objective was to analyze the performance of the judiciary to ensure the right to health. From then on, we justified the contextualization of the present work to know the failures in the execution of affirmative policies for the realization of this right, as well as the scarcity of resource, which induces the clash between the principles of the existential minimum and reserve of the possible, thus leading to the phenomenon of Judicialization in the right to health, in which the judiciary appears with an important role to fill the gap of effectiveness of the fundamental right to health. In order to do so, we sought to analyze several periodical articles related to the subject, synthesizing the bibliographic research and simultaneously the deductive method, concluding that the process denominated as "Health Judicialization" has been presented as one of the possibilities, useful in that it acts as controller of administrative activity. In order to recommend that this subject be explored in greater depth.

Keywords: *Judiciary. Health. Law.*

INTRODUÇÃO

O Direito constitucional, por meio da Constituição Federal de 1988, art. 1º deixa claro o Estado Democrático de Direito, o direito à saúde e tem uma "efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção". (COSTA, 2017, p.12).

No Direito Social, a saúde é sinalizada como um direito prestacional que depende de recursos econômicos para ser realizado e conforme Costa (2017, p.11) relata:

> Nesse nível, muitas controvérsias surgem, principalmente a partir do momento em que o cidadão, que não obteve êxito na busca pelo referido direito através das vias extrajudiciais, aciona o Poder Juridiciário no anseio de ter o direito à saúde garantida, dando ensejo ao fenômeno da Judicialização da Saúde.

De fato no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde preceitua que estes direitos dependem da necessidade de disponibilidade do Estado para efetivar e ainda, estão sujeitos à cláusula (ou princípio implícito) que se

denomina como "reserva do financeiramente possível", isto é, o Estado deve garantir a concretização destes direitos, mas na medida do realizável conforme a existência de recursos públicos disponíveis. (OLIVEIRA, 2015, p. 1).

Assim sendo, o poder público deverá justificar, no caso de não cumprir com o direito a saúde da população, a real impossibilidade de sua execução. (OLIVEIRA, 2015, p.1).

Esse assunto gera uma problemática, pois em caso de conflito entre o princípio da Reserva do Possível e Mínimo existencial no direito à saúde, qual deles prepondera sobre o outro? Em tese diametralmente oposta, tem-se o princípio do Mínimo existencial, em que pese a alegação da deficiência de orçamento por parte do estado, não se pode deixar de prestar o serviço de saúde pelo fato de ser inerente ao ser humano a dignidade da pessoa humana do qual é necessário condições mínimas de qualidade de vida, enquanto que a Reserva do possível levará em conta os direitos sociais e prestacionais.

Justifica-se, portanto, de acordo com entendimentos jurisprudenciais e doutrinários o direito a saúde é direito fundamental disposto no art.6 da CF e art. 196 da CF que implica na obrigação do Estado executar políticas públicas para conceder amplamente esse direito que decorre do princípio da dignidade humana. Acredita-se ainda, na relevância da discussão do assunto, de modo geral, para compreender os fundamentos da atuação do poder judiciário frente à problemática e possível consequência com relação à racionalização de demandas idênticas.

A importância do tema de forma particular é conhecer as técnicas de resolução de conflitos utilizada pelo poder judiciário considerando que entre princípios não há hierarquia, bem como, a evolução das soluções de demanda de casos idênticos.

Posto que, o objetivo geral do trabalho é analisar a atuação do poder judiciário para efetivação do direito à saúde. Para tanto é necessário abordar a evolução dos direitos e garantias fundamentais, bem como identificar o método de resolução de casos envolvendo colisão de conflitos de princípios e sua tratativa para efetivar o direito a saúde e estudar a técnica de ponderação para solução de conflitos no caso concreto.

Em consequência foi necessário utilizar uma metodologia, que de acordo com a abordagem seguiu a BITTAR (2003, p.17) que diz: o método de abordagem aplicado a esse trabalho é o DEDUTIVO, devida as características de "partir do geral para o particular" e pelo método "Corresponder à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas.". Quanto aos procedimentos que foram utilizados para a coleta de informação foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

bibliográfica, uma vez que foram utilizados livros, revistas, material publicado na internet como artigos científicos e dissertações. E as técnicas da pesquisa utilizadas com relação à prática da coleta de dados se deram pela documentação indireta, já que a base é a análise de material já publicado, fornecendo o suporte a todas as fases de um protocolo de pesquisa, pois auxiliou na escolha do tema, na definição da questão da pesquisa, na determinação dos objetivos, na formulação das hipóteses, na fundamentação da justificativa e na elaboração da contextualização final. (FONTELLES et. al; 2009, p.6).

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

A evolução dos direitos e garantias fundamentais é assunto histórico e bastante longo que foi sendo criado numa linha evolutiva. Considerando como direitos fundamentais todos aqueles que são constituídos num núcleo existencial básico para a dignidade do ser humano. De modo que passou pelas sociedades primitivas, depois pelos primórdios do constitucionalismo. Depois o constitucionalismo na idade média, até a universalização das declarações de direitos, com a II guerra mundial. Chegando à inquietação com a sistematização dos direitos fundamentais do homem; mecionada na Carta das Nações Unidas, mediante o objetivo de elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. (CABETTE, 2013, p. 2).

São direitos importantíssimos e por essa razão, chamados de fundamentais, dentro da construção da sociedade mundial. No Brasil esses direitos foram sendo criados gradualmente e mencionados nas constituições brasileiras. Nesse pensamento Pestana (2017, p.1) revela que:

> Os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem várias similaridades, [...]. Os direitos fundamentais, apesar da importância, não são absolutos, são marcados pela relatividade; encontrando limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. [...]. Assim, ao longo da história, ocorreu o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. É exatamente essa consagração progressiva nos textos constitucionais que originou a classificação em gerações. Estes direitos, base da condição humana, correspondem a interesses universais e invioláveis, que são protegidos na Constituição Federal.

Embora os direitos fundamentais sejam vários, neste trabalho tratar-se-á apenas do direito fundamental à saúde, por ser essa uma consequência à vida com dignidade e conforme Schwartz, (2001, p.52) diz: "A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade". Assim a saúde se estabelece conexão ao direito à vida, pois a saúde diz respeito à qualidade de vida, e o direito sanitário se externa como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais. (HUMENHUK, 2004, p. 1).

Uma das primeiras recepções da saúde apareceu inerentemente unida a um exclarecimento fantástico da realidade no sentido de que os doentes eram vistos pelos povos primitivos como "vítimas de demônios e espíritos malignos mobilizados por um inimigo" (SCLIAR, 2007, p.77).

Já Freitas Rosa (2014, p.1) em suas pesquisas verificou que:

> [...] a Idade Média ficou caracterizada pelo estado de miséria, período de pestilências, surtos epidêmicos, e conflitos militares, havendo inclusive um retrocesso na área sanitária. O renascimento, lado outro, representado pelo conhecimento e pelos avanços científicos, desenvolveu as primeiras descobertas sobre o corpo humano.

A saúde pública no Brasil começou sem chamar muito a atenção, no século XIX, com a chegada da Corte portuguesa, privando-se a programas de combate à lepra e à peste, com ações voltadas ao controle sanitário nas ruas e nos portos. (BARROSO, 2007, p.97).

Com a constituição de 1934, de acordo com o artigo 10, inciso II, intitulado o dever de cuidar da saúde e assistência pública, como competência concorrente entre a União e os Estados. Iniciou o surgimento do estado de espírito que se tem para com o bem estar físico da pessoa humana. (CARVALHO; PINTO, 2010, p. 8).

Depois da 2ª grande guerra mundial, por volta de 1948 a 1950 a saúde foi colocada como uma das finalidades principais e em julho de 1953 foi criado o Ministério da Saúde, por meio da Lei 1920, porém os recursos financeiros do ministério eram de pequena quantidade e havia toda uma estrutura burocrática que impediam o progresso de políticas e prestações à saúde. A falta de recursos para trazer saúde para as pessoas foi tão grande, que a Organização Pan-Americana de Saúde, necessitou sustentar a luta contra a malária no Brasil. (CARVALHO; PINTO, 2010, p. 10).

Com a redemocratização e a formulação da Constituição de 1988 foi que a garantia ao direito à saúde, como um direito fundamental foi estabelecido. Em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969, quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, "h", e art. 138; Constituição de1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV). (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p.02).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Veio então para suplementar a Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Onde algumas características desse sistema de saúde podem ser apontadas, começando pelo mais essencial, dizem respeito à colocação constitucional de que Saúde é Direito do Cidadão e Dever do Estado. E neste sentido (Carvalho, 2013, p.1) destaca que:

> Foram consideradas como de relevância pública tanto a saúde pública como a privada. Os juristas entendem nessa relevância pública uma limitação ao simples entendimento de que a saúde seja apenas, pura e simplesmente, um bem de mercado. Os serviços privados de saúde, além de serem de relevância pública, estão subordinados à Regulamentação, Fiscalização e CONTROLE DO SUS.

Este pensamento de que o sistema de saúde brasileiro, em um certo momento é financiado pelo serviço público, em outro momento pelo serviço privado, faz com que a discussão a respeito esteja sempre se perguntando qual seria a parcela da população de beneficiários de planos de saúde que estaria utilizando, conforme garantia constitucional que possuem, os serviços financiados pelo sistema público de saúde. (Scatena, 2004, p.89).

Fato é que as garantias fundamentais da saúde estão previstas na Constituição/1988, como direito universal, assim sendo compreende-se que todos, sem excessão têm o direito a tudo que envolve saúde, de forma apropriada e por conta do poder público. Essas garantias deram concequência ao Sistema Único de Saúde (SUS). Apesar da falta de prioridade ao SUS e "os ataques visando ao seu desmonte foram reforçados pela crise econômica, pelas políticas de austeridade fiscal e, especialmente, pela Emenda Constitucional 95 (EC-95/2016) que congela o orçamento público durante vinte anos". (VIEIRA, 2016, p.1).

Sucintamente buscando resultados para a crise de financiamento do sistema de saúde, foi criada a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), conforme previsto na Lei 9.311/1996, mesmo assim, "parte dos recursos dela provenientes foi direcionada para cobrir outras receitas da União, de forma a não haver alterações significativas no sistema de financiamento à saúde". (BARTOLASSI, 2018, p.1).

2 DIREITO CONSTITUCIONAL A SAÚDE.

A doutrina que defende a necessidade de uma constituição para reger a vida de um país tem como movimento de limitação os poderes estatais, encontrando-se fortemente ligados ao nascimento dos direitos fundamentais. Para a doutrina tradicional, o fenômeno constitucional surgiu com a Carta Magna, assinada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215. Os direitos fundamentais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no Brasil aconteceram sob a influência direta do movimento constitucionalista que crescia dentro da Europa no final do século XVIII. A Constituição do Império de 1824 já trazia os direitos fundamentais de primeira dimensão, a Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social brasileiro e assegurou vários direitos, já a Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, mas foi na Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II, foram divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. (PESTANA, 2017, p.6).

O direito constitucional à saúde está mencionado nos artigos 6º

> 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

E 196º, da Constituição Federal de 1988 e por ser um direito social e fundamental, é um dever do Estado. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 apresenta a concepção de saúde. (SILVA, 2007, p.1).

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal recomendação de prática é complementada pela lei 8.080/90, em seu artigo 2º, que assim diz: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". (BRASIL, 1990, p.1). E nesse campo da Previdência Social, as leis 8.212/1991 e 8.213/1991, que renderam o Plano de Organização e Custeio da Seguridade Social e o Plano de Benefícios da Previdência Social, respectivamente.(BRASIL, 1991, p.1).

A Constituição de 1988, ao fazer o retorcesso sobre as influências da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e mais o debate nacional sobre a necessidade de ampliação da prestação de serviços públicos, estabilizou como direito fundamental a regulamentação da saúde, e ainda de infalibilidade plena e aplicabilidade precedente ou subsequente. (GONTIJO, 2010, p.607).

3 FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO A SAÚDE.

Compreendendo esse fenômeno foi necessário o entendimento sobre a evolução dos direitos e garantias fundamentais à saúde e também que este direito

está previsto na Constituição da República de 1988 como um direito fundamental plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata.

A melhor forma de se entender a judicialização é compreender que existem três funções típicas distintas, que são dos três poderes e que devem respeitar os princípios da administração pública que podem ser encontrados na CF/88, em seu art. 37 e é função do Poder Judiciário quando existe conflitos, discordâncias, interpretar, bem como aplicar as normas postas a casos concretos. (LEITE & BASTOS, 2018, p.107).

Agora se tem que estender essa ação à judicialização que vem da incapacidade do SUS (Sistema Único de Saúde) de garantir o atendimento das necessidades de saúde da população. Quando o SUS não passa para o povo brasileiro os procedimentos propedêuticos ou terapêuticos, assim como os medicamentos não incorporados pelo Sistema, o povo recorre ao judiciário e este ato é chamado de judicialização. (GONTIJO, 2010, p. 606).

Costa e Siqueira (2013, p.1) contribuem explicando que a "batalha enfrentada pelo Estado para administrar a saúde a contento, dá ensejo à chamada justiciabilidade, judicialização ou ainda controle judicial da saúde, qual seja o mecanismo encontrado para o titular desse direito o suscitar pela via jurisdicional."

Outra versão simples e de fácil entendimento vem de Luna (2016, p.1) que menciona o seguinte: "A judicialização da saúde refere-se à busca do Poder Judiciário como alternativa para obtenção de medicamentos ou tratamentos médico-cirúrgicos que foram negados administrativamente."

O fenômeno tem criado consequências em todos os entes federativos, segundo explica Leite e Bastos, (2018, p.103): "considerando que o número de ações judiciais sobre o tema obteve um crescimento relevante." Os autores retiraram essa pesquisa do CNJ e "nesta linha, os dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que em 2016 o número de ações judiciais sobre o tema ascendia a de um milhão e trezentos mil processos" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

A judicialização tem um comprometimento e uma responsabilidade muito grande, uma vez que deverá julgar com muita sabedoria, inclusive levarem em conta as leis que já existem, analizando cada caso e ainda se aprofundar aos efeitos da garantia de alguns direitos. Como por exemplo, atentar-se Lei 12.401 de 2011, como Costa e Siqueira (2013, p. 5) explicam:

> No sentido de que se um medicamento não possui registro na ANVISA, não se pode haver sua dispensação pelo SUS. Com o instrumento da medicina baseada em evidências, pode-se ir além, ou seja, mesmo havendo o registro na ANVISA para essa finalidade, deverá ser considerada a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> eficácia, acurácia, eficiência e a relação custo-benefício do medicamento, ou seja, deve-se verificar se há alternativa mais barata disponível.

Recapitulando, o papel do judiciário para efetivar o direito à saúde é bastante complexo, pois duas correntes se opõem aos princípios; contrariando uma a outra: a primeira, que preserva a incapacidade de o Judiciário incutir ao Poder Público o dever de fazer certo procedimento ou a prescindir determinado medicamento, visto que a implementação do direito à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal de 1988, dá-se por meio de políticas públicas, fundadas em estudos técnicos próprios que visam facultar o atendimento da população na maior medida do possível e conforme as necessidades regionais e locais. (SILVA, 2014, p.7) e o autor complementa:

> Assim, advogam que a intervenção do Judiciário nessa seara poderia comprometer a Política Nacional de Saúde, considerando-se o descolamento de verbas orçamentárias para fins que não estavam planejados, muitas vezes prestigiando a tutela da saúde de poucos em detrimento do alcance maior que poderia ser obtido com a observância dos parâmetros da política pública. Haveria, assim, indevida ingerência do Judiciário em questões políticas, levando-se em conta o caráter programático das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, vulnerando-se o princípio constitucional da separação dos poderes.

No que diz respeito à segunda corrente, esta preserva a intervenção judicial para fins de pôr em execução o direito à saúde, considerando-se a responsabilidade interdependente dos entes da federação, prevista no art. 23, II, e 196, CF/88, além das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro. (SILVA, 2014, p.8)

No direito à saúde, a judicialização deve ser justa pela importância para a grande relevância com relação ao conjunto dos temas que caracterizam o trabalho literário onde se ressalta três fatos de ocorrência: (BRASIL, 2011).

> a) a realização da Audiência Pública nº 4, nos meses de abril e maio de 2009;
>
> b) a edição pelo CNJ, em 2010, da Recomendação n. 31 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), que versa sobre a orientação aos tribunais para utilizar-se de mecanismos, no intuito a dar subsídios aos magistrados nos julgamentos das questões relacionadas à judicialização da saúde; e,

> c) a Lei nº 12.401, de 28 de abril 2011, que trata da assistência terapêutica integral no SUS (BRASIL, 2011).

De tal forma que se pode esperar do Poder Judiciária uma ação relacionada a métodos, onde sejam analisados os critérios de necessidade que requer solução imediata, necessidade de revisões sistemáticas, principalmente no que tange aos medicamentos que sujeitam ônus aos cofres públicos sem que tenham comprovado efeito experimental, que são realizados pelo Centro Cochrane do Brasil, que atua como um estimulador da racionalização da judicialização da saúde.(COSTA & SIQUEIRA, 2012, p.20)

4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MINIMO EXISTÊNCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL.

Para entender a conflito entre esses princípios, Silva, (2010, p.1) explica que: "O Princípio da Reserva do Possível não deve ser pleno e absoluto¸ jamais deve ser considerado de forma isolada como argumento plausível para justificar a ausência de determinada política pública, em especial em relação ao direito à saúde."

O Princípio do Mínimo Existencial é também conhecido como o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e estão constituidos para impedir que os direitos fundamentais sejam arracandos do ordenamento jurídico. Porém é ercebível os constantes conflitos entre os referidos princípios. E Silva (2010, p.1) completa dizendo: "é imprescindível que seja realizada no caso concreto a ponderação por meio da proporcionalidade com o Princípio Mínimo Existencial, possibilitando a efetivação do direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência".

Simultâneamente TORRES (2009, p.34) comenta que: "alguns autores com base no direito germânico, elaboraram a teoria do mínimo existencial, que seria um mínimo necessário a que todo cidadão tem direito de obter do estado para uma existência digna."

E Almeida (2009, p.56) potencializa que:

> O mínimo existencial corresponde a direitos subjetivos a prestações, naquilo que elas garantam uma vida condigna, demanda que este estudo enverede para a discussão em torno do conteúdo (significado) do princípio da dignidade da pessoa humana e do assim chamado mínimo existencial, bem como da sua vinculação com os direitos fundamentais sociais.

Esses direitos dão diretrizes previstas na CF/1988 em seu artigo 198, inciso II, (BRASIL, 1988), e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080 de 1990. (BRASIL, 1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Embora esses direitos estejam previstos, Costa e Siqueira (2010, p.5) fazem a seguinte observação:

> Define-se que os princípios constitucionais que norteiam a possibilidade de interferência do Judiciário na liberação de medicamentos são verdadeiros vetores, alicerces, bases precisas e genuínas que irão permitir tal concessão e mesmo servir de motivação, inspiração e fundamento para construir a decisão do magistrado.

Preconiza assim, que não deva existir uma limitação do direito à saúde, ou mesmo do acesso ao judiciário, porém este deverá autorizar demandas considerando a globalidade de políticas públicas em microjustiça e macrojustiça, para, além disso: "pode-se estar garantindo ao cidadão que aciona o judiciário um pleno atendimento de suas necessidades, porém, pode prejudicar a atuação do município em um contexto mais amplo como é o da saúde pública". (LUNA, 2016, p.1).

Posto que deva ser levada em consideração pelo poder judiciário, o que existe no âmago da relação do direito, à saúde com o direito a vida e também com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. De modo simultâneo, é preciso examinar com atenção na política de saúde pública a questão orçamentária da Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (MAMELUK, 2012, p.1).

Outro fator a ser levado em consideração na atuação pelo Poder Judiciário é a análise das questões que existem como um constitutivo ou uma característica essencial de cada Estado acerca da densidade demográfica, população, o grau de estruturação do seu sistema de saúde e as condições econômicas do Estado. Fatores que implicam na questão de recursos direcionados ao setor de saúde. (LEITE & BASTOS, 2018, p.104).

A totalidade de tratamento e o direito constitucional à saúde pública estão dependentes da condição aos recursos e investimentos existentes. Dessa forma acontece o Princípio da Reserva do Possível que estende a suavizar os direitos sociais. É relevante compreender que esse princípio não versa somente às questões concernentes aos recursos financeiros para a estabilização dos direitos sociais, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação, mas também a previsão orçamentária da respectiva despesa. (SARLET, 2006, p.17) neste sentido escreve Sarlet (2001, p.286):

> Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na

> dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, igualmente, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Não existe concordância ou uniformidade de opiniões na doutrina e jurisprudência acerca da natureza da reserva do possível, ou seja, se constitui em um princípio, cláusula, postulado ou, ainda, condição de realidade. O Princípio da Reserva do Possível não deve ser repleto e ou se apresentar como acabado, em nenhuma oportunidade deve ser olhado com atenção ao ponto de ter sido posto em destaque como argumento que se possa admitir para tornar justo o desaparecimento temporário de determinada política pública, em especial em relação ao direito à saúde. (MATSUDA, PEREIRA & SOUZA, 2010, p.4).

Buscando atender o objetivo desse trabalho pode-se analisar a reserva do possível como uma imposição de limites aos direitos fundamentais Sob o ponto de vista da teoria interna a reserva do possível seria uma linha determinante inerente à norma jus fundamental. Porém, para a demarcação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração a falta de recursos estatais, que é o fator determinante do pedido de auxílio da reserva do possível. E considerando a reserva do possível como da teoria externa à norma de direito fundamental, não se saberia como julgar, a não ser num caso concreto, onde fosse possível obter recursos materiais disponíveis. Ficando claro que isso só seria possível usando o princípio da proporcionalidade. (MATSUDA, PEREIRA & SOUZA, 2010, p.6,7,15).

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho e como conclusão, ve-se, em primeiro lugar, a necessidade de recordar que, juridicamente e constitucionalmente foi verificado que o ordamento jurídico responsabiliza-se pelo direito à saúde, certificando que é um direito de execução do Estado e ainda, que a prestação dos serviços pelo poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

público deve ser pelo tratamento integral, seja pelo procedimento, consultas, medicamentos, mesmo que não haja recursos para tanto.

Porém na realidade verifica-se que os recursos são limitados; e o Estado não consegue efetivar para todos os cidadãos o mesmo direito. De maneira que fique claro o embate entre os princípios da Reserva do Possível e o Princípio do Mínimo Existencial. Assism sendo, concluí-se que a noção de mínimo existencial passa a obter como resultado de esforço anterior ou por simples acaso a especial relevância nas situações em que é utilizado o argumento da reserva do possível para restringir a aplicação dos direitos fundamentais sociais.

Não obstante, deve-se lembrar de que a disposição adequada a saber em caso de conflito entre o princípio da Reserva do Possível e Mínimo Existencial no direito à saúde, qual deles prepondera sobre o outro e nesta divisão o correto é entender que na estrutura dos direitos sociais, uma dimensão é defensiva e a outra é uma dimensão prestacional. E a predominação de uma delas vai estar sujeito às circunstâncias do caso real.

Diante de todo estudo realizado chega-se a conclusão que a base é constitucional e infraconstitucional referente ao direito à saúde, e não se pode recusar a veracidade do encargo jurídico de velar pelo jurisdicional da saúde sob a simples explicação que justifica as normas constitucionais delimitadoras dos direitos sociais, visto que existe o caráter programático e que devem ser colocadas em execução por políticas públicas pautadas pela conveniência e oportunidade do administrador e do legislador.

Visto que é necessário considerar o fenomeno da judicialização, o estudo identificou que é criado um choque que se sobressai no orçamento público brasileiro quando se coloca para o Poder Judiciário a função de efetivar as políticas públicas, o que para uns é considerado como ingerência, e a questão de analisar a atuação do poder judiciário para efetivação do direito à saúde acaba provocando questionamentos inapropriados de nível nacional que manifestam reflexões oscilantes na administração financeira do Estado, ocorrendo, por vezes, instabilidades para a obtenção de serviços que já eram seguros, considerados como estáveis. E para outros o processo denominado como “Judicialização da saúde” tem se apresentado como uma das possibilidades, útil na medida em que atua como controlador da atividade administrativa.

Após esse estudo, recomenda-se que esse assunto possa ser mais explorado, de forma mais profunda, pois estando em pleno século XXI, verifica-se que somente assegurar os direitos fundamentais à saúde como a veracidade de uma justiça de uma ação praticada, não é mais aceitável. Existe a necessidade de análise de cada caso, de foma minuciosa, garantir o direito, pelas peculiaridades prórias, sem colocar a ordem socioeconômica em perigo. Caso contrário poderá se

chegar a triste conclusao de se ter a judicialização da saúde na condição impossível de inverter o seu sentido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares.** (2009). Disponível em <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/478/Dissertacao%20Angela%20Almeida.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 07.04.19: 15:07h.

BARROSO, L.R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** (2007). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em 18.04.19: 10:34h.

BARTOLASSI, C.C. **Do direito à saúde como dever do Estado e os reflexos na reforma trabalhista.** (2018). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/cristina-bartolassi-direito-saude-reflexos-lei134672017>. Acesso em 19.04.19: 09:55h.

BITTAR, M; SILVA, J.; MOTA, M. A .C. Formulação e implementação da política de educação infantil no Brasil. In: Educação infantil, política, formação e prática docente. Campo Grande, MS: UCDB, 2003

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

_____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. (1990). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 07.04.19: 14:37h.

_____. LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm> Acesso em 18.04.19: 14:34h.

_____. LEI Nº 8.213, 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/L8213cons.htm> Acesso em 18.04.19: 14:38h.

_____. LEI Nº 12.401, DE 28 DE ABRIL DE 2011. **Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS**. (2011). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm> Acesso em 07.04.19: 16:30h.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Diário Oficial da União, Brasília (DF), 29 jun. 2011a. Seção 1, p. 1.

CABETTE, E.L.S. **Evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25515/evolucao-historica-dos-direitos-fundamentais/3> Acesso em 06.04.19: 12:12h.

CARVALHO, G. **A saúde pública no Brasil.** (2013). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103401420130002000 02>Acessado em: 18.04.19, 12:25h..

CARVALHO, H.H.N.; PINTO, M.A.S. **A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. Revista Horizonte Científico**. (2010) Uberlândia, n. 2, v. 4, p. 01-22, Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/issue/view/315>. Acessado em: 18.04.19, 10:46h..

COSTA. J.L. **O Direito à Saúde e o fenômeno da Judicialização.** (2017). Disponível em <https://julialinharescosta.jusbrasil.com.br/artigos/525629886/o-direito-a-saude-e-o-fenomeno-da-judicializacao> Acesso em 05.04.19: 9:22h.

COSTA, T.M. da. SIQUEIRA, N.S**. uma análise da judicialização do direito à saúde: limites para a atuação dos juízes no fornecimento de medicamentos.** (2012). Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ebd58b8a3f1d72f4> Acesso em 07.04.19: 16:17h.

FREITAS ROSA, N.M. **Evolução histórica do direito à saúde face à atuação estatal e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro.** (2014). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/33732/evolucao-historica-do-direito-a-saude-face-a-atuacao-estatal-e-sua-positivacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro> Acesso em 17.04.19: 13:47h.

GONTIJO, G.D. **A judicialização do direito à saúde.** Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:q6o4CHZrkzQJ:rmmg.org/exportar-pdf/345/v20n4a18.pdf+&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br > Acesso em 07.04.19: 15:57h.

HUMENHUK, H. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** (2004). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais> Acesso em 16.04.19: 08:45h.

LEITE, I.C. BASTOS, P.R.H.O. **Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários.** (2018). Disponível em <file:///D:/Users/Jafra02/Downloads/18659-56187-1-PB.pdf> Acesso em 18.04.19: 09:50h.

LUNA, W.L. de. **A judicialização do direito à saúde: Limitações do Município e a aplicação da responsabilidade solidária.** (2016). Disponível em <https://wemerson luna.jusbrasil.com.br/artigos/196467524/a-judicializacao-do-direito-a-saude> Acesso em 07.04.19: 16:41h.

MAMELUK, L.A. **Consequências da judicialização do direito à saúde.** (2012). Disponível em <https://lucasoli.jusbrasil.com.br/artigos/259853216/o-direito-a-saude-e-sua-judicializacao> Acesso em 07.04.19: 19:21h.

MATSUDA, J.T.M.; PEREIRA, H.M.; SOUZA, L.C. de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.** (2010). Disponível em <file:///D:/Users/Jafra02/Downloads/o_minimo_existencial_ juliana_tiemi.pdf> Acesso em 18.04.19: 13:28h.

OLIVEIRA, J.L.R. de. **O direito à saúde e sua judicialização.** (2015). Disponível em <https://lucasoli.jusbrasil.com.br/artigos/259853216/o-direito-a-saude-e-sua-judicializacao> Acesso em 05.04.19: 9:52h.

PESTANA, B.M. **Direitos fundamentais: origem, dimensões e características.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas,589755.html> Acesso em 06.04.19: 12:12h.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I.W. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível**. In: SAMPAIO, J.A.L.(coord.). Constituição e Crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção do direito à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. (2009). In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, S.H.B. de; BONFIM, J.R.A. (Orgs.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

SCATENA, M.A.N. **O Ressarcimento ao SUS: Análise do perfil de utilização do Sistema Único de Saúde segundo período da contratação dos planos.** Disponível em < http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_O_Ressarcimento_ao_SUS.pdf> Acesso em 17.04.19: 09:22h.

SCHWARTZ, G.A.D. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, M. **Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM,1987, p.10 apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner.Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

SILVA, L.M. da. **A judicialização do direito à saúde: aspectos relevantes no Direito Brasileiro.** (2014) Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_ link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16728> Acesso em 18.04.19: 19:31h.

SILVA, R.Z. da. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível.** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912> Acesso em 07.04.19: 10:11h.

TORRES, R.L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA F.S. **Crise econômica, austeridade fiscal e saúde: que lições podem ser aprendidas?** Brasília: Ipea; 2016. [Nota técnica].

NOTA:

---

[1] Orientador: Disciplina –E-mail: leland.souza@tre-am.jus.br)

www.conteudojuridico.com.br

REFUGIADOS NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE FECHAMENTO DAS FRONTEIRAS: ESTUDO DE CASO VENEZUELANOS INGRESSOS EM RORAIMA

JOSIAS MARTINS DE OLIVEIRA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Tecnólogo em Organização de Serviços Judiciários e Especialista em Direito Público.

SEBASTIÃO RICARDO BRAGA BRAZ [1]

(Orientador)

RESUMO: O artigo inscreve-se na perspectiva teórica da metodologia da pesquisa bibliográfica, que teve como escopo a abordagem das principais características da crise humanitária que enfrenta a Venezuela, a qual resultou numa explosão emigratória para diversos países como o Brasil. O norte do país, principalmente o Estado de Roraima, vinha suportando sozinho o fluxo migratório, causando um colapso nos serviços públicos básicos. Tal situação caótica resultou na Ação Civil Originária nº 3.121-RR, proposta por Roraima em face da União, cujo pedido mais polêmico diz respeito ao fechamento da fronteira Brasil-Venezuela, gerando uma grande discussão a respeito da viabilidade ou não do fechamento das fronteiras, bem como a constitucionalidade de tal medida. Frente à discussão apresentada, expõem-se como se deu a crise no país vizinho e as ações adotadas pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Crise imigratória; Constituição Federal; Serviços Públicos; Fechamento de Fronteira Brasil-Venezuela.

ABSTRACT: The article is part of the theoretical perspective of the methodology of bibliographic research, which had as its scope the approach of the main characteristics of the humanitarian crisis facing Venezuela, which resulted in an emigration explosion for several countries such as Brazil. The north of the country, especially the state of Roraima, had been supporting the migration flow alone, causing a collapse in basic public services. This chaotic situation resulted in Original Civil Action No. 3.121-RR, proposed by Roraima in the face of the Union, whose most controversial request concerns the closure of the Brazil-Venezuela border, generating a great discussion about the feasibility or not of closing the borders, as well as the constitutionality of such a measure. In front of the discussion presented, we present how the crisis occurred in the neighboring country and the actions taken by Brazil.

KEYWORDS: Immigration crisis; Federal Constitution; Public services; Brazil-Venezuela Border Closing.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Afetada por divergências políticas internas e externas, a Venezuela vive uma crise econômica e social preocupante, principalmente, para a América do Sul. Como consequência, a população sofre com violência, escassez de alimentos e falta de serviços básicos.

Tal crise vivida pelos venezuelanos é veiculada pelos principais jornais do mundo, os quais apontam problemas políticos e econômicos enfrentados pelo governo da Venezuela.

O Brasil é um dos principais destinos dos venezuelanos, que atualmente recebe milhares de pessoas, que buscam oportunidades de inserção no mercado de trabalho e melhor qualidade de vida. Entretanto, esse intenso fluxo migratório teve como consequência diversos problemas em território nacional, principalmente porque a maioria dos imigrantes concentrou-se em um único estado, Roraima.

Nesse contexto das problemáticas enfrentadas, voltou-se então a ser cogitada a possibilidade de fechamento da fronteira internacional Brasil/Venezuela. E voltaram-se as dúvidas sobre os fundamentos que, no direito internacional, poderiam validar, ou não, essa medida. À vista disso, muitos analista, têm dito que o governo federal não poderia fechar a sua fronteira com a Venezuela porque isso violaria acordos e compromissos firmados em âmbito internacionais assumidos pelo Brasil, por outro lado outros defendem a possibilidade de tal fechamento.

Portanto, a presente pesquisa teve como objetivo geral apresentar o estudo sobre os refugiado no Brasil e a possibilidade de fechamento das fronteiras, diante das dificuldades enfrentadas pelo estado de Roraima com a entrada dos Venezuelanos, bem com uma análise sobre a Ação Civil Originária nº 3.121-Roraima. Os objetivos específicos são: identificar as crises enfrentadas pelos venezuelanos e consequente saída do pais; apresentar as dificuldades enfrentadas pelo governo de Roraima com a entrada desordenada de venezuelanos; analisar a Ação Civil Originária nº 3.121-Roraima, sobre a possibilidade de fechamento das fronteiras; expor o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Os problemas da pesquisa buscam evidenciar: poderia haver o fechamento das Fronteiras, haja vista os mecanismos existentes no direito interno e externo? Qual a motivação para o estado de Roraima ajuizar a Ação Civil Originária nº 3.121, solicitando o fechamento das fronteiras?

Por fim, o estudo justifica-se pela atualidade da crise humanitária enfrentada pela Venezuela e suas consequências no território nacional, bem como a contribuição do tema "refugiados no Brasil e a Possibilidade de Fechamento das Fronteiras" para a academia no sentido de propiciar uma pesquisa doutrinária, jurisprudencial, através de estudo aprofundado a respeito do tema, com o intuito de proporcionar

o entendimento das correntes acerca desta matéria, além de poder chegar a uma possível conclusão a respeito do fechamento das fronteiras ou não.

- **A CRISE ENFRENTADA PELOS VENEZUELANOS E CONSEQUENTE SAÍDA DO PAIS**

A crise na Venezuela está diretamente ligada com a **desvalorização do petróleo** no mercado internacional, o que aconteceu a partir de 2014. As reservas de petróleo foram descobertas na Venezuela no começo do século XX e, desde então, tornaram-se a principal fonte de riqueza do país sul-americano.

A Venezuela é membro da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e, atualmente, é o país com as maiores reservas de petróleo do mundo. Durante o governo chavista, todos os ganhos sociais da Venezuela foram financiados com o dinheiro que era trazido ao país por meio da venda de petróleo.

Porém, a riqueza do petróleo criou um país extremamente dependente dessa commodity (produto que tem seu valor baseado pela oferta no mercado internacional). A dependência do petróleo fez com que a Venezuela não investisse o suficiente na sua própria indústria e agricultura. Assim, o país comprava tudo o que não produzia.

O estopim da crise foi a queda do preço do barril do petróleo no mercado internacional. Em junho de 2014, o preço do barril de petróleo era de US$ 111,87 e, em janeiro de 2015, o valor era de US$ 48,07. Isso teve resultado direto no PIB do país, que caiu quase 4% no ano de 2014[2]. A queda do valor do petróleo impactou diretamente o abastecimento do mercado venezuelano, uma vez que, sem dinheiro, o governo parou de comprar itens básicos do cotidiano da população.

Além disso, a partir de 2017, o governo americano, liderado pelo presidente Donald Trump, começou a impor uma série de sanções à economia venezuelana, em represália ao autoritarismo de Nicolás Maduro no comando da Venezuela. Essas sanções agravaram a situação econômica e forçaram o país a reduzir a quantidade de petróleo exportado, por exemplo. Essa redução da produção de petróleo também é fruto da má gestão da estatal venezuelana, a Petróleos de Venezuela (PDVSA)[3].

Essa atual crise econômica da Venezuela transformou-se na maior crise da história econômica do país. A redução do valor do barril do petróleo, a ineficiência do governo e as sanções americanas levaram o país à situação atual. Itens básicos, como medicamentos, alimentos e papel higiênico, não são encontrados facilmente nos supermercados, e, quando são encontrados, seus preços são exorbitantes.

A falta de alimentos levou milhares de venezuelanos a passarem fome, o que levou muitas mães a entregarem seus filhos às autoridades por não terem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condições de sustentá-los, e muitas famílias têm sido obrigadas a comprarem carne estragada, pois é a única a que têm acesso.

Tal crise econômica e política foi reconhecida pela comunidade internacional como uma crise humanitária. De acordo com a Resolução 2/18 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a situação é nitidamente grave (CIDH, 2018). Os venezuelanos vêm experimentando uma generalizada ausência de proteção do Estado e violação dos seus direitos fundamentais. Faltam alimentos, remédios e atendimento de saúde. A hiperinflação diminui drasticamente o poder de compra da população. Conforme o Relatório 2017/2018 da Anistia Internacional, em dezembro de 2017, a cesta básica para uma família de cinco pessoas custava 60 vezes mais do que o salário mínimo (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018, p.252). Também a violência cresce, seja na forma de furtos advindos do desespero da população faminta ou de protestos duramente reprimidos pelas forças policiais.

Em decorrência, milhares de venezuelanos estão deixando seu país para buscar proteção em outros Estados. Dados da Organização Internacional para Migrações (OIM) mostram que o número de nacionais venezuelanos no exterior subiu de 700.000 para mais de 1.600.000 entre 2015 e 2017, sendo Colômbia, Estados Unidos e Espanha os principais destinos (IOM, 2018, p.2). Retrato dessa realidade são as estimativas de que vivem na Colômbia cerca de 600.000 venezuelanos (UNHCR, 2018, a) e de que, segundo dados recentes, 4.000 entram naquele país todos os dias – dos quais metade permanece em território colombiano e metade se dirige ao Equador (UNHCR, 2018b).

Desde 2016, o Brasil também tem sido um país de destino e trânsito para os venezuelanos. De acordo com os números informados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e pelo governo brasileiro, 32.744 venezuelanos solicitaram refúgio no país e outros 27.804 obtiveram autorização de residência por vias alternativas ao sistema de refúgio[4], totalizando mais de 60.000 pessoas registradas pelas autoridades migratórias brasileiras até maio de 2018 (UNHCR, 2018c).

Apesar de ser um número expressivo de migrantes em um curto período de tempo, não é algo que o País não tenha capacidade de acolher e integrar. O maior desafio, na verdade, é a região pela qual chegam: a grande maioria – cerca de 40.000 pessoas – entrou pelo estado de Roraima, que compartilha uma fronteira com a Venezuela (SPLINDLER, 2018). Para muitos, Roraima é apenas a "porta de entrada" e local de trânsito até que consigam seguir viagem para outros estados brasileiros ou, mesmo, para os países do Cone Sul, principalmente Chile e Argentina.

- **DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO GOVERNO DE RORAIMA COM A ENTRADA DESORDENADA DE VENEZUELANOS**

Para uma compreensão geral da atual situação nacional, com enfoque em Roraima, far-se-á uma análise de diversas perspectivas da diáspora venezuelana em contraponto ao despreparo do Estado brasileiro face ao exorbitante crescimento do fluxo migratório.

No Brasil, país tido como modelo de acolhida de estrangeiros, entraram, até outubro de 2018, conforme dados da Polícia Federal[5], 176.259 (cento e setenta e seis mil duzentos e cinquenta e nove) venezuelanos, dos quais 90.991 (noventa mil novecentos e noventa e um) não estão mais dentro das fronteiras nacionais e 85.268 (oitenta e cinco mil duzentos e sessenta e oito) aqui permanecem. Apesar de parecerem poucos se comparados ao 1.600.000 (um milhão e seiscentos) que deixaram a Venezuela, foram o suficiente para modificar a estrutura do Estado de Roraima, principal porta de entrada dos estrangeiros em questão. É nítido o iminente colapso dos sistemas públicos do pequeno estado, que clama por ajuda.

Sabe-se que alguns desses imigrantes vieram ao país em busca de remédios e mantimentos, já escassos na Venezuela, outros passam pelo território como meio de chegar a outros destinos, mas a principal motivação é a busca por melhores condições de vida.

Mas é indubitável que esta unidade da federação, com população total de 522.000 (quinhentos e vinte e dois mil) habitantes, não estava preparada para o caos que vem se instalando, mormente nas cidades que suportam o maior número de não nacionais, como Pacaraima, município que faz fronteira com a Venezuela, e Boa Vista, capital do estado.

Cabe um adendo para explicitar que grande parte dos venezuelanos usa todo seu dinheiro para chegar até Pacaraima, depois sem quaisquer meios de chegar a Boa Vista, escolhida como destino final pela maioria, tentam fazer o trajeto de 215 km (duzentos e quinze quilômetros) de distância entre essas duas cidades a pé. Esse trecho passou a ser denominado de rota da fome e dura, em média, quatro ou cinco dias, por uma estrada sem qualquer estrutura, comida ou água.

No mais, a proximidade do caos é tanta que a situação de vulnerabilidade de Roraima, em decorrência do fluxo migratório causado pela crise humanitária no país vizinho, já foi reconhecida por meio do Decreto Federal nº 9.285/2018.

Coadunam com os fatos a explosão do número de solicitações de refúgio por venezuelanos. Em 2016, o requerimento em todos os estados brasileiro e sem distinção de nacionalidade, havia sido apenas 10.357 (dez mil trezentos e cinquenta e sete); já em Roraima, até outubro de 2018, o número de pedidos de refúgio apenas por venezuelanos chegou a 54.100 (cinquenta e quatro mil e cem).[6]

Com o escopo de desafogar o sistema e potencializar os pedidos de concessão de residência temporária, o Conselho Nacional de Imigração (CNig)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aprovou a Resolução Normativa nº 126, de 03 de março de 2017, complementada pela Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018, que preveem, em suma, que o estrangeiro que ingressar no Brasil poderá aqui permanecer por dois anos, podendo a residência temporária ser transmudada em residência por tempo indeterminado. Dispensou, ainda, a certidão apostilada, tornando prescindível a validação consular dos documentos dos migrantes, bem como determinou a gratuidade da taxa de imigração para os hipossuficientes.

Destaca-se que a partir da concessão de residência, o não nacional passa a ser reconhecido pelo governo, estando sob a égide da legislação pátria e internacional.

Ao mesmo tempo que o Brasil tenta acolher todos os estrangeiros, faz-se necessário mostrar a outra perspectiva da situação, evidenciando o início da crise humanitária em Roraima, que já mostra seus primeiros sinais.

Diariamente, cerca de 800 (oitocentos) venezuelanos cruzam a fronteira nacional por Pacaraima[7], principal porta de entrada dos venezuelanos no país e onde um quarto da população passou a ser composta por imigrantes.

Sem qualquer estrutura, leitos hospitalares e escolas estão superlotadas, a criminalidade acentuou-se, sem falar no surto de malária e sarampo.

Primeiramente, salienta-se a sobrecarga do sistema de saúde. Segundo dados da Secretaria de Saúde, em 2014, o estado atendeu cerca de setecentos imigrantes; com o início da crise imigratória, o aumento foi expressivo, chegando a cinquenta mil, em 2017; e só nos três primeiros meses do ano corrente, foram quarenta e cinco mil. Em Pacaraima, o atendimento aos migrantes nos postos de saúde supera o número de brasileiros, chegando a 63%.[8]

Na Maternidade Nossa Senhora de Nazaré, a única do estado, 40% dos partos realizados são de venezuelanas. Conforme Daniela Souza, coordenadora de vigilância em saúde de Roraima, “fomos o único Estado do Brasil que aumentou o número de natalidade, o que está totalmente ligado a chegada de tantas mães venezuelanas que cruzam a fronteira"[9]. Mesmo com a instalação de cento e cinquenta novos leitos, estes ainda são insuficientes.

Já no Hospital Geral de Roraima (HGR), o atendimento a venezuelanos, de janeiro a julho deste ano, chegou a dez mil e quarenta. Segundo a diretora do hospital, Marcilene da Silva Moura[10], medicamentos e insumos, como seringa, soro e dipirona, que teriam durado o ano inteiro, já acabaram.

Não se pode olvidar, ainda, o aumento das ocorrências de doenças como malária e sarampo. Esta há muito erradicada no Brasil, apresentou, só em Roraima, 296 (duzentos e noventa e seis) casos confirmados, sendo 201 (duzentos e um) em

venezuelanos[11]. Os índices são alarmantes, o que torna cada vez mais necessário um controle de vacinação obrigatório. Sobre o assunto, Souza destaca:

> Há muito tempo o Estado de Roraima insiste na implementação de uma barreira sanitária na fronteira com exigência da vacina. O Governo Federal diz que não é possível, mas tampouco dá uma solução. Ele criou uma sala de vacina na triagem da fronteira, mas ela é opcional.

Com o escopo de desafogar o sistema público de saúde, a governadora do estado de recebimento, Suely Campos, publicou o Decreto nº 25.681/18, de 01 de agosto de 2018, o qual restringia o atendimento hospitalar àqueles que apresentassem passaporte válido, salvo em caso de urgência e emergência. Mas o disposto não mais subsiste, em conformidade à Recomendação feita pelo Ministério Público Federal em Roraima[12], que ressaltou a possibilidade de tal medida obstar todo e qualquer atendimento, uma vez que a grande maioria dos venezuelanos entra nas fronteiras nacionais sem qualquer documentação.

Outra medida implantada foi a vinda de 36 (trinta e seis) médicos, enviados pelo governo federal, no final de agosto do ano corrente, para uma semana de atendimentos de ginecologia e obstetrícia, oftalmologia, infectologia e pediatria, nos abrigos de acolhimento tanto da capital do estado quanto de Pacaraima. Precipuamente buscando a prevenção de doenças, as consultas consistiram em identificação e tratamento de doenças, além de vacinação, priorizando os venezuelanos em processo de interiorização[13].

Outro ponto que merece destaque é a situação rede pública de ensino, que, com mais de 1.800 (mil e oitocentos) alunos venezuelanos[14], apenas nas escolas municipais de Boa Vista, já sofre falta de vagas.

Diante da situação, o governo federal fez o repasse de verbas à Prefeitura de Boa Vista para que aulas fossem ministradas em contêineres[15]. Algumas instituições, inclusive, buscaram pessoas habilitadas para facilitar a articulação entre os professores e os novos alunos; outras, passaram a utilizar legendas em espanhol em murais, banheiros e refeitórios.

A superlotação também atinge as escolas de Pacaraima, que conta com apenas três escolas, as quais dobraram o número de alunos, sendo boa parte de venezuelanos. Ressalta-se que atendendo um número muito maior de crianças suportadas, o município tem feito adequações em salas de aula, mas a estrutura física local impede que mais alunos sejam matriculados.

Agamenon Rodrigues, secretário municipal de educação, encaminhou relatório ao Ministério da Educação (MEC) requerendo medidas emergenciais, mas em agosto ainda não havia recebido qualquer resposta[16].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apesar dos esforços estatais, segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), 63,5% das crianças que se encontram em Roraima não frequentam a escola[17], alegando, principalmente, falta de vaga, distância e altos custos da documentação necessária. Outras reclamações frequentes dizem respeito à dificuldade na comunicação e à discrepância entre as grades de matéria brasileira e venezuelana[18].

Com vista a solucionar estes últimos dois problemas, a Secretaria de Educação de Roraima utiliza-se da matrícula extraordinária, por meio da Resolução nº 54/03[19]. Em suma, esta permite que o aluno estrangeiro, durante o prazo de sessenta dias, passa por uma imersão na língua portuguesa e realiza uma prova de nivelamento para a inserção na série correta, considerando sua idade.

Quanto aos valores dispendidos, uma vez que necessária a tradução juramentada dos documentos para a efetivação da matrícula, urge avultar a Recomendação nº 10/2017 do Ministério Público Federal. Por meio desta, o *Parquet* sugeriu a realização da matrícula de todos os menores estrangeiros, independente da apresentação da documentação, em respeito a diversos tratados internacionais e legislação pátria, sob pena de responsabilização em caso de descumprimento. Denota-se que a medida está em vigor e surtiu o efeito almejado.

Outra perspectiva da nova realidade roraimense trata do aumento de crimes cometidos por venezuelanos, consistente em 1.306%, de 2015 a 2017[20], dados também preocupam. Segundo a Polícia Militar, o número de ocorrências passou de 428 (quatrocentos e vinte e oito) para 1.660 (mil seiscentos e sessenta). E a tendência é agravar a situação, uma vez que no primeiro trimestre do ano corrente foram registrados 991 (novecentos e noventa e um) boletins de ocorrência envolvendo esses estrangeiros[21].

O número de armas apreendidas triplicou, assim como o tráfico de droga cresceu, mormente ante a facilidade de contrabandear esses objetos nos 2.000 km (dois mil quilômetros) de fronteira Brasil-Venezuela[22].

Na cidade de Pacaraima, a situação é ainda mais crítica. O aumento da criminalidade chegou a 65%, apenas no início do ano de 2018[23].

Colaborando com as estatísticas, os policiais reclamam sobre a falta de apoio do governo federal, principalmente com relação à pouca quantidade de viaturas e munições, dentre outros objetos necessários para atender o aumento das ocorrências[24].

A prostituição também merece destaque. Depreende-se que até 2015, era quase inexistente a prostituição de rua, antes concentrada em bares e boates. Hodiernamente, chega a 600 (seiscentas) pessoas, quase em sua totalidade venezuelanas, conhecidas como “oitchenta”, valor cobrado pelo serviço[25].

Faz-se mister frisar, como bem expõe o Comandante da Polícia Militar de Roraima, Coronel Edison Prola[26], que nem todos os venezuelanos chegam no Brasil como criminosos, mas muitos imigrantes acabaram tornando-se, devido à necessidade, ante a falta de emprego, alimento e moradia.

É evidente que os roraimenses ressentem a crise dos já vulneráveis sistemas de saúde e educação e o aumento da criminalidade. Estima-se que cerca de 1.200 (mil e duzentos) venezuelanos retornaram ao seu país de origem[27], motivados pelo medo.

Ocorrência que merece destaque foi o ataque a acampamentos improvisados de centenas de imigrantes e refugiados em Pacaraima, tendo como estopim o assalto ao comerciante brasileiro, Raimundo Nonato, roubado e espancado por quatro venezuelanos. Aproximadamente mil e duzentos imigrantes *lato sensu* retornaram a Venezuela, após serem expulsos e terem seus pertences queimados por nativos, ao som do hino nacional[28].

Embora este tenha sido o mais grave, não é um evento isolado. Os episódios de preconceito são recorrentes, o que tem causado receio nos venezuelanos vindouros e naqueles que aqui já se fixaram.

Após o supracitado ataque aos acampamentos, a União determinou o envio de 120 (cento e vinte) agentes das Forças Armadas nacionais para a cidade, que agiram tanto na faixa de fronteira quando nas rodovias federais, até dia 12 de setembro de 2018[29], medida esta que colimou desincentivar atos de violência e imigração ilegal, bem como a prevenir e repreender o tráfico internacional de armas e drogas. A capital do estado também recebeu sessenta homens para reforçar o policiamento.

Aproveitando-se da situação e do crescente sentimento de aversão, a retórica nas campanhas eleitorais baseou-se na questão do fechamento das fronteiras, hipótese já descartada pelo governo do Presidente Michel Temer, também rechaçada pela Prefeita de Boa Vista, Teresa Surita, que defende ser necessário o oferecimento do mínimo de condições para o imigrante e o refugiado, mas que "essa conta tem de ser dividida pelo Brasil. Não é só de Roraima"[30].

Em contrapartida, a Governadora do Estado de Roraima, Suely Campos[31], apresentou seus argumentos, no sentido de que nenhum tratado internacional ou lei pátria seriam desrespeitados, haja vista que o fechamento da fronteira seria temporário. Ao lado disso, ressaltou que a explosão migratória obstou o oferecimento adequado do mínimo existencial tanto ao brasileiro quanto ao venezuelano, não havendo outra solução. Ademais, sobre o posicionamento de Temer, ela aduz, na mesma declaração: "É muito legal sair pelo mundo todo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vender o Brasil como um país que recebe imigrante. É muito legal eles quererem manter esse status, mas o dia a dia dessa crise eles não estão vivendo".

Insta salientar que Roraima vem arcando com as despesas com pouca ajuda financeira da União, o que acarretou na Ação Civil Originária nº 3.121/RR, mais à frente perquirida, por meio da qual o governo do Estado requer o ressarcimento de R$ 184.000.000 (cento e oitenta e quatro milhões de reais) pelos gastos, além, dentre outros, do fechamento da fronteira Brasil-Venezuela. Este último pedido, contudo, já foi refutado judicialmente.

No que diz respeito à forma de acolhida e alocação dos imigrantes e refugiados, com um único abrigo em construção em Pacaraima, a vinda para Boa Vista é incentivada, uma vez que na cidade existe relativa melhor estrutura, possuindo mais abrigos, já superlotados, os quais são administrados pelo Exército, pela ACNUR e por ONGs.

Segundo informações da Casa Civil acerca das ações em curso, foram abertos cinco novos abrigos e qualificados os quatro já existentes, com o total de 3.800 (três mil e oitocentas) vagas, com a previsão de abertura de novas três unidades, com capacidade para 1.500 (mil e quinhentas) vagas. Ademais, conforme números atualizados em 10 de setembro de 2018, a distribuição ocorrerá da seguinte forma[32]:

> **Operação Acolhida**: implantação de 12 abrigos para acolhimento de venezuelanos em situação de vulnerabilidade.

- Tancredo Neves (Boa Vista) - 293 abrigados
- Pintolândia (Boa Vista) - 607 abrigados
- Hélio Campos (Boa Vista) - 302 abrigados
- Jardim Floresta (Boa Vista) - 600 abrigados
- São Vicente (Boa Vista) - 382 abrigados
- Nova Canaã (Boa Vista) - 404 abrigados
- Latife Salomão (Boa Vista) - 508 abrigados
- Santa Teresa (Boa Vista) - 470 abrigados
- Janokoida (Pacaraima) - 397 abrigados
- Rondon 1 (Boa Vista) - 727 abrigados
- Rondon 2 (Boa Vista) - 202*
- BV 8 (Pacaraima) - 114*

* Os abrigos Rondon 2 e BV 8 têm uso diferenciado. O Rondon 2 é usado para transição, com venezuelanos prontos para interiorização. O BV 8 tem uso misto (acolhimento e transição).

É nítido, contudo, que o número de abrigados é inferior aos imigrantes e refugiados que entram no Brasil todos os dias, o que, num estado como Roraima, tem aumentado nitidamente o número de moradores de rua, chegando a 2.500 (dois mil e quinhentos), realidade antes quase inexistente.

A quantidade de campings e barracos de estruturas improvisadas é crescente, onde centenas de pessoas estão vivendo em instalações precárias, sem acesso a água, comida ou banheiro.

Impende enfatizar que a falta de cooperação entre as esferas municipais, estaduais e federais, na busca por obstar o iminente caos no estado, é aterradora. A União, constitucionalmente responsável por implantar políticas públicas nessescasos, permanece inerte, implantando medidas paliativas que até agora têm se mostrado pouco eficientes.

Alguns ministros de Estado e o Presidente da República vieram diversas vezes ao território roraimense, chegando a promulgar a Medida Provisória nº 820/2018, a qual foi posteriormente convertida na Lei nº 13.684/2018, que previa "medidas de assistência emergencial para o acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária" (BRASIL, 2018). Esta visava, em suma, através da "Operação Acolhida", o ordenamento da fronteira, a construção de abrigos e a interiorização dos imigrantes, metas que ainda não foram implementadas de maneira eficaz.

Neste ano, através da Medida Provisória nº 823/2018, de 09 de março de 2018, houve o repasse do valor de R$190.000.000,00 (cento e noventa milhões de reais), da União para Roraima, os quais já foram empregados, em sua maioria, na construção e gestão de abrigos.

Em se tratando da interiorização, evidencia-se que, em nível nacional, o Brasil está longe de alcançar seu limite de absorção de estrangeiros, que somam apenas 1% da população total, mas é inquestionável que o fluxo migratório tem sido suportado apenas por Roraima, o estado menos populoso do país.

Por esse motivo é tão importante a relocação dos venezuelanos, prevista na Lei nº 13.684/2018 - antiga Medida Provisória nº 820/2018 (BRASIL, 2018), que, visa, também acolher "pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório por crise humanitária".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A distribuição dos estrangeiros por outras unidades da federação, com o apoio da ACNUR E OIM, bem como, do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é imprescindível e mostra-se a solução mais viável, que deve ser empregada de forma contínua e sistemática.

Mas ainda é uma ação é incipiente. Nos estados receptores, os estrangeiros podem permanecer até três meses em abrigos, período que pode ser revisto, caso não consigam emprego.

Sobre o assunto, Teresa Surita[33], prefeita de Boa Vista, além de alegar o distanciamento do governo federal, afirma que a interiorização ainda é insuficiente:

> Você tem 3 mil pessoas na rua. Quando as pessoas são interiorizadas, parece que tudo está bem. Mas essa não é a realidade. A realidade é formada pelas pessoas que ficam. As pessoas que estão paradas nas esquinas com cartazes pedindo empregos. Você vê crianças nas ruas. Muitas mães à noite nos sinais, com as crianças, para sensibilizar as pessoas. Virou uma profissão lavar os vidros dos carros nos sinais das cidades. Às vezes você para o carro e vem duas pessoas pela frente, duas por trás. Há também assaltos, pequenos roubos. A insegurança aumentou. Os brasileiros se ressentem da falta desse olhar do governo federal. A gente começa a ter a presença de pessoas muito pobres, de cultura diferente, comportamento diferente e que não param de chegar.

Outra medida polêmica citada[34] pelo Presidente da República seria a distribuição de senhas na barreira, colimando organizar a entrada dos venezuelanos em território nacional. Mesmo sem deixar claro se haveria uma limitação diária, o projeto teve uma repercussão negativa, motivo pelo qual não foi empregado.

Por todo o exposto, nota-se que é iminente o caos em Roraima. Os moradores do estado já sofriam com a falta de atendimento adequado nos hospitais, a falta de vagas nas escolas públicas e o aumento da insegurança. Com a chegada dos venezuelanos, a população local viu-se numa situação na qual o aumento da demanda por serviços públicos é alarmante, não sendo atendidos corretamente nem os nacionais, nem os estrangeiros.

A disputa por vagas em escolas e hospitais, o aumento da criminalidade, o número de moradores de ruas e pedintes incomodam a população local, reforçando o sentimento de aversão, já incentivado pela política local.

Mas é imprescindível lembrar que o êxodo venezuelano não é decorrente de um fluxo migratório voluntário, mas das condições em que se encontra o país

vizinho, como a falta de atendimento básico, a superinflação, a fome e o desrespeito aos Direitos Humanos, que incentivam o crescimento do fluxo migratório. A crise humanitária que assola a região, expulsa seus moradores, quem não veem alternativa, a não ser buscar uma vida melhor em outra nação.

Destaca-se que o direito do brasileiro não deve ser suplantando pelos direitos dos estrangeiros, ou vice-versa, uma vez que a Constituição Federal de 1988 preconiza a igualdade de todos perante a lei. Mas a atual situação em que se encontra o estado de Roraima não pode continuar ocorrendo, uma vez que ambas nacionalidades encontram-se desamparadas, sem acesso a serviços públicos e segurança de qualidade.

Nesse diapasão, faz-se mister a ação conjunta da União, Estados e Municípios na implementação de medidas eficazes, as quais serão melhor analisadas no terceiro capítulo deste trabalho, para acolher o imigrante/refugiado venezuelano e, ao mesmo tempo, resguardar o direito dos brasileiros. Desse modo, os direitos básicos serão oferecidos de forma paritária a todos os que se encontrarem em solo nacional, conforme dispõe a legislação pátria e aos tratados internacionais que o Brasil é signatário.

- **AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA Nº 3.121-RORAIMA, POSSIBILIDADE DE FECHAMENTO DAS FRONTEIRAS**

Na ação proposta perante o STF, o Governo do Estado de Roraima denuncia a "[...] omissão da União no controle das fronteiras nacionais [...]", argumentando que isso provocou uma desarmonia e consequente "[...] oneração indevida aos entes federativos" (RORAIMA, 2018, p.2). Assim, a Ação pede que a União seja obrigada a:

> [...] adotar uma atuação efetiva na área de fronteira Brasil-Venezuela, a fim de impedir que o fluxo imigratório desordenado produza efeitos mais devastadores à sociedade brasileira, em específico no Estado de Roraima, obrigando a União a promover medidas administrativas na área de controle policial, saúde, e vigilância sanitária, sob a pena de se manter o abalo indesejado do Pacto Federativo e um estado crítico de coisas inconstitucional, violando sistematicamente, por inação na área de sua competência, direitos humanos relacionados a segurança, saúde e vigilância sanitária [...] (RORAIMA, 2018, p.36).

Dessa forma, o Governo do estado busca se isentar de suas responsabilidades no assunto em pauta, responsabilizando unilateralmente a União pela gestão do fluxo migratório e pelo acolhimento aos venezuelanos. Inclusive,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entre as demandas constantes na ACO 3121, figura um pedido para que a Suprema Corte "obrigue a União a repassar imediatamente os recursos voltados às áreas respectivas para garantir o cumprimento categórico dos serviços essenciais prestados aos venezuelanos que o Estado de Roraima vem desenvolvendo sem qualquer apoio" (RORAIMA, 2018, p. 34), posicionamento reforçado por parlamentares roraimenses que, durante audiências públicas sobre o tema no Congresso, classificaram a Ação como um "pedido de socorro" do estado de Roraima à União.

A Ação parte da premissa de que não há dúvida que "a entrada descontrolada de venezuelanos pela fronteira Brasil/Venezuela tem causado enormes prejuízos à população deste que é o menor estado da Federação" (RORAIMA, 2018, p. 11). Para se chegar a enunciados como esse, combinam-se fatos e dados reais de maneira simplista, muitas vezes tomando meras correlações como explicações causais ou, até mesmo, deturpando e manipulando os fatos para chegar a conclusões que promovam a aversão aos imigrantes, conforme se verá a seguir.

Na narrativa construída, nota-se a clara intenção de responsabilizar exclusivamente os venezuelanos por diversos problemas observados em Roraima, muitos dos quais têm causas estruturais e já estavam presentes antes mesmo da atual conjuntura migratória. Ao fazê-lo, os políticos locais buscam isentar-se de suas responsabilidades pela precariedade dos serviços públicos, desviando a atenção das reais causas dos problemas e utilizando os imigrantes como bode expiatório. Essa estratégia é perceptível na ACO 3121, que pede o fechamento da fronteira baseando-se em elementos como o risco de "possíveis epidemias" e o "aumento da criminalidade".

Na Ação, o Governo de Roraima responsabiliza o fluxo migratório pela "aparição de doenças antes erradicadas neste País, tal como o sarampo" e pelo crescimento na ocorrência de outras, como a malária (RORAIMA, 2018, p. 11-12). No caso do sarampo, a última epidemia registrada no Brasil ocorreu no Ceará, entre 2013 e 2015 e, desde 2016, o país havia recebido da Organização Mundial da Saúde (OMS) o certificado de eliminação da circulação do vírus, até que, em fevereiro de 2018, novos casos foram registrados em Roraima e no Amazonas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p.1).

Desde 2017, a Venezuela enfrenta uma epidemia de sarampo e há, de fato, indícios de que o vírus em circulação no Brasil esteja relacionado a esta situação no país vizinho (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). No entanto, o argumento discriminatório se evidencia ao se observar a solução proposta para lidar com o surto da doença, qual seja, a criação de uma barreira sanitária na fronteira. Assim, ao invés de se focar na contenção da circulação do vírus por meio de campanhas de vacinação, propõe-se impedir a circulação de pessoas, argumento repetido

várias vezes por governantes locais e também por parlamentares roraimenses. Fazendo uma analogia, seria como se o combate ao surto de sarampo que ocorreu no Ceará dependesse de impedir a mobilidade da população do estado no território nacional, algo que soa absurdo.

Parte-se, portanto, de fatos reais, mas chega-se a conclusões falaciosas. No caso da malária, por exemplo, depois de seis anos de queda, em 2017 a doença voltou a crescer no Brasil. De maneira oportunista, as autoridades locais passaram a associar a alta dos casos da enfermidade ao fluxo migratório. Porém, especialistas atribuem o aumento à redução de investimento nas ações de combate à malária e, apesar de a Secretaria Nacional de Vigilância em Saúde afastar "qualquer relação do aumento [do número de casos de malária] com a imigração de pessoas procedentes da Venezuela", esse argumento continua a ser reproduzido, estando presente, inclusive, na ACO 3121 (FORMENTI, 2018).

Argumentação de natureza semelhante é utilizada também para justificar o aumento da violência e da criminalidade em Roraima. A ACO 3121 cita dados da Polícia Civil que revelam um crescimento no número de homicídios no estado entre 2017 e 2018, fazendo uma associação automática com o fluxo migratório (RORAIMA, 2018, p. 10). No entanto, além de não prestar informações sobre a nacionalidade dos perpetradores, essa correlação se mostra frágil, por ignorar o fato de que o número de homicídios cometidos em Roraima vem crescendo há mais de uma década, tendo sofrido um aumento de 113,7% entre os anos de 2005 e 2015 (CERQUEIRA et al., 2017, p. 13), ou seja, anterior ao início do fluxo mais intensivo de venezuelanos.

Ainda nesse sentido, a ACO 3121 afirma que "o descontrole nas fronteiras tem oportunizado a prática de inúmeros crimes internacionais, de tráfico de drogas e armas" (RORAIMA, 2018, p. 9). Se, por um lado, é verdade que há indícios da ocorrência de tais crimes, a argumentação é construída como se o fluxo migratório e o grande número de venezuelanos que entra no Brasil causassem os crimes.

Mais uma vez, deve-se avaliar com ressalvas essa relação causal, pois as redes criminosas que atuam na região são comandadas por facções brasileiras, com destaque para o Primeiro Comando da Capital (PCC), cuja atuação em Roraima antecede o fluxo migratório e ocorre, muitas vezes, de dentro do próprio sistema prisional do estado (CAMBRICOLI; CARVALHO; CORREIA, 2018). O que ocorre é que a mesma degradação da ordem social na Venezuela que motiva os venezuelanos a migrarem, também motiva redes criminosas a expandirem seus negócios ilícitos no país vizinho.

4.1 QUANTO AO PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA BRASIL/VENEZUELA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na ACO 3121, o estado de Roraima faz referência às fronteiras nacionais, destacando que a União é obrigada a: "[...] promover medidas administrativas na área de controle policial, saúde e vigilância sanitária" com o objetivo de evitar "[...] violações sistêmicas aos direitos humanos relacionados à segurança, saúde e vigilância sanitária". Entre essas "medidas de controle" figura o fechamento temporário da "[...] fronteira Brasil-Venezuela a fim de impedir que o fluxo migratório desordenado produza efeitos mais devastadores aos brasileiros e estrangeiros residentes no estado de Roraima [...]" (RORAIMA, 2018, p.35) e a limitação do ingresso de refugiados venezuelanos.

O fechamento das fronteiras e a limitação da entrada de venezuelanos são medidas defendidas pelo Governo do estado de Roraima como solução para os problemas enfrentados na região. No entanto, essas demandas carecem de legalidade e operacionalidade logística, além de violarem compromissos de caráter humanitário. De fato, no atual contexto, restringir a entrada de venezuelanos no Brasil violaria dispositivos da legislação nacional, a começar pela própria Constituição Federal (1988), que trata a dignidade humana como fundamento da República (Art. 1º, inciso III).

Violaria, ainda, compromissos internacionais assumidos pelo país enquanto signatário da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) que, em seu Artigo 33, explicita o princípio do *Non-Refoulement* (não-devolução), um dos pilares da proteção internacional dos refugiados (UNHCR, 2007). Desse princípio advém que nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras do território em que a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas. Princípio esse reforçado, entre outros dispositivos, pela Declaração de Cartagena (1984), bem como por legislações nacionais, como a Lei de Refúgio (Lei 9.474/1997), no seu artigo 7º parágrafo primeiro.

Ademais, a medida vai contra o espírito da nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), em vigor desde novembro de 2017, que aborda a questão da mobilidade humana através da ótica dos direitos humanos e não mais de uma perspectiva securitária. As demandas constantes na ACO 3121 vão na contramão de vários princípios e diretrizes da nova lei, mais especificamente aqueles descritos em seu Artigo 3, a saber:

> Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração; [...] V - promoção de entrada regular e de regularização documental; VI - acolhida humanitária [...]; XII - promoção e difusão de

> direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas (BRASIL, 2017).

Recapitulando, os dispositivos jurídicos aqui apontados destacam os compromissos assumidos pelo Brasil de respeitar a dignidade da pessoa humana; garantir o acesso ao pedido de refúgio a quem necessita, respeitando o princípio da não-devolução; e prover acolhida humanitária. Dessa forma, considerando a situação de crise humanitária por que passa a Venezuela, não restam dúvidas de que atender às demandas da ACO 3121, impedindo ou limitando a entrada de venezuelanos no Brasil, seria ilegal.

Por questões logísticas, tal medida seria também impossível de ser concretamente realizada. A rodovia que liga Pacaraima (em Roraima) a Santa Elena de Uairén (na Venezuela) é o principal corredor de circulação entre os dois países e a "porta de entrada regular". Porém, a fronteira Brasil-Venezuela se estende por 2.199km, sendo majoritariamente marcada por serras e rios, de modo que apenas 10 km são de fronteira seca/organizada ou habilitada para transitar (OEA, 2018, p.7).

Os autores argumentam que ameaças pontuais e pressões podem diminuir ou aumentar o grau de permeabilidade de uma fronteira em determinado momento e que essa permeabilidade também pode se diferenciar ao longo de uma mesma fronteira (DIENER; HAGEN, 2012, p.65-66). Observa-se essa dinâmica no caso da fronteira Brasil-Venezuela, antes bem permeável e, agora, sujeita a pressões para que haja um controle mais intenso.

Desse modo, percebe-se que as fronteiras funcionam como filtros imperfeitos que refletem políticas inclusivas e exclusivas e que fazem distinções entre tipos de pessoa, materiais e motivos (*idem*). Mesmo se tratando de entidades ideologicamente construídas, sempre em movimento e relativamente recentes, as fronteiras contemporâneas internacionais têm pretensão de naturalidade, anterioridade e rigidez (DIENER; HAGEN, 2012, p.54). De fato, a própria linguagem empregada para se falar delas e o seu tratamento como um pressuposto visam transmitir a sensação de que as fronteiras, em especial as fronteiras internacionais, são produto de uma lógica mais profunda e, assim, inquestionável. A sensação é de que elas sempre estiveram e sempre estarão ali, quando, na verdade, resultam de processos históricos e interesses muito específicos.

Genova (2016), assim como Mezzadra e Neilson (2013), destacam em suas obras que as fronteiras são celebradas como se seu real propósito fosse simplesmente o de exclusão – funcionando como uma barreira que protege o que está dentro, isolando o que está fora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na hipótese levantada pelos autores, a presença expressiva de migrantes não foi um fator suficiente para que o tema fosse incluído de modo consistente na agenda eleitoral dos municípios porque:

> A grande maioria dos quadros político-partidários ainda tende a considerar questões que envolvam a situação de imigrantes e refugiados como assunto exclusivo das esferas superiores de governo, em especial a federal, não sendo, portanto "problema" que deva ser assumido pelos municípios. (BALTAR, C.S.; BALTAR, R, 2017, p. 665).

Na argumentação construída pelos autores da ACO 3121, as medidas demandadas teriam, tal como já citado anteriormente, o objetivo de evitar "violações sistêmicas aos direitos humanos" (RORAIMA, 2018, p. 35).

Portanto, não deve ser nem cogitado o fechamento da fronteira Brasil-Venezuela, pois além de ilegal, é antiético e desumano "fechar os olhos e cruzar os braços", como destacou a ministra do STF, Rosa Weber, no bojo da Ação Civil Originária nº 3.121-RR, ante a situação vivenciada pela população do país vizinho. Perpetuando o Brasil como referência mundial de acolhida humanitária, nos autos da ACO em questão, a medida restritiva já foi acertadamente indeferida, mas ainda causa muito debate sobre a questão.

- **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo mostrou a atual situação vivenciada pelos cidadãos na República Bolivariana da Venezuela. Faltam medicamentos básicos, serviços públicos mínimos não são mais oferecidos e a fome é o maior medo da população, mormente ante a impossibilidade de compra-los, uma vez que a inflação é exorbitante. Motivos estes mais que suficientes para que sejam acolhidos em território nacional, da melhor forma possível, com vista a resguardar seus direitos existenciais mínimos.

Também demonstrou a situação vivenciada na região norte do Brasil, mormente no Estado de Roraima, após a diáspora venezuelana, onde o caos se instalou, com a superlotação de leitos hospitalares, falta de vagas em escolas públicas e aumento expressivo da criminalidade, o que resultou na Ação Originária nº 3121-Roraima, com pedido de fechamento das fronteiras.

Tal fechamento das fronteiras, com o fito de impedir a entrada de venezuelanos em território nacional, não deve ser nem cogitado, pois, conforme já exposto alhures, além de ilegal, é antiético e desumano, como destacou a ministra do STF, Rosa Weber, no bojo da Ação Civil Originária nº 3.121-RR.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, também acertada a interiorização dos imigrantes e refugiados pelo Governo Federal em parceria com ONGs e as cidades receptoras, sendo a medida mais adequada para salvaguardar a qualidade de vida dos nacionais e oferecer condições mínimas para a existência digna do estrangeiro, sem que os direitos de cada indivíduo sejam sobrepostos ao outro.

- **REFERÊNCIAS**

AFP. **Quintuplica total de venezuelanos em escolas de Roraima, e já faltam vagas.** Folha de São Paulo, 22 de abr. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/04/quintuplica-total-de-venezuelanos-em-escolas-de-roraima-e-ja-faltam-vagas.shtml>. Acesso em: 28 de mai. de 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto D.; NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Alexander. C.; HAGEN, Joshua. *Borders: **A Very Short Introduction**.* Oxford: University of Oxford, 2012.

BRITO, Débora; CAMARGO, Marcelo. **Em Pacaraima, presença dos imigrantes divide opiniões**. EBC, 28 de ago. de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/em-pacaraima-presenca-dos-imigrantes-divide-opinioes>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019.

CARINO, Gustavo Rody. "**Entenda os Motivos da Crise na Venezuela**"; Guia do Estudante. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-os-motivos-da-crise-na-venezuela/. Acesso em 02 de abril de 2019.

CARVALHO, Paola. **Roubos e furtos envolvendo imigrantes aumentam 1.300%.** Folha de Boa Vista, 19 de mai. de 2018. Disponível em: <https://www.folhabv.com.br/noticia/Roubos-e-furtos-envolvendo-imigrantes-aumentam-1-300-/40019>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

COSTA, Antonio Luiz M. C. **Ataque a venezuelanos em Roraima mostra como a xenofobia se alimenta**. Carta Capital, 24 de ago. de 2018. Disponível em: < ttps://www.cartacapital.com.br/revista/1018/ataques-a-venezuelanos-em-roraima-mostram-como-a-xenofobia-se-alimenta>. Acesso em: 22 de jun. de 2019.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira et al. **Atlas da Violência 2017- IPEA e**

FBSP. IPEA: Rio de Janeiro, junho de 2017. Disponível em:< http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> , acessado em 28 jull 2019.

Claudia Siqueira; BALTAR, Ronaldo. Migrações Internacionais e Política: **uma agenda "Pós materialista" para o debate político eleitoral no Brasil**. In: BAENINGER, Rosana et al., (orgs). *Migração Sul –Sul*. Campinas: Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó"- Nepo/Unicamp, 2018 (2ª edição).

CONTROLE e fechamento de fronteiras. 17º MINIONU – Simulação do ACNUR, 2016. Disponível em: <https://17minionuacnur2016.wordpress.com/2016/08/16/controle-e-fechamento-de-fronteiras/>. Acesso em 20 de jul. de 2019.

CONVENÇÃO de Genebra de 1949. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/normativa_internacional/Sistema_ONU/DH.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2019.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA SAÚDE. **Situação dos Casos de Sarampo nos Estados de Roraima e Amazonas – 2018. Informe Nº 6| 2017/2018 2**. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/maio/07/Boletim-n6-Sarampo.pdf >, acessado em 20 mai 2019.

DECLARAÇÃO de São José sobre refugiados e pessoas deslocadas. Disponível em: <http://www.ikmr.org.br/instrumentos-internacionais/declaracao-de-sao-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas/>. Acesso em: 28 de jul. 2019.

Fabiana; CARVALHO, Marco Antônio; CORREIA, Cyneida. **Crise na Venezuela estimula tráfico de armas na fronteira com Roraima**. *O Estado de São Paulo*. 14/05/2018. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,crise-na-venezuela-estimula-trafico-de-armas-na-fronteira-com-roraima,70002307275>, acessado em 18 maio 2019

FLUXO Migratório 16/10. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/venezuela-apresentacao-dia-16_10_2018-casa-civil-1.pptx/view>. Acesso em: 07 de abr. de 2019.

FONSECA, Carlos Eduardo. Casa Civil, 2018**. Operação acolhida**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/historico>. Acesso em: 10 de jul. de 2019.

FORMENTI, Lígia. **Brasil poderá ter um aumento de 50% de casos de malária em 2018. *O Estado de S. Paulo*. 16/05/2018**. Disponível em:

<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-podera-ter-um-aumento-de-50-de-casos-de-malaria-em-2018,70002310258 >, acessado em 18 maio 2019.

GENOVA, Nicholas. ***The "Crisis" of the European Border Regime: Towards a Marxist Theory of Borders*. 2016**. Disponível em: <http://www.euronomade.info/?p=6912>, acessado em 10 abr 2019.

G1 RR. **MPF recomenda que governo de Roraima revogue decreto que veta atendimento a venezuelanos**.G1,02deago.de2018.Disponívelem:<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/02

/mpf-recomenda-que-governo-de-roraima-revogue-decreto-que-veta-atendimento-a-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

JUNQUEIRA, Diego; NEVES, Márcio. **Único hospital de Pacaraima vira símbolo de descaso em meio à crise**. R7, 27 de ago. de 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/unico-hospital-de-pacaraima-vira-simbolo-de-descaso-em-meio-a-crise-27082018>. Acesso em: 15 de mai. de 2019.

Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 22 de jul. de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.

Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 24 de mai. de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv820.htm>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.

MENDONÇA, Heloísa. **Cruzar a fronteira para dar à luz**. El País, 18 de set. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/04/politica/1536079388_175129.html>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

MELLO, Patrícia Campos; PRADO, Avener. **Venezuelanos sobrecarregam serviços públicos em RR, que vive crise fiscal**. Folha de São Paulo, 26 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/venezuelanos-sobrecarregam-servicos-publicos-em-rr-que-vive-crise-fiscal.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 28 de mai. 2019.

MELITO, Leandro. **Escolas de Pacaraima têm superlotação com entrada de venezuelanos.** EBC, 22 de ago. de 2018. Disponível em: <

http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-08/escolas-de-pacaraima-tem-superlotacao-com-entrada-de-venezuelanos>. Acesso em: 02 de jun. de 2019.

MENDONÇA, Heloísa. **Temer fala em senha para regular entrada de venezuelanos e depois retifica**. El País, 29 de ago. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535496222_378989.html>. Acesso em: 22 de jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). ***Informe de la Misión de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a la Frontera Brasil-Venezuela a Invitación del Gobierno de Brasil***. Relatório. Washington: 30 abril 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/Informe_Mision_OEA_Brasil_Venezuela.pdf>, acessado em 10 jun 2019.

POR dia, **800 venezuelanos entram no Brasil pela cidade de Pacaraima**. G1, 10 de fev. de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/por-dia-800-venezuelanos-entram-no-brasil-pela-cidade-de-pacaraima-rr.html>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.

RAMOS, Murilo. "**Eu não sei mais o que fazer**", diz Teresa Surita, prefeita de Boa Vista, sobre chegada de venezuelanos. Época, São Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/eu-nao-sei-mais-que-fazer-diz-teresa-surita-prefeita-de-boa-vista-sobre-chegada-de-venezuelanos-23009375?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo>. Acesso em: 02 de jul. de 2019.

RORAIMA. **Resolução nº 54, de 18 de novembro de 2003. Institui normas para a efetivação da matrícula extraordinária, nas Escolas Públicas do Sistema Estadual de Educação do Estado de Roraima e dá outras providências**. Diário Oficial do Estado de Roraima, Boa Vista, RR, 18 nov. 2003. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/5892062/pg-9-diario-oficial-do-estado-de-roraima-doerr-de-27-11-2003>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

____. Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018. **Dispõe sobre a concessão de autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados, a fim atender a interesses da política migratória nacional.** Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 14 de mar. de 2018. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/PORTARIAINTERMINISTERIALN9DE14DEMARODE2018DirioOficialdaUnioImprensaNacional.pdf>. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

RORAIMA. Decreto nº 25.681, de 1º de agosto de 2018. **Decreta atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros em território do Estado de Roraima e dá outras providências Boa Vista, 2016**. Diário Oficial [do] Estado de Roraima, Boa Vista, RR, 01 ago. 2018. Disponível em: <http://imprensaoficial.hospedagemdesites.ws/diarios/doe-20180801.pdf>. Acesso em: 25 de jun. de 2019.

SILVA, Daniel Neves. "**Crise na Venezuela**"; Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/crise-na-venezuela.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória Na Ação Cível Originária 3.121** Roraima. Diário da Justiça, 06 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314948662&ext=.pdf> Acesso em: 25 mai. de 2019.

TRAIANO, Heloísa. **Unicef estima que 63% dos menores venezuelanos estejam fora da escola em Roraima**. O Globo, 02 de out. de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/unicef-estima-que-63-dos-menores-venezuelanos-estejam-fora-da-escola-em-roraima-23120691>. Acesso em: 02 de jun. de 2019.

NOTAS:

---

[1] Graduação em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas, advogado (licenciado), com Especialização em Direito Civil e Processual Civil e Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Atualmente é Analista Processual - Assessor Jurídico do 11º. Ofício da Procuradoria da República no Amazonas/Ministério Público Federal e Professor do CIESA.

[2] SILVA, Daniel Neves. "**Crise na Venezuela**"; Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/crise-na-venezuela.htm. Acesso em 02 de mar de 2019.

[3] CARINO, Gustavo Rody. "**Entenda os Motivos da Crise na Venezuela**"; Guia do Estudante. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-os-motivos-da-crise-na-venezuela/. Acesso em 02 de abr de 2019.

[4] Buscando oferecer uma alternativa de regularização migratória aos milhares de venezuelanos que têm chegado ao Brasil desde 2016, em março de 2017 o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) aprovou a Resolução Normativa nº 126 que previa a possibilidade de concessão de residência temporária a nacionais de países

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fronteiriços que não fossem ainda contemplados pelo Acordo de Residência do Mercosul. Tal Resolução expirou em março de 2018, vindo a ser substituída pela Portaria Interministerial Nº 9, de 14 de março de 2018. É importante destacar que, apesar de ter sido pensada como resposta ao atual fluxo de venezuelanos, esta Portaria tem como finalidade "atender a interesses da política migratória nacional" (conforme estabelecido no Art. 34, inciso III, do Decreto No 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração - Lei 13.445/2017). Não se trata, portanto, de uma residência baseada na "acolhida humanitária" (como prevista no Art. 36 do Decreto supracitado, ou no Art.14, inciso I, alínea c da Lei 13.445/2017).

[5] **FLUXO Migratório 16/10**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/venezuela-apresentacao-dia-16_10_2018-casa-civil-1.pptx/view>. Acesso em: 07 de abr. de 2019

[6] **FLUXO Migratório 16/10**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/venezuela-apresentacao-dia-16_10_2018-casa-civil-1.pptx/view>. Acesso em: 08 de abr. de 2019.

[7] POR dia, **800 venezuelanos entram no Brasil pela cidade de Pacaraima**. G1, 10 de fev. de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/por-dia-800-venezuelanos-entram-no-brasil-pela-cidade-de-pacaraima-rr.html>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.

[8] JUNQUEIRA, Diego; NEVES, Márcio. **Único hospital de Pacaraima vira símbolo de descaso em meio à crise**. R7, 27 de ago. de 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/unico-hospital-de-pacaraima-vira-simbolo-de-descaso-em-meio-a-crise-27082018>. Acesso em: 15 de mai. de 2019.

[9] MENDONÇA, Heloísa. **Cruzar a fronteira para dar à luz**. El País, 18 de set. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/04/politica/1536079388_175129.html>. Acesso em: 20 de mai. de 2019

[10] _____.

[11] _____.

[12] G1 RR. **MPF recomenda que governo de Roraima revogue decreto que veta atendimento a venezuelanos**.G1,02deago.de2018.Disponívelem:<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/02/mpf-recomenda-que-governo-de-roraima-revogue-decreto-que-veta-atendimento-a-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

[13] _____. **Profissionais da saúde chegam a Roraima para atender venezuelanos**. G1, 26 de ago. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/26/profissionais-da-saude-chegam-a-roraima-para-atender-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 28 de mai. de 2019.

[14] AFP. **Quintuplica total de venezuelanos em escolas de Roraima, e já faltam vagas.** Folha de São Paulo, 22 de abr. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/04/quintuplica-total-de-venezuelanos-em-escolas-de-roraima-e-ja-faltam-vagas.shtml>. Acesso em: 28 de mai. de 2019.

[15] MELLO, Patrícia Campos; PRADO, Avener. **Venezuelanos sobrecarregam serviços públicos em RR, que vive crise fiscal**. Folha de São Paulo, 26 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/venezuelanos-sobrecarregam-servicos-publicos-em-rr-que-vive-crise-fiscal.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 28 de mai. 2019.

[16] MELITO, Leandro. **Escolas de Pacaraima têm superlotação com entrada de venezuelanos.** EBC, 22 de ago. de 2018. Disponível em: < http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-08/escolas-de-pacaraima-tem-superlotacao-com-entrada-de-venezuelanos>. Acesso em: 02 de jun. de 2019.

[17] TRAIANO, Heloísa. **Unicef estima que 63% dos menores venezuelanos estejam fora da escola em Roraima**. O Globo, 02 de out. de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/unicef-estima-que-63-dos-menores-venezuelanos-estejam-fora-da-escola-em-roraima-23120691>. Acesso em: 02 de jun. de 2019.

[18] _____.

[19] RORAIMA. **Resolução nº 54, de 18 de novembro de 2003. Institui normas para a efetivação da matrícula extraordinária, nas Escolas Públicas do Sistema Estadual de Educação do Estado de Roraima e dá outras providências**. Diário Oficial do Estado de Roraima, Boa Vista, RR, 18 nov. 2003. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/5892062/pg-9-diario-oficial-do-estado-de-roraima-doerr-de-27-11-2003>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

[20] CARVALHO, Paola. **Roubos e furtos envolvendo imigrantes aumentam 1.300%.** Folha de Boa Vista, 19 de mai. de 2018. Disponível em: <https://www.folhabv.com.br/noticia/Roubos-e-furtos-envolvendo-imigrantes-aumentam-1-300-/40019>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[21] _____.

[22] _____.

[23] BRITO, Débora; CAMARGO, Marcelo. **Em Pacaraima, presença dos imigrantes divide opiniões**. EBC, 28 de ago. de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/em-pacaraima-presenca-dos-imigrantes-divide-opinioes>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

[24] CARVALHO, Paola. **Roubos e furtos envolvendo imigrantes aumentam 1.300%.** Folha de Boa Vista, 19 de mai. de 2018. Disponível em: <https://www.folhabv.com.br/noticia/Roubos-e-furtos-envolvendo-imigrantes-aumentam-1-300-/40019>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

[25] MELLO, Patrícia Campos; PRADO, Avener. **Venezuelanos sobrecarregam serviços públicos em RR, que vive crise fiscal**. Folha de São Paulo, 26 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/venezuelanos-sobrecarregam-servicos-publicos-em-rr-que-vive-crise-fiscal.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

[26] CARVALHO, Paola. **Roubos e furtos envolvendo imigrantes aumentam 1.300**%. Folha de Boa Vista, 19 de mai. de 2018. Disponível em: <https://www.folhabv.com.br/noticia/Roubos-e-furtos-envolvendo-imigrantes-aumentam-1-300-/40019>. Acesso em: 12 de jun. de 2019.

[27] MENDONÇA, Heloísa. **O "monstro da xenofobia" ronda a porta de entrada de venezuelanos no Brasil**. El País, 27 de ago. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/politica/1534459908_846691.html>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

[28] COSTA, Antonio Luiz M. C. **Ataque a venezuelanos em Roraima mostra como a xenofobia se alimenta**. Carta Capital, 24 de ago. de 2018. Disponível em: < https://www.cartacapital.com.br/revista/1018/ataques-a-venezuelanos-em-roraima-mostram-como-a-xenofobia-se-alimenta>. Acesso em: 22 de jun. de 2019.

[29] MENDONÇA, Heloísa. **Temer fala em senha para regular entrada de venezuelanos e depois retifica**. El País, 29 de ago. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535496222_378989.html>. Acesso em: 22 de jun. 2019.

[30] RAMOS, Murilo. "**Eu não sei mais o que fazer**", diz Teresa Surita, prefeita de Boa Vista, sobre chegada de venezuelanos. Época, São Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/eu-nao-sei-mais-que-fazer-diz-teresa-

surita-prefeita-de-boa-vista-sobre-chegada-de-venezuelanos-23009375?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo>. Acesso em: 02 de jul. de 2019.

[31] PRAZERES, Leandro. "**Não posso deixar que Roraima vire um campo de concentração**", diz governadora sobre venezuelanos. UOL Notícias, 18 de abr. de 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/04/18/nao-posso-deixar-que-roraima-vire-um-campo-de-concentracao-diz-governadora-sobre-venezuelanos.htm>. Acesso em: 02 de jul. de 2019.

[32] FONSECA, Carlos Eduardo. Casa Civil, 2018**. Operação acolhida**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/historico>. Acesso em: 10 de jul. de 2019.

[33] RAMOS, Murilo. "**Eu não sei mais o que fazer**", diz Teresa Surita, prefeita de Boa Vista, sobre chegada de venezuelanos. **Época**, São Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/eu-nao-sei-mais-que-fazer-diz-teresa-surita-prefeita-de-boa-vista-sobre-chegada-de-venezuelanos-23009375?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo>. Acesso em: 15 de jul. de 2019.

[34] MENDONÇA, Heloísa. **Temer fala em senha para regular entrada de venezuelanos e depois retifica**. El País, 29 de ago. de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535496222_378989.html>. Acesso em: 18 de jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

MAYCKY FERNANDO ZENI: Advogado. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC. Curso de Aperfeiçoamento para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – ESMPSC; Curso de Atualização Jurídica – LFG. Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Joaçaba, SC; Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS; Membro Estadual da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Santa Catarina.

RESUMO: O presente trabalho irá discorrer sobre a responsabilidade do socio gerente e o redirecionamento da execução fiscal, notadamente segundo o entendimento do STJ.

Palavras-chave: Responsabilidade do Sócio Gerente – Execução fiscal – Direito Tributário.

ABSTRACT: This paper will discuss the responsibility of the managing partner and the redirection of tax execution, notably according to the understanding of the STJ.

KEYWORDS: Managing Partner Responsibility - Tax Enforcement - Tax Law.

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO.2.DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.3.DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SOCIO GERENTE.4.CONCLUSÃO. 5.REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

---

1. INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se apresenta irá discorrer sobre a responsabilidade tributária do sócio gerente e do redirecionamento da execução fiscal.

2. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Com referência a respeito da aplicação do art. 135, I e III, do Código Tributário Nacional às hipóteses de dissolução irregular da empresa, a saber: só cabe o redirecionamento em face de sócio se ele for responsável tanto por deixar de recolher o tributo quanto pelo encerramento clandestino das atividades da pessoa jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Segunda Turma da Corte Superior, criando divisão na jurisprudência, mudou de entendimento a partir do julgamento do Recurso Especial n. 1.520.257/SP, relatado pelo Exmo. Sr. Min. Og Fernandes e publicado no Diário da Justiça eletrônico de 23-6-2015, e passou a exigir somente que as pessoas contra quem se formulou o pedido de redirecionamento gerenciassem a sociedade no momento da constatação da dissolução irregular, considerando irrelevante que estivessem ou não na gerência no momento do fato gerador ou do vencimento do tributo.

Assim, bastaria **"encontrar-se o referido sócio no exercício da administração da sociedade, no momento da sua dissolução irregular" (AgRg no REsp n. 1.541.209/PE, rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, DJe 11-5-2016).**

Compartilha-se do entendimento que só cabe o redirecionamento em face de sócio se ele for responsável tanto por deixar de recolher o tributo quanto pelo encerramento clandestino das atividades da pessoa jurídica.

Do mesmo modo age a Primeira Turma do STJ, como se vê abaixo:

> **PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE PODER DE GERÊNCIA À ÉPOCA DO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.**
>
> **1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça definiu as seguintes orientações: a) o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, em razão de dissolução irregular da empresa, pressupõe a respectiva permanência no quadro societário ao tempo da dissolução; e b) o redirecionamento não pode alcançar os créditos cujos fatos geradores são anteriores ao ingresso do sócio na sociedade.**
>
> **2. Na situação em que fundamentado o pedido de redirecionamento da execução fiscal na dissolução irregular da empresa executada, é imprescindível que o sócio contra o qual se pretende redirecionar o feito tenha exercido a função de gerência no momento dos fatos geradores e da dissolução irregular da sociedade. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.497.599/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26/2/2015; AgRg no Ag n. 1.244.276/SC, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 4/3/2015; e AgRg no AREsp n. 705.298/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 1/9/15; AgRg no**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REsp n. 1.364.171/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 29/2/2016.

3. Agravo interno não provido (AgInt no REsp n. 1.569.844/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 4-10-2016; sublinhou-se).

Ainda da jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. SÓCIO QUE NÃO INTEGRAVA A GERÊNCIA DA SOCIEDADE À ÉPOCA DO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 'O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente, optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular)' (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.009.997/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2/4/2009, DJe 4/5/2009). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.251.322/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 18/11/2013.

2. O sócio do qual se pretende o redirecionamento da execução não fazia parte do quadro societário no momento da ocorrência do fato gerador. Logo, no presente caso, não é cabível o redirecionamento da execução fiscal.

3. Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp n. 1483228/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 11.11.14);

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - FATO GERADOR ANTERIOR AO INGRESSO DO SÓCIO NA EMPRESA - REDIRECIONAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que não se pode atribuir ao sócio a obrigação de pagar tributo devido anteriormente à sua gestão, ainda que ele seja supostamente responsável pela dissolução irregular da empresa.

2. 'O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente, optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular)' (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.009.997/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2/4/2009, DJe 4/5/2009).

3. Recurso especial não provido" (REsp 1307346, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 10.12.13);

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA OS SÓCIOS. SÓCIOS QUE NÃO INTEGRAVAM A GERÊNCIA DA SOCIEDADE À ÉPOCA DO FATO GERADOR E DA OCORRÊNCIA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. "O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente, optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular)" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/4/2009, DJe 4/5/2009-grifo nosso).

3. Hipótese em que à época dos fatos geradores a agravada não integrava o quadro societário da sociedade executada e não detinha poderes de gerência. Impossibilidade de redirecionamento da execução fiscal.

Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 527515/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 12.08.14);

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO QUE NÃO INTEGRAVA A GERÊNCIA DA SOCIEDADE À ÉPOCA DO FATO GERADOR. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ.

1. Consoante a pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, a presunção de dissolução irregular da sociedade empresária, conquanto fato autorizador do redirecionamento da Execução Fiscal à luz do que preceitua a Súmula 435 do STJ, não serve para alcançar sócios que não integravam a gerência da sociedade à época dos fatos geradores.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou que os sócios ingressaram no quadro societário da empresa executada posteriormente à ocorrência dos fatos geradores do tributo.

> **Nesse contexto, infirmar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido demandaria a incursão na seara fático-probatória dos autos, tarefa essa soberana às instâncias ordinárias, o que impede o reexame na via especial, ante o óbice da Súmula 7 deste Tribunal.**
>
> **3. Noutro giro, verifica-se nas razões do agravo que a recorrente não infirmou o fundamento que reconheceu a inviabilidade do recurso especial com relação à aplicação da Súmula 7 deste Tribunal Superior, limitando-se a repetir os argumentos expendidos anteriormente, incidindo, na espécie, por analogia, o disposto na Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".**
>
> **4. Agravo regimental não conhecido" (AgRg no REsp n. 1456822/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 4.11.14).**

3. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SOCIO GERENTE

Sabido e consabido que a possibilidade de responsabilização pessoal dos sócios encontra-se encartada no art. 135, III, do Código Tributário Nacional, in verbis:

> **"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:**
>
> **[...]**
>
> **III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."**

Já o TJRS tem entendimento diverso seguindo a sumula 435 do STJ.

Segundo a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça,

> **"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."**

Senão vejamos:

> **Processo: ED 70056197023 RS**
>
> **Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2013

Julgamento: 2 de Outubro de 2013

Relator: Marco Aurélio Heinz

Ementa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE BENS DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. SÚMULA N. 435 DO STJ.

A responsabilidade do sócio-gerente é subsidiária e subjetiva, nos moldes do art. 135, III do CTN. Examinando-se as circunstâncias fáticas, verifica-se que, no caso, se configurou a dissolução irregular da empresa. A sociedade não possui bens para garantir a execução, nem há demonstração de funcionamento, com recolhimento de tributo. Responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas dívidas tributárias da empresa. Súmula n. 435 do STJ. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração Nº 70056197023, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/10/2013)

Processo: AI 70059259713 RS

Órgão Julgador: Vigésima Segunda Câmara Cível

Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2014

Julgamento10 de Abril de 2014

Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE.

Presentes indícios da dissolução irregular da sociedade comercial sem que tenham sido pagos os tributos, é de ser deferido o redirecionamento da execução contra seu administrador. Jurisprudência do STJ. mula 435 do STJ. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70059259713, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 10/04/2014)

Na mesma linha a decisão proferida no julgamento do REsp nº 738502/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 14.11.05, p. 217:

> **"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE.**
>
> **1. É assente na Corte que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. Precedentes: REsp n.º 513.912/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, deste relator, DJ de 25/10/2004.**

É no âmbito do processo administrativo tributário que o Fisco poderá comprovar a prática de atos fraudulentos ou contrários ao contrato social por parte do terceiro acusado.

É o próprio artigo 142 do CTN que traz em seu bojo essa sistemática, delegando à autoridade administrativa a identificação do sujeito passivo.

Senão vejamos:

> **Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.**

O dispositivo é expresso: compete à autoridade administrativa, ao efetuar o lançamento, identificar o sujeito passivo.

Humberto Teodoro Junior discorre em sua obra (Teodoro Junior, Humberto. Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pag. 28) sobre o assunto da seguinte forma:

> **"Com relação à corresponsabilidade de terceiros pelos créditos tributários inscritos em nome de outrem, o que não se sabe, antes do regular processo administrativo de lançamento e inscrição do**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crédito também contra o possível corresponsável, é justamente se o terceiro apontado é, ou não, um legítimo responsável tributário. É precisamente, portanto, sua qualidade de responsável tributário que está a reclamar acertamento antes do ingresso da Fazenda em juízo executivo, pois do contrário estar-se-ia admitindo execução forçada sem título executivo e, consequentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas, imediatas e definitivas"

Especificamente quanto a questão em debate, o redirecionamento da execução ao responsável tributário constante no art. 135 do CTN, conforme disposto no próprio código, impõe a necessidade de demonstração da prática de atos infracionais, sendo o ônus da prova de incumbência do Fisco.

Essa prova deverá ocorrer no âmbito do processo administrativo fiscal tributário, no qual será possível verificar e, eventualmente, imputar a responsabilidade por substituição a terceiro vinculado à sociedade insolvente, caso fique comprovado indubitavelmente à prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por parte desses terceiros. Agindo assim, estará sendo privilegiado um dos princípios basilares do PAFT que consiste no princípio da verdade material.

Nesse mesmo sentido, porém com sua própria didática, Hugo de Brito Machado (Machado, Hugo de Britto. Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas e Redirecionamento da Execução Fiscal. Ed. Dialética, 2000, pag. 142/143) defende a necessidade do processo administrativo, da seguinte forma **"não se pode imputar ao diretor, administrador ou sócio-gerente a prática de ato contrário à lei societária ou ao contrato social sem ofertar-lhe oportunidade de defesa, nem tampouco sem a prévia instauração de processo administrativo específico para esse fim".**

Da responsabilidade objetiva dos sócios pelos débitos da pessoa jurídica, configurada nos primeiros julgados do STJ, passou-se ao posicionamento que para responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes deve o Fisco comprovar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no caput do artigo 135 do CTN, ou seja, que tenha havido atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, passando a responsabilidade, desde então, a ser subjetiva.

Este posicionamento da corte se firmou de tal maneira que foi sumulado em julgamento de 24 de março de 2010. Vejamos o inteiro teor da súmula 430, do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."

Avançando nos julgados do colendo tribunal, verifica-se que o STJ vem permitindo a inclusão dos sócios-gerentes no pólo passivo da relação jurídico-tributária de forma a autorizar o redirecionamento em execução fiscal quando configurada uma situação fática em relação à pessoa jurídica, qual seja, a que a empresa encerrou suas atividades sem observar os procedimentos legais ou então não funciona mais no endereço cadastral registrado nos órgãos oficiais.

Nesse sentido, está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que o sócio-gerente que deixa de manter atualizados os registros empresariais e comerciais, em especial quanto à localização da empresa e à sua dissolução, viola a lei (arts. 1.150 e 1.151 do CC e arts. 1º, 2º, e 32 da Lei 8.934/1994, entre outros). Entende aquela corte que a não-localização da empresa, em tais hipóteses, gera legítima presunção iuris tantum de dissolução irregular e, portanto, responsabilidade do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN.

"Processo Civil e Tributário. Execução Fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência.

---omissis---

2. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

4.CONCLUSÃO

Como se trata de uma presunção relativa, cabe aos sócios responsabilizados comprovar em sede própria que não agiram contra legem no encerramento das atividades empresariais ou ainda que não mais participavam da sociedade à época dos fatos geradores que deram origem ao crédito tributário.

A responsabilidade tributária pelos débitos da empresa passam aos sócios tão somente quando estes incorrem em uma das hipóteses descritas no caput do artigo 135 do CTN, passando então a ter um caráter subjetivo.

Assim sendo conclui-se que só cabe o redirecionamento em face de sócio se ele for responsável tanto por deixar de recolher o tributo quanto pelo encerramento clandestino das atividades da pessoa jurídica.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

STJ, AgRg no REsp n. 1.541.209/PE, rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, DJe 11-5-2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

STJ**,** AgInt no REsp n. 1.569.844/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 4-10-2016.

STJ, AgRg no REsp n. 1483228/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 11.11.14.

AgRg no REsp n. 1456822/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 4.11.14.

STJ, REsp nº 738502/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 14.11.05, p. 217.

Machado, Hugo de Britto. Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas e Redirecionamento da Execução Fiscal. Ed. Dialética, 2000, pag. 142/143.

Teodoro Junior, Humberto. Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pag. 28.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA PROPAGANDA ELEITORAL PARA O REGIME DEMOCRÁTICO

SAMARA NOGUEIRA IZAT MUSTAFÁ :
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas- CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA [1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar a importância da propaganda eleitoral para o regime democrático. Utilizou-se o método de pesquisa exploratório, abordagem hipotético-dedutivo e procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental para analisar o conceito, limites e especificações da propaganda eleitoral, bem como a forma de ser exercido o direito ao voto, com base no ordenamento jurídico brasileiro, e discorrer a respeito da necessidade de haver ou não mudanças a respeito da propaganda ora analisada. Considerando a influência da propaganda eleitoral na tomada de decisão do eleitor, realiza-se uma abordagem exploratória no tocante a visibilidade e distribuição de tempo para a propaganda gratuita.

Palavras-chave: Eleitoral; Direito; Conceito; Propaganda; Voto; Decisão.

ABSTRACT: This article aims to analyze the importance of electoral advertising for the democratic regime. The exploratory research method, hypothetical-deductive approach and bibliographic and documentary research procedures were used to analyse the concept, limits and specifications of electoral adversiting, as well as how to exercise the right to vote, based on the Brazilian legal system, and discuss about the need to change or not about the advertising now analyzed here. Considering the influence of electoral advertising on voter decision-making, an exploratory approach to visibility and time distribution for free adversiting it is made, regarding the visibility and distribution of time for free propaganda.

Keywords: electoral, right, concept, advertisement, vote , decision

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a importância da propaganda eleitoral para o regime democrático. Em meio a um momento de pós reforma, onde foram definidas novas diretrizes eleitorais, e formas de efetivar a propaganda eleitoral, é conveniente que se conceitue e se faça conhecer os limites a serem obedecidos.

Mesmo sendo fundamental para a democracia, os limites para propaganda eleitoral muitas vezes não são de conhecimento dos próprios agentes do processo

eleitoral, fazendo-se também necessário conhecer a base jurídica que por intermédio dos direitos e deveres, garantem a propaganda.

Nesse sentido, abordando não somente as sanções que caberão a cada caso, mas também a forma como será feita a fiscalização eleitoral. Podendo ter participação de todos os cidadãos ou candidatos que caso tenham conhecimento de alguma irregularidade deverão denunciar à Justiça Eleitoral ou ao Ministério Público Eleitoral.

Uma das principais necessidades para a propaganda eleitoral ser assegurada a todos os candidatos é que a disputa entre eles não seja desigual, como por exemplo, saindo na frente um candidato que detivesse mais recursos financeiros a fim de financiar a si mesmo. Além de garantir condições importantes e essenciais para o regime democrático adotado pelo Brasil, como o debate, o diálogo, a escolha, e o livre arbítrio intelectual, para assim então a soberania popular ser exercida através do direito ao voto.

Trata-se de uma pesquisa cujo método de abordagem é o hipotético-dedutivo, que após eleição de hipóteses levantadas, será necessário buscar o falseamento ou refutação destas mesmas, com a finalidade de comprovar a sua sustentabilidade e concluir o método ao final da comprovação dessas hipóteses.

Ademais é uma pesquisa exploratória, com finalidade de proporcionar mais informações sobre o assunto tratado, possibilitando uma definição e delineamento, facilitando a delimitação do tema da pesquisa, assumindo de maneira principal a forma de pesquisa bibliográfica e documental.

1. A PROPAGANDA ELEITORAL E O REGIME DEMOCRÁTICO ADOTADO PELO BRASIL

De uma forma geral a propaganda é a divulgação de uma mensagem, com objetivo de informar e convencer. E querendo que o publico alvo aceite e se torne inclinado ao que está sendo transmitido, objetiva-se a propagar suas ideias e informações.

Há muito a propaganda está presente na vida das pessoas, como bem lembra o eleitoralista José Jairo Gomes (2019):

A propaganda foi conhecida na Antiguidade. Na Grécia e em Roma, era usada largamente em festas populares e ações estatais. Reiteradas vezes, a Igreja dela lançou mão para difundir a doutrina e a fé cristãs, e, ainda, condicionar o comportamento dos fiéis. No plano sociopolítico, foi instrumento decisivo da burguesia liberal na peleja contra a monarquia absolutista, bem assim dos regimes autocráticos que marcharam o século XX. (GOMES, 2019, p. 531).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o desenvolvimento da tecnologia, marketing, psicologia e da ciência, a propaganda eleitoral também progrediu, adquirindo um caráter decisivo nas eleições. Influenciando de maneira direta no voto, e muitas vezes, infelizmente, baseando essa decisão em aspectos exteriores do que ao que concerne a características técnicas e de caráter.

Dito isto, e passando para uma analise específica de propaganda eleitoral, de acordo com Gomes (2019, p.543), propaganda eleitoral é aquela elaborada por partidos políticos e candidatos para obtenção de voto. Levando ao publico o conhecimento, ainda que de maneira aparente, a candidatura ou os motivos que influenciem na certeza de que o favorecido é o mais capacitado para o cargo em disputa. Ou seja, é a propaganda preparada para influenciar na decisão do eleitor, com um conteúdo direcionado à consecução de votos.

LENZA (2011), também conceitua a propaganda eleitoral:

Propaganda eleitoral é toda manifestação de vontade do candidato em relação à sua postulação eleitoral, que leva a conhecimento geral e dos eleitores, nacionais ou de determinada região, as formas em que pretende manifestar sua candidatura, demonstrando as razões que o tornam, entre os demais, merecedor do exercício do mandato. (LENZA, 2011, P.605)

Considerando o conceito de propaganda eleitoral, e sabendo que é analisando estas e se expressando politicamente através do voto para decidir quem sairá vitorioso das disputas eleitorais, evidente que a democracia é o regime pelo qual, na teoria, o próprio povo governa.

SILVA (2005), conceitua de forma clara a democracia:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime politico em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito politico abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história. (SILVA, 2005, P.125)

No que diz respeito aos meios da democracia, o voto é um dos mais essenciais, pois torna possível que a maioria do povo seja soberana e que o candidato escolhido seja eleito. É o meio pelo qual o processo democrático se efetiva, tendo os eleitores escolhido os seus representantes do poder estatal (GOMES, 2019, P.665).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nada obstante, entendemos que essa soberania popular muitas vezes acaba sendo prejudicada por problemas sociais, como a baixa escolaridade, a falta de acesso a informação de qualidade e a falta de disciplinas que possibilitem uma consciência politica na formação escolar básica do individuo. Com isso, não permitindo que o meio de exercitar a cidadania e tornar efetivo o regime democrático seja conduzido ao candidato mais capacitado a atender as necessidades sociais.

Compreendemos que nesse sentido, não é de interesse dos agentes da vida politica e dos governantes, que seja investido uma boa educação de base com a finalidade de construir e conscientizar a referida consciência política do cidadão. Isto porque, caso estes eleitores se desenvolvam politicamente, consequentemente, adquirirão um melhor senso e capacidade de distinguir quem eleger para ser o seu representante.

Diante do exposto, entendemos que a solução está na construção e avanço desta consciência politica na sociedade, de forma a analisar de maneira congruente as suas opções de voto, optando por aquele que se mostre mais competente no que refere-se a pressupostos necessários para governar em nome de todos.

2. LIMITES E DIRETRIZES DA PROPAGANDA ELEITORAL

Os limites e diretrizes da propaganda eleitoral possuem um viés de proteção da democracia e de prováveis abusos. Para que a propaganda eleitoral seja proporcional e justa serão determinados esses limites, diretrizes e sanções caso aquelas não sejam observadas.

Sanção é o estimulo à efetividade e a medida punitiva para a hipótese de violação da norma. A efetividade é o fato de a norma jurídica ser observada tanto pelos aplicadores do Direito quanto por seus destinatários (NADER, 2014, p.17).

No que diz respeito a efetividade, NADER (2014) pontua:

É intuitivo que as normas são feitas para serem cumpridas, pois desempenham o papel de meio para a consecução de fins que a sociedade colima. As normas devem alcançar a máxima efetividade; todavia, em razão de fatores diversos, isto não ocorre, daí falamos de níveis de efetividade. Há normas que não chegam a alcançar qualquer grau, enquanto outras perdem o atributo, isto é, durante algum tempo foram observadas e, posteriormente esquecidas. Ambas situações configuram desueted. (NADER, 2014, p.17)

Diante do exposto, e destacando a experiência mais recente das eleições gerais e presidências de 2018, visto que as propagandas eleitorais se deslocaram das ruas e pontos físicos para as redes sociais, onde predominaram a desordem

informativa e as notícias falsas (fake news), direcionaremos o foco para os limites e diretrizes da propaganda eleitoral na internet e redes sociais.

É notório o avanço da tecnologia e a forma como se propaga a informação por meio da internet nos últimos anos, influenciando não só na forma como passamos a nos comunicar, mas também em como se pode ter um alcance maior e efetivo de pessoas na propaganda eleitoral. Deste modo, inevitável que a propaganda eleitoral esteja cada vez mais inseridas das mídias sociais.

Dito isto, e visto que a internet é um espaço público, onde não é necessário que haja algum tipo de autorização do Estado para que seja utilizada e que, além disso, é administrada por grupos empresariais, analisamos que a falta de limites através de uma regulamentação estatal deixa uma brecha para que não haja determinada responsabilidade jurídica por praticar atos ilícitos, o que consequentemente contribui para a propagação da fake news.

Foi com a Lei n. 12.034/2009 que fora amplamente normatizado o uso da internet nas eleições, antes disso a justiça eleitoral se pronunciava que situações atípicas eram apresentadas. Apesar de antes disto não existir essa normatização, na prática, os candidatos ainda sim recorriam à internet na disputa das eleições.

GRAEFF (2009, p. 35-40) nos informa, por exemplo, que no ano de 2002

"a campanha presidencial de José Serra criou o Pelotão 45, grupo de voluntários cadastrados pela internet e que chegou a ter 25 mil pessoas [...]. Fora dos sites de campanha, mas já mostrando o poder de mobilização das mídias sociais, durante a campanha de Sarney à reeleição ao Senado, em 2006, mais de 80 blogs criaram a campanha 'Xô Sarney'[...]. E prossegue: "A campanha para reeleição de Gilberto Kassab à prefeitura de São Paulo criou uma rede social própria, batizada de 'K25', para se comunicar com os eleitores e simpatizantes do candidato[...]".

Atualmente é permitida a propaganda eleitoral na internet e nas redes sociais, com liberdade de manifestação e pensamento. Mas, também pontua GOMES (2019, p. 605-606)

"essa liberdade não é absoluta, pois é 'vedado o anonimato durante a campanha eleitoral', bem como a propaganda (CF, art. 3º, III; CE, art. 243) que:

(a) faça apologia a guerra, a processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social;

(b) defenda ou estimule discursos de ódio e violência, preconceitos de origem, raça, gênero, orientação sexual, cor, idade, crença religiosa ou político-filosófica e quaisquer outras formas de discriminação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(c) incite atentado contra pessoas ou bens;

(d) instigue à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

(e) implique oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

(f) perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

(g) calunie, difame ou injurie quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública;

(h) promova desordem informativa com a propalação de notícias falsas (fake news)"

Além disso, é vedado pela Lei das Eleições com redação introduzida pela Lei n. 13.488/2017, qualquer tipo de propaganda eleitoral paga para ser veiculada na internet, com exceção do impulsionamento de conteúdo, que vem a ser uma ampliação do alcance e visibilidade dos usuários da internet e redes sociais, resultando em um maior engajamento do conteúdo.

Nada obstante, no artigo 57-C, caput, da referida LE, define o que requer para que seja enquadrado de maneira ilícita o impulsionamento: (i) que ele seja "identificado de forma inequívoca como tal"; (ii) que ele seja "contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes". Ademais, nos termos do § 3º daquele mesmo dispositivo, o impulsionamento: (iii) deve "ser contratado diretamente com provedor da aplicação da internet com sede e foro no País, ou de sua filial, sucursal, escritório, estabelecimento ou representante legalmente estabelecido no País"; (iv) só pode ser empregada "com o fim de promover ou beneficiar candidato ou suas agremiações".

O art. 57-B da LE define as formas lícitas de realização de propaganda eleitoral pela internet:

"Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

a) candidatos, partidos ou coligações; ou

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos."

Apesar de haver liberdade de manifestação e pensamento na internet, não se pode dizer tudo o que quiser e sair impune. De outro modo, a legislação restringe e limita através de sanções, quando não obedecidas as legislações. Ocorrendo um ilícito, fundamenta-se a responsabilização jurídica e, consequentemente, a imposição destas sanções não só aos agentes infratores, como também ao candidato beneficiado.

Nesse sentido GOMES (2018, p. 612):

"No âmbito da propaganda eleitoral, a responsabilização do candidato por conduta ilícita na rede – ou por ela beneficiado, quando for ele o autor – é, condicionado à demonstração de seu prévio conhecimento. A sanção, aqui, limita-se à retirada do conteúdo ou à imposição da multa. Mas em certos cenários é possível a ocorrência de ilícitos mais graves, como o abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social. Esses podem ensejar a cassação do diploma ou mandato do candidato [...]. Remoção e suspensão do conteúdo – ante a violação ou ofensa a direitos de participantes do processo eleitoral, poder-se-á pleitear à Justiça Eleitoral que o conteúdo inquinado seja removido ou desabilitado do local em que estiver hospedado."

Ademais, é assegurado o direito de resposta a partido, coligação ou candidato atingidos por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou no caso de estando ciente da informação ser falsa, mesmo assim divulga-la.

3. O PODER DE INFLUÊNCIA E FAVORECIMENTO DA PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA (RÁDIO E TELEVISÃO)

A propaganda eleitoral tem suas formas de ser exercida, inclusive por meio de rádio e TV, com a distribuição de tempo para os candidatos. A problemática está inserida justo na questão da distribuição proporcional deste tempo, que caso não seja, possa de alguma forma influenciar o eleitor justamente por ter maior acesso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de informação (sendo justificada ou não) quanto àquele político. Assim como pode ser um meio de se promover, também podem ser feitas duras críticas à candidatos opositores. Nesse sentido, OSORIO (2017, p. 228)

"por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores tem acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes oi [ir]relevantes para o eleitorado e fazem parte de informações legitimamente utilizadas na definição do voto"

Ademais, no caso de ter a propaganda a finalidade de desqualificar e menosprezar estes mesmos opositores, acabam por sugerir com base em argumentos, verdadeiros ou não, que os mesmos não são detentores de uma moral ou qualificação necessária para a eleição ao cargo disputado. Clift e Spieler (2012, p. 73) pontuam:

"Esses anúncios publicitários, não surpreendentemente, são destinados a tornar o adversário aparecer incompetente, corrupto, distante [out-of-touch], desagradável e, geralmente, em favor de todos os tipos de coisa terríveis [dreadful things]. Tais anúncios podem exibir uma foto comprometedora ou mesmo adulterada de um político oponente, ou usar imagens granuladas em preto-e-branco [grainy black-and-white footage] para fazer suas ações parecerem ameaçadoras. Tais anúncios podem ser moderados ('O senador Thomas votou cinquenta e sete vezes para aumentar os seus impostos...') ou fortes ('O senador Thomas votou para colocar assassinos, estupradores e molestadores de crianças em liberdade...')

Nada obstante, é sabido que aspectos psicológicos e emocionais são cruciais na tomada de decisão do eleitorado, não fazendo então uma escolha racional, confirmando a alegação de os discursos políticos atuais tem um caráter fantasioso e distante da realidade. Resultando em uma migração de foco dos grandes pontos ligados a economia, meio ambiente, tributos, educação sejam substituídos por esses referidos discursos vazios, que muitas vezes são fundados em falsos dados, não sendo no todo verdadeiros e procurando moldar o discurso a fim de parecer intelectual e receptivo ao povo.

É inegável a influência de maneira positiva ou negativa para determinado candidato, partido ou coligação, pois vivemos em um mundo de comunicação composta, com vários meios de comunicação e acesso a informação, e é desse modo que a comunicação está cada vez mais imergida em um de seus papéis principais na adaptação dos processos de tomada de poder, tanto nas instituições, quanto na sociedade em geral. (CASTELLS, 2015, p. 30, 33)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o fito de analisar como funciona a distribuição de tempo da televisão e no Rádio e entender que é repartido apenas entre as entidades que tenham candidatos. Pontuamos a LE:

"§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1o, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I – 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II – 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente. (LE, art. 47, § 2º, Incisos I e II com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 13.165/2015)."

Percebemos que os partidos novos são incluídos nessa distribuição de tempo, pois, só precisam ter candidatos concorrendo para entrar na qualificação do 10%.

Ademais, ainda assim é alvo de crítica o entendimento que atribui uma parcela de tempo destas propagandas eleitorais de rádio e TV a partidos criados após as eleições. Afinal, como destaca GOMES, 2018, p. 593)

"o novo partido jamais se submeteu ao crivo das urnas, nem realizou qualquer investimento para que os seus filiados detentores de mandatos pudessem ter sido eleitos, tampouco contribuiu para a composição do órgão legislativo. Os deputados que participaram de sua criação ou para ele migraram já no princípio de sua existência não foram eleitos sob sua bandeira, nem utilizaram seus recursos, imagem e prestigio junto ao povo [...]. Não se pode esquecer que o tempo que o tempo de propaganda no rádio e na televisão é também uma conquista do partido, que envidou esforços e empenhou-se na peleja eleitoral para ver sagrados seus próprios candidatos."

Diante do exposto, no que se refere a distribuição de tempo e na influência do rádio e televisão afim de lograr êxito nas disputas eleitorais, tendo em vista as "clausulas de desempenho" previstas na constituição e no art. 3, da EC n. 97/2017, e o avanço da tecnologia com a forma de se propagar a informação por meio da internet nos últimos anos, coadunando com uma influência talvez ainda maior que a televisão e o rádio, resultou, nas disputas eleitorais mais recentes, onde o candidato eleito Presidente da República não precisou contar com um largo tempo de exposição na propaganda gratuita no rádio e televisão.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em sede de considerações finais, pontua-se de maneira incontestável a necessidade de haver a propaganda eleitoral para o regime democrático brasileiro, sendo este o meio primordial para que os candidatos possam levar a conhecimento geral, de forma esperada que seja justa e igualitária entre os eleitores, a forma que pretendem manifestar sua candidatura.

Ademais, é por intermédio da propaganda eleitoral que os eleitores farão analises quanto a propostas e decisão por quem irá representa-los, através do voto, sendo um dos fatores essenciais na democracia, tornando a vontade da maioria do povo soberana. Não nos abstendo, entretanto, de levantar a questão social e cultural da consciência política do país neste momento pós reforma.

Diante do exposto, e visto a necessidade da reforma, dos limites, diretrizes e o conhecimento tanto do povo quanto dos candidatos com relação a estas, concluímos com a necessidade de uma edificação da consciência politica no país, para que além de os candidatos possivelmente tornarem-se mais preparados e qualificados para exercerem suas funções, os eleitores também possam desenvolver um discernimento técnico e menos emocional quanto à sua tomada de decisão.

REFERÊNCIAS PRELIMINARES

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

GRAEFF, Antônio. Eleições 2.0: a internet e as mídias sociais no processo eleitoral. São Paulo: Publifolha, 2009.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral essencial. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CATELLS, Manuel. O poder da comunicação. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CLIFT, Eleanor; SPIELER, Matthew. Selecting a president. New York: Thomas Dunne Boocks, 2012.

NOTA:

[1] Orientador Leland Barroso de Souza.

www.conteudojuridico.com.br

UM ESTUDO SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA AO CRIME DE FEMINICÍDIO REGISTRADAS NA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO AMAZONAS

MARIA ANTONIA OLIVEIRA DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS[*]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo visa um estudo sobre a violência doméstica ao crime de feminicídio registradas na secretaria de segurança pública do Amazonas, em que objetiva desenvolver um estudo quantitativo da violência doméstica ao crime de feminicídio registrados na Secretaria de Segurança Pública do Amazonas e analisar quais as principais causas da violência doméstica contra as mulheres e as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, informar os avanços da violência doméstica contra as mulheres e identificar ações de enfrentamento para combater o crime de feminicídio. Tem como finalidade o estudo embasado nas Leis nº. 11.340/2006, Lei nº. 13.104/2015 e no art. 121 do Código Penal. O estudo abordará a inclusão da Lei do Feminicídio ao Código Penal e se os índices aumentaram ou diminuíram, e também abordará as medidas protetivas eficazes ao enfrentamento do Feminicídio. O procedimento aplicado ao projeto de pesquisa é monográfico com estudo de caso em que busca desenvolver um estudo quantitativo sobre a violência doméstica ao crime de feminicídio e suas práticas.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Feminicídio. Lei nº. 11.340/2006. Lei nº.13.104/2015.

ABSTRACT: This research article aims at a study about domestic violence against feminicide crime registered at the Amazonas Public Security Secretariat, which aims to develop a quantitative study of domestic violence against feminicide crime registered at the Amazonas Public Security Secretariat and to analyze which the main causes of domestic violence against women and the protective measures of the Mary da Penha Law, inform the progress of domestic violence against women and identify coping actions to combat the crime of femicide. Its purpose is the study based on Laws No. 11,340/2006, Law No. 13,104/2015 and art. 121 of the Penal Code. The study will address the inclusion of the Femicide Act into the Penal Code and whether rates have increased or decreased, and will also address effective protective measures to address femicide. The procedure applied to the research project is monographic with a case study in which it seeks to develop a quantitative study on domestic violence against femicide and its practices.

Keywords: Domestic Violence. Femicide. Law nº. 11.340/2006. Law n°. 13.104/2015.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FEMINICÍDIO: CONCEITO E ORIGEM; 3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER; 3.1 Medidas Protetivas; 4 LEI MARIA DA PENHA COMO DIVISOR DE ÁGUAS; 4.1 Lei nº. 11.340/2006 e seu Contexto Histórico; 5 FEMINICÍDIO O QUE DIZ A LEI; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O crime de feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher, crime levado por varias motivações como o ódio, o desprezo, sentimento de autoritarismo sobre a mulher e por sentimento de posse. A violência doméstica e familiar são os principais fatores que levam ao crime de feminicídio que são praticados por parceiro íntimo.

O presente projeto de pesquisa busca realizar um estudo da violência doméstica ao crime de feminicídio registrados na Secretaria de Segurança Pública do Amazonas, objetivando analisar quais as principais causas da violência doméstica contra as mulheres e as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, busca mostrar os avanços da violência doméstica contra as mulheres e identificar as ações de enfrentamento para combater o crime de feminicídio e analisar a Lei Maria da Penha a da Lei de Feminicídio.

Os parâmetros que determinam a violência doméstica contra a mulher, estão inseridos na Lei Maria da Penha (Lei n°. 11.340) desde 2006 que se caracteriza por qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual.

A Lei de Feminicídio foi criada entre março de 2012 a julho de 2013, tal Lei alterou o art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei n°. 2.848/1940) qualificando o feminicídio como crime de homicídio e foi adicionado ao rol dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/1990), tal como o estupro, genocídio e latrocínio, etc. Com pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos.

O estudo fará um levantamento dos dados estatístico da violência doméstica ao feminicídio fazendo um comparativo tendo como embasamento as Leis como medidas de enfretamento ao feminicídio registradas na Secretaria de Segurança Pública do Amazonas (SSP), e listando as principais violências domesticas que levam ao crime de feminicídio.

2 FEMINICÍDIO: CONCEITO E ORIGEM

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O conceito de feminicídio foi dado por Diana Russel meados de 1976, durante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, na cidade de Bruxelas, o termo feminicídio caracteriza o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres (IIDH, 2006). O conceito retrata o assassinato de mulheres por homens desencadeados pela vingança, ira, desprezo, prazer ou sentimento de posse. RUSSEL (1996), embasa na perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que faz referencia ao senso de *entitlement* – a crença da garantia do direito de dominação nas relações com as mulheres em âmbito da intimidade quanto em âmbito na vida social, que, por sua vez, inseri o uso da violência, inclusive a letal, com o objetivo de prevalecer à vontade sobre elas.

O assassinato das mulheres representa a etapa final, que por trás desse ato há um vasto conjunto de violência como: estupro, escravidão, tortura, mutilações, assédio moral, incesto, abuso sexual, violência física e emocional, assédio sexual, mutilação, cirurgias desnecessárias, RUSSEL (1996), denomina esse conjunto de violência contra mulher como terrorismo sexual ou genocídio de mulheres, esse conjunto de violência também é caracterizado com violência domestica.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER

A violência doméstica contra mulher é caracterizada pelos atos de abusos físicos, sexuais, psicológicos e econômicos cometido por um membro da família ou parceiro íntimo. A violência doméstica pode assumir diversas formas, como ameaças ou agressões físicas, abusos sexuais, comportamento controlador, intimidação, perseguição, abusos passivos ou privação econômica, expor ao perigo, coerção, rapto, detenção forçada, invasão de propriedade e assédio.

No artigo 7° da Lei n°. 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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;
>
> 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;
>
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

As violências citadas acima são crimes previstos na Lei Maria da Penha, e esses tipos de violência devem ser relatados e denunciados na Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher, DECCM.

Para Cunha (2008, p.119), a violência doméstica é entendida por aquela praticada no ambiente caseiro, que envolve pessoas com ou sem laço familiar. Ele também afirma que a violência doméstica é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal em linha direta ou por afinidade, ou por vontade expressa.

Segundo os índices apresentados pela Secretaria de Segurança Pública do Amazonas (SSP), com embasamento nos índices do Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP), apontam que foram registrados 26.525 casos de violência doméstica contra mulher no ano de 2018. Se comparado esse número com casos de 2017 em que foram registrados 14.542 casos, constataremos um aumento de 82%.

Dos crimes registrados a ameaça é um dos principais crimes sofridos por mulheres em todo o Estado. Em 2017, a polícia registrou 6.374 ocorrências e, no ano de 2018 foram registradas 8.213 ocorrências de crimes de ameaças contra mulher, houve um aumento de 28,8%.

Débora Mafra, delegada titular da Delegacia Especializada em Crimes Contra Mulher (DECCM), afirma que as ameaças e as injúrias ocupam os principais registros de Boletim de Ocorrência, porque a ameaça é um crime fácil de ser feito, ou seja,

não é necessário usar nenhum meio ou instrumento, as próprias palavras ameaçam, os gestos ameaçam e as perseguições ameaçam, e o infrator se beneficia disso.

Como medida protetivas as vítimas de violência doméstica no Estado do Amazonas são assistidas pelo Serviço de Apoio Emergencial à Mulher (SAPEM), que tem como objetivo resguardar a integridade física e moral das vítimas, assim com outras ações de enfrentamento a este fenômeno.

3.1 Medidas Protetivas

Como iniciativa ao enfrentamento da violência doméstica contra mulher, as vítimas passaram a ser acolhidas pelo Serviço de Apoio Emergencial à Mulher (SAPEM), que tem com objetivo resguardar a integridade física e moral das vítimas. O serviço está em vigor desde janeiro de 2018 e foi implementado pela Polícia Civil do Amazonas, por meio da DECCM, em parceria com a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC). As vítimas são assistidas, desde os procedimentos iniciais até os trâmites judiciais.

No Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), foram registradas no ano de 2016, 2.419 ações penais de violência contra mulher, e no ano de 2017 houve um aumento de 48,3% quando 3.587 processos tramitaram nos juizados.

As medidas protetivas emergências, asseguradas por lei às vítimas de violência e que objetiva garantir a sua proteção e de sua família, totalizaram 3.729 em 2017 e em 2018 chegou a 5.511, as medidas protetivas não se tratam de processos, mas sim, de natureza cautelar.

A média mensal de medidas protetivas registradas no Amazonas no ano de 2017 foi de 343,49 e nos meses de janeiro e fevereiro de 2018 a média mensal foi de 640,5. Foram solicitas em dois meses 1.281 medidas protetivas de urgência que corresponde a 31,1% do total de medidas protetivas de 2017.

Segundo TJAM (2017), os indicadores de violência contra mulher no judiciário do Amazonas entrem os anos de 2016 e 2017 foram: aumento de 48,3% nas Ações Penais, não houve variação nas medidas protetivas, aumento de 747,4% nos inquéritos Policiais e aumento de 44,1% nos processos sentenciados, esses procedimentos de juizado foram embasados nas Leis Maria da Penha e Feminicídio.

4 LEI MARIA DA PENHA COMO DIVISOR DE ÁGUAS

No contexto histórico, social e cultural do país, as mulheres lutaram para que houvesse sanções mais severas dadas àqueles que agredissem suas mulheres, elas ansiavam por mudanças nas leis para penas realmente eficientes que combatessem a problemática da violência doméstica contra a mulher, porém a violência doméstica não era vista como um crime, e ações significantes para o enfrentamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a esse tipo de violência demoraram a ocorre, contribuindo para o aumento dos casos de violência contra a mulher e da impunidade para com os agressores.

A Lei nº. 11.340/06, chamada Lei Maria da Penha, representa um divisor de águas, isto é, representa uma ousada proposta de mudança cultural e jurídica a ser implementada no poder judiciário com a finalidade de erradicar a violência praticada contra as mulheres.

A Lei Maria da Penha não se trata só da violência de gênero, no seu sentido mais abrangente, mas também, a violência praticada pelo homem contra a mulher, no ambiente doméstico ou familiar e que coloque a vítima numa condição de invulnerabilidade perante o agressor.

4.1 Lei nº. 11.340/2006 e seu Contexto Histórico

A Lei nº. 11.340/2006 ficou conhecida popularmente por Lei Maria da Penha, devido ao fato histórico em que Maria da Penha Maia Fernandes transformou sua indignação contra a violência que sofria por seu agressor em força para lutar, ela se dedicou a combater o descaso do governo e da justiça em relação a casos de violência contra a mulher.

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro de seu marido enquanto dormia, em razão desse tiro Maria da Penha ficou paraplégica. Enquanto a vítima se recuperava desse episódio, sofre o segundo atentado provocado por seu marido, ela sofreu uma forte descarga elétrica enquanto tomava banho, mediante a este fato ela resolveu denuncia-lo, porém ela deparou com a incredulidade por parte da justiça brasileira.

Em 1994, Maria da Penha lançou o livro "Sobrevivi... posso contar" onde narra às violências sofridas por ela e pelas três filhas e também aciona o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Esses órgãos direcionam seu caso para Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998, porém o caso de Maria da Penha só foi solucionado em 2002 em que o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Contudo, o Brasil teve que se comprometer em reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica. A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2016, como Lei n°. 11.340 em que visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar.

5 FEMINICÍDIO O QUE DIZ A LEI

A Lei nº. 13.104 de 09 de março de 2015, altera o art. 121 do Decreto-Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e o Art. 2° art, 1° da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, que passou a vigorar da seguinte forma:

> "Art. 1o (...)
>
> I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV, V e VI);

A Lei do feminicídio popularmente conhecida considera homicídio qualificado o assassinato de mulheres em razão do gênero. A norma altera o código penal e também inclui o feminicídio no rol de crimes hediondos, previsto na Lei nº. 8.072/1990.

> § 2º...
>
> 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.
>
> § 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 ou com deficiência;
>
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

O feminicídio divide-se em três tipos: íntimo, não íntimo e por conexão. O feminicídio íntimo se caracteriza pelo homicídio que vitimiza a mulher no ambiente doméstico e familiar, quando é cometido por homens ou mulheres com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins; o feminicídio não íntimo são aqueles praticados por homens com os quais a vítima não tinha relações intimas, familiares ou de convivências o feminicídio por conexão são aqueles em que as vitimas foram assassinadas porque se encontravam na linha de fogo de um homem que tentava matar outra mulher.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No artigo 121, parágrafo 2° A, e seus incisos I e II, contém as características do feminicídio, que diz:

> § 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.

Segundo a Secretária de Segurança Pública do Amazonas no ano de 2017 foram registrados 17 casos de feminicídio, e em 2018 foram registrados 4 casos. Com aumento de 47,7% de medidas protetivas diminui os casos de feminicídio no Amazonas. Segundo os dados da Secretaria de Segurança Pública do Amazonas, sem 2017 foram pedidos 3.729 de medidas protetivas e no ano de 2018 subiu para 5.511 medidas protetivas, o aumento das medidas proporcionou diminuição nos casos de feminicídio no estado.

CONCLUSÃO

O presente projeto de pesquisa proporcionou executar um estudo que é a violência doméstica e familiar contra mulher, perante a Lei Maria da Penha nº. 11.340/2006 e fazer uma breve análise da Lei nº. 13.104/2015 do Feminicídio.

Constatou-se, a partir dos dados coletados, que os dados estatísticos sobre a violência doméstica e familiar vêm crescendo no Amazonas e que a ameaça e as injúrias ocupam os principais registros de Boletim de Ocorrência.

Tabela 1: Tipos de Violência contra a Mulher

Violência Doméstica contra a mulher			
Natureza	**Nº. de Crimes 2017**	**Nº Crimes 2018**	**Variação**
Ameaça	6374	8213	+ 28,8%
Injúria	3366	8053	+ 139.2%
Vias de Fato	1186	3396	+ 186.3%
Lesão Corporal	1945	3339	+ 71,6 %

Perturbação da Tranquilidade	409	1643	+301,7 %

Fonte: SSP/SISP – AM

Segundo as pesquisas, com a criação do Serviço de Apoio Emergencial à Mulher (SAPEM) as mulheres que procuram a delegacia para denunciar os agressores têm sido assistidas desde o Boletim de Ocorrência até os trâmites judiciais, elevando os números de denúncias, e com isso elevando também os números de ações penais.

Tabela 2: Indicadores de Violência contra Mulher no Judiciário do Amazonas

Indicadores de Violência contra Mulher no Judiciário do Amazonas			
Procedimento	**Ano de 2017**	**Ano de 2018**	**Variação**
Medidas Protetivas	3729	5511	+47%

Fonte: TJAM

Com o aumento das denuncias e das medidas protetivas o crime de feminicídio no Amazonas diminuiu em 75%. As vítimas da violência doméstica estão confiando mais na justiça e na segurança assistida pela Lei Maria da Penha.

Tabela 3: Feminicídio no Amazonas

Feminicídio no Amazonas		
Ano	Feminicídio	Variação
2017	16	-75%
2018	4	

Fonte: SSP/SISP – AM

Conclui-se que os casos de feminicídio no Amazonas tiveram uma redução devido à garantia dos direitos das vítimas de violência doméstica, que são aparadas pela Lei Maria da Penha e a Lei de Feminicídio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL, **Lei nº. 8072/90**. Art. 1 da Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11270190/artigo-1-da-lei-n-8072-de-25-de-julho-de-1990>. Acesso em: 14 mar 2019.

BRASIL, **Lei nº. 2.848/1940**. Art. 121 do Código Penal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10625629/artigo-121-do-decreto-lei-n2848 de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 14 mar 2019.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 mar 2019.

BRASIL. **Lei n. lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 mar 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica**. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentado artigo por artigo, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Informe regional. Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana.** Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 2006. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77421/1/WHO_RHR_12.38_eng.pdf>. Acesso em: 20 jun 2019.

MAFRA, Débora. Entrevista: **Violência contra a Mulher**. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidios-no-am-sobe-74-em-dois-anos.ghtml>. Acesso em: 14 mar 2019.

RUSSEL, Diana, CAPUTTI, J. **Femicide**: the politics of women killing. New York: Twayne Publisher, 1992.

Nota:

---

[*] Professora Mestra e Orientadora deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/9454791840759592

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO: EFEITO CONFISCATÓRIO DA ALÍQUOTA DO IPVA

WASHINGTON GOMES DE SOUZA FILHO:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

VITOR DE SOUZA VIEIRA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho busca uma análise acerca da natureza dos institutos tributários, do imposto IPVA e a constitucionalidade da punição de apreensão de veículos por inadimplência, que ocorre a partir da ação de fiscalização administrativa. O trabalho foi dividido em 3 capítulos, de forma a construir um arcabouço necessário para a discussão proposta., onde são abordados os Princípios da Vedação ao Confisco em seus aspectos doutrinários e constitucionais, o imposto IPVA, seu histórico e critérios e por fim, a Inconstitucionalidade da apreensão do veículo por inadimplência. No tocante aos resultados obtidos o trabalho propõe, como conclusão da analise acerca da temática, que esta forma de confisco, vai de em contramão ao direito de propriedade, direito este que constitui uma garantia constitucional e reforça a condição essencial de estado democrático de direito. Como metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem qualitativa do tema.

Palavras-chave: Principio da Vedação ao Confisco; Efeito confiscatório; IPVA.

ABSTRACT: The present work seeks an analysis about the nature of the tax institutes, the IPVA tax and the constitutionality of the punishment of seizure of vehicles for default, which occurs from the action of administrative supervision. The work was divided into 3 chapters, in order to build a necessary framework for the proposed discussion, which addresses the Principles of Prohibition of Confiscation in their doctrinal and constitutional aspects, the IPVA tax, its history and criteria, and finally, the Unconstitutionality of the seizure of the vehicle for default. With regard to the results obtained, the paper proposes, as the conclusion of the analysis on the subject, that this form of confiscation goes against the right to property, which constitutes a constitutional guarantee and reinforces the essential condition of a democratic state. right. As a development methodology, a bibliographic research was carried out in the relevant literature collection, with a qualitative approach to the theme

Keywords: Principle of Seizure to Confisc; Confiscatory Effect; IPVA'S Aliquot.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCIPIOS TRIBUTÁRIOS. 1.1 O Principio da Vedação ao Confisco.1.2 Direito à Locomoção. 1.3 Direito ao devido Processo Legal. 2. IMPOSTOS E TRIBUTOS. 2.1 O Imposto sobre Propriedade de veículos Automotores – IPVA. 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APREENSÃO DO VEÍCULO AUTOMOTOR EM VIRTUDE DO INADIMPLEMENTO DO IPVA. 3.1 Critério Material. 3.2 Sanções pelo Inadimplemento do IPVA. 3.3 Inconstitucionalidade do Art. 230 III do código de Trânsito Brasileiro. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe a discussão do tema: O princípio da Vedação ao Confisco, tendo como Delimitação temática: O efeito confiscatório da Alíquota do IPVA. Esta proposta se justifica, enquanto análise da constitucionalidade brasileira, na consagração de direitos básicos como os de propriedade, liberdade de locomoção e do devido processo legal. A apreensão e remoção de veículos, ocasionada na constatação de débitos tributários, que ocorre em fiscalizações estatais e que possui autorização no Código de Transito Brasileiro, esbara, portanto na garantida dos direitos básicos supracitados e constitucionais.

Os objetivos a serem alcançados são: Conhecer os Princípios tributários; Explanar sobre o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e Analisar a Inconstitucionalidade da apreensão dos veículos por inadimplência do imposto. A metodologia de trabalho a ser utilizada neste artigo constitui-se de pesquisa Monográfica, com abordagem Dedutiva a partir de Coleta de dados indireta no acerco bibliográfico pertinente.

Busca-se, com o desenvolvimento do trabalho, o alcance de uma visão positivista a cerca da temática proposta, a qual é demonstrativa de possível inconstitucionalidade, no procedimento dispensado pelo aparato policial do Estado.

1. PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

Princípio é a regra básica implícita ou explícita que, por sua grande generalidade, ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico e, por isso, vincula o entendimento e a boa aplicação, seja dos simples atos normativos, seja dos próprios mandamentos constitucionais. Demonstra regra superior, mesmo que não positivada, à qual devem se amoldar as disposições legais, visto que os princípios indicam "direção" que deve ser tomada pelo exegeta ou pelo legislador (CREPALDI, 2015)

Como se verifica no trecho supracitado, os princípios são verdadeiras ferramentas eficazes na constituição da justiça. A Constituição – CF de 88

estabeleceu dois tipos de limitações ao poder de tributar: Imunidades e Princípios. São regras que a CF define para restringir a atuação do fisco. Ambos são elementos de cláusula pétrea, a qual enfatiza que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir princípios ou imunidades tributárias.

Por força do artigo 146 da CF a regulamentação infraconstitucional de limitações ao poder de tributar depende de lei complementar, isto é, quando o legislador precisar criar uma lei para facilitar a aplicação de imunidades ou princípios, esta lei terá de ser complementar.

1.1 O princípio da Vedação do Confisco

O princípio da Vedação do Confisco, é antes de tudo, um princípio constitucional, cuja prescrição, garante que é vedada à "utilização do tributo com efeito de confisco". Em outras palavras, o Estado, portanto está impedido de cometer um apossamento indevido de bens do contribuinte, sob o pretexto de cobrança de tributo. Aqui se vale do princípio da razoabilidade (Art.150, inciso IV da CFB/1988).

Percebe-se na tratativa de questões, cujo objeto é o Princípio do não confisco, existe um duplo posicionamento, com interesses distintos entre os sujeitos envolvidos: "Estado x Contribuinte". Neste conflito de interesses, há uma desproporcionalidade entre o leque de recursos à disposição dos envolvidos, como enorme vantagem para o Estado.

Nas questões em que se faz uso do princípio do não confisco, há de se considerar três princípios fundamentais. Em se tratando de direitos de caráter social, a Constituição brasileira, demonstra uma posição bastante pródiga. Portanto, constitui-se uma árdua tarefa conceber encargos tributários mais baixos, na implementação de tais direitos. Este quadro acaba por direcionar a discussão para uma postura de cunho ideológico, da qual algumas classes sociais mais abastadas podem se privilegiar. As classes mais privilegiadas acabam por beneficiar-se pela divulgação de uma ideologia, que as beneficia, devido ao modelo tributário utilizado no país, que em termos práticos, constitui um vilão para o desenvolvimento e redução das desigualdades sociais.

Outro ponto a ser considerado, refere-se ao aspecto tributário utilizado no país. Nosso sistema de tributação possui como base o tripé: Renda, Patrimônio e Consumo. É fato, que o regime de tributação que incide sobre o Consumo, utiliza parâmetros tendencialmente regressivos, que muitas vezes ocasionam índices de despesas desproporcionais para as parcelas menos favorecidas da sociedade. No caso de sistemas considerados "Progressivos", há uma divisão da carga tributaria que permite maior equidade entre os índices aplicados sobre as classes mais e menos favorecidas, com priorização da tributação sobre a renda e o patrimônio,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que no sistema brasileiro, representa aproximadamente apenas 10% da arrecadação tributária.

O terceiro ponto a ser considerado, diz respeito ao nível de complexidade do sistema brasileiro. A composição e forma do nosso sistema tributário contribuem para um descumprimento das obrigações tributárias acessórias. O resultado evidente deste quadro é o prejuízo causado as empresas, com reflexos diretos sobre seus níveis de eficiência. Dentre os fatores desencadeadores deste cenário negativo, destaca-se a opção pela tributação indireta.

Estes tributos possuem uma natureza mais complexa e menos equitativos, com maior concentração nas empresas e pessoas jurídicas, que por natureza tributaria não são os maiores contribuintes, uma vez que possuem responsabilidade sobre a quitação de impostos, cujo repasse de preços é aplicado sobre produtos e serviços.

Confisco no entender de Paulsen (2004, p.150):

> *É a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização refere-se à forma velada, indireta, de confisco, que pode ocorrer por tributação excessiva. Não importa a finalidade, mas o efeito da tributação no plano dos fatos. Não é admissível que a alíquota de um imposto seja elevada a ponto de se tornar insuportável, ensejando atentado ao direito de propriedade. Realmente, se tornar inviável a manutenção da propriedade, o tributo será confiscatório (PAULSEN, 2004, p.150).*

Sobre a progressividade e vedação do confisco, Carrazza (2007, p.240) atesta que o *princípio da não-confiscatoriedade contribui para o dimensionamento do nível de alcance do princípio da progressividade, uma vez que requer elementos como equilíbrio e medida na quantificação de impostos. Estes elementos podem vir a contribuir para a construção de um Direito Tributário mais justo.*

Segundo Carvalho (2005, p. 153):

> *Queremos insistir na tese de que onde há princípios existem valores de magnitude para o sistema e tais valores vêm sempre acompanhados de elevado grau de indeterminação. Já dissemos, algures, que a doutrina do confisco não fora elaborada, permanecendo em solo estéril as construções que tomes esta figura em linha de consideração (CARVALHO, 2005, p.153).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que o CONFISCO vai na contramão do Direito de Propriedade e que este está previsto na Constituição. A observância ao Princípio da Vedação ao Confisco contribui para segurança jurídica e para o estado democrático de direito.

Não deve haver, entretanto, a partir da cobrança tributária, uma apropriação pelo Estado da propriedade privada e, portanto, impedimento da atividade econômica. Para sistemas federativos, como o do Estado brasileiro, pelo fato de não haver um Estado central, há a necessidade da existência de uma repartição de competências, como medida de maior eficácia na administração da coisa pública.

A problemática referente à temática proposta levanta a indagação a cerca da divisão das competências legislativas e tributárias, conforme o art. 22 da Constituição, que designa as competências legislativas privativas da União. Em virtude da observância desta competência, foi editada pela União a Normativa 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro. Outrossim, a competência para o estabelecimento do tributo sobre a propriedade de veículos automotores, surgiu também na Constituição, a partir do seu art. 155, III onde foi estabelecido que caberá aos Estados Federados e ao Distrito Federal instituir a carga tributária do imposto.

Quanto à desaprovação do Estado de empregar os tributos como efeito de confisco, esta é positivada no Art. 150 do ordenamento jurídico (principio pátrio que regulamenta o sistema constitucional tributário), sem ônus das demais garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Desta forma o legislador constituinte originário, para fins de furtar-se arbítrio do Estado para o cidadão, opta pela limitação do poder de tributação do Estado. Silva (2004) conceitua esse desfecho de princípio da proporcionalidade razoável, onde salienta que o Estado é proibido de recolher do contribuinte, algo acima do que é razoável, ou de seu patrimônio e renda.

Carrazza (2004) afirma que existe associação de princípios entre o principio do impedimento da tributação para efeito de confisco e princípio da capacidade contributiva, mencionando que este exige do legislador equidade na edição de normas tributárias, de forma a preservar o contribuinte de injustiças.:

Compete, portanto, ao Poder Judiciário, a verificação de possíveis ocorrências de confisco ou não, reforçando que não caberia ao princípio à aplicação no caso das multas por inadimplemento (MACHADO, 2004).

Para Mamede (2002) o tráfego pelas vias terrestres depende de licença anual que está vinculada ao recolhimento do IPVA. Desta forma, inicia-se a delineação da inconstitucionalidade da norma que ordena apreensão do veículo não licenciado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.2 Direito à Locomoção

O Art. 5º, XV, prevê a Liberdade de Locomoção, que constitui o direito de "ir e vir", prevendo que assegurado a todo e qualquer cidadão, o direito de se locomover, entrar, sair e permanecer no país com seus próprios bens.

Silva (2004) julga este direito como sendo o elemento central da liberdade da pessoa física no ordenamento jurídico. Moraes (2006, p.112) o classifica em 04 aspectos: direito a acesso; direito de saída; de estadia e de deslocamento.

Acerca do direito à livre circulação dentro de um território cabe aqui citar o renomado autor espanhol Collado (2004) não importando o meio de transporte utilizado para circulação é assegurado o direito de ir e vir. Este é um direito primário essencial.

Ressalta-se o parecer do Superior Tribunal de Justiça de que a liberdade não é um item disponível na Democrática. Da mesma forma, destaca-se que o caminho correto que leva ao acolhimento do direito de locomoção é a via do *habeas corpus* constitucionalmente tutelado, no art. 5º, LXVIII.

Todavia, não deve-se se descuidar que esta é uma norma de eficácia discreta, visto que prevê uma lei infraconstitucional como regulamentadora, a nível mais genérico. Ressalta-se, entretanto que este fato proporciona um nível de aplicação mais rápido, com abertura de espaço para regulamentações necessárias (PAULSEN, 2004).

1.3 Direito ao devido Processo Legal

O direito ao devido processo legal é um direito constitucional previsto no art. 5º, LIV e LV, que dispõem que nenhum cidadão pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que para isso, haja o devido processo legal, assim como da garantia do contraditório e a ampla defesa a cidadãos em acusação judicial.

A Constituição Federal assegura estes direitos. Desta forma o referido processo legal pressupõe o contraditório, a garantia da ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas entre outros.

2. IMPOSTOS

O conceito de imposto não é unívoco, mas varia de acordo com diferentes perspectivas: histórica, política, social, econômica e jurídica, bem como em relação ao agente que dele faz uso. A tributação pode assumir múltiplos conceitos e funções, de acordo com os valores e princípios maiores que se deseja por meio dela alcançar num determinado período histórico. Portanto, a atividade financeira do Estado, apesar de instrumental, "não é neutra frente aos valores e princípios jurídicos, senão que a eles se vincula fortemente" (TORRES, 2009).

Segundo Tipke (2012) o Direito Tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O Direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É Direito da coletividade.

No que tange às idéias e crenças no decorrer da história, o imposto comportou múltiplos sentidos, que correspondem a um projeto que a sociedade, a um dado momento, atribuiu globalmente ao imposto. Neste sentido a extensão e a legitimidade do imposto variaram no curso dos anos, de acordo com as teorias e interpretações dominantes de cada época.

Ocorre que os impostos podem igualmente ser utilizados pelo Estado como instrumento de parafiscalidade ou extrafiscalidade, ou seja, tanto como uma forma de intervenção na economia, como um elemento chave na aplicação das políticas sociais e de redistribuição.

2.1 O Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA

A tributação sobre a propriedade de veículos no Brasil se iniciou com a Taxa Rodoviária Única — TRU, de cobrança anual. Em 1985, a TRU foi extinta, tendo a EC 27/85 sido a responsável pela introdução do IPVA no ordenamento jurídico com a inserção do item III no artigo 23 da Constituição de 1967.

Em razão da mencionada inserção, a TRU foi extinta e o IPVA a substituiu.

Conforme se extrai do art. 155, III, CF/88, aos Estados e ao Distrito Federal foi atribuída competência para instituir o IPVA, o qual incide sobre a propriedade de veículos automotores:

> Art. 155. É competência estadual e federal a instituição de tributos e impostos sobre a propriedade de veículos.

O IPVA passou então a constituir um imposto, desvinculando-se de obrigação

específica. Há ainda um ponto de vista que entende a expressão *veículo automotor* engloba não veículos rodoviários, mas também embarcações e aeronaves, entretanto por decisão do Supremo Tribunal Federal prescindiu tal tese, com embasamento em uma definição tributária incorreta.

Segundo Carraza (2004, p.132):

> Deve-se notar que o legislador errou ao definir esses tributos como *taxas*. Tal espécie de tributo é destinada à prestação de serviço público ou ao exercício do poder de polícia do Estado. No entanto, anota no Brasil, ao contrário do que se dá em outros países, a utilização de bens de domínio público não é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> uma das hipóteses de incidência possíveis das taxas (CARRAZA, 2004, P.132).

Desta forma, as estradas de rodagens passariam a integrar uma categoria diferente de tributo, que por ordem constitucional poderia ser a contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (MACHADO, 2003).

Destaque-se que o IPVA não possui Lei Complementar federal de definição de normas gerais. Dessa forma, até que venha a ser editada a referida lei complementar, os Estados e o Distrito Federal possuem competência legislativa plena para disciplinar tal tributo, conforme art. 24, §3º, da CF/88. No que se refere ao fato gerador do IPVA, pode-se dizer que o conceito de propriedade utilizado abrange a propriedade plena ou não.

Assim como ocorre com o IPTU, é possível que a lei estabeleça a incidência de IPVA sobre a propriedade plena, o domínio útil ou a posse do veículo automotor. A título de exemplo, temos a Lei 7.431/85 do Distrito Federal, a qual prevê a incidência do IPVA sobre o domínio útil e a posse do veículo automotor.

Quando o veículo encontra-se na montadora, a propriedade é da montadora, entretanto, entende-se que não há incidência do IPVA em tais hipóteses, uma vez que o automóvel figura como mercadoria para as montadoras. Somente a partir do momento em que ele é vendido para o consumidor final, há a incidência do IPVA. Questão relevante refere-se ao IPVA sobre as embarcações e aeronaves.

O STF, ao decidir acerca da incidência do IPVA sobre tais veículos, interpretou o fato gerador à luz da origem do tributo. A TRU somente incidia sobre veículos automotores terrestres e o IPVA foi instituído para substituí-la, logo, sua incidência deve ocorrer nos mesmos moldes da TRU. Além disso, o registro de embarcações é federal e, por isso, sendo o IPVA um tributo estadual, sua incidência não abarcaria as embarcações.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 379572, o ministro Joaquim Barbosa se manifestou nos seguintes termos: "a expressão constitucional 'veículos automotores' é ampla o sufi ciente para abranger embarcações, ou seja, veículos de transporte aquático".

Carlos Ayres Britto, por sua vez, utilizou os seguintes argumentos: "Entendo que veículos automotores, à luz da CRFB/88, tem sentido estrito e não lato; implica, a meu ver, deslocamento por via terrestre, exclusivamente".

O ministro Cezar Peluso sustentou que "a definição do alcance da expressão 'veículos automotores' deve ser tomada em sua acepção técnica, abrangendo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exclusivamente, os veículos de transporte viário ou terrestre; escapam de seu alcance, pois, as aeronaves e embarcações".

O critério temporal será a data prevista na Lei Estadual que institui o IPVA. No Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei 3.937/2001 determina que o fato gerador ocorre em 1º de janeiro de cada ano para veículos já usados

> Art. 1º — O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, devido anualmente, tem como fato gerador a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie, por proprietário domiciliado ou residente no Estado do Rio de Janeiro ou que esteja sujeito à inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro — CADERJ, nos termos do Capítulo IX desta Lei.
>
> § 1º — Para efeito desta lei, veículo automotor é qualquer veículo aéreo, terrestre, aquático ou anfíbio, dotado de força motriz própria, ainda que complementar ou alternativa de fonte de energia natural.
>
> § 2º — Considera-se ocorrido o fato gerador:
>
> I — em 1º de janeiro de cada exercício ou quando o veículo for encontrado no território do Estado do Rio de Janeiro sem o comprovante do pagamento do imposto objeto desta lei;
>
> II — na data de sua primeira aquisição por consumidor final, no caso de veículo novo;

Destaque-se, novamente, que, na aquisição de veículos novos, o fato gerador ocorre no momento da referida aquisição. O IPVA é devido ao Município em que registrado e licenciado o veículo nos cadastros das autoridades de trânsito.

Caso não haja necessidade de registro, o IPVA compete ao Município em que domiciliado seu proprietário87. Importante ressaltar que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9503/97), em seu artigo 120 dispõe que:

> Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do estado ou do Distrito Federal, no município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.

Assim para que um indivíduo registre o carro em determinado estado, é necessário que ele resida ou ali seja domiciliado. O pólo ativo de cobrança do IPVA é ocupado pelos Estados e o Distrito Federal. Destaque-se, entretanto, que, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acordo com o art. 158, III, da CRFB/88, 50% da arrecadação se destinam ao Município no qual o veículo foi licenciado.

> Art. 158. Pertencem aos Municípios:
>
> III — cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

O pólo passivo, por sua vez, é ocupado pelo proprietário do veículo em 1º de janeiro. A lei estadual, no entanto, pode prever responsabilidade do adquirente, conforme art. 128, do CTN.

O contribuinte é o proprietário do veículo, podendo ser responsáveis: (I) o adquirente (em relação ao veículo adquirido sem o pagamento do imposto do exercício ou exercícios anteriores); (II) o titular do domínio e/ou possuidor a qualquer título; (III) o proprietário do veículo de qualquer espécie, que o alienar e não comunicar a ocorrência ao órgão público encarregado do registro e licenciamento, inscrição ou matrícula de veículo de qualquer espécie, sem a prova do pagamento ou do reconhecimento de isenção ou imunidade do imposto (PAUSEN E MELO, 2011).

A base de cálculo do IPVA é definida pelo valor de venda (valor venal) dos veículos usados, o valor de aquisição para os veículos novos e o valor da importação para os veículos importados.

As alíquotas são defi nidas em lei estadual. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 414259, o STF decidiu que as alíquotas podem variar em razão do tipo do automóvel ou utilização do mesmo, mas não em razão de sua origem, conforme art. 155, §6º, II, da CRFB/88

Há de se ressaltar que as alíquotas mínimas do IPVA serão fi xadas pelo Senado Federal, de acordo com redação do art. 155, §6º, I, da CRFB/88.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APREENSÃO DO VEÍCULO AUTOMOTOR EM VIRTUDE DO INADIMPLEMENTO DO IPVA

Carrazza (2004) conceitua o Tributo como sendo uma ligação jurídica entre o Fisco e o contribuinte, com embasamento na lei, em moeda, equitativa em decorrência de um episódio justo. O imposto é uma categoria de tributo, cuja justificativa é o recaimento de um episódio. Considera-se ainda como princípio do não-confisco, que constitui o compêndio da doutrina tributária.

3.1 Critério Material

O conduto incidente do imposto assinalada verbalmente representa o critério material da incidência de tributação. A respeito deste, existem alusões a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atividades condicionadas a questões temporais e geográficas. No que tange aos parâmetros materiais, o IPVA caracteriza-se pelo fato de haver necessidade do status de propriedade de veículo automotor.

3.2 Sanções pelo Inadimplemento do IPVA

É responsabilidade dos estados e ao Distrito Federal explorar o tema, com base em competência legislativa. Cabe no ensejo sancionador a existência de punição a desobediência as obrigações tributárias. Em se tratando do IPVA, deve-se atenção por parte do cidadão, às questões documentais e de segurança, garantindo a locomoção regular do veículo.

As punições podem ser tanto administrativas, quanto de restrição do livre transitar em vias públicas. Esta limitação se aplica exclusivamente ao veículo em situação de irregularidade, exigindo a quitação do imposto devido (Nogueira, 2003).

Portanto, o não pagamento das taxas referentes ao IPVA caracteriza uma irregularidade passível de restrição de circulação e negociações com terceiros, como venda e transferência. A incidência da irregularidade de forma conseguinte, pode vir a ocasionar a apreensão do veículo.

Está previsto no Código de Trânsito Brasileiro como falta gravíssima do a condução de veículo com registro e licenciamento irregulares, com aplicação de multas e pontuação negativa na CNH do proprietário.

3.3 Inconstitucionalidade do Art. 230, III do Código de Trânsito Brasileiro

Apesar de estar prevista na lei a apreensão de veículos em situação de inadimplência no licenciamento, constitui um erro jurídico, enquanto correspondência da infração e da pena, uma vez a infração é de cunho tributário. A medida mais cabível nestes casos, seria portanto a cobrança do débito tributário, por meios legais de execução fiscal.

Esta ação punitiva constitui uma distorção constritiva, com evidente desrespeito a princípios constitucionais estabelecidos, tais como o direito a propriedade, da razoabilidade e do devido processo legal. Contraria também outros regulamentos constitucionais a exemplo do Artigo 150, IV e V, que regulamentam a atuação fiscal do Estado. A apreensão de veículos por inadimplência, portanto é inconstitucional, se procedida em seara administrativa, ignorando direitos constitucionais dos indivíduos e seus bens.

No tocante a justificativa do Estado, este alega que a punição de apreensão se faz necessária, porquanto, o veiculo se encontra em situação de irregularidade e sem devido licenciamento, estando desta forma sem comprovação de realização de Vistoria de Segurança, que é realizada durante o processo de emissão do Licenciamento. Conta, ainda como argumentação, a alegação de que sem realização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da referida Vistoria de Segurança, não haveria condições comprobatórias de que o veiculo se encontra em condições de segurança mínimas para trafegar, podendo vir a representar perigo aos demais condutores.

Esta alegação deve ser observada, na análise pretendida, como ressalva para o fato de que é exigência para realização de qualquer tipo de vistoria o pagamento do imposto IPVA. Neste sentido, observa-se, obstante que o pagamento da Licença ocorre em data diferente do pagamento do IPVA, portanto, caso o primeiro, não esteja vencido, a prerrogativa de pagamento do segundo, não seria justificável, comprovando o excesso do aparato fiscal do Estado.

Caso semelhante, já foi alvo de pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal, através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1.654-7 AP), cujo questionamento principal foi a carência de competência legislativa estadual sobre trânsito, de normativa do Código Tributário do estado do Amapá, com impedimento da apreensão de um veículo por falta de pagamento do IPVA. A sentença final do certame, foi o impedimento da emissão de licenciamento anual do referido veiculo.

É fato que o Supremo Tribunal Federal, observa a natureza arbitrária da apreensão de bem, por conta de debito tributário. Todavia, este entendimento, não ocorreu em impedimento para a prática do confisco de veículos com débito tributário comprovado. Esta ação constitui um excesso estatal. É fato que art. 230, III conflita com o princípio constitucional do não confisco, assim como do devido processo legal, ao condicionar o direito à livre circulação ao pagamento de um tributo, ocasionando a apreensão do bem.

Desta forma, entende-se que a correta sanção aplicável ao contribuinte, consistiria em impossibilidade de emissão de Certidão Negativa de Débitos, com posterior inscrição em dívida ativa do montante devido e execução fiscal por título executivo extrajudicial. Qualquer forma punitiva diferenciada, portanto, consiste em manifestação arbitrária estatal, com clara violação de preceitos legitimados na Constituição.

CONCLUSÕES

O IPVA é um tributo constitucional, sob julgo estadual, com procedência no ordenamento pátria. Com critérios materiais de incidência e passível de punições por inadimplência.

O presente artigo apresentou dois direitos fundamentais do cidadão: o de livre locomoção e o de devido processo legal, e a partir destes o princípio do não confisco. Destaca-se que o art. 230, III do Código de Trânsito Brasileiro vai na contramão da constitucionalidade ao obrigar ao contribuinte a pagamento do tributo a risco de confisco do bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conclui-se que o Confisco esbarra no direito de propriedade, que é uma das garantias constitucionais. A obediência ao Princípio da Vedação ao Confisco reforça a segurança jurídica, essência do estado democrático de direito. Cabe aos legisladores, nos três níveis de poder, seja federal, estadual ou municipal, a obediência ao Princípio do não Confisco, uma vez que são eles os destinatários da norma constitucional que garante aos contribuintes do direito de não terem seus bens confiscado pelo poder tributante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de jun.2019.

BRASIL. Lei nº 3.937 de 25 de setembro de 2001. Dispões sobre o seguro de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3937.htm#art20. Acesso em 30 de jun.2019.

BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Transito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em 15 de jun.2019.

STF. Recurso Extraordinário nº 379572. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69570. Acesso em 22 de jun.2019.

STF. Recurso Extraordinário nº 414259. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719715/agregno-recurso-extraordinario-re-414259-mg/inteiro-teor-10 3108370. Acesso em 15 de jun.2019.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 20 ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

CARVALHO, P. Barros, Curso de Direito Tributário, 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

CREPALDI, S. Aparecido. Auditoria Fiscal e Tributária. São Paulo, Ed. Saraiva, 2015.

COLLADO, Pedro. ESCRIBANO Las vias urbanas. Madri: Montecorvo, 1973 apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DA INCOSTITUCIONALIDADE DA APREENSÃO DO VEÍCULO AUTOMOTOR EM VIRTUDE DO INADIMPLEMENTO DO IPVA. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/index.php?artigo_id=8299&=revista_artigos_leitura>. Acesso em 02 de jun.2019.

MACHADO, H. de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAMEDE, Gladston. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, Direito Tributário, José Bushatsky Editor, SP, 2003.

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO CONFISCO. Disponível em: <https://jus.com

.br/artigos/29581/o-principio-da-vedacao-do-confisco>. Acesso em 22 de mai.2019.

PAULSEN, Leandro, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, ESMAFE, 2004.

PAULSEN, Leandro e MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 6ª edição rev. e atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TIPKE, Klaus. Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA RELEITURA DO REGIME ESTATUTÁRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

JÉSSICA CAMPOS SAVI : Bacharela em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC Minas. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo propor uma releitura do regime estatutário à luz do direito de greve e de sindicalização do servidor público. Parte-se da análise das teorias da impermeabilização do Estado e do órgão para analisar o papel dado aos agentes públicos submetidos ao regime estatutário no atual quadro da Administração Pública visando construir um novo ideário acerca do tema com a consagração dos direitos fundamentais inerentes à função pública.

Palavras-chave: Direito Constitucional e Administrativo, Servidores Públicos, Regime Estatutário.

Sumário: 1 Introdução; 2. Administração Pública e seus sentidos; 3. Teoria da impermeabilidade do Estado e Teoria do Órgão: relação estatutária e sujeição agravada; 4. Conclusão. Referências

---

1. INTRODUÇÃO

As relações laborais no seio da Administração Pública no momento pós Constituição de 1988 são marcadas por um estado de sujeição especial dos agentes públicos, em especial os servidores regidos pelo regime estatutário.

O presente trabalho tem como objetivo investigar as origens de tal status e cotejar o substrato fático aos ditames constitucionais, em especial as faculdades de exercício do direito de greve e sindicalização, conferido aos referidos servidores.

Valendo-se das teorias da impermeabilização do Estado e do órgão, o estudo aprofundará a temática e sugerirá medidas a serem adotadas para consagração do ideário constitucional quanto ao aspecto em estudo.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS SENTIDOS

A Administração Pública contemporânea é responsável por uma infinidade de atividades alocadas em vários setores sociais e econômicos, uma vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que a Constituição Federal de 1988 trouxe vários compromissos que vinculam a atuação estatal na consecução dos seus ditames.

A atividade administrativa, também chamada de Administração Pública em sentido objetivo ou material, a qual abarca as atribuições de fomento, polícia administrativa, intervenção no domínio econômico e a prestação de serviços públicos, atua por meio de entidades, órgãos e agentes públicos, os quais são responsáveis pela concretização, no mundo dos fatos, das atividades mencionadas.

Já a Administração Pública em sentido subjetivo, que mais nos interessa nesse estudo, é expressão que comporta o conjunto de agentes públicos, órgãos e entidades que executarão as atividades administrativas antes mencionadas. Nesse sentido, leciona Carvalho Filho (2017, p 12):

> A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma- -se aqui em consideração o *sujeito* da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar esse sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública.

Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto (2011), a organização administrativa no sentido subjetivo atual, a qual "se forja a disciplina da moderna função pública" é herança do Estado Liberal, no qual a Administração atuava restritivamente na seara de polícia, calcada no princípio da legalidade, atuando precipuamente de maneira unilateral por meio de atos administrativos, senão vejamos:

> O Professor Santamaria Pastor vai dizer que o Direito Administrativo que surge neste contexto de Estado Liberal é um Direito Administrativo que representa uma confluência entre técnicas de ação autoritárias, que foram herdadas do período absolutista, e exigências de liberdade que foram trazidas pelo liberalismo. Estas marcas autoritárias vão caracterizar basicamente a Administração do Estado Liberal. Por quê? Porque ela era uma Administração que atuava basicamente na seara de polícia, se relacionando com o cidadão de forma pontual, balizada pela lei. Nestas relações, não se admitia propriamente a existência de direitos subjetivos do cidadão em face do Estado; o Estado atuava principalmente por meio do ato administrativo – ato unilateral, auto executório, de imposição. O Professor lisboeta Vasco Pereira da Silva caracteriza esta Administração do

> Estado Liberal como "Administração agressiva" exatamente em virtude desta feição que ela assumia.
>
> É neste cenário que surge a organização administrativa no sentido subjetivo que hoje nós conhecemos e que se forja a disciplina da moderna função pública. É claro que o Estado de Direito foi um avanço, mas as notas autoritárias destacadas estavam presentes. Nós vamos poder observar os reflexos desta concepção autoritária de Direito Administrativo na função pública, tais reflexos vão fazer com que a concepção de função pública que se tenha neste contexto seja a de uma relação que é travada no interior do Estado, na intimidade do Estado, e voltada à consecução dos fins do Estado.

Apesar de a administração, ainda nesse período do Estado Liberal, pautar-se estritamente pela legalidade para com os administrados, esta legalidade existia apenas para fora da administração. Internamente, o princípio não se aplicava, ou seja, na relação da administração com os agentes públicos, não era necessária a observância da legalidade.

3. TEORIA DA IMPERMEABILIDADE DO ESTADO E TEORIA DO ÓRGÃO: RELAÇÃO ESTATUTÁRIA E SUJEIÇÃO AGRAVADA

A base teórica que fundamentava essa ausência de legalidade no âmbito interno da Administração residia, especialmente na teoria da impermeabilidade do Estado, a qual, juntamente com a teoria do órgão, culminou na clássica relação estatutária e na consequente posição de subordinação agravada do servidor público.

Isto porque, em todas essas teorias, o agente público não é considerado como indivíduo, destacado do Estado, mas sim meio pelo qual o Estado exerce suas atividades. Nesse sentido destaca Netto (2005, p. 102) sobre a teoria da impermeabilidade do Estado:

> Entendia-se que o âmbito interno da Administração era um espaço livre do Direito, o que impedia que aceitassem as relações entre Estado e seus agentes como relações jurídicas internas, com direitos e obrigações recíprocas. Nesta senda, somente haveria relações jurídicas com o Estado quando este estivesse diante do cidadão, ou seja, relações externas ao aparelho estatal. Eram impensáveis as relações internas ao Estado: relação jurídica pressupõe pluralidade de vontades e, no interior do aparelho estatal, o que haveria seria a mesma pessoa Estado, ou seja, uma só vontade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesta senda, a teoria do órgão veio a fomentar a diluição do agente público no interior do aparato estatal. Isto porque, segundo essa teoria os órgãos públicos, por meio dos agentes públicos, manifestam a vontade da pessoa jurídica a qual integram, como se a própria pessoa jurídica o fizesse. Ou seja, o órgão e os agentes não são considerados em si, mas apenas como partes da pessoa jurídica, ou instrumentos pelos quais está manifesta sua vontade.

Ocorre o fenômeno da abstrativização da figura do servidor público, não individualmente referenciado, mas sim com uma engrenagem do órgão ao qual pertence, mero destaque do organograma estatal.

Conceituando a teoria do órgão sobredita, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 559) nos traz as seguintes lições:

> (...) pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação.

Ainda, conceituando a comentada teoria, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 73) leciona que os órgãos são meros instrumentos das pessoas jurídicas que integram e que a vontade psíquica do agente se confunde com a do próprio Estado:

> Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). **Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento.** Para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes.

> (...)
>
> Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de *imputação*, **porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica.** Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem**.** Assim, os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais. **Por sua vez, a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração**. (grifo nosso)

Com a teoria da impermeabilidade do Estado, a qual negava a necessidade de aplicação do princípio da legalidade no âmbito interno da Administração, combinada com a teoria do órgão, a qual considera os agentes públicos meros instrumentos, diluídos na pessoa jurídica estatal, criou-se terreno fértil para uma situação de sujeição agravada aos servidores públicos estatutários.

Ora, se os funcionários públicos são partes integrantes da pessoa jurídica estatal, e sua vontade é a vontade do Estado, não se poderia imaginar que tais agentes tivessem interesses conflitantes com a entidade pública. Ainda, seria incongruente pensarmos em direito de sindicalização dos servidores, muito menos o exercício do direito de greve.

Esta relação de sujeição acentuada do servidor público é retratada diante do modelo estatutário adotado, uma vez que este é imposto e modificado unilateralmente pelo Estado.

Conforme Di Pietro (2017, p. 556) tal regime é imposto unilateralmente, sem a possibilidade de qualquer modificação consensual entre os interessados, nem mesmo com a concordância da Administração contratante, senão vejamos:

> Os da primeira categoria submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derrogáveis pelas partes.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.400) destaca a característica não consensual do regime estatutário:

> A outra característica concerne à natureza da relação jurídica estatutária. Essa relação não tem natureza contratual, ou seja, inexiste contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário. Tratando-se de relação própria do direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado. Nesse tipo de relação jurídica não contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero.
>
> A conclusão, pois, é a de que o regime estatutário, como tem em vista regular a relação jurídica estatutária, não pode incluir normas que denunciem a existência de negócio contratual.

Por outro lado, a Constituição Federal franqueou aos servidores públicos o direito à livre associação sindical além do direito de greve, senão vejamos:

> 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: (...)
>
> VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
>
> VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Ao nosso sentir, o regime estatutário merece uma releitura à luz da Constituição Federal. Isso porque, de nada adiantaria garantir aos servidores os direitos de greve e sindicalização se não fosse possível a negociação de condições melhores de trabalho.

Portanto, a Constituição ao garantir os direitos mencionados, deve ser levada em consideração – ou levada "a sério", na consagrada expressão de Dworkin (2007) - quando da interpretação do regime estatutário, caso contrário, o

conteúdo mínimo das normas previstas no art. 37 incisos VI e VII da Constituição Federal restaria esvaziado.

Nesse sentido, leciona Luiza Netto (2011):

> E, por fim, eu queria chamar a atenção para a necessária incidência dos direitos fundamentais no que tange aos direitos coletivos na função pública. O nosso quadro jusfundamental da função pública na Constituição de 1988, no meu entendimento, leva necessariamente ao reconhecimento da autonomia coletiva na seara da função pública.
>
> Este reconhecimento da autonomia coletiva na função pública – os direitos de greve e de sindicalização nos mostram isto de forma muito clara – impõe ao Estado deveres, o Estado tem que parametrizar a sua atuação legislativa na área da função pública em 2 sentidos. O primeiro é a criação da disciplina legislativa necessária para o exercício destes direitos coletivos (e quiçá também o seu corolário – a contratação coletiva – que é o tema da exposição do Professor Florivaldo Dutra de Araújo). As greves estão acontecendo e nós ainda não temos uma lei tratando da greve na função pública. O Estado também tem que parametrizar a sua atuação legislativa, no meu entender, para deixar espaço na disciplina legislativa da função pública para que haja algum âmbito de consenso, para que haja algum espaço para que a autonomia coletiva incida sobre a disciplina da função pública, pois não cabe mais uma disciplina totalmente unilateral.
>
> Ainda que não se contratualize a função pública, do meu ponto de vista, tem que haver alguma participação co-constitutiva dos agentes públicos na definição da sua disciplina jurídica. Esta para mim é a verdadeira razão de ser da previsão constitucional destes direitos coletivos de greve e de sindicalização

Ademais, a contemporânea procedimentalização da Administração pública e o espaço cada vez maior aos meios consensuais de resolução de conflitos também deve irradiar as relações internas da Administração com seus servidores.

Assim ensina a professora (NETTO, 2011):

> No caso da função pública, eu considero que esta necessidade de participação dos agentes públicos no exercício do poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> administrativo e na determinação da sua disciplina jurídica tem que se dar de 2 formas. Em primeiro lugar, tem que haver o que chamamos de participação dialógica, que significa o servidor público participar de procedimentos trazendo informações, deduzindo interesses, "dialogando" com a Administração. Mas esta participação dialógica não é suficiente em termos jusfundamentais, tem que haver também a chamada participação co-constitutiva.28 O que é isto? O agente público tem que ser chamado igualmente a ser coautor, em determinados casos, das decisões que a Administração toma.
>
> Neste sentido, visualizando a participação do agente público inserida na concepção que temos de procedimento, colocamos um questionamento muito sério sobre o modelo unilateral estatutário clássico, uma vez que neste modelo não há espaço para verdadeira autonomia, o que afastaria, de certa forma, a participação co-constitutiva. Eberhard Schmidt-Assmann ressalta a influência que a opção constitucional em favor da democracia exerce sobre a construção sistemática do Direito Administrativo, tem-se que adotar um outro estilo de administrar: a Administração cooperativa.

Deste modo, é importante conceber tais direitos constitucionalmente concedidos à função pública como direitos fundamentais, o que culmina na obrigação de o Estado legislar, conformando a ordem jurídica nos termos dirigidos pela Constituição, criando o aparelhamento, órgãos, e procedimentos imprescindíveis para garantir eficácia aos direitos fundamentais nas relações de função pública.

4. CONCLUSÃO

A consagração de direitos relacionados à busca de melhorias laborais para os servidores públicas na Constituição de 1988 ostenta diretriz cuja aplicação vem sendo deixada de lado por governantes e legislaturas desde seu advento.

Urge uma atuação proativa dos órgãos competentes para a adoção de medidas tendentes a dar efetividade às faculdades de greve e sindicalização do servidor público, sob pena de fazer letra morta o texto constitucional e enfraquecer a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Taking rights seriously*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 102.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Função Pública e direitos fundamentais. In: I Fórum Brasileiro de Direito Disciplinário, 2011, Belo Horizonte. **Congresso.** Belo Horizonte, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HOMESCHOOLING: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL

HAMONNY SADAME MARCIÃO SOUZA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo pretende ampliar as discussões acerca da educação doméstica no Brasil. Analisa se a aplicação da educação doméstica implica na violação ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente, à frente da observação do papel desempenhado pela seus genitores e pelo governo na efetivação do direito à educação. Apresenta ainda, os pontos divergentes que permeiam o tema, assim como discorre sobre o papel da família e Estado no exercício do direito à educação. Por fim, propõe a elaboração de uma lei minuciosa acerca do tema, para que os pais sejam capazes de efetivar com êxito um programa de ensino e aprendizagem com os filhos, seguindo as estratégias e critérios propostos pela educação domiciliar. O método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo; um processo de análise de informação que utiliza o raciocínio lógico e a dedução para se chegar a uma conclusão. Os raciocínios dedutivos apresentam conclusões que devem, necessariamente ser verdadeiras, se todas as premissas sejam também verdadeiras e ele respeitar uma estrutura lógica de pensamento.

Palavras-chave: educação, educação doméstica, direito de família, Estado, criança e adolescente, escola.

ABSTRACT: This article intends to broaden the discussions about domestic education in Brazil. It Analyze if the application of domestic education implies a violation of the principle of the best interests of children and adolescents, ahead of the observation of the role played by their parents and the government in the realization of the right to education. It also presents the divergent points that permeate the theme, as well as discusses the role of family and state in the exercise of the right to education. Finally, it proposes the elaboration of a detailed law on the subject, so that parents can successfully implement a teaching and learning program with their children, following the strategies and criteria proposed by home education. The method of approach to be used is the deductive one; an information analysis process that uses logical reasoning and deduction to reach a conclusion. Deductive reasoning presents conclusions that must necessarily be true if all premises are also true and it respects a logical structure of thought.

Keywords: education, home education, family law, state, child and adolescent, school.

Sumário: Introdução: 1. Origem da educação doméstica; 1.1 Homeschooling no cenário estrangeiro; 1.2 Homeschooling no cenário brasileiro; 1.2.1 Aned - Associação Nacional de Educação Domiciliar. 2 Análise da legislação brasileira acerca do direito à educação, 2.1 Constituição Federal; 2.2 Lei de diretrizes e base da educação – Lei 9394/96; 2.3 Estatuto da criança e adolescente – Lei 8069/90; 2.4 Projeto de Lei 3179/12; 2.5 Julgados; 2.5.1 Tribunais Superiores; 2.5.2 Tribunais Estaduais. 3 Os agentes no direito à educação; 3.1 Poder familiar; 3.2 Poder Estatal. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O fenômeno *homeschooling* é reconhecido como a prática de recusa dos pais à instituição escolar, ou seja, os genitores que escolhem agir assim porque não desejam que seus filhos frequentem a escola. Diante do crescente número de famílias adeptas à prática do ensino doméstico no Brasil e grande relevância social decorrente da expansão de tal fenômeno no país, especialmente com o advento da Associação Nacional de Ensino Domiciliar, justifica a necessidade de um entendimento crítico sobre o tema que envolvem tantas controvérsias.

Num plano mais específico, no primeiro capítulo será desenvolvido uma análise acerca da gênese do fenômeno socio-cultural do *homeschooling*, visando entendê-lo no plano internacional, além do que uma análise acerca das razões que levaram seu crescimento no Brasil.

No segundo capítulo, desenvolverá um exame da exposição do projeto de Lei 3.179/2012, de modo a produzir uma análise preliminar de sua constitucionalidade e legalidade, sendo necessário para isso, analisar a compatibilidade do *homeschooling* com os princípios do Estatuto da Criança e Adolescente, além dos princípios regentes da Lei de Diretrizes e Base da Educação, conjugados com os fundamentos e os objetivos fundamentais ditados na Constituição Federal Brasileira. Por último, será explanado um estudo específico acerca do poder familiar, de maneira a investigar a legitimidade jurídica dos genitores que optarem pela educação doméstica.

No que tange à metodologia, será utilizado o método de abordagem dedutiva, na qual realizará pesquisas documentais e análises interpretativas acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Diretrizes e Base da Educação, e do Projeto de Lei 3.179/2012 (de autoria do parlamentar Lincoln Portela). A pesquisa teórico-bibliográfica consistirá na análise de textos científicos que apresentam direta ou indiretamente o tema objeto da pesquisa. O estudo será realizado por meio de levantamento de dados quantitativos secundários,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elementos esses considerados indispensáveis à construção de análise crítica do objeto da presente pesquisa.

1 ORIGEM DA EDUCAÇÃO DOMÉSTICA

1.1 Homeschooling no cenário estrangeiro

Precipuamente, sabe-se que a educação formal realizada no âmbito doméstico não é novidade no mundo nem no Brasil. Trata-se de uma releitura, e um retorno do que existia antes da escolarização, que encontrou consolidação no século XX. Para Vasconcelos (2007,p.26) "nem sempre o ensino foi responsabilidade exclusiva da escola" .

Os educadores nesse período eram tutores e preceptores, contratados para ensinar em casa. Contudo, cada lar tinha um espaço destinado à educação, para que houvesse uma diferenciação dos outros locais da casa, e aplicava-se uma metodologia de ensino individual, de modo que o preceptor pudesse voltar toda sua atenção ao aluno especial. Este método para Vasconcelos (2007, p.34) foi adotado pelas escolas em seu princípio, mas tornou-se pouco factível e, posteriormente, utilizaram-se formas de educação focadas na quantidade de alunos, de forma mais uniforme, e pouco preocupada com as características individuais.

O movimento de educação domiciliar eclodiu nos Estados Unidos a partir da década de 1960, e foi "influenciado por educadores considerados progressistas que levam muitos pais a escolher educar seus filhos fora do sistema público de ensino e das restrições institucionais e filosóficas do sistema educacional vigente" Costa (2016, p.32). Após isso, o *homeschooling* tornou-se um fenômeno social mundial que se estende hoje a pelo menos 63 países, apenas nos EUA, estima-se que cerca de 2,04 milhões de crianças sejam educadas em casa, sendo maior população de *homeschooling* existente no mundo. Vieira (2012, p.13-14) verificou que

> Os países com maior concentração de educação doméstica seguindo dos EUA, é a França, Canada, Reino Unido, África do Sul, Russa e Austrália, ressalta-se que o predomínio desse fenômeno social ocorre em países cujas as instituições jurídicas preconizam aos pais o direito de escolha, sem a intervenção estatal, qual tipo de educação oferecerão aos seus filhos.

1.2 Homeschooling no cenário brasileiro

Em meados do século XIX, as escolas surgiram, no Brasil, com o intuito de abrir a possibilidade da instrução às diversas camadas da sociedade, haja visto que nem todas as famílias tinham condições de contratar professores particulares. O escopo era garantir que os brasileiros tivessem garantida a possibilidade de acesso à educação formal. Mas, como a população não tinha a consciência da importância do ensino, adotou-se a ideia de obrigatoriedade, a fim de que toda criança fosse matriculada em colégios, liceus ou escolas. Assim, a educação foi sendo substituída pela educação escolarizada sob a falsa perspectiva de que, para Vasconceles (2007,p.37) "as instituições públicas escolares garantiam amplo acesso à instrução por estabelecerem a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar, já que havia resistência ou despreocupação da população com a escolarização".

Com isso, ao longo do século XX no Brasil, Saviani (2003, p.194) constatou que "os governos criaram órgãos e formularam planos de educação e estabeleceram legislação, voltadas às instituições de ensino, tanto estatais, como as privadas, autorizadas pelo poder público".

Há ausência de dados oficiais no Brasil acerca da quantidade de famílias que educam seus filhos em casa, fato que compromete a mensuração do respectivo fenômeno social; e "a produção acadêmica brasileira sobre o tema ainda é acanhada" Costa (2016, p.48).

1.2.1 ANED – Associação Nacional de Educação Domiciliar

A ANED – Associação Nacional de Educação Domiciliar – é uma instituição sem fins lucrativos constituídas por pessoas de todo território nacional que buscam discutir, defender e lutar pela implantação do ensino doméstico no Brasil. O movimento brasileiro a favor da educação domiciliar ainda é bem incipiente, não se conhecendo, além da ANED.

Trata-se de pessoas, normalmente famílias que optaram pelo ensino em casa, que estão pulverizadas em todo o território nacional e que escolheram essa modalidade de ensino para seus filhos em razão das mais variadas motivações, dentre as quais destacamos: ideológicas, religiosas, morais, profissionais e geográficas etc Costa (2016, p.50-51).

2 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

2.1 Constituição Federal

O direito à Educação é difundido na Constituição Federal de maneira extensa e meticulosa. Além de diversos dispositivos esparsos pelo texto constitucional, há porção que trata de maneira específica e aprimorada da educação. A Constituição Federal de1988, estabelece em seu art.6º:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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 (BRASIL,1988).

A educação é um direito social, ou seja, são direitos que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de fundamentais em condições de igualdade, para que todos tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo estado de direito.

Como o objetivo de assegurar melhores condições de vida aos setores mais desprovidos da sociedade, decorre-se do princípio da igualdade substancial da República Federativa do Brasil: a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Tendo em conta que o Estado esbarra na limitação orçamentária e dever de eficiência; é necessário que este dose a devida prestação com a necessidade individual de cada cidadão, sendo imprescindível a intervenção do Estado quando o indivíduo não tiver condições de prover os bens por si só.

O pluralismo está instituído não apenas no corpo da Constituição brasileira (art.1, V, CF/88), como também no preâmbulo. Conforme preconiza (Moreira, 2017, p.139), "a sociedade pluralista é reconhecida e protegida a diversidade de opinião e de visões de mundo". Mais do isso, o pluralismo é expressamente definido como um dos princípios do ensino, consoante o que diz o art.206, III da CF/88:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> III - pluralismo de ideais e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (BRASIL, 1988);

Consolidando essa determinação, a CF/88 ainda embelece uma lista de princípios de ensino, como: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Cumpre observar que essa liberdade possibilita ampliar a existência da educação tradicional, focada na modelo tradicional de ensino, como também formas de alternativas de educação, inserindo a educação doméstica nesse meio.

2.2 Lei de diretrizes e bases da educação – Lei 9.394/96

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei de diretrizes e Bases da Educação estabelece as regras do sistema educacional brasileiro, seja ele público ou privado, no que diz respeito à instrução formal prestadas nas instituições de ensino, além de reafirmar o direito à educação, garantido pela Constituição Federal, ressalta a responsabilidade da família, estabelece os princípios da educação e os deveres do Estado em relação à educação escolar pública, definindo as responsabilidades, em regime de colaboração, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Para Costa (2016, p.93) trata-se de uma legislação infraconstitucional que veio assegurar eficácia substancial aos princípios constitucionais que regem o exercício do Direito Fundamental à Educação no Brasil. São normas programáticas que não reúnem condições de aplicabilidade integral e imediata. Seu artigo 1º, deixa claro que a educação é um conjunto de ações que são desenvolvidas no meio familiar, na convivência humana, trabalho, nos movimentos sociais, nas instituições de pesquisa e organizações civis. O parágrafo primeiro do respectivo diploma legislativo é claro ao afirmar que a educação escolar será desenvolvida, predominantemente, por meio das instituições próprias Costa (2016, p.94).

Sob o ponto de vista legal analisado, fica é incontestável que o Estado possui o monopólio, tanto da prestação quanto da fiscalização dos serviços educacionais. Conforme preconiza Costa (2016, p.94) "ao Estado é conferida legitimidade jurídica de criar, implementar, executar, fiscalizar políticas públicas educacionais, utilizando-se de instituições próprias para garantir o oferecimento da instrução formal, técnica e profissional."

Destarte a educação é a prestação de serviço público de competência privativa estatal, podendo ser delegada a um particular inferindo que a delegação não retira do Estado a legitimidade jurídica tão pouco o direito de fiscalizar a qualidade do serviço e eficiência na prestação.

2.3 Estatuto da criança e do adolescente – Lei 8.069/90

Instituída em Julho de 1990, o ECA (Lei 8.069/90) é uma lei complementar que define os direitos das crianças e adolescente, reforçando o que estabelece a Constituição Federal no seu art.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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Depreende-se que toda ação adotada, seja pelo Estado, a sociedade ou família, em especial os pais e responsáveis, deverá ser tomada em função de resguardar aos interesses, direitos e preservação da dignidade das crianças e adolescentes.

Observa-se, na análise legal, que o ECA é regido por uma vasta serie de princípios que mostram necessários para a implantação de políticas públicas de proteção da criança e do adolescente. Ressalta-se, que para o estudo em questão, é imprescindível, a análise do artigo 55, do Estatuto, do qual os pais têm a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino. No mesmo sentido é importante ressaltar o conteúdo do art.129, inciso V do ECA: ‘‘São medidas aplicáveis aos pais e responsáveis: V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar”

Ao abortar a questão, Costa (2016, p.75) afirmou que o Estatuto da Criança e Adolescente, através de “dois dispositivos legais, delimitou claramente as obrigações dos pais no que se refere à educação dos filhos”. Trata-se de um dos meios legítimos de implantação do princípio da paternidade responsável, a obrigação legal assumida pelos pais de permitir que seus filhos sejam matriculados e frequentem a escola.

A matrícula regular em rede de ensino constitui um Direito Fundamental da Criança e do Adolescente, visto que é um direito personalíssimo, indisponível, irrenunciável, cujos os pais não podem limitar, suprimir ou violar seu exercício pelos filhos (DIÓGENES JUNIOR, 2015).

2.4 Projeto de Lei 3.179/12

De autoria do Deputado Federal Lincoln Diniz Portela, do Partido Republicano pelo Estado de Minas Gerais, o Projeto de Lei 3.179/12 propõe que seja acrescentado paragrafo ao artigo 23 da Lei 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com o intuito de oferecer o ensino domiciliar na educação básica. A proposta estabelece a seguinte redação no texto legal no seu §3º, do art.23 da referida lei:

> §3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estabelecidas pelo União e das respectivas normas locais (BRASIL, 2012).

Nessa perspectiva, em dezembro de 2017, o Deputado Fernando Bezerra Coelho, apresentou proposta de nova legislação à Câmara dos Deputados, o PL n.490/2017, que visa a mudança do ECA/90 e da LDBEN/96, inserindo a Educação Domiciliar como alternativa ao ensino escolar. Em fevereiro de 2018, o mesmo parlamentar propôs o PL n.28/2018, que de forma complementar visa a modificação do Código Penal de 1940, ao dispor que "comprovada a Educação Domiciliar, não há ocorrência de crime de abandono intelectual pelos pais ou responsáveis" para Cardoso (2018, p.153).

Após diversas manifestações e discursões acerca da legalidade da proposta de lei citada, a Comissão de Educação apresentou uma nova orientação sobre a educação doméstica, como foi amiudado por Costa (2016, p.67) "A educação básica domiciliar brasileira é de responsabilidade dos pais ou tutores dos alunos, que deverão se submeter a fiscalização e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos estatais que integram o sistema de ensino".

As famílias optantes pela modalidade deverão ser mantidas num registro oficial, garantindo-se o cumprimento do currículo mínimo, a avaliação da aprendizagem periodicamente, a participação do estudante no sistema nacional e local de avaliação da educação básica sendo o Estado o órgão competente e legitimado para exercer a inspeção educacional.

Caso sejam aprovados os projetos de lei, estes serão possibilidades de ampliação da autonomia familiar, contudo não desprezando a importância do Estado na regulação e fiscalização.

2.5 Julgados

Em que se pese, é possível encontrar alguns julgados expedidos pelo Poder Judiciário Brasileiro acerca do tema tratado, mas vale ressaltar que a maioria deles são desfavoráveis à educação doméstica. Nas decisões proferidas por desembargadores e ministro fica evidente que, em sua maioria, não é aceito outra modalidade de sistema escolar senão o modelo tradicional, quer seja prestado na escola pública ou privada, desde que autorizada pelo Estado.

2.5.1 Tribunais Superiores

Em 2015 o Superior Tribunal Federal (STF) recebeu o Recurso Extraordinário n.888.815/RS que trata da temática da educação realizada pela família. A família recorreu ao STF por quer a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de apelação n.70052218047, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ação de Mandado de Segurança que denegou o direito aos pais de educarem sua filha pelo sistema de educação domiciliar, por inexistência de previsão legal.

Ao longo da decisão judicial, houve ministros se manifestando de forma contraria e favorável. Porém o Ministério Público, em 2015 mostrou-se contrário ao reconhecimento da educação doméstica, no mesmo sentido a Advocacia Geral da União.

Em 06 de setembro de 2018, o STF iniciou o julgamento do RE n.888.815/RS, do qual já havia reconhecida a Repercussão Geral. No dia 12 de setembro de 2018, os ministros do STF, decidiram por maioria, em não prover o recurso; prevaleceu o voto do Ministro relator Alexandre de Moraes, que compreende a constitucionalidade da Educação Domiciliar, mas que entende ser necessário a criação de uma legislação regulando a prática. Estabelece também ser imprescindível a parceria entre família e Estado, entendendo que a efetivação da educação advém da colaboração entre esses dois.

A família Coelho de Anápolis (GO), impetrou um mandado de segurança n.7.407 de 24 de abril de 2002 junto Superior Tribunal de Justiça. Os pais solicitaram que lhes fossem permitidos ensinar os filhos em casa, com a matrícula escola regular e as devidas avaliações para comprovar a instrução dos filhos, afim de comprovar a instrução dos filhos, a fim de comprovar que estavam cumprindo o dever de instruir os filhos.

Ao final, os pais tiveram que acatar a decisão de matricular os filhos em uma instituição regular. A decisão do tribunal superior é ressaltada pois institui o Estado como maior garantidor da educação, apesar de ressaltar a importância do acompanhamento familiar.

2.5.2 Tribunais Estaduais

Em 18 de maio de 2016, a 7ª Câmara Cível do TJ/RS julgou o Agravo de Instrumento n.70068217330 referente a um processo de medida protetiva. Os pais de uma criança de 11 anos e um adolescente de 14 anos, decidiram pela educação doméstica e quando Ministério Publico tomou conhecimento instaurou uma medida de proteção para obrigar os pais a introduzirem os filhos na rede de ensino regular.

A Des.do caso Dra. Sandra Brisolara arguiu que não havia alternativa aos pais, se não seguir a determinação e a realização das matrículas dos filhos, pois inexiste a previsão nessa modalidade de educação na legislação brasileira, nesse caso devendo prevalecer o melhor interesse da criança e adolescente para preservá-los. Os demais desembargadores votaram com a relatora, e o recurso teve negado seu provimento por unanimidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 11 de fevereiro de 2016, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Recurso de Instrumento n.70068241892, decidiu não prover o recurso que tinha como pretensão a reforma de decisão do juízo de primeira instância da Comarca de Panambi após o Ministério Público tomar ciência que os pais estavam adotando a educação domestica foi instaurado um processo de medida protetiva para que as crianças voltassem a frequentar as escolas.

Observa-se que diferente do julgado anterior que reconheceu a educação doméstica, nesse julgado nega-se essa modalidade e compreende que há uma vedação implícita.

3 OS AGENTES NO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1 Poder familiar

No Brasil, a definição de família adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é relevante não apenas pela definição, mas também por ser utilizado para definir políticas públicas

> Família: conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, por e normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residem na mesma unidade domiciliar (BRASIL,1973).

O princípio do planejamento familiar tem previsão legal no art.1565, §2º do Código Civil Brasileiro

> Art.1565 §2º planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL,2002).

Existe também previsão constitucional garantindo autonomia do planejamento familiar, art.226 §7º da CF/88

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art.226 §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).

É o que expõe Costa (2016, p.103) quando preconiza que

> O poder familiar é um princípio que legitima o Direito Fundamental à Liberdade dos pais educarem seus filhos, definir o modo de vida, escolher os valores morais e religiosos a seguir e ter, acima de tudo, autonomia na tomada de suas decisões e de sua família.

As previsões legais expostas se fundam em situações em que o Estado não pode intervir na independência dos pais no que tange à tomada das decisões atinentes ao núcleo familiar. Neste contexto, Costa (2016, p.104) estabelece que "aos genitores é conferida a liberdade de escolher como educarão seus filhos, qual religião adotarão, quantos filhos terão, como será a rotina das pessoas que integram à família". Contudo, verifica-se que o Estado tem legitimidade para intervir no âmbito familiar visando proteger Direitos Fundamentais dos filhos menores.

3.2. Poder Estatal

A Constituição Federal de 1988 estabelece proposições normativas que regulam a interpretação e a validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Crianças e adolescentes são ampla e integralmente protegidos em seus direitos, o objetivo constitucional é garantir o desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O poder estatal é exercido pelos agentes públicos no exercício de suas competências definidas em leis. Ao abordar a questão, Moreira (2017, p.131) estabelece que o "fundamento da relação é o princípio da intervenção mínima do Estado na família. A princípio, proíbe-se o Estado de intervir em assuntos internos da família".

A proibição citada, decorre da previsão constitucional da autonomia associativa reconhecida à família, vista no art.5º, inc.XVIII e da proteção constitucional conferida à família:

> 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:
>
> XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (BRASIL, 1988);

Convém observação que essa vedação não é absoluta, pois poder familiar poderá perder espaço quando não executado de maneira adequada, em situações que os responsáveis não puderem assegurar aos filhos o desfrute de direitos fundamentais, como vida, saúde e educação.

Em vista disso, o art.2 da Lei 9.784/99 estabelece que a interferência estatal de ser além de excepcional, sempre motivada, e essa motivação tem obrigação de cumprir dois preceitos: o fundamento de fato (definir o fato gerador da intervenção) e de direito (a norma jurídica fundamentadora da intervenção). Para ARAGÃO (2012, p.85) "o ônus da prova nas excepcionais situações de intervenção estatal na família pertence ao Estado, que deve demonstrar, ao menos, o efetivo descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar".

Além disso, Moreira (2017, p.132) institui que

> A atuação estatal deve ser precedida de um processo que permita aos pais ou responsáveis não apenas o conhecimento integral da acusação feita contra eles, mas também lhes dê a oportunidade de defesa adequada e de, ao final, ter o processo decidido por uma autoridade imparcial.

Por último, Roman (2012, p.210) acrescenta que "a intervenção estatal na família deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade, limitador de qualquer espécie de atuação do Estado na sociedade, subdividindo em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito".

4. CONCLUSÃO

Na interpretação dos dispositivos legais analisados, percebemos que a educação é um direito da criança e do adolescente no Brasil, e a obrigação de efetivar e salvaguardar esse direito, conforme ordenamento jurídico, é principalmente da família, do Estado e da sociedade atuando de forma colaborativa.

Devido seu crescente número de adeptos dessa modalidade de educação, constata-se que o fenômeno educação doméstica, existe no Brasil, porém ausência de previsão legal, regulamentação ou mesmo proibição expressa que resultam em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

incerteza quanto a sua possibilidade de aplicação. Com isso, percebe-se que há um conflito acerca do homeschooling entre autonomia familiar e as relações estatais, e discutir educação domiciliar, significa observar qual o papel da família no contexto social.

Conclui-se q apenas o Estado, no contexto jurídico, é o ator capaz de prover o acesso à informação, conhecimento e instrução as pessoas, o homeschooling acaba por não se tornando uma alternativa estável para segurança das famílias q o escolhem, seja por falta de previsão legal ou por que existi uma obrigação de inserção escolar formal. O Estado tem o dever de fornecer oportunidades educacionais, mas só o indivíduo pode desenvolver seu potencial por meio da educação.

A educação doméstica deve ser vista e tratada como uma modalidade educativa e um categoria alternativa disponível para acesso às famílias. Isso significaria um retorno à liberdade familiar. Em que pese, parece oportuno quebrar a presunção de que apenas o Estado e a escola são os instrutores da educação da criança e do adolescente, a tarefa de educar é também familiar quando ela propicia a convivência em diversos contextos e insere o indivíduo no meio comunitário; isso contribui para formação de pessoas autônomas e capazes de exercer seu papel em sua vida privada e social.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.259, p.85, jan./abr.2012.

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

Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente** (Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei n.9.394 de 20 de dezembro de 1996). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. **Lei 9.784/99** de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. **Projeto de Lei n.3.179** de 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328 Acesso em: 08 ago. 2019.

CARDOSO, Nardejane Martins. **O direito a optar pela educação domiciliar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COSTA, Fabricio Vegas. **Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12**. Belo Horizonte: Ed.D'Plácido, 2016.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasileia, DF. Ed.Monergismo, 2017.

ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.210

SAVIANI, Dermeval. **A história da escola pública no Brasil.** Revista de ciência da educação do Centro Unisal, Lorena, n.8, ano 5, p.185-201, jun., 2003.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. A Educação doméstica no Brasil de oitocentos. **Revista Educação em questão**, Natal, v. 28, n. 14, p. 24-41, jan./jun., 2007.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. **Escola? Não, obrigada: um retrato do homeschooling no Brasil**. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10438/3946. Acesso em: 18/08/19.

WILSON, Douglas. **Educação clássica e educação doméstica**. Brasília,DF: Ed.Monergismo, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PROCESSO DE PARENTALIDADE NA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

MANOEL SEBASTIÃO DE SOUZA DOS SANTOS:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo buscou analisar o processo de parentalidade na construção da família contemporânea e seus reflexos Jurídicos. Foram abordados os temas: conceito de família, tipos de família, família homoafetiva, união homoafetiva como entidade familiar, adoção por família homoafetiva e o princípio da prioridade absoluta. Com a pesquisa, foi possível verificar a falta de leis especificas no âmbito do estudo da parentalidade, pois os parâmetros para abordar o tema, se baseia na Constituição Federal brasileira de 1988, que dispõe de princípios gerais que norteiam e inspiram o direito de família, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que traz a doutrina da proteção integral dos direitos da criança, de modo que coloca a criança e o adolescente como sujeitos de direito com proteção e garantias específicas. Na pesquisa utilizou-se o método dedutivo com intuito de se chegar a uma conclusão com base nas teorias sobre o tema. Quanto aos meios, foram utilizadas fontes em livros, artigos e publicações diversas, sendo considerada uma pesquisa de caráter bibliográfico.

Palavras –Chaves: Parentalidade; Família e Reflexos Jurídicos.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the process of parenting in the construction of the contemporary family and its legal reflexes. The following topics were addressed: family concept, family types, homosexual family, homosexual union as a family entity, adoption by homosexual family and the principle of absolute priority. With the research, it was possible to verify the lack of specific laws in the study of parenting, because the paramentros to approach the theme, is based on the Brazilian Federal Constitution of 1988, which has general principles that guide and inspire the family law, and the Statute of the Child and Adolescent (ECA) that brings the doctrine of the integral protection of the rights of the child, so that it places the child and adolescent as subjects of law with specific protection and guarantees. The research used the deductive method in order to reach a conclusion based on the theories on the subject. As for the means, sources were used in books, articles and various publications, being considered a bibliographical research.

Keywords: Parenting; Family and Legal Reflexes.

INTRODUÇÃO

A família é um sistema complexo que está diretamente ligado ao processo de transformação histórica, social e cultural. Em pleno século XXI, o conceito de família está bem diferente dos de décadas passadas. No passado, somente eram admiradas as famílias compostas por pai e mãe casados que, como resultado, tivessem filhos. Hoje, elas podem ser formadas de diversos modos, com apenas pai e filho(s), dois pais e filho(s), jovens que se amam e acabam gerando uma nova vida, e assim por diante... Atualmente, a estrutura familiar se apresenta em uma nova composição dinâmica, deixou de ser singular, passando para pluralidade.

Com a permissão do casamento de pessoas do mesmo sexo, foi possível o reconhecimento de uma nova configuração familiar. Famílias monoparentais, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, enfim são novos arranjos familiares.

Neste sentido, o artigo pretendeu analisar o processo de paternidade na construção da família contemporânea e seus reflexos jurídicos, ressaltando a Constituição Federal brasileira de 1988, que dispõe princípios gerais que norteiam e inspiram o direito de família e o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Diante do estudo, buscou-se responder ao problema da pesquisa: Qual o papel da justiça no processo de parentalidade advindo da adoção por construção da família contemporânea, tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente?

Para uma melhor compreensão, o artigo apresenta uma contextualização sobre a palavra família, definindo os tipos e suas peculiaridades, adoção por família homoafetiva e o Princípio da Prioridade Absoluta.

Na pesquisa utilizou-se o método dedutivo com intuito de se chegar a uma conclusão com base nas teorias sobre o tema. Quanto aos meios, foram utilizadas fontes em livros, artigos e publicações diversas, sendo considerada uma pesquisa de caráter bibliográfico.

1 FAMÍLIA: CONCEITO E EVOLUÇÃO

A palavra "família" deriva do latim *família*, que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos (MALUF, C, MALUF, A., 2018).

Gagliano e Filho (2019, p. 67) "família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o pater famílias".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Dias (2015, p, 48), a definição de família, no sentido mais amplo, seria "aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade", formada pelo pai, mãe, filhos, genros, noras e netos. Nesse sentido, é difícil encontrar uma definição de família diferente deste contexto, porque sempre vem à mente a imagem da família patriarcal: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos.

Lôbo (2009, p. 2) cita que sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três tipos de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Não diferente dos demais autores, Pereira (2018, p. 39) cita a família como "conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum". Para o autor, destaca-se a diversificação em sentido genérico e biológico, como por exemplo: filhos do cônjuges (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).

1.1 Evolução da Família

A família surge como o primeiro formato de organização social que temos notícia, na religião formou-se seu principal elemento de construção que era valorizado nas sociedades primitivas e aos poucos diluídas nas sociedades modernas. Encontrava-se no domínio parental e marital a força máxima da crença religiosa mais do que em uma formação natural, assim, se faz necessário para os antigos a permanência de herdeiros varões para a continuidade familiar, visto que, a ausência de herdeiros varões poderia levar à extinção de uma família e da sua religião.

Para Bonfante (apud MALUF, 2018, p. 23) "família é o organismo distinto da sociedade doméstica que representa um restrito grupo político estabelecido, que tem por objetivo a ordem e a defesa na Idade Primitiva". Segundo o autor, a família desempenhou funções políticas, econômica biológicas e psicológicas, representando o instrumento social de preservação e desenvolvimento da espécie, atuando decisivamente junto de seus membros.

Durante muito tempo a família foi construída através de união civil e religiosa entre homens e mulheres com o objetivo principal de reprodução, com o passar dos tempos a família foi se alterando em virtude das formas de desenvolvimento e organização da sociedade, no início os grupos sociais que existiram efetivamente não eram famílias nos padrões organizacionais como da atualidade. Sendo assim, a definição de família se ampliou, possibilitando novas formas de configurações

familiares, os primeiros grupos humanos com base na nomenclatura sexual do casal, pouco importa se essa união fosse passageira ou duradoura, semelhante ou diferente, não se constitui como característica fundamental, pois os vínculos estão se efetivando independentemente do caráter da procriação, ressalta-se que essas mudanças que estão acontecendo na ampliação do que era denominado família não deve ser interpretada como efeitos de uma crise na família e sim como evolução da sociedade.

Em Roma a representação familiar era simbolizada pelo pai e todo poder atribuído a ele terminava somente com a sua morte. Sendo o homem o senhor do lar, a mulher romana não tinha o papel de senhora do lar, pois ela era considerada parte integrante do homem. A mulher casada seguia todas as regras de boa conduta e tinha certa liberdade para conviver socialmente.

Nesse sentido, houve uma evolução na estrutura família, pois na época clássica, a representação familiar era tipicamente patriarcal, detendo ao pai o controle total da entidade familiar enquanto vivesse. As mulheres eram consideradas *alieni iuris,* e pertenciam à família do marido ou do pai, enquanto não se casassem. "A viúva tornava-se *sui iuris*, sem ascendentes masculinos, livre do pátrio poder, mas com direitos limitados, restritos, sendo sua situação indefinida" (ALVES, 2008 apud MALUF.A., 2018).

> o matrimônio apresentava-se de várias formas: a *confarreatio,* a *coemptio* e o *usus*. A *confarreatio* era uma cerimônia religiosa; a *coemptio* encontrava-se ligada à tradição da compra de mulheres – o marido aparece no meio de um cerimonial para tomar posse da mulher, simbolizando o pagamento de um preço; o *usus* consistia na posse da mulher, que somente após um ano garantia a consumação do casamento. (ALVES,2003 apud MALUF, 2018, p.24)

Segundo o autor, todas as três formas produziam o efeito de introduzir na família do marido a mulher que se casava, ficando está sob competência do marido, direito e poder sobre a mulher, rompendo os laços de parentesco que ungiam a mulher à sua família originária. O autor cita ainda o matrimônio especial, *sine manu*, em que se dava a união entre o marido e a mulher mas não se verificava o estabelecimento da *manus* (poder marital), ou seja, continuava a mulher a pertencer à sua família originária, estando sob a autoridade do seu *pater*, e conservava os seus bens e o *status família* anterior ao casamento, não obstante viver na família do marido na posição de esposa.

De acordo com Alves (apud MALUF, 2018, p. 25) o Direito canônico (conjunto de leis e regulamentos) possibilitou a valorização da união, o desejo recíproco dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cônjuges de se tratarem respectivamente como marido e mulher e a vontade de permanecerem casados ou não.

> "Roma conheceu um casamento monogâmico, heterossexual, que se formou pela expressão do consentimento dos nubentes, de caráter essencialmente consensualista, de onde se libertavam facilmente, tanto que o divórcio e os recasamentos eram frequentes – mesmo quando sofreram as limitações legislativas impostas pelas leis imperiais". (ALVES,2003 apud MALUF, 2018, p.25)

Nesse sentido, Maluf (2018, p. 25), cita que o prazo para o recasamento era de dez meses após a morte do marido, no antigo direito clássico, ou doze meses, no caso de divórcio posterior, denominado *annus lugendi* (união conjugal), visando assim evitar dúvida sobre a paternidade. Antes desse prazo considerava-se não a nulidade do casamento, mas a ofensa à memória do marido bem como a infâmia à sua família, o que gerava graves danos patrimoniais à mulher, limitando, ainda, a sua faculdade de testar em favor do segundo marido.

2 TIPOS DE FAMÍLIA

A família é uma das instituições mais importantes da sociedade, ao logo do tempo vem passando por diversas transformações e se destacando do perfil tradicional, alterando seus significados de acordo com o ambiente e com o momento histórico em que se encontra. Sendo assim, pode parecer um tanto estranho dizer que existem vários "tipos" de famílias, entretanto não estamos falando de cada família, mais sim sobre a estrutura familiar e como ela é composta, além da significativa diminuição de números de componentes, houve trocas de papeis levando a mulher ao mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor da família. A sociedade vem a cada dia se adaptando às realidades vivenciadas pelas pessoas e, com isso, o conceito de família passou a ser visto de maneira plural.

Segundo Dias (2015, p. 680) no período colonial até boa parte do século XX, o modelo familiar era de família patriarcal onde o marido era o soberano sobre a mulher e os filhos. Acredita-se que muitas famílias brasileiras ainda têm esse formato, o que é comum, mas não é o único existente, bem como não mais se verifica a existência do pátrio poder, tendo em vista que homem e mulher possuem direitos e deveres iguais, mútuos, conforme o art. 226, § 5º da Constituição Federal de 1988.

2.1 União Informal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outra forma de família, é a união informal, podendo ser reconhecida entre indivíduos de qualquer sexo, seja casal heterossexual, seja casal homoafetivo, desde que presentes os requisitos previstos em lei.

Conforme Dias (2015, p. 236):

> A lei emprestava juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de adulterinas ou concubinárias. Apenas a família legítima existia juridicamente. A filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento. Os filhos havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de enorme gama de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à invisibilidade. Não podiam sequer pleitear reconhecimento enquanto o genitor fosse casado.

Como se percebe não se aceitou o fato de homens, já casados, que constituíam nova família com filhos e esposa, abandonarem seus lares sem lhes prestar a devida importância, bem como não admitiu-se o uso de termos como "filhos bastardos", "ilegítimos", entre outros. O poder judiciário criou, aos poucos, soluções para esses conflitos.

2.2 União Paralela ou Simultânea

Segundo a autora existe também a família paralela ou simultânea, que é aquela formada em concomitância com a existência de casamento anterior onde o homem ou a mulher que sendo casados, constituem outra família.

Sobre essa relação (DIAS, 2015, p.240) afirma que:

> A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. (...) Dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. É o que se chama de famílias paralelas (...) Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar esta postura é ser conivente, é incentivar este tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a justiça não lhe impõe qualquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> anos, acreditou em quem lhes prometeu amor exclusivo. Mulheres que ficaram fora do mercado de trabalho, cuidaram de filhos e, de repente, se veem sem condições de sobrevivência. (...) Tanto é assim que, quando a mulher nega que sabia ser "a outra", é reconhecida união estável putativa de boa-fé e atribuídos os efeitos de uma sociedade de fato (...) Não há como deixar de reconhecer a existência de união estável sempre que o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família. (...) A Justiça não pode ser conivente com esta postura. Não pode ser cega, fazer de conta que não vê. Não impor quaisquer ônus não vai fazer os homens deixarem de assim se comportar. É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter outra união.

A autora afirma que na união paralela ou simultânea, o relacionamento, pode ser dividindo entre duas famílias. Para o homem isso pode ser conveniente, visto que não tem impedimento legal. Nesse sentido, a justiça não pode impor essa separação familiar.

2.3 Família Poliafetiva ou Poli Amorosa

Outra forma de família é a poliafetiva ou poli amorosas. É quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. "Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes". Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito. (DIAS, 2015, p. 241).

2.4 Família Monoparental

Já a família monoparental é formada pela presença de um dos genitores (pai ou mãe) com filho(s). Temos outra estrutura familiar que é parental ou anaparental, tendo como característica a convivência, entre parentes ou pessoas, ainda que não parentes.

Pereira (apud DIAS, 2015, p. 243) distingue família conjugal do que chama de família parental, "quando as pessoas, movidas pelo desejo de terem filhos, escolhem alguém para fazer uma parceria. Sem que mantenham qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual, concebem o filho que é registrado em nome de ambos". Cabe ressaltar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos, e que não há necessidade de um vínculo sanguíneo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.5 Família Composta, Pluriparental ou Mosaico

Essa Estrutura familiar é formada por pais que tem filhos e se separam, eventualmente começam a viver com outra pessoa que também tem filhos de outros relacionamentos. "São famílias caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência". (DIAS, 2015, p. 243).

Dias, (2015) destaca que no contexto da família "mosaico', a lei admite a possibilidade da adoção pelo companheiro do cônjuge genitor, recebendo o nome de adoção unilateral (ECA 41 § 1º). Entende Dias que por uma interpretação gramatical, para a ocorrência desta forma de adoção, seria indispensável a concordância do pai registral, o que, infelizmente, inviabiliza esta possibilidade na prática.

De maneira injustificada, como salienta Dias, ainda resiste a jurisprudência em atribuir encargos ao padrasto ou madrasta. No mesmo sentido, não é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito a alimentos, mesmo quando comprovada a existência de vínculo afetivo entre eles, bem como quando tenha o companheiro do genitor assegurado sua mantença durante período em que conviviam numa família "mosaico". (DIAS, 2015).

Tendo em vista o vínculo afetivo que se forma entre o companheiro do genitor e a prole, a jurisprudência já começa a se manifestar no sentido de admitir o direito de visitas deste, fundamentando-se no princípio da solidariedade. (DIAS, 2015).

2.6 Família Natural, Extensa ou Ampliada

O conceito de família natural, conforme o que é exposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 25, do ECA) "comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendente*s*". Dita expressão está ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear.

Entende-se a família natural como aquela que é formada apenas pelos laços sanguíneos uma vez que tem como sujeitos o marido, esposa e filhos, restringindo-se então a um núcleo familiar. Este conceito trazido pelo ECA abrange até menos a família monoparental, já apresentada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) cita a família extensa ou ampliada. Segundo o ECA "a família extensa ou ampliada se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade" (Art. 25, do ECA).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Aqui a configuração familiar pode ser o marido, a esposa, os filhos, avós, tios, desde que tenham vínculos e convivência.

Dias, (2015, p. 245) "A lei exige que já exista um vínculo de convivência, afinidade e afetividade da criança com algum parente como família extensa". Porém a autora cita que na prática não é o que a Justiça faz. Quando a mãe não quer ou não pode ficar com o filho, sai à caça de algum parente. "Ora, quando se trata de recém-nascido, nem existe este tipo de vinculação, pressuposto para reconhecer a família como extensa". (DIAS, 2015, p. 245).

Segundo a autora Depois de esgotados todos estes esforços é que começa o moroso processo de destituição do poder familiar, que pode durar anos. No processo de argumentação se família extensa é uma espécie do gênero família natural, uma espécie do gênero família substituta ou um novo gênero de família, a doutrina reconhece que se trata de uma espécie de família substituta, até porque, sob uma perspectiva prática, os parentes próximos precisam regularizar a situação por meio da guarda, tutela ou mesmo adoção.

2.7 Família Substituta

O Estatuto da Criança e do Adolescente não define o que seja família substituta (Art. 28, do ECA), mas a tendência é assim definir as famílias que estão cadastradas à adoção**.** São convocadas segundo o perfil que elegeram. Recebem a criança ou o adolescente mediante guarda, firmando o devido compromisso (Art. 32, do ECA).

As crianças ou adolescentes colocados nessas famílias ficam no convívio com essas até se esgotarem as possibilidades de serem reinseridos na família natural ou aceitos pela família extensa. Nesse caso, o menor deve ser encaminhado de maneira excepcional, por meio de qualquer das três modalidades possíveis, que são: guarda, tutela e adoção.

Dias (2015) afirma que há um longo caminho a percorrer até adoção, e que só depois então, o menor terá direito a um nome, e a certeza de ter um lar, um pai e uma mãe. Em face da precariedade do vínculo que se estabelece, tudo é insegurança. Todos passam a conviver com o fantasma da possibilidade da separação.

2.8 Família Eudemonista

A família Eudemonista, é aquela que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros, ou seja, o que se busca é o amor, a felicidade, onde marido e mulher possuem os mesmo direitos e deveres, de forma mútua. (DIAS, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por isso, entende-se a Família Eudemonista como presente com todas as outras, pois possuem objetivos e fundamentos que toda pessoa quer encontrar no âmbito familiar.

2.9 Família homoafetiva

Para abrimos este tópico, temos que primeiramente entender a diferença entre homossexual, heterossexual, bissexual, homoafetivo e heteroafetivo.

Vecchiatti (2012, p. 79) se amar apenas pessoas do mesmo sexo, será homossexual; se amar apenas pessoas do sexo oposto, será heterossexual; se amar pessoas de ambos os sexos (ainda que tenha um maior apelo por um deles), será bissexual. Já o termo homoafetiva e heteroafetiva, para autor, apenas destaca que as pessoas têm a potencialidade de sentir atração romântica/conjugal por outras do mesmo sexo (pessoas homoafetivas) ou do sexo oposto (pessoas heteroafetivas). Segundo o autor, essas termologias foram criadas para se retirar a carga pejorativa existente no termo homossexualismo.

Segundo Lôbo (2011) a família Homoafetiva é aquela formada por casais do mesmo sexo, seja homens, seja por mulheres. Sobre essa relação pode-se dizer que é considerada família desde que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família.

> Historicamente a família é identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos "sagrados" laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia, que a Constituição, ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade sexual do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo. (DIAS, 2015, p. 459)

Para Dias (2015, p. 459) a homossexualidade sempre existiu. "Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício". Também não pode ser considerada como um mal contagioso, que dificulte a convivência com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI.

A homossexualidade é uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado, e tão pouco, ser alvo de exclusão social.

A autora explicita que a origem da homossexualidade, não se conhece. "Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal". (DIAS, 2015, p. 460).

Para Hironaka (apud DIAS, 2015, p. 460) as verdades sobre a origem da homossexualidade são perigosas, "exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos". Segundo a autora é mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas ideias, pois tudo o que contém dentro de um formato imutável, tende a parecer mais seguro.

Não há leis especificas para homossexualidade, porém isso não significa a inexistência de direitos, principalmente quando se trata da união homoafetiva. Vale ressaltar que a Constituição Federal não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, afirma-se ainda que as normas do art. 226 da CF são autoaplicáveis, ou seja, pode ser utilizada para amparar essa relação familiar.

O artigo 5º da Constituição, sustenta e ampara os direitos e deveres do cidadão, concede a proteção à todos, sendo assim, veda a discriminação e preconceito por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos, os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Conforme Lôbo (2011) na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores, assim sendo, família pode ser constituída por qualquer indivíduo, independe de identidade de gênero. "A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual". (DIAS, 2015, p. 462).

Para Dias (2015) a única diferença entre a união homoafetiva com a união estável entre um homem e uma mulher, é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal situação, não serve de fundamento para qualquer diferenciação, por não ser requisito para o reconhecimento da entidade familiar.

A autora cita que a Resolução do Conselho Federal de Medicina, autoriza acesso às técnicas de reprodução assistida independente da orientação sexual. Segundo Dias (2015) essas resoluções de alguns estados tem autorizado o registro em nome dos pais, independente de ação judicial. Nesse sentido, os homossexuais tem sim a possibilidade de constituírem família com filhos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outros avanços assegurados nas uniões homoafetivas, foi possibilidade dos homossexuais terem acesso ao casamento. Submetem-se os noivos aos mesmos impedimentos e restrições legais. Em 05/05/2011, o STF acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis.

Um avanço notável da temática se deu com a edição da Resolução n.º 175, de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual passou a determinar que os oficiais de registro de casamento recebam as habilitações para casamento homoafetivo, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre essas pessoas.

Depois dessas inovações, os institutos do casamento ou da união estável podem ser utilizados por qualquer casal, seja heterossexual ou homossexual.

Conforme, Lôbo (2011):

> "Todos os direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável são iguais para o casal heterossexual ou homossexual, assim na relação entre os cônjuges ou companheiros, como entre os pais e filhos. Nenhuma restrição ou limitação pode haver em razão do sexo igual ou distinto, notadamente quanto à natureza familiar dessas uniões, aos filhos, regimes de bens, aos alimentos, à sucessão hereditária".(LÔBO, 2011, p. 81).

Dentre os direitos concedidos aos casais homoafetivos, seja em sede de união estável, seja no âmbito do casamento, está o direito de adoção, não havendo, sob a ótica dos tribunais superiores, qualquer impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo adotem uma mesma criança. Pelo contrário, até mesmo famílias formadas por uma só pessoa podem adotar uma criança, bastando preencher os requisitos legais da adoção.

3.1 Adoção por família homoafetiva

Adotar é muito mais do que um simples ato de caridade, significa aceitar um estranho na qualidade de filho, amando-o e criando-o como se fosse seu filho biológico. Antigamente a finalidade da adoção era conferir filhos àqueles que estavam impossibilitados de tê-los por natureza, hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o interesse maior a ser resguardado é o da criança e do adolescente. A função da adoção, atualmente não é a de dar uma criança a uma família, mas uma família para uma criança, assegurando-lhe saúde, educação, afeto, enfim, uma vida digna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 19. ECA):

> É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

Conforme o ECA, (Art. 41), atribui ao adotado o *status* de filho, e assim dispõe: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".

O processo de adoção é sempre judicial, vedada a iniciativa por procuração. O estatuto cita em seu artigo 19, que a gestante ou mãe que manifestar interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 19. ECA).

> §4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem 25 Lei nº 8.069, de 13 de 1990 estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, BRASIL, 2017).

O Estatuto prevê no § 6º, que na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la.

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantém um vínculo afetivo estável.

Talvez o que se questiona é o que acontece com essas crianças, criadas por dois homens ou por duas mulheres. Como ficam as questões de identificação e o desempenho das funções materna e paterna?

Segundo Tartuce (2019, p. 718), "estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais". Para o autor, o mais importante é a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar.

O autor cita que na Comarca de Catanduva, no interior de São Paulo, houve uma adoção que atingiu pleno sucesso. Essa adoção por casal homoafetivo foi concedida judicialmente, e teve ampla divulgação nos noticiários nacionais.

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a adoção homoafetiva, consoante decisão assim publicada no seu *Informativo* n. *432:*

> "Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1.º da Lei n.º 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles" (STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27.04.2010).

Após a decisão, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu que não há nenhum impedimento de adoção por casais homoafetivos. Outra questão, a limitação da idade da criança para adoção. Segundo o STF, o casal homoafetivo pode adotar uma criança, independentemente da sua idade.

O autor traz uma reflexão sobre o tema, pois segundo ele, não é só o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mais sim, o princípio do maior interesse da criança. Outra reflexão, é se a adoção homoafetiva traz prejuízo à criança. Para Groeninga (apud TARTUCE, 2019, p. 721) "não é possível fazer qualquer afirmação, pelo fato de, até o presente momento, não haver campo de pesquisa para tanto". Para a psicanalista Giselle Câmara Groeninga, somente com o estudo dos impactos para os filhos daqueles que foram criados em ambiente homoafetivos é que se poderá concluir se a adoção causou ou não prejuízo.

Nesse sentido, não há comprovação, ainda, de prejuízos sociais e psicológicos ao adotado. A orientação sexual do adotante não representa risco ao adotado, e de fato, o que deve prevalecer, é o que o adotante pode oferecer ao adotado, como: atenção, cuidado, responsabilidade, compromisso e proteção para com o menor.

4. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da prioridade absoluta tem como objetivo principal a proteção integral das crianças e dos adolescentes, assegurando a primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, da Constituição Federal, e renumerados no *caput* do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal do Brasil, em seu Art. 227, cita:

> 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).

Segundo Barros (2014, p. 25) "Levando em consideração a condição de pessoa em desenvolvimento, a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação". Dessa forma, a prioridade deve ser assegurada por todos os membros da sociedade, tais como a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público.

A família, seja natural ou substituta, possui o dever de formação decorrente do poder familiar. Além disso, recai sobre ela um valor moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar de suas crianças e adolescentes, seja esse vínculo consanguíneo ou afetivo.

Já a comunidade, parcela da sociedade mais próxima das crianças e adolescentes por residirem na mesma região e comungarem dos mesmos costumes, como vizinhos, membros da igreja ou da escola, também são responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais infantojuvenis.

Poder Público, em todas as suas esferas (Legislativa, Executiva e Judiciária), tem o dever de respeitar e resguardar, com primazia, os direitos fundamentais infantojuvenis, o que muitas vezes não se vê na prática.

Estatuto da Criança e do Adolescente em seu parágrafo único (Art. 4º do ECA):

> O Estado deve garantir a prioridade da criança e do adolescente (i) fornecendo o atendimento preferencial nos serviços públicos ou de relevância pública, priorizando (ii) a formação e execução de políticas sociais públicas e (iii) a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

destinação de recursos públicos para as áreas voltadas à proteção da infância e da juventude.

Tanto o princípio da prioridade absoluta, quanto o artigo 4º do ECA, deixa claro a responsabilidade da sociedade, especialmente, o poder público, dando a proteção integral para que seja atendido os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

O conceito de família atravessou os séculos inventando história, mudando situações, destruindo antigos paradigmas, trazendo uma nova configuração de arranjo familiar, e isso, corroborada por mudanças comportamentais. Apesar do avanço consistente da temática, ainda podemos dizer que há um entrave, visto que não há um consenso na doutrina sobre os princípios do direito de família.

Analise feita, à luz do direito, verificou-se a falta de leis especificas no âmbito do estudo da parentalidade, pois os parâmetros para abordar o tema, se baseia na Constituição Federal brasileira de 1988, que dispõe princípios gerais que norteiam e inspiram o direito de família. Os princípios do direito de família não são taxativos, já que o entendimento se baseia em outros princípios gerais, alguns com maior importância e relevância, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio do pluralismo familiar, o princípio da igualdade e direito à diferença, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade.

Nesse sentido, a omissão de leis dificultam o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do judiciário, cabendo ao juiz, não somente decidir pautado em princípios pessoais, como também, não pode invocar o silêncio da lei para negar direitos àqueles que escolheram viver fora dos padrões.

Para fazer justiça, o juiz não tem de inventar o direito, que, afinal, direito não se inventa. Observando a lei, o juiz profere a decisão com interpretação teleológica, progressista, evolutiva, inspirando-se nos princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Segundo a Norma do Direito Brasileiro, que dispõe em seu artigo 4º "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Espera-se leis específicas que consolide os novos direitos para os novos arranjos familiares. Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a criação do Estatuto das Famílias, contribuirá para a construção de novos paradigmas em prol do Direito contemporâneo e da realidade social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, o artigo buscou analisar o processo de parentalidade na construção da família contemporânea e seus reflexos jurídicos. Diante do estudo verificou-se as diversas denominações de famílias, ambas vinculadas ao afeto, e sua importância social.

Por esta razão, considera-se relevante a pesquisa, pois mesmo tratando-se de um tema atual, ainda a carência de leis direcionadas ao direito de família. Sendo assim, não esgota as discussões acerca da temática, que podem contribuir para futuros estudos no meio acadêmico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____ 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: https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/maio/governo-federal-lanca-nova-edicao-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca/ECA2019digital.pdf. Acesso em: 09 de jul. de 2019.

BARROS, Guilherme. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2. ed. rev., atual e ampl. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

DIAS, Maria Berenice. ***Manual de direito das famílias***.11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, P.; FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 9 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. ***Direito civil: famílias.*** 4 ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____ **Direito Civil: família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF,C.; MALUF, A. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCONI; LAKATOS. **Fundamentos de Metodologia Cientifica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio. **Instituições de direito civil** : direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2019.

VECCHIATTI, Paulo. **Manual da homoafetividade** : da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO TRABALHISTA APÓS A REGULARIZAÇÃO DO FATO GERADOR.

ALEXANDRE ZAMBELLI PIRES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Auditor Fiscal do Trabalho integrante do Ministério da Economia.

GLAUCE REGINA COSTA DE ALMEIDA PIRES

(coautora)[1]

RESUMO: O texto a seguir expõe as consequências oriundas da regularização de situação fática passível da lavratura de um auto de infração trabalhista. Este escrito apresentará fundamentação cunhada na legislação e jurisprudência de estudiosos do assunto, a fim de subsidiar as conclusões sobre o tema.

Palavras-chave: Regularização. Auto de infração trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Considerações finais. 4. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva estudar a hodierna prática dos administrados de fixação das irregularidades constatadas pela Auditoria-Fiscal do Trabalho no curso das ações fiscais, o que ocorre com a finalidade de eximirem-se das autuações que venham a ser lavradas ou daquelas já consolidadas. O estudo se baseia na recorrência relativa ao tema.

Inicialmente, este estudo se destina a identificar todos os agentes envolvidos e conceituar a relação jurídica existente entre eles.

Posteriormente, buscar-se-á estabelecer o momento de lavratura do auto de infração, com o que será possível desenvolver raciocínio hermenêutico lógico que possibilitará concluir quando a regularização de um fato gerador será apta a impedir a sanção do administrado pelo Estado.

Por derradeiro, aferir-se-á a melhor abordagem que está sendo conferida pela jurisprudência pátria.

2. DESENVOLVIMENTO

No Brasil, a Inspeção do Trabalho é personificada por meio da carreira de Estado dos Auditores-Fiscais do Trabalho (AFT), que são autoridades trabalhistas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cuja atuação precípua visa a conferir cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego, tal qual previsão legal contida no artigo 11, inciso I e §2º, da Lei nº 10.593/2002.

No exercício das atribuições legais, a Auditoria-Fiscal do Trabalho conta com diversos mecanismos para materializar o poder de polícia, em verdadeira expressão de um dos poderes-deveres da Administração Pública, que, em razão de seus atributos de imperatividade e auto-executoriedade, garante a ordem social.

Um, dos vários mecanismos utilizados pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, é o Auto de Infração, cujas hipóteses de lavratura se encontram insertas no artigo 628, da CLT:

> "Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Agente da Inspeção do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração."

O comando celetista é reproduzido no artigo 24, do Decreto 4552/2002, que aprovou o Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT):

> "A toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade, a lavratura de auto de infração, ressalvado o disposto no art. 23 e na hipótese de instauração de procedimento especial de fiscalização.".

Outra não é a lição que se extrai da decisão proferida em 26.08.02, pelo Juiz Federal Substituto da 16ª Vara da Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária de M. Gerais, Dr. Hermes Gomes Filho (Processo 2002.016297-5), reportando-se, ainda, a julgado do Colendo TRT da 4ª Região. Veja-se excerto dessa decisão, *in verbis*:

> "O exercício do poder de polícia pelas Delegacias Regionais do Trabalho, no sentido de verificar o cumprimento da legislação trabalhista, não é uma faculdade da Administração, mas uma imposição legal".

Entretanto, comezinho que o administrado que tem um auto de infração contra si lavrado, busque vias para que o mesmo não subsista.

Dentre as mais comuns, está o objeto desta dissertação, que consiste em extirpar o fato gerador que culminou na lavratura do auto de infração.

Com fincas no artigo 30 e seus parágrafos, do RIT, as fiscalizações usualmente são realizadas nas modalidades mista ou indireta, o que habitualmente implica na aferição da irregularidade em primeiro momento, para então, em ocasião posterior e durante a ação fiscal, o administrado ter contra si lavrado o auto de infração.

Impende destacar que no curso do lapso supracitado, o administrado pode regularizar a situação constatada pelo Auditor-Fiscal do Trabalho antes que o auto de infração seja lavrado, o que pode ocorrer de duas maneiras, sendo a primeira ao se firmar Termo de Compromisso em procedimento especial para a ação fiscal, e a segunda espontaneamente e sem a anuência da Auditoria-Fiscal do Trabalho. Há também a terceira hipótese, ou seja, de alhanar o fato gerador após o auto de infração já ter sido lavrado.

Na primeira situação, o administrado busca firmar Termo de Compromisso em procedimento especial para a ação fiscal, a fim de que, regularizando a situação, não ocorra a lavratura do auto de infração.

Neste caso, tem-se que a adoção do procedimento especial para a ação fiscal não é obrigatória, se encontrando no âmbito do poder discricionário do AFT.

Vide o que determinam os dispositivos 627-A, da CLT:

> "Art. 627-A. **Poderá** ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho." (destaque nosso).

Veja-se ainda o que dispõe o Decreto 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho):

> "Art. 27. Considera-se procedimento especial para a ação fiscal aquele que objetiva a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação.
>
> Art. 28. O procedimento especial para a ação fiscal **poderá ser instaurado** pelo Auditor-Fiscal do Trabalho quando concluir pela ocorrência de **motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista** por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata." (destaque nosso).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Da inteligência dos referidos dispositivos constata-se a atribuição de discricionariedade à autoridade fiscal no sentido de, com base em critérios técnicos ou motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista, ser-lhe facultada a instauração de procedimento especial para a ação fiscal. O que existe, portanto, é a prerrogativa de o agente fiscal optar pelo procedimento mais conveniente e oportuno no caso concreto, de modo que não concluindo o Auditor-Fiscal pela ocorrência das circunstâncias previstas nos dispositivos acima referidos, há de ser lavrado o auto de infração.

Não obstante, caso haja a instauração de procedimento especial para a ação fiscal, no decorrer do prazo fixado no Termo de Compromisso, a fiscalização cingir-se-á a verificação de seu cumprimento, complementação de diagnóstico e esclarecimento de fatos, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido documento. É o que determina o artigo 9º, da Instrução Normativa nº 133/2017, expedida pelo extinto Ministério do Trabalho.

Na segunda condição, o administrado espontaneamente e sem a instauração de procedimento especial para a ação fiscal, realiza a regularização da situação fática constatada pelo AFT e que é passível de autuação, porém, antes da lavratura.

O Estado, no exercício de seu poder de polícia, está sujeito a Lei nº 9.873/1999 que estabelece, logo em seu primeiro artigo, o prazo de cinco anos para a prescrição do exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal:

> "Art. 1º: **Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal**, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, **objetivando apurar infração à legislação em vigor**, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.".

Isso significa que, a partir do momento em que determinada infração trabalhista ocorreu, a Administração terá o prazo de cinco anos para a lavratura do respectivo auto de infração.

Assim, com a aferição da irregularidade pelo AFT, a falta se caracteriza e, mesmo que o administrado consiga exterminar o fato gerador antes da lavratura do auto de infração, ainda assim caberá ao Estado a imposição da sanção, dada que a excludente legal só abarca as regularizações operadas dentro do procedimento especial para a ação fiscal.

Na terceira e última hipótese o administrado acaba com o fato gerador após o auto de infração já ter sido objeto de lavratura.

Trata-se da conjunção que comporta conclusão mais pacífica, uma vez que também detém supedâneo no artigo 1º, da Lei nº 9.873/1999, além de contar com um ato administrativo perfeito e acabado, expresso por meio do auto de infração.

A extinta Secretaria de Inspeção do Trabalho, lançando mão do Precedente Administrativo nº 88, estabeleceu que eventual regularização posterior à ocorrência do fato, em nada socorre o administrado em sua finalidade de se isentar da sanção, pois a infração já havia se consumado, vejamos: "*A regularização, após a autuação, de situação irregular constatada durante fiscalização não descaracteriza a infração, tampouco acarreta a improcedência do auto*".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo em questão foi possível estabelecer a sistemática legal sobre os momentos de lavratura de um auto de infração trabalhista em cotejo com a intenção do administrado em regularizar a situação evidenciada pelo AFT e que levou à lavratura do documento fiscal.

A regra é que a toda verificação em que o AFT concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, a lavratura de auto de infração, sendo que, apenas excepcionalmente será possível a regularização como meio de evitar a autuação. Isto ocorre com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio protetivo do trabalhador, previstos nos artigos 1º, inciso III e 7º, XXII, ambos da CF.

Sem embargo ao exposto, é imprescindível e de interesse do administrado efetuar a regularização daquele fato gerador do auto de infração, sob pena de sofrer fiscalização reiterada para que adeque as relações de trabalho às normas legais.

É o que determina o artigo 26, do Decreto nº 4552/2002:

> "Art. 26. Aqueles que violarem as disposições legais ou regulamentares, objeto da inspeção do trabalho, ou se mostrarem negligentes na sua aplicação, deixando de atender às advertências, notificações ou sanções da autoridade competente, **poderão sofrer reiterada ação fiscal**." (grifei).

Mais uma das possíveis consequências, é que a falta de adequação pode resultar ainda na expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, o qual reserva competência para, conforme o caso, firmar Termo de Ajuste de Conduta, instaurar procedimento preparatório para Ação Civil Pública (ACP), ou, em última instância, ingressar com a ACP em juízo.

4. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 926 de 05/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

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

Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 21.09. 2019.

Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 21.09.2019.

Lei nº 10.593/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10593.htm. Acesso em 21.09.2019

Lei nº 9.873/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9873.htm. Acesso em 21.09.2019

Decreto nº 4552/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4552.htm. Acesso em 21.09.2009

Instrução Normativa nº 133/2017. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27494939_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_133_DE_21_DE_AGOSTO_DE_2017.aspx. Acesso em 21.09.2019.

Precedentes Administrativos expedidos pela Secretaria de Inspeção do Trabalho. Disponível em: https://sinait.org.br/site/precedentes. Acesso em 21.09.2019.

Nota:

---

[1] Graduada na Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Pós Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Doutora pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Auditora Fiscal do Trabalho integrante do Ministério da Economia.