

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1113

(Ano XIV)

(17/09/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

QR Code do Volume 1113



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1113, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 478 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Lei 14.423/22: Estatuto da “Pessoa Idosa”
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Brasil: um país intolerante com a população LGBTQIAPN+ e mulheres
Benigno Núñez Novo, 12.

O uso do Mandado de Segurança para assegurar a tutela do contraditório e a vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho
Leonardo da Costa Carvalho, 27.

O foro por prerrogativa de função e as teses do Supremo Tribunal Federal sobre esta temática
Ludne Nabila de Oliveira Barroso, 36.

A diminuição das sanções e do punitivismo como garantias de uma melhor relação entre o Fisco e o Contribuinte
Rafael Ferreira Carvalho, 43.

A evolução da jurisprudência acerca da violência em razão de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos
Camila Passos da Rocha, 56.

Análise da evolução das formas de punição e sua relação com a justiça sob a ótica de Michel Foucault
Érika Silveira Guerreiro, 74.

Panorama dos Direitos das Mulheres na Ordem Internacional e na Ordem Interna
Ana Cristina Malta Diniz, 83.

A nova lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019
Gustavo Platero Cabreira, 94.

A extensão da presunção de inocência no Brasil após a Constituição de 1988 correlacionada às prisões cautelares
Anna Carollina Tisatto Heinzmann, 111.

O Superior Tribunal de Justiça e a relativização do § 3º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Ludne Nabila de Oliveira Barroso, 134.

A formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais e a ampliação dos seus limites objetivos à luz do novo código de processo civil

Audrey Karen Prado Paixão, 142.

O controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Romeica Resende de Medeiros, 154.

O direito à saúde: rol taxativo x exemplificativo da ANS para planos de saúde

Ana Cristina Malta Diniz, 165.

Racismo e Sistema Penal

Kathlen Caroline Alves de Lima, 175.

A desjudicialização pela arbitragem e a advocacia: Porque o Futuro Não é Mais Como Era Antigamente!

Ingrid Cristine Vieira Ferreira, 179.

O contrato de estágio – aprender na prática

João Francisco da Silva e Suely Ester Gitelman, 192.

O poder de tributar e as isenções heterônomas

Bruno Mendonça Dias Carneiro, 217.

A (in)suscetibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos: uma análise à luz do texto constitucional de 1988

Camilla Ellen Aragão Costa, 229.

A impossibilidade do uso dos elementos contidos no inquérito policial visando condenação em plenário do júri

Érika Silveira Guerreiro, 256.

Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

ERICH ABRAÃO MULLER COSTA, 274.

Atenuantes da clemência. O fator raça e a culpabilidade por vulnerabilidade como atenuantes genéricas

Ana Cristina Malta Diniz, 312.

Imunidade tributária: noções jurídicas, alcance e eficácia

Elisa Rocha Teixeira Netto, 321.

O trabalho infantil e a exploração de crianças e adolescentes no meio artístico

João Pereira Da Silva Júnior, 327.

Os desafios e conquistas da implementação do serviço de acolhimento familiar em Porto Alegre/RS

Paula dos Santos Bregagnol, 342.

A complexidade da sucessão de bens situados no exterior

Ana Cristina Malta Diniz, 361.

A vulnerabilidade de crianças e adolescentes frente ao tráfico humano

Cindy Caldas Lima Silva, 368.

Pro competitione como princípio regente da Justiça Desportiva

João Luiz Rezende Nascimento, 393.

Os desafios do processo de adoção no Brasil

João Pereira da Silva Júnior, 397.

Tipicidade Penal

Elisa Rocha Teixeira Netto, 404.

Dano extrapatrimonial coletivo: a quantificação do dano em lesões a interesses metaindividuais

Camila Pereira Barreto, 410.

Legitimidade da defensoria Pública para ação de improbidade

Marco Antônio Chaves da Silva Filho, 434.

Adoção por casais homoafetivos

Juliana Pontes dos Santos, 444.

O fenômeno da “Pejotização” do ponto de vista jurídico aplicado ao setor da construção civil

Aymme Katherine Vidovix e Lucas Fernandes De Morais Vidovix, 462.

LEI 14.423/22: ESTATUTO DA “PESSOA IDOSA”

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

Eis que surge a Lei 14.423/22 1 originária do PLS 72/18 de autoria do Senador Paulo Paim. A nova legislação altera o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

Tratando de tema tão relevante como os direitos dos idosos, seria de se pensar que a alteração promovida fosse de grande relevância jurídica e social. Mas, na verdade, a mudança é grande, pois manda alterar a redação de todo o Estatuto do Idoso, desde o título da lei até a redação de cada um dos seus dispositivos. A mudança é grande, mas não é importante e nem sequer é produtiva.

Qual a alteração afinal?

A mudança se refere apenas a uma palavra que é trocada por uma expressão. O Estatuto do Idoso não é mais chamado de Estatuto do Idoso, mas doravante será denominado “Estatuto da Pessoa Idosa”. Assim também por todo o corpo da legislação referida a palavra “idoso” ou “idosos” é substituída pela expressão “pessoa idosa” ou “pessoas idosas”. É a magia primitivista ou infantil em ação na legislação brasileira! Mudam-se os nomes, muda-se a realidade! O reino do *nominalismo mágico*!

Mas se a coisa se limitasse somente a essa prestidigitação pueril ainda estaríamos mais ou menos bem.

Acontece que esse tipo de alteração que quer a todo custo afastar o emprego gramaticalmente correto do coletivo masculino por uma falsa e infundada alegação de machismo linguístico (como se as idosas estivessem excluídas da lei, o que nunca aconteceu), 2 constitui uma deletéria perversão da linguagem. E a linguagem é o instrumento do pensamento. Quando se objetiva alguma forma de “engenharia social”,

1 LEI 14.423/22. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2022/Lei/L14423.htm, acesso em 25.07.2022.

2 JÚNIOR, Janary. Estatuto do Idoso Passa a se Chamar Estatuto da Pessoa Idosa. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/899519-estatuto-do-idoso-passa-a-se-chamar-estatuto-da-pessoa-idosa/>, acesso em 25.07.2022.

alguma maneira sutil de impor um dirigismo mental às pessoas, o melhor caminho é exatamente o de subverter a linguagem, pois com isso se subverte, limita e direciona a capacidade de pensar.

Esses alongamentos da linguagem falada e escrita não servem somente para impor sub-repticiamente uma ideologia politicamente correta. Servem também para tornar o instrumento do pensamento (a linguagem) cada vez menos efetivo e mais lento. O resultado final é o emburrecimento ou a estupidificação das pessoas, as quais se tornam cada vez mais fáceis de serem manobradas. Recuperar esses danos num futuro será missão quase impossível, se não impossível mesmo, valendo lembrar o “insight” de Friedrich Schiller: “contra a estupidez, os próprios deuses lutam em vão”. 3

Perverter a linguagem é um mecanismo que pode ser entendido com o que gostaria de chamar de “Estratégia de Babel”. Na narrativa bíblica as pessoas se entendiam e com isso eram capazes de pretender e levar a termo a construção de uma torre. A multiplicação das línguas, com cada indivíduo se expressando de uma forma ininteligível aos demais, dissolveu quaisquer laços que poderiam sustentar um empreendimento comum. Perverter a linguagem, tornar o falar ou escrever algo submetido a regras político – ideológicas e não gramaticais, embota e entrava o exercício do intelecto e, conseqüentemente, torna a comunicação truncada. A barbárie começa exatamente com a incapacidade de comunicação decente pela linguagem.

A primeira característica apontada pelos gregos e romanos com relação aos chamados “povos bárbaros” era sua linguagem confusa, similar a grunhidos. Conforme aduz Mattéi, a primeira menção à palavra “bárbaro” se acha no verso 867 do canto II da *Ilíada*, “associada a uma fala rude, brutal e ininteligível”. 4 Destruir intencionalmente a linguagem, transformá-la em obstáculo ou entrave ao pensamento, é uma forma racional calculada de inocular a barbárie na sociedade, normalizando a estupidez num processo de “autodestruição da razão”. 5

Hoje poucas pessoas percebem o efeito nefasto de iniciativas como esta alteração do Estatuto do Idoso. No futuro, praticamente ninguém notará absolutamente nada e quem notar, será considerado louco.

REFERÊNCIAS

3 Apud, CIPOLLA, Carlo M. *As Leis Fundamentais da Estupidez Humana*. Trad. Edmundo Barreiros. São Paulo: Planeta, 2020, p. 70.

4 Cf. MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002, p. 76.

5 Op. Cit., p. 56.

CIPOLLA, Carlo M. *As Leis Fundamentais da Estupidez Humana*. Trad. Edmundo Barreiros. São Paulo: Planeta, 2020.

JÚNIOR, Janary. Estatuto do Idoso Passa a se Chamar Estatuto da Pessoa Idosa. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/899519-estatuto-do-idoso-passa-a-se-chamar-estatuto-da-pessoa-idosa/>, acesso em 25.07.2022.

MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002.

BRASIL: UM PAÍS INTOLERANTE COM A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E MULHERES

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a intolerância no Brasil com a população LGBTQIAPN+ e mulheres. O Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIAPN+, o 5º em lugares no ranking de homicídio de mulheres. Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: porque o Brasil é um país tão intolerante com a população LGBTQIAPN+ e mulheres? A pesquisa é qualitativa, quantitativa, exploratória, documental e bibliográfica se deu através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio a população LGBTQIAPN+ e mulheres para a busca de solução para o problema. O trabalho foi estruturado partindo-se da exposição de dados, a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para a população LGBTQIAPN+ e mulheres ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, o Estado deve proteger a dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; Intolerância; LGBTQIAPN+; Mulheres.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer un estudio sucinto sobre la intolerancia de Brasil hacia la población LGBTQIAPN+ y las mujeres. Brasil es el país que más mata a personas LGBTQIAPN+, 5º en el ranking de homicidios de mujeres. Con base en esta explicación, este trabajo plantea el siguiente problema: ¿por qué Brasil es un país tan intolerante con la población LGBTQIAPN+ y las mujeres? La investigación es cualitativa, cuantitativa, exploratoria, documental y bibliográfica, se realizó a través de entidades nacionales e internacionales, ONG, movimientos y organizaciones de la sociedad civil que catalogan y elaboran dossieres, encuestas sobre violencia y odio hacia la población LGBTQIAPN+ y las mujeres con el fin de búsqueda de solución al problema. El trabajo se estructuró a partir de la exposición de datos, la evolución cronológica de la legislación

brasileña internacional y nacional de protección a la población LGBTQIAPN+ y a las mujeres a lo largo del tiempo y la conexión con el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Así, el Estado debe proteger la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE: Brasil; Intolerancia; LGBTQIAPN+; Mujeres.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a study on intolerance in Brazil with the LGBTQIAPN+ population and women. Brazil is the country that kills the most LGBTQIAPN+ people, 5th in the ranking of homicide of women. Based on this explanation, this work raises the following problem: why is Brazil such an intolerant country towards the LGBTQIAPN+ population and women? The research is qualitative, quantitative, exploratory, documentary and bibliographic, it was carried out through national and international entities, NGOs, movements and civil society organizations that catalog and produce dossiers, surveys on violence and hatred towards the LGBTQIAPN+ population and women in order to search of solution to the problem. The work was structured starting from the exposition of data, the chronological evolution of the Brazilian international and national legislation of protection for the LGBTQIAPN+ population and women over time and the connection with the international system for the protection of human rights. Thus, the State must protect human dignity.

KEYWORDS: Brazil; Intolerance; LGBTQIAPN+; Women.

INTRODUÇÃO

A violência de gênero se define como qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra alguém em situação de vulnerabilidade devido a sua identidade de gênero ou orientação sexual. Dessa forma, constata-se que as mais atingidas por essa coerção são pessoas do sexo feminino.

O Brasil, pelo quarto ano consecutivo, é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+. É o que mostra o relatório produzido pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBTI+. O documento contou com a parceria de várias organizações sociais no processo de elaboração dos dados apresentados. Entre elas, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), a Acontece Arte e Política LGBTI+ e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT).

Conforme o relatório de 2021 da Transgender Europe (TGEU), que monitora dados globalmente levantados por instituições trans e LGBTQIA+, 70% de todos os assassinatos

registrados aconteceram na América do Sul e Central, sendo 33% no Brasil, seguido pelo México, com 65 mortes, e pelos Estados Unidos, com 53. Os dados apontam também que, nos últimos 13 anos, pelo menos 4.042 pessoas trans e de gêneros diversos foram assassinadas entre janeiro de 2008 e setembro de 2021.

O Brasil ocupa o 5º em lugares no ranking de homicídio de mulheres e, somente no ano de 2017, foram registrados mais de 260 000 agressões a pessoas em razão de sua identidade de gênero.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: porque o Brasil é um país tão intolerante com a população LGBTQIAPN+ e mulheres?

A pesquisa é qualitativa, quantitativa, exploratória, documental e bibliográfica se deu através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio a população LGBTQIAPN+ e mulheres.

DESENVOLVIMENTO

O discurso de ódio é considerado um tipo de violência verbal, e a sua base é a não aceitação das diferenças, ou seja, a intolerância. Ataques à população LGBTQIA+ fazem do Brasil um país intolerante e o que mais mata mulheres trans e travestis no mundo.

Dentro da noção de violência de gênero incluem-se atos como estupro, prostituição forçada, discriminação trabalhista, o aborto seletivo por sexo, violência física e sexual contra pessoas que exercem a prostituição, infanticídio com base ao gênero, castração parcial ou total, mutilação genital feminina, tráfico de pessoas, violações sexuais em guerras ou situações de repressão estatal, assédio e abuso sexual, entre eles o assédio de rua, padrões de assédio ou abuso em organizações masculinas, ataques homofóbicos e transfóbicos para pessoas ou grupos LGBTQIA+, o encobrimento e a impunidade dos crimes de gênero, a violência simbólica difundida pelos meios de comunicação de massas, entre outros.

As pessoas podem se identificar com gêneros diferentes dos que lhes foram atribuídos em seu nascimento, isso é conhecido como identidade de gênero. Já o sexo é definido pelas características biológicas congênitas que diferenciam homens e mulheres. Por fim, temos a sexualidade a qual corresponde à forma como o indivíduo pode, ou não, ser atraído de maneira sexual, ou romântica pelos gêneros.

A violência e os processos de violação que lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, intersexos e demais variações biológicas de sexo, identidades de gênero e orientações sexuais não hegemônicas (LGBTI+) sofrem cotidianamente por fugirem de um padrão socialmente imposto e referenciado a partir da heteronormatividade, binariedade e cisnormatividade.

1. A EVOLUÇÃO CRONOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL BRASILEIRA DE PROTEÇÃO PARA A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E MULHERES AO LONGO DOS TEMPOS E A CONEXÃO COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965)

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

DECRETO Nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969.

Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Através da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial buscam-se proteger os valores da igualdade e tolerância, baseados no respeito à diferença. Consagra-se a ideia de que a diversidade étnica-racial deve ser vivida como equivalência e não como superioridade ou inferioridade.

ARTIGO I

1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades

6 BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 01 ago. 2022.

fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)⁷.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar/erradicar a discriminação e a de assegurar/garantir a igualdade.

PARTE I

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Os artigos I e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante "a Declaração Americana" ou "Declaração") e os artigos 5 e 7 da Convenção Americana protegem o direito à segurança pessoal, o direito à integridade pessoal e o direito de toda pessoa a não ser submetida a detenções arbitrárias e ilegais. Além disso, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1985 e ratificada por 18 Estados Membros, estabelece as obrigações dos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar atos de tortura. Segundo este tratado, os Estados Partes devem adotar medidas para enfatizar a proibição da tortura em capacitações de agentes da polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, de forma provisória ou definitiva em

⁷ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

interrogatórios, detenções ou capturas. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁸.

A CIDH recebeu relatórios de várias organizações sobre casos em que agentes da polícia não só agem com violência, mas também incitam outras pessoas a atacar pessoas LGBT, ou são indiferentes diante da violência praticada por terceiros contra aquelas pessoas. Por exemplo, conforme denunciado, policiais teriam participado de um ataque grupal a um homem gay na Jamaica, que eventualmente resultou na sua morte. Alega-se que o incidente começou com policiais espancando a vítima com cassetetes, e posteriormente encorajando outras pessoas a espancá-lo. A vítima foi esfaqueada, esfaqueada e apedrejada até a morte.

Uma mulher trans em Honduras explicou que procurou ajuda da polícia depois que um cliente bêbado e agressivo a esfaqueou nos braços, pescoço e perna, em setembro de 2011. Ela recorda que: “a polícia não tomou por termo minhas declarações, riam de mim, e me pediram serviços sexuais, apesar de eu dizer que estava ferida e necessitava de ajuda. Eles me disseram que tinha recebido o que eu merecia por estar nas ruas”⁹.

Em uma sociedade democrática, os Estados devem proteger a liberdade de expressão e simultaneamente garantir a igualdade e a segurança das demais pessoas. Esta complexa tarefa exige que os Estados, por uma parte, identifiquem e respondam adequadamente a estes incidentes, a fim de garantir efetivamente a integridade e a segurança das pessoas LGBTI. Por outra parte, todas as medidas devem respeitar o direito à liberdade de expressão, conforme **o artigo 13 da Convenção Americana**. Similar ao **artigo 13.1 da Convenção Americana, o artigo IV da Declaração Americana dispõe que “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”**. Apesar desta disposição não enunciar os requisitos que deve ter qualquer restrição a este direito, como ocorre no caso da Convenção Americana, a Comissão historicamente interpretou o alcance das obrigações que impõe a Declaração Americana no contexto mais amplo do sistema internacional e interamericano de direitos humanos desde que esse instrumento foi adotado, e levando em consideração outras normas de direito internacional aplicáveis aos Estados Membros.

⁸ Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁹ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra pessoas LGBTI. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

De acordo com a **Convenção Americana**, todos os seres humanos podem gozar e exercer todos os direitos em condições de igualdade, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Conforme determinou a Corte Interamericana, dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem estar incluídas, como direitos protegidos, “as condutas no exercício da homossexualidade”. A Comissão e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão consideram que esta lógica também deve ser aplicada à expressão da identidade de gênero de uma pessoa. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH observou que **o artigo 13 da Convenção Americana compreende o direito das pessoas de expressar sua orientação sexual e identidade de gênero, e que este tipo de expressão goza de um nível especial de proteção, conforme os instrumentos interamericanos, na medida em que se relaciona com um elemento integral da identidade e da dignidade pessoal.**

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950¹⁰, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26)¹¹, abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente

¹⁰Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

"(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo".

A Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

“(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero”. (par. 78).

Doze agências da Organização das Nações Unidas publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contra as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas. A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais com a tutela dos direitos fundamentais de grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Ademais, faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Quanto ao ponto, consta na declaração:

“O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o

progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as pessoas diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os direitos humanos são universais – não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI”.

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948)¹²:

“PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja

12 ONU. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

A Constituição Federal em seus princípios constitucionais protege de maneira inequívoca e explícita o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos.

Em razão desses princípios que são, inclusive, base dos direitos humanos, é possível compreender que aos transexuais faz jus o respeito de maneira plena e íntegra, assim como aos demais cidadãos, sem sofrerem com qualquer tipo de diferença que prejudique ou menospreze o grupo.

Uma pessoa transexual apresenta uma identidade de gênero diferente da designada no nascimento e, por essa razão, ela deseja viver e ser aceita da forma como ela se sente. Dessa maneira, fica claro que, especialmente com relação aos transexuais, o nome recebido no momento do nascimento, o gênero de registro e demais documentos da vida civil são capazes de gerar sofrimento e constrangimento.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF)¹³ resolveu a situação e determinou com 10 votos a favor e nenhum contra (na ocasião, o ministro Dias Toffoli não participou do julgamento), à luz do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que os transexuais têm o direito de mudar o nome social e, inclusive, o gênero no registro civil, mesmo nos casos em que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual.

A transfobia é um fenômeno comum na vivência da população trans com consequências negativas para o seu bem-estar físico e psicológico, incluindo risco de homicídio e suicídio: uma questão de saúde pública, mental e de direitos humanos. Apesar dos direitos já conquistados, as pessoas transexuais enfrentam batalhas e discriminações todos os dias e ainda estão à margem da sociedade. A invisibilidade dessa população é tão grande que não há, por exemplo, uma política nacional de enfrentamento à LGBTfobia nem uma legislação que criminalize esses crimes de ódio.

CONCLUSÃO

O estado tem o dever de adotar políticas públicas quando se tratam de grupos sociais que estão em maior risco, como a população LGBTQIAPN+ e mulheres, políticas

¹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

sociais para inclusão social e a desmistificação do assunto perante a sociedade é essencial. Progredir e inovar nos direitos dos LGBTQIAPN+ e mulheres demonstra-se primordial e urgente, cabendo ao Direito a responsabilidade de resguardar valores e princípios jurídicos, assegurando a todos a honra, a identidade, a privacidade, e, sobretudo, a felicidade, que se encontra no respaldo jurídico à dignidade não restando terreno para as diferenças, os preconceitos e o extremismo.

O direito à tolerância é aquele que garante ao seu titular a possibilidade de existir, agir, pensar, falar, viver do modo que achar mais adequado; obviamente, desde que isto não cause prejuízos e nem interfira nas liberdades de outrem. Como afirma a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais.

A dignidade humana é valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa. Trata-se, portanto, de um atributo que o indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental. Assim, o Estado deve proteger a dignidade humana.

Aceitar o outro e reconhecer as diferenças é o que nos torna e afirma como seres humanos únicos e amplos. o mundo individual só existe diante do contraste com o mundo do outro. É tempo de ter novas ideias e aceitar o diferente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTRABRASIL. **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

ANTRABRASIL. **Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2021**. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016.** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas 2015.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra pessoas LGBTI.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: **Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia**; /Alexandre Bogas Fraga Gastaldi; Luiz Mott; José Marcelo Domingos de Oliveira; Carla Simara Luciana da Silva Ayres; Wilians Ventura Ferreira Souza; Kayque Virgens Cordeiro da Silva; (Orgs). – 1. ed. – Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. 79 p.

ONG Transgender Europe (TGEU). **Mapa de direitos trans 2021 documenta perda alarmante de direitos trans.** Disponível em: <<https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275.** Distrito Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

Trans Murder Monitoring. **ATUALIZAÇÃO DO TVT TMM DIA DE LEMBRANÇA TRANS 2021.** Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

UNIFESP. **A prática da violência, especialmente no ambiente doméstico, deixa dolorosas cicatrizes emocionais e pode levar à morte.** Lu Sudré e Ana Cristina Cocolo. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/index.php?option=com_k2&view=item&id=2589:brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 01 ago. 2022.

O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ASSEGURAR A TUTELA DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA NO DIREITO DO TRABALHO

LEONARDO DA COSTA CARVALHO:

Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP (2021), Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale (2018), graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012) e graduado em Sistemas de Informação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006).

Resumo: Com a Constituição Federal (CF) de 1988, fixou-se no rol de garantias fundamentais o direito ao contraditório, tanto no judicialmente quanto administrativamente, assegurando a ampla defesa do acusado. Por sua vez, o Código de Processo Civil (CPC) passou a dispor que o juiz não pode decidir sem oportunidade de manifestação das partes. Por outro lado, vige no processo do trabalho o Princípio da Irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que cria o desafio de dar efetividade à tutela do contraditório, na hipótese de violação deste princípio, compatibilizando-o com o ordenamento jurídico laboral. Uma violação à vedação da decisão surpresa poderá inclusive violar os Princípios da Celeridade e Economia Processual. O objetivo é aprofundar a utilização do Mandado de Segurança (MS) como um meio para efetivar a garantia da tutela do contraditório. O artigo destaca a fundamentação legal para o cabimento do MS e compatibilização do CPC com o direito processual do trabalho. Ao final, é apresentada sugestão sobre a flexibilização do MS. Para o estudo, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, analisando o arcabouço jurídico do direito processual do trabalho e cível. O procedimento de pesquisa foi histórico, comparativo, funcionalista e a interpretação foi sistemático-sociológica. A pesquisa baseou-se em materiais bibliográfico-documentais.

Palavras-chave: Processo do Trabalho; Contraditório; Mandado de Segurança; Decisão não surpresa.

Abstract: With the Federal Constitution (CF) of 1988, the right to the adversary system was established in the list of fundamental guarantees, both judicially and administratively, ensuring the full defense of the accused. In turn, the Civil Procedure Code (CPC) now considers that the judge cannot decide without having been given the opportunity to express the opposing party. On the other hand, the principle of non-appealability of interlocutory decisions prevails in the Labor Procedural Law, which creates the challenge of giving effectiveness to the guardianship of the adversary system, in the event of violation

of this principle, making it compatible with the labor legal system. This violation of the prohibition of the surprise decision may even violate the Principles of Reasonable Duration of the Lawsuit and Economy. The objective is to deepen the use of the Writ of Mandamus (MS) as a means to guarantee the protection of the adversary. The article highlights the legal basis for the adequacy of the MS and the compatibility of the CPC with procedural labor law. At the end, the suggestion on the flexibility of the MS is presented. For the study, we used the deductive approach method, analyzing the legal framework of labor and civil procedural law. The research procedure was historical, comparative, functionalist and the interpretation was systematic-sociological. Research in bibliographic-documentary materials.

Keywords: Labor Procedure Law; Right do Answer; Writ of Mandamus; Non-surprise decision.

Sumário: Introdução; 1. Preceitos legais para a interposição do Mandado de Segurança; 2. A tutela do contraditório, vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho após o CPC/15; 3. O uso do Mandado de Segurança como meio assecuratório ao contraditório no Direito do Trabalho; Considerações Finais.

Introdução

Cada vez mais o Direito Processual do Trabalho vai se aproximando do Direito Processual Comum, especialmente após a entrada em vigor do CPC/15. No presente artigo abordamos a positivação e regulamentação do Princípio do Contraditório, no âmbito da vedação a decisão surpresa e decisões interlocutórias durante instrução processual.

Como premissa da simplicidade e celeridade, o Direito Processual do Trabalho prevê o Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Todavia, as relações de trabalho vieram evoluindo nas últimas décadas e inúmeras legislações esparsas foram agregadas ao direito do trabalho.

Com efeito, as defesas processuais se tornaram muito mais complexas, oriunda da alteração da dinâmica das negociações entre as partes durante o contrato de trabalho, o que enseja uma dilação probatória robusta e, por vezes, com inúmeras decisões interlocutórias durante a fase instrutória.

Neste cenário, as partes estão sujeitas ao pronunciamento jurisdicional de possíveis decisões que deixem de observar o princípio do contrário e, mais do que isto, causem uma violação à direito líquido e certo de algum dos litigantes.

Para assegurar tais direitos, diante da inexistência de medida processual própria, convencionou-se utilizar o Mandado de Segurança como remédio processual para atender a violação de direito líquido e certo.

Todavia, por vezes, a medida não é acolhida, sob a alegação de que existe recurso próprio e a parte deverá aguardar a decisão final, para então poder suscitar a nulidade ou violação do contraditório que lhe foi operada.

Diante disso, o estudo abordará as previsões legais atualmente vigentes acerca do Mandado de Segurança e a tutela do contraditório, à luz dos Princípios da Celeridade Economia Processual, para que as partes possam maximizar a obtenção da tutela jurisdicional com a isonomia e imparcialidade necessária ao Poder Judiciário.

1 – Preceitos legais para a interposição do Mandado de Segurança no direito do Trabalho

Sobre o Mandado de Segurança, preleciona Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁴ que se trata de uma ação constitucionalmente prevista em nosso ordenamento jurídico, da qual pode se valer qualquer pessoa física ou jurídica, para assegurar direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, praticado por autoridade pública ou de representantes ou órgãos de partidos políticos ou de dirigentes de pessoa jurídica ou de pessoa natural no exercício de atribuições atinentes do poder público.

Historicamente, o Mandado de Segurança passou a ter previsão na Constituição de 1934, sendo regulamentado pela Lei 191/1936. A Constituição de 1934, dispunha em seu artigo 113 que era assegurado para defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Dentre inúmeras alterações decorrentes das Constituições Brasileiras e alterações legislativas, atualmente, encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXIX da CF, tendo sido inicialmente regulamentado pela Lei 12016/2009.

Quanto a sua natureza jurídica, sob o ponto de vista ontológico, temos que o Mandado de Segurança possui natureza de ação, inobstante inúmeros debates existentes no passado¹⁵.

No tocante aos seus efeitos, o Mandado de Segurança pode ser classificado como repressivo ou preventivo. Será repressivo quando buscar corrigir alguma ilegalidade praticada e preventivo, na hipótese de se evitar a concretização de uma lesão ao direito subjetivo do impetrante.

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho – individual e coletivo – (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009)**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 99

¹⁵ Ibid, p. 102

O Mandado de Segurança possui natureza jurídica de ação e, para que seja possível a sua viabilização, se faz necessária a legitimidade para a causa e o interesse processual, não havendo mais o que se falar em possibilidade jurídica do pedido, diante da inexistência desta condição no art. 17 do CPC/15.

A legitimidade ativa para impetrar o Mandado de Segurança pode ser da pessoa física ou jurídica que tiver o seu direito líquido e certo violado, ou que se encontre na iminência de tê-lo. Por sua vez, quanto a legitimidade passiva, será daquele que responsável pela prática do ato coator. Adicionalmente, é cabível a interposição de Mandado de Segurança coletivo, como por exemplo aqueles em que o Sindicato figure como autor.

Por interesse processual, temos a manutenção da pretensão resistida pela autoridade coatora, de forma que caso no curso do processo a autoridade coatora revise sua decisão, fazendo cessar os efeitos do ato que ensejou a impetração do Mandado de Segurança, ter-se-á a extinção sem pronunciamento do mérito, por ausência de interesse processual.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, na visão de Teixeira Filho¹⁶, há uma divisão em pressupostos de existência do processo, envolvendo jurisdição, partes e citação e pressupostos de validade do processo, enumerados pelo Autor como a inexistência de incompetência absoluta, inexistência de inépcia da petição inicial, inexistência de preempção, inexistência de litispendência, inexistência de coisa julgada, inexistência de conexão, inexistência de capacidade da parte, inexistência de convenção de arbitragem e inexistência de causas suspensivas ou extintivas do processo. Especificamente quanto ao Mandado de Segurança, o autor assevera ainda como pressupostos, a violação de direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso do poder e ato de autoridade pública.

Dito isto, uma vez estabelecidos os conceitos acerca do Mandado de Segurança, passa-se a abordar as questões relativas à tutela do contraditório e, por conseguinte, a sua utilização como medida para assegurar direitos líquidos e certos violados, no âmbito do Direito do Trabalho.

2 – A tutela do contraditório, vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho após o CPC/15

A tutela do contraditório, conforme preleciona o jurista Paulo Lucon¹⁷ está no direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Op cit., p. 139

¹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela do contraditório no novo CPC: vedação à decisão-surpresa; requisitos para extensão dos limites objetivos da coisa julgada.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual

disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito. Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, para definir o contraditório, primeiramente destaca o binômio informação-reação e, segundo a sua evolução conceitual, assevera que o contraditório hoje significa conhecer e reagir, influenciando em seus rumos, deixando de ter como destinatários apenas as partes, passando a incluir o juiz. Complementando este conceito, Arruda Alvim, citado por Claudimir Supioni¹⁹, aponta que o direito de defesa tem a sua origem quando o Estado retirou do particular o poder de justiça pelas próprias mãos.

Sua positivação encontra guarida no artigo 5º, inciso LV, art. 7º da CF e nos artigos 9º e 10º do CPC, os quais dispõem que é vedado ao juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em razão do artigo 8 da CLT e artigo 15 do CPC, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) publicou a Instrução Normativa 39/2016, na qual compatibiliza os dispositivos ao Direito Processual do Trabalho.

Caso tal previsão legal seja violada, com base no próprio instituto da tutela do contraditório, combinado com o artigo 794 da CLT, ensejará a nulidade do ato e apreciará quais atos subsequentes deverão ser igualmente anulados, de forma a retomar o curso natural do processo.

O professor Homero Batista Mateus da Silva²⁰ aponta que a compreensão do sistema de nulidades adotado pelos artigos 794 e seguintes da CLT, pressupõe entender a instrumentalidade das formas, a transcendência do ato, na qual é preciso gerar alguma mácula à parte, a iniciativa da parte para manifestar a alegação da nulidade, sob pena de aquiescência e o aproveitamento dos atos praticados, quando possíveis.

Entretanto, vige no Direito Processual do Trabalho, por meio do artigo 893, §1º da CLT, o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que nas palavras de

– REDP, Ano 10, Volume 17, Número 1. Rio de Janeiro: Período Semestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico] – Volume 1**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 6, 2018

19 SUPIONI JUNIOR, Claudimir. A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa. São Paulo: LTr, 2014, p. 16.

20 SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada [livro eletrônico]**. 2 ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 576.

Carlos Henrique Bezerra Leite²¹ é previsão de que apenas será admitido recurso contra decisões terminativas ou definitivas, não sendo admitidos recursos contra decisões interlocutórias, justificando-se em razão do Princípio da razoável duração do processo. Ocorre que há situações em que a ausência de possibilidade de recursos, para observância do duplo grau de jurisdição, pode ser muito mais prejudicial à parte, tornando o Mandado de Segurança a medida aplicável para enfrentar tais situações.

Com efeito, vejamos a aplicação do Mandado de Segurança, como uma medida especial para assegurar a efetividade do contraditório e evitar um longo decurso de prazo para que as partes possam obter um provimento jurisdicional, incorrendo na inobservância do Princípio da Celeridade e Economia Processual.

3 – O uso do Mandado de Segurança como meio assecuratório ao contraditório no Direito do Trabalho

Nas lições de Sérgio Pinto Martins²², temos que o Mandado de Segurança não possui previsão expressa de aplicabilidade na Justiça do Trabalho, sendo necessárias algumas adaptações para a sua compatibilização, as quais foram sedimentadas pela própria jurisprudência formada pelo TST e Superior Tribunal Federal (STF), eis que temos apenas a previsão legal quanto a sua competência, vide artigo 678, inciso I, alínea b da CLT.

A Súmula 267 do STF dispõe que não é cabível Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Com base neste entendimento, combinado com o Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, temos que inúmeras decisões acabam gerando um efeito inverso ao da duração razoável do processo, posto que criam nulidades que muitas vezes poderiam ser tutelas por Mandado de Segurança ou alguma previsão legal equivalente ao Agravo de Instrumento do artigo 1015 do CPC.

Entretanto, se faz necessário repensar se realmente o melhor caminho seja o de aguardar a decisão final ou flexibilizar o rol de opções compatíveis com o Mandado de Segurança, assim como foi disposto para o Agravo de instrumento, em matéria cível, no artigo 1.015 do CPC/15.

Esta flexibilização já foi verificada quando houve a concordância da interposição do Mandado de Segurança para tutela provisória concedida antes da decisão final, conforme item II da Súmula 414 do TST²³.

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito processual do trabalho. 4 ed. - São Paulo: LTr, 2019, p. 38.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 41. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 745.

²³ Súmula nº 414 do TST - MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA

Diante da evolução das relações laborais, compatibilizar outras medidas processuais do CPC/15, como por exemplo o despacho saneador e a possibilidade de utilização do Agravo de Instrumento ou recurso equivalente sobre decisões interlocutórias que cause manifesto prejuízo, tornará o Direito Processual do Trabalho mais adequado à observância da tutela do contraditório e duração razoável do processo.

A título de exemplo, além da própria tutela de urgência já observada, temos questões relativas a procedimentos adotados durante o curso do processo, destacando-se a ausência de garantia ao exercício do contraditório em eventual decisão surpresa, violação à distribuição do ônus probatório, nulidades durante atos periciais, indeferimento de produção de prova, exibição ou posse de documento ou coisa, gratuidade da justiça, dentre outros.

Com a possibilidade de utilização do Mandado de Segurança para tais violações, sem que fosse necessário aguardar uma decisão terminativa, inúmeras vezes incorreríamos em uma maior celeridade processuais e, inclusive, evitar uma possível perda da prova, em razão do decurso do tempo.

Por conseguinte, torna-se imperioso repensar a adoção do Mandado de Segurança para tornar mais célere assegurar o contraditório, flexibilizando o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias para um maior rol de hipóteses, além da já amplamente utilizada na Súmula 414, item II do TST.

Considerações Finais

Como visto, temos que as relações laborais tornam-se cada vez mais complexas, o que exigem, da mesma maneira, a necessidade de ampliação do contraditório, conforme passou a constar expressamente com a promulgação do CPC/15, consolidando o Princípio do Contraditório já previsto no rol de garantias fundamentais.

I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015.

II – No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.

III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória.

Diante da inexistência de um recurso próprio contra as decisões interlocutórias no Direito Processual do Trabalho, convencionou-se a utilização do Mandado de Segurança, como remédio processual para assegurar o contraditório em tais hipóteses.

Entretanto, em razão da inexistência de previsão legal equivalente ao Agravo de Instrumento do artigo 1015 do CPC/15, combinado com o Princípio da Irrecorribilidade das decisões interlocutórias do artigo 832, §1º da CLT, se faz necessário repensar a adoção do Mandado de Segurança para expandir a sua aplicação.

Isto porque ao ter que aguardar uma decisão terminativa, para então interpor recurso cabível de discussão desta nulidade, estar-se-ia violando justamente os Princípios da Celeridade e Economia Processual.

Assim, uma eventual compatibilização do rol disposto do artigo 1015 do CPC/15, combinado com o artigo 794 da CLT e a Instrução Normativa TST 39/2016, poderá aperfeiçoar o Direito Processual do Trabalho, na garantia assecuratória da tutela do contraditório, bem como observância dos Princípios da duração razoável do processo, celeridade e economia processual.

Referências Bibliográficas

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito processual do trabalho**. 4 ed. - São Paulo: LTr, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela do contraditório no novo CPC: vedação à decisão-surpresa; requisitos para extensão dos limites objetivos da coisa julgada**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Ano 10, Volume 17, Número 1. Rio de Janeiro: Período Semestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]** – Volume 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 6, 2018

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de revelia**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada [livro eletrônico]**. 2 ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SUPIONI JUNIOR, Claudimir. **A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa**. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho – individual e coletivo – (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009)**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E AS TESES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE ESTA TEMÁTICA

LUDNE NABILA DE OLIVEIRA BARROSO:

Bacharela em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC e Técnica Judiciária do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Seção Judiciária do Estado do Tocantins.

RESUMO: O presente trabalho, feito por intermédio de revisão bibliográfica, analisou o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do foro por prerrogativa de função após a imposição de limites em sua interpretação pelo próprio Tribunal Constitucional por meio do fenômeno jurídico denominado mutação constitucional.

Palavras-chaves: Foro por prerrogativa de função; mutação constitucional; teses constitucionais; Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o foro por prerrogativa de função, como o próprio nome informa, não se trata de um privilégio, mas a proteção e prerrogativa concedida a alguns cargos, considerados pela Constituição Federal de 1988 como imprescindíveis ao exercício dos poderes da República Federativa do Brasil, a fim de que, em seu pleno exercício, não sofram quaisquer ingerências ou arbitrariedades externas, ou seja, advindas de outros poderes/funções.

Importante pontuar que, na atualidade, o foro por prerrogativa de função existe tão somente na área penal e processual penal, ou seja, não há que se falar nesse instituto ou sua aplicação em demandas de natureza civil.

Assim, por exemplo, se um Deputado Federal ou Senador for processado penalmente terá, conforme a Magna Carta, foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal.

Isso quer dizer que Deputados Federais e Senadores têm investigação, processo e julgamento em matéria penal e processual penal realizados por órgão judicial anteriormente estabelecido, mas num formato diferente daquele para as pessoas comuns da sociedade, que têm o início do processo penal na vara comum e não diretamente num tribunal.

A Carta de 1988 determinou de forma expressa ou referenciada quais cargos merecem a mencionada proteção. Dessa forma, nenhum outro diploma legal tem o poder de ultrapassar os limites impostos pela Lei Maior.

As Constituições Estaduais não podem inovar as hipóteses de foro por prerrogativa de função para cargos não correspondentes àqueles já fixados pela Constituição Cidadã. Por isso mesmo, foram declaradas inconstitucionais as normas das Constituições Estaduais que fixam foro por prerrogativa de função a Procuradores do Estado, Delegados de Polícia e Defensores Públicos.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da mutação constitucional ocorre quando há uma alteração do sentido e alcance da norma constitucional, por método interpretativo, em razão de alterações da realidade fática, social, econômica e política ocorridas na sociedade dinâmica e sempre em evolução, sem que haja, necessariamente, a alteração do próprio texto da Constituição.

Em resumo, a mutação constitucional é método de alteração informal do texto constitucional, uma vez que não há alteração gramatical ou textual, mas modificação de entendimento e do sentido interpretativo de determinado dispositivo constitucional, ou seja, a partir de sua ocorrência começa a ser adotado o sentido que seja compatível com a CF de 1988 e a realidade da sociedade.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RESTRIÇÃO AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

No ano de 2018, a Suprema Corte entendeu por restringir o alcance do art. 53, § 1º e o art. 102, I, "b" da CF 1988, que dizem exatamente o seguinte:

"Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (...)."

A tese fixada pelo plenário da Suprema Corte, no julgamento da AP 937, em 03/05/2018, foi esta:

"O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas".

Isso quer dizer que Deputados Federais e Senadores serão julgados pelo STF tão somente quando e se o crime for praticado durante o exercício do mandato desses parlamentares e/ou se o mesmo crime estiver relacionado com as suas funções.

4 EXTENSÃO DOS EFEITOS RESTRITIVOS DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Não bastasse a restrição acima mencionada, a Suprema Corte também decidiu, no julgamento do Inquérito 4703 QO/DF que o entendimento restritivo do foro por prerrogativa de função também se aplica a outros cargos e não somente para Deputados Federais e Senadores.

Neste sentido, o STF afirmou que a tese aprovada também se aplica para os crimes envolvendo Ministros de Estado.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça - STJ seguiu o mesmo entendimento do STF e afirmou que a tese alcança ainda Governadores de Estado e Conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais, nos termos do artigo 105, I, "a", da CF/88:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (...)."

Neste sentido, o entendimento da Corte Especial na APn 857/DF e APn 866/DF:

“O foro por prerrogativa de função no caso de Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas dos Estados deve ficar restrito aos fatos ocorridos durante o exercício do cargo e em razão deste.

Assim, o STJ é competente para julgar os crimes praticados pelos Governadores e pelos Conselheiros de Tribunais de Contas somente se estes delitos tiverem sido praticados durante o exercício do cargo e em razão deste”.

Também em 2018, o STJ ainda decidiu que: “As hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ restringem-se àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função. STJ. Corte Especial. AgRg na APn 866-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/06/2018 (Info 630)”.

5 NÃO APLICAÇÃO DOS EFEITOS RESTRITIVOS DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS DESEMBARGADORES

No caso dos desembargadores, ainda que o crime não tenha relação com as funções desempenhadas, estes devem ser processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Caso contrário, teria a demanda de ir diretamente a um juiz de primeira instância, vinculado ao tribunal em que integra o desembargador que é réu, haveria sério risco à imparcialidade da atuação jurisdicional.

Dessa forma, a manutenção do processo e julgamento do desembargador no STJ funciona como uma exceção aos efeitos restritivos adotados tanto pelo STF como pela Corte Especial para o foro por prerrogativa de função.

Este é o entendimento da própria Corte Especial:

“O Superior Tribunal de Justiça é o tribunal competente para o julgamento nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição Federal), o desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal.

Assim, mesmo que o crime cometido pelo Desembargador não esteja relacionado com as suas funções, ele será julgado pelo STJ se a remessa para a 1ª instância significar que o réu seria julgado por um juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal que o Desembargador.

A manutenção do julgamento no STJ tem por objetivo preservar a isenção (imparcialidade e independência) do órgão julgador.

STJ. Corte Especial. QO na APn 878-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21/11/2018 (Info 639)".

6 TESES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a mutação constitucional dos art. 53, § 1º e o art. 102, I, "a" da CF/88, o Supremo Tribunal Federal fixou inúmeras teses sobre a aplicação ou não aplicação do mencionado instituto.

Seguem abaixo, 5 (cinco) importantes teses constitucionais sobre o assunto:

- 1) **"O Supremo Tribunal Federal é competente para julgar crime eleitoral praticado por Deputado Federal durante a sua campanha à reeleição caso ele tenha sido reeleito.** STF. Plenário. Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13 e 14/3/2019 (Info 933)";
- 2) **"A prorrogação do foro por prerrogativa de função só ocorre se houve reeleição, não se aplicando em caso de eleição para um novo mandato após o agente ter ficado sem ocupar função pública.** STF. 1ª Turma. RE 1185838/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 14/5/2019 (Info 940)";
- 3) **"É inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, para Procuradores do Estado, Procuradores da ALE, Defensores Públicos e Delegados de Polícia.** A CF/88, apenas excepcionalmente, conferiu prerrogativa de foro para as autoridades federais, estaduais e municipais. Assim, não se pode permitir que os Estados possam, livremente, criar novas hipóteses de foro por prerrogativa de função. STF. Plenário. ADI 2553/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/5/2019 (Info 940)";
- 4) **"É inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria.** STF. Plenário. ADI 6501/PA, ADI 6508/RO, ADI 6515/AM e ADI 6516/AL, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 20/8/2021 (Info 1026)";
- 5) **"A competência penal originária do STF para processar e julgar parlamentares alcança os congressistas federais no exercício de mandato em casa parlamentar diversa daquela em que consumada a hipotética conduta**

delitiva, desde que não haja solução de continuidade. STF. Plenário. Inq. 4342 QO/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 1º/4/2022 (Info 1049)".

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, resta claro que a aplicação dos efeitos restritivos à interpretação e aplicação do foro por prerrogativa de função deu-se em razão de alguns motivos, dentre eles, a não banalização do processo e julgamento de demandas envolvendo titulares de cargos que necessitam de independência funcional e liberdade para exercerem suas funções no Estado Democrático de Direito de forma livre e desembaraçada, bem como o não abarrotamento de processos às instâncias mais elevadas do Poder Judiciário, deixando para as varas comuns processos que não exigem um atuar de tribunal de instância mais graduada, exatamente porque não relativos às funções fundamentais da República Federativa do Brasil.

Frisa-se, por fim, que o próprio Supremo Tribunal Federal trouxe hipóteses em que, mesmo que o crime não seja praticado pelo titular do cargo protegido durante o exercício de seu mandato e nem tenha relação com as funções que exerce, ainda assim, haverá o que a doutrina denomina de prorrogação da competência do tribunal originário.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01 de setembro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STF é competente para julgar crime eleitoral praticado por Deputado Federal durante a sua campanha à reeleição caso ele tenha sido reeleito.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/84c578f202616448a2f80e6f56d5f16d>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A prorrogação do foro por prerrogativa de função só ocorre se houve reeleição, não se aplicando em caso de eleição para um novo mandato após o agente ter ficado sem ocupar função pública.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/aa8fdbb7d8159b3048daca36fe5c06d2>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É inconstitucional foro por prerrogativa de função para Procuradores do Estado, Procuradores da ALE, Defensores Públicos e Delegados de Polícia.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível

em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/def130d0b67eb38b7a8f4e7121ed432c>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As constituições estaduais não podem instituir novas hipóteses de foro por prerrogativa de função além daquelas previstas na Constituição Federal.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/234e5dc39dc52740524f9d863bec963c>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Compete aos tribunais de justiça estaduais processar e julgar os delitos comuns, não relacionados com o cargo, em tese praticados por Promotores de Justiça.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4f52c16c93e61c9e1c25f529932b0071>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Se um Senador, que responde ação penal no STF, foi eleito Deputado Federal, sem solução de continuidade, o STF permanece sendo competente para a causa (mantém-se a competência do STF nos casos de mandatos cruzados de parlamentar federal).** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a2ce8f1706e52936dfad516c23904e3e>>. Acesso em: 12/09/2022.

A DIMINUIÇÃO DAS SANÇÕES E DO PUNITIVISMO COMO GARANTIAS DE UMA MELHOR RELAÇÃO ENTRE O FISCO E O CONTRIBUINTE

RAFAEL FERREIRA CARVALHO:

Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

RESUMO: O aumento das punições prejudica uma relação mais harmoniosa entre o Fisco e o contribuinte, haja vista o temor de sofrer fiscalizações excessivamente severas que acabem por impor multas muito altas que inviabilizem a continuidade da atividade econômica, além da possibilidade de ser tratado como um criminoso numa eventual representação fiscal para fins penais. O mero inadimplemento da obrigação tributária não pode ser tratado como um crime, punindo-se da pior maneira possível quem se viu incapacitado de realizar a contribuição tributária devida. Podemos considerar que há outras formas menos rigorosas de fazer com que a arrecadação estatal aumente e se diminua a prática da sonegação e outros atos que são fraudulentos por parte do contribuinte. Somente num ambiente de maior colaboração e transparência fiscal é que se poderá esperar uma maior voluntariedade no cumprimento das obrigações tributárias. O Fisco não pode inviabilizar a atividade econômica com o excesso de sanções, caso contrário, estará prejudicando a sua própria arrecadação de receitas tributárias.

Palavras-Chave: Contribuinte. Representação fiscal para fins penais. Conformidade fiscal e tributária. Normas extrafiscais indutoras de condutas.

ABSTRACT: The increase in punishments hinders a more harmonious relationship between the Tax Authorities and the taxpayer, given the fear of being subjected to excessively severe inspections that end up imposing very high fines that make it unfeasible to continue the economic activity, in addition to the possibility of being treated as a criminal in an eventual tax representation for criminal purposes. The mere default on a tax obligation cannot be treated as a crime, punishing in the worst possible way those who found themselves unable to pay the tax due. We can consider that there are other, less rigorous ways to increase state tax collection and reduce the practice of tax evasion and other fraudulent acts by the taxpayer. Only in an environment of greater collaboration and fiscal transparency can we expect greater voluntary compliance with tax obligations. The tax authorities cannot make economic activity unfeasible with excessive sanctions, otherwise they will be harming their own tax revenue collection.

Keywords: Taxpayer. Fiscal representation for criminal purposes. Fiscal and tax compliance. Extra-fiscal norms that induce conduct.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A POLÊMICA DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS COMO UM DEVER FUNDAMENTAL. 2. UMA ESTRANHA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E O DIREITO PENAL. 3. A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E A INDUÇÃO A UM NOVO RELACIONAMENTO ENTRE O FISCO E O CONTRIBUINTE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca demonstrar como a severidade das leis em âmbito tributário prejudica a arrecadação de receitas tributárias pelo Fisco, pois inibem o desenvolvimento da atividade econômica, de maneira que a estratégia mais eficaz para aumentar a arrecadação fiscal é cultivar com o contribuinte uma relação mais harmoniosa e com menos conflitos.

Os legisladores tributários não devem enxergar o contribuinte como mera fonte arrecadatória, num imediatismo fiscal que busca tão somente angariar recursos financeiros. A extrafiscalidade das leis tributárias deve incentivar a liberdade econômica, fazendo com que o contribuinte se sinta mais à vontade para empreender e iniciar um novo negócio.

Os direitos fundamentais não são simples de serem implementados pelas políticas públicas, não sendo nada barato o seu custeio, de modo que da mesma forma que os contribuintes necessitam do apoio e suporte estatal para conseguirem empreender e exercer com liberdade a sua atividade econômica, o Estado também depende de contribuinte para conseguir custear as políticas públicas responsáveis pela implementação dos direitos fundamentais.

A conformidade fiscal e tributária não serão alcançadas pelo aumento do arrocho fiscal, incutindo no contribuinte um grande temor em inadimplir com as suas obrigações tributárias. O contribuinte que declara os impostos devidos, mas que não consegue arcar com os seus custos tributários por uma eventualidade não pode ser tratado como um criminoso. A severidade das sanções deve ficar reservada para os casos mais graves em que forem constatados o dolo e a fraude.

A aproximação entre o Fisco e o contribuinte depende principalmente da diminuição da severidade das sanções nas relações tributárias. Somente quando o contribuinte parar de enxergar o Fisco como um inimigo é que ele se sentirá mais à vontade para abrir as portas de seu estabelecimento para a fiscalização, pois saberá que não sofrerá punições injustas que buscam de uma forma indireta e inconstitucional aumentar as arrecadações fiscais.

1. A POLÊMICA DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS COMO UM DEVER FUNDAMENTAL

No constitucionalismo moderno em que observamos um alargamento do número de direitos fundamentais, havendo inclusive várias classificações para os diversos tipos de direitos fundamentais, de diversas ordens, o Estado só poderá ter condições de assegurá-los caso seja dotado de um maior aparelhamento e uma maior infraestrutura. Contudo, os direitos custam caro, dependendo o Estado da colaboração do contribuinte no fiel cumprimento de suas obrigações tributárias.

Os custos de um Estado na atual ordem constitucional são em grande parte custeados por recursos financeiros oriundos das receitas tributárias, daí inclusive ser possível se referir a existência de “Estados fiscais”²⁴. Os Estados têm como condição para a sua viabilização uma alta carga tributária, a implementação das políticas públicas pelo Estado são demasiadamente custosas, ainda mais no momento atual em que as normas e princípios constitucionais possuem alta eficácia e aplicabilidade²⁵ para que os direitos fundamentais sejam de fato concretizados.

Portanto, a fim de que o Estado possa usufruir dos recursos financeiros necessários para o seu devido aparelhamento e estruturamento, faz-se extremamente necessário que os cidadãos também cumpram com as suas obrigações tributárias e evitem irregularidades fiscais como a sonegação, pois assim colaborarão com a implementação das políticas públicas

Recentemente, ganhou projeção nacional o trabalho realizado pelo professor português José Casalta Nabais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra intitulado “O dever fundamental de pagar impostos”, cuja obra teve a sua primeira edição publicada em 1998 e tem como origem o seu trabalho de doutorado²⁶.

A obrigação de colaboração tributária pelo contribuinte é alvo de grandes celeumas. A viabilização das políticas públicas do Estado de fato necessitam dos recursos

24 NABAIS, José Casalta apud ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs). *Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 25.

25 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 123.

26 ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs). *Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 15.

financeiros oriundos da tributação para poder assegurar a todos os cidadãos o acesso aos direitos mais básicos, como saúde, educação e segurança.

No entanto, o título da obra do professor português é deveras polêmico e imediatamente chama muita atenção, pois parece clamar aos contribuintes para que sejam bons pagadores, cumpridores fiéis de suas obrigações tributárias, como se isso fosse a coisa mais natural do mundo, o que nos faz lembrar até da figura da pessoa perplexa de Hart e retratada por Frederick Schauer ao fazer alusão à existência de uma pessoa que cumpre as leis pelo simples fato de serem leis e pertencerem ao direito²⁷.

Ocorre que o fardo do peso dos impostos não é benquisto pelos contribuintes, pois além de serem uma cobrança, um pagamento que deve ser realizado compulsoriamente pelo cidadão, e não voluntariamente como parece sugerir o título da mencionada obra, há ainda uma grande aversão aos tributos em decorrência do seu mal proveito pela Administração pública e não podermos conferir o seu retorno nos serviços públicos necessários para a população.

Além disso, no constitucionalismo moderno estamos acostumados a escutar sobre os direitos fundamentais, e não sobre os deveres, nos encontramos numa fase em que muito se fala sobre as obrigações estatais a fim de implementar os direitos fundamentais dos mais diversos níveis e ordens, e que busca dar ao ser humano a maior liberdade possível a fim de que possa agir conforme melhor lhe convém, independentemente de questões morais que o façam sentir coagido a cumprir com alguma obrigação.

Contudo, fato é que a própria Constituição Federal dispõe logo no inciso I do extenso rol do artigo 5º da Constituição Federal que todas as pessoas são iguais em direitos e obrigações:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.²⁸

²⁷ SCHAUER, Frederick. *A força do direito*. Tradução: André Luiz Freire. 1 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022, p. 70-72.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2022.

Enfatize-se, ainda, que para o professor português José Casalta Nabais todo dever fundamental deve estar na Constituição Federal, ainda que seja implicitamente, não existindo a hipótese de existirem deveres fundamentais fora da nossa Lei Maior²⁹.

Como já frisado, infelizmente não se vê um retorno da alta carga tributária arrecadada na prestação de serviços públicos imprescindíveis para a população, como é o caso da saúde, educação e segurança, de modo que muitas vezes a alta tributação gera uma grande insatisfação e um sentimento de injustiça, pois se tem a sensação de desperdício e de que os tributos não são utilizados da forma correta.

A corrupção, os desvios e os maus empregos da Administração pública dos recursos financeiros arrecadados contribuem para uma noção geral por parte da população de que o pagamento dos tributos não tem valido a pena, já que não são usados com a destinação e finalidade adequadas.

Como o funcionalismo público não vem cumprindo adequadamente o seu papel, o cidadão, mais especificamente o contribuinte, se vê desobrigado a cumprir com as suas obrigações tributárias, entendendo como legítima a recusa em colaborar com os tributos devidos, esquecendo-se assim da importância que a tributação tem para o país e de que as leis tributárias não são as culpadas pelo mal comportamento de quem gere e administra os recursos públicos.

Aliás, os deveres fundamentais são direcionados principalmente a quem tem mais condições de contribuir para que o atual quadro de calamidade seja modificado, e quando se afirma isso não é pensando somente no contribuinte com maior capacidade econômica para suportar um grande ônus tributário, mas principalmente nos legisladores³⁰, os quais carregam uma grande responsabilidade na edição de leis que sejam eficazes em aumentar a arrecadação fiscal.

Toda a sociedade, inclusive o legislador e quem está ocupando um cargo ou função públicos, e não apenas o contribuinte, devem ter consciência de sua responsabilidade social, cientes de que sem o concurso dos recursos tributários será inviável a

29 NABAIS, José Casalta apud ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs). *Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 19.

30 NABAIS, José Casalta apud ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs). *Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 24.

implementação dos direitos fundamentais, haja vista que a sua concretização pelo Estado não é nada barata aos cofres públicos.

2. UMA ESTRANHA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E O DIREITO PENAL

Nos últimos tempos houve uma estranha aproximação entre o Direito Tributário e o Direito Penal, o que tem levado os contribuintes inadimplentes a arcarem com as repercussões daquela que é considerada o pior tipo de sanção dentro do direito, de consequências mais drásticas³¹, sendo sancionado criminalmente quem deixar de cumprir pontualmente com suas obrigações tributárias.

De fato, causa assombro que o mero inadimplemento tributário, sem que tenha havido nenhum dolo ou ato fraudulento, seja motivo suficiente para punir alguém com tamanho rigor, retirando aquele que talvez seja o nosso bem mais precioso, que é a liberdade.

O uso do Direito Penal como meio de cobrança tributária parece ser algo absolutamente inaceitável, o contribuinte não pode viver sob o risco constante de vir a ser tratado como criminoso em decorrência do mero inadimplemento tributário. Esse abuso do poder sancionatório nos faz inclusive lembrar das súmulas 70 e 323 do Supremo Tribunal Federal³² que remetem ao uso das “sanções políticas” empregadas pelo Fisco para impedir o livre exercício da atividade econômica pelo contribuinte que se encontra com alguma irregularidade fiscal.

Todos nós estamos sujeitos a contingências e imprevistos, não nos parecendo razoável que alguém se veja encarcerado e tratado como criminoso por não ter conseguido arcar momentaneamente com as suas dívidas tributárias. Veja-se a previsão contida no artigo 2º, inciso II, da Lei Nº 8.137/1990 que trata dos crimes contra a ordem tributária:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

31 SALGADO, Gisele Mascarelli. *A sanção na teoria do Direito de Norberto Bobbio*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

32 Súmula 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.³³

É bom lembrar que o Estado já possui vários meios altamente rigorosos de coagir o contribuinte a pagar os seus tributos, como é o próprio caso das multas tributárias, penalidades essas que nos casos de multa qualificada em situações de fraude ou sonegação costumam alcançar um elevadíssimo percentual confiscatório que ultrapassam em muito o valor originário do tributo devido³⁴.

As próprias indisponibilidades de bens, usadas com bastante frequência nas execuções fiscais, são um meio altamente coercitivo para o inadimplente tributário, embora muitas vezes ela seja ineficaz em decorrência dos devedores por vezes se anteciparem e esvaziarem propositadamente o seu patrimônio colocando seus bens em nomes de terceiros a fim de que as cobranças dos débitos tributários restem malsucedidas.

O Estado assim busca se valer de todas as ferramentas à sua disposição para coagir, inclusive da lei penal, fazendo com que o contribuinte adimpla rigorosamente todas as suas dívidas tributárias. Dessa maneira, o contribuinte sente em dobro o poder de império estatal, correndo o risco de se ver severamente punido nessas duas frentes do Direito Público, quais sejam, o Direito Tributário e o Direito Penal.

Aprendemos nos bancos dos cursos de direito que o Direito Penal é a “ultima ratio”, ou seja, a última instância para se punir alguém com o rigor da lei. Restringir a liberdade de alguém em razão de débitos tributários parece assim ser até mesmo algo contrário ao espírito garantista da Constituição Federal, que assim dispõe em seu artigo 5º, inciso LXVII:

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:

(...)

33 BRASIL. Lei Nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 6 jul. 2022.

34 ÁVILA, Humberto. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n.215, 1999, Rio de Janeiro, p. 176. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.³⁵

Portanto, o rigor da Lei da Lei Nº 8.137/1990 que em seu artigo 2º, inciso II, ao criminalizar o mero inadimplemento tributário pode ser visto até mesmo sob um prisma inconstitucional. A severidade da lei não contribui em nada para que tenhamos um relacionamento mais harmonioso entre Fisco e contribuinte, que ao tratar como crime o mero atraso de dívida tributária que fora regularmente declarada mas não paga, estimula no contribuinte uma conduta ainda mais resguardada e precavida, o qual ficará ainda mais receoso de abrir as portas de seu estabelecimento para a fiscalização, quem regularmente declarou o tributo devido, mas por uma eventualidade não conseguiu efetuar o seu pagamento, definitivamente não pode ser tratado como criminoso, como se estivesse agindo à margem da lei.

Como já tratado neste trabalho, não se desconhece a importância da arrecadação fiscal para que tenhamos um Estado capaz de implementar as políticas públicas necessárias para o desenvolvimento de nossa sociedade, contudo, a maneira que o Fisco tem procedido para com o contribuinte é no mínimo discutível, o que acaba por prejudicar o próprio recolhimento de tributos, pois um ambiente em que mal se consegue exercer a sua atividade econômica em decorrência das inúmeras obrigações tributárias não favorece de nenhuma maneira o surgimento de um ambiente econômico de alta prosperidade e que certamente seria propício para se angariar mais recursos financeiros oriundos das receitas tributárias.

Quanto mais próspera for uma sociedade, mais ela poderá contribuir para a existência de um Estado forte, que consiga se aparelhar da forma adequada, uma economia saudável necessita fornecer um mínimo de segurança jurídica para que os negócios e empreendimentos sejam desenvolvidos de uma forma segura, o Estado precisa de meios para fomentar à atividade econômica, e não inibi-la por meio de um arrocho fiscal completamente severo e desarrazoado.

A própria figura do “devedor contumaz” criada na recente decisão do STF de criminalização do ICMS próprio declarado e não pago (RHC 163.334) é cheia de generalidade e abstração, o que impossibilita saber com precisão quando um devedor estará ou não enquadrado nessa figura, não sendo possível saber qual é o número de dívidas que tornará o inadimplente tributário em um criminoso, o que é frontalmente

35 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2022.

contrário ao princípio da segurança jurídica, como bem nos ensina o professor Humberto Ávila³⁶.

A representação fiscal para fins penais é um instrumento que deve ser usado com parcimônia, somente sendo utilizada pela fiscalização em casos extremamente necessários, bem peculiares, quando caracterizada de forma nítida e peremptória a conduta dolosa do contribuinte em sonegar e cometer atos fraudulentos, inexistentes esses elementos, o uso da força coercitiva do Direito Penal se torna completamente desproporcional.

3. A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E A INDUÇÃO A UM NOVO RELACIONAMENTO ENTRE O FISCO E O CONTRIBUINTE

A maior adesão à legislação tributária só poderá ser alcançada quando o cidadão deixar de ser visto como mera fonte arrecadatária, estabelecendo-se assim uma relação mais próxima entre Fisco e contribuinte. É preciso parar de enxergar as receitas tributárias como o centro do Direito Tributário em detrimento dos contribuintes³⁷. A conformidade fiscal e tributária dependem do bom relacionamento entre os dois lados que integram a relação tributária.

As leis tributárias devem servir primordialmente para estimular no contribuinte e nos cidadãos em geral uma conduta que seja benéfica para a sociedade, inclusive por intermédio do fomento à atividade econômica por meio de punições menos severas, os contribuintes muitas vezes estão sujeitos ao cumprimento de inúmeras obrigações tributárias, principalmente daquelas chamadas de obrigações acessórias ou instrumentais que servem para informar ao Fisco os dados movimentados em suas receitas e que poderão estar sujeitos à tributação.

Em meio a uma imensidão de obrigações tributárias é mais que compreensível que alguns erros, e até mesmo eventuais inadimplementos venham a ocorrer, ainda mais em períodos de crises econômicas, não sendo razoável o uso do endurecimento das penalidades como meio de coerção ao cumprimento das obrigações tributárias.

O fomento à atividade econômica não se dá somente pela conhecida política de concessão de incentivos fiscais como as imunidades e as isenções, mas também por um

36 ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador, p. 15. Disponível: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595#:~:text=Nessa%20hip%C3%B3tese%2C%20em%20vez%20de,e%20subservi%C3%A2ncia%20%C3%A0%20doutrina%20estrangeira.>>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

37 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341.

arrefecimento da severidade das punições, fazendo com que o empreendedor não tenha o receio em começar um novo negócio com medo das sanções que possa sofrer caso ocorra algum inadimplemento. As leis tributárias são úteis para gerar incentivos de diversas ordens, não servindo apenas para criar incentivos fiscais.

Dessa maneira, o Estado impulsionará à atividade econômica, distintamente da crença liberal de neutralidade estatal³⁸, internalizando nas pessoas que elas devem empreender e não ter medo de investir em novos negócios e operações, o que é extremamente saudável para a sociedade não somente no sentido de que movimentará a economia e gerará mais empregos, mas também porque propiciará o aumento de receitas tributárias para o Fisco, o que possibilitará ao Estado à implementação das políticas públicas tão necessárias ao desenvolvimento do país.

Os direitos sociais precisam ser custeados, e para tanto quanto maior for a produção econômica pela sociedade maior será a sua capacidade arrecadatória, portanto, ao mesmo tempo que os contribuintes são beneficiados com os incentivos fiscais e com a maior liberdade em exercer a sua atividade econômica, maior será a sua capacidade de contribuir com maiores receitas tributárias, o que é condição necessária para viabilizar a implementação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas.

A indução ao exercício da atividade econômica é assim uma estratégia muito eficaz, pois interessa diretamente ao Estado que haja um recrudescimento da economia. Deixa-se de ser nutrida uma visão imediatista que enxerga somente o momento atual e que busca angariar a maior quantidade de receitas tributárias possíveis às custas do sacrifício da atividade econômica. A tributação não pode inviabilizar a atividade econômica pela iniciativa privada, sob pena de impossibilitar as próprias políticas públicas de desenvolvimento social.

As leis tributárias não servem, portanto, unicamente para desempenharem uma função arrecadatória de receitas tributárias³⁹, devendo ser vistas sob uma ótica muito mais ampla, pois têm um papel importantíssimo em estimular uma economia produtiva, além de serem essenciais para garantirem os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil previstos, respectivamente, nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Na atual ordem constitucional, o Estado assumiu um papel preponderante na promoção do bem-estar social e proteção dos direitos fundamentais, de modo que a sua influência nos âmbitos social e econômico tem se tornado cada vez mais notável,

38 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 112.

39 LEÃO, Martha Toribio. Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a Importância da Finalidade na Identificação das Normas Tributárias Extrafiscais. *Direito Tributária Atual*, v. 34, 2015, p. 304.

lembramos que foi tal influência que possibilitou outrora o surgimento daquilo que conhecemos como o Estado Social de Direito⁴⁰, sendo a tributação uma importantíssima ferramenta na implementação das políticas públicas.

Observa-se, portanto, os efeitos de indução que as leis tributárias possuem, as quais trazem importantíssimas consequências para o desenvolvimento econômico, indução essa que não tem como preocupação imediata a arrecadação da receita tributária, mas que visam sobretudo a observância da ordem constitucional atual.⁴¹

CONCLUSÃO

Os contribuintes precisam de segurança jurídica em seus investimentos e empreendimentos, não é possível haver um ambiente econômico de prosperidade sem que haja a possibilidade do exercício da atividade econômica sem um mínimo de tranquilidade. Não há verdadeira liberdade no exercício da atividade econômica num ambiente em que não se sabe como o Fisco lidará com eventuais inadimplementos tributários.

O contribuinte não pode e nem deve ser visto como um criminoso em potencial. A instância criminal é a última forma de sanção possível, não devendo ser utilizada como uma ameaça ao contribuinte, como uma forma de cobrança indireta, tal maneira de proceder pelo Fisco é eivada de flagrante inconstitucionalidade, não podendo de nenhuma forma ser normalizada como um artifício para realizar as cobranças fiscais.

A relação entre o Fisco e o contribuinte deve ser amistosa, com a possibilidade do contribuinte abrir as portas de seu estabelecimento para o Fisco, pois saberá a forma de proceder da Administração. A previsibilidade da conduta fiscal pelo contribuinte é um passo absolutamente fundamental para que a relação tributária entre ambos seja fortalecida.

A implementação das políticas públicas não pode se dar com o sacrifício do bom relacionamento entre o Fisco e o contribuinte. Na verdade, em longo prazo, tal pretensão

40 LEÃO, Martha Toríbio apud BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; PINHEIRO, Hendrick; BASSO, Bruno Bartelle. Transação tributária e extrafiscalidade: uma abordagem à luz do controle de proporcionalidade. *Sequência (UFSC)*, v. 41, 2020, p. 289.

41 SCHOUEIRI, Luís Eduardo; JÚNIOR, Ricardo André Galendi. Irretroatividade e função extrafiscal do tributo: elementos para a superação definitiva da súmula nº 584 do STF. In: LOBATO, Valter de Souza Lobato (Coord.). *Extrafiscalidade: conceito, interpretação, limites e alcance*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 160.

seria até mesmo inviável, pois faltariam os recursos financeiros necessários e que são obtidos por intermédio das receitas tributárias.

Somente num ambiente de alta prosperidade econômica é que se terá uma elevada arrecadação fiscal. O Fisco não pode prescindir da figura do contribuinte, pois ele é um elemento indispensável na geração de recursos financeiros para a implementação das políticas públicas que tornam o Estado capaz de promover as diversas ordens de direitos fundamentais da atual ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador, p. 15. Disponível: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595#:~:text=Nessa%20hip%C3%B3tese%2C%20em%20vez%20de,e%20subservi%C3%Aancia%20%C3%A0%20doutrina%20estrangeira.>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

_____. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n.215, 1999, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; PINHEIRO, Hendrick; BASSO, Bruno Bartelle. Transação tributária e extrafiscalidade: uma abordagem à luz do controle de proporcionalidade. *Sequência (UFSC)*, v. 41, 2020

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Lei Nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 6 jul. 2022.

LEÃO, Martha Toribio. Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a Importância da Finalidade na Identificação das Normas Tributárias Extrafiscais. *Direito Tributária Atual*, v. 34, 2015.

ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs). *Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *A sanção na teoria do Direito de Norberto Bobbio*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SCHAUER, Frederick. *A força do direito*. Tradução: André Luiz Freire. 1 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo; JÚNIOR, Ricardo André Galendi. Irretroatividade e função extrafiscal do tributo: elementos para a superação definitiva da súmula nº 584 do STF. In: LOBATO, Valter de Souza Lobato (Coord.). *Extrafiscalidade: conceito, interpretação, limites e alcance*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA VIOLÊNCIA EM RAZÃO DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CAMILA PASSOS DA ROCHA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduada lato sensu em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Servidora Pública Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.

RESUMO: O presente artigo analisa a evolução da jurisprudência acerca violência em razão do gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, utilizou-se da metodologia de pesquisa jurisprudencial, sendo colacionados os fundamentos das decisões mais importantes no que tange à temática, a fim de mapear os conceitos estabelecidos e a direção do aprofundamento das discussões acerca da violência de gênero nos países que compõe a Organização dos Estados Americanos que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção de Belém do Pará. Constatou-se, do levantamento realizado, que os países do sistema interamericano, em sua maioria, são palco de violência estrutural de gênero que culminam em graves violações de Direitos Humanos, como a dificuldade de acesso à justiça e a utilização de violência sexual como instrumento de tortura e controle social. Conclui-se, pois, que embora seja muito relevante esse reconhecimento pela Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para alterar o cenário é necessário, mais do que a punição de violadores dos direitos humanos, efetiva alteração de paradigma quanto à discriminação de gênero nos mais diversos âmbitos sociais e institucionais.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; discriminação de gênero; violência estrutural de gênero.

ABSTRACT: This article analyzes the evolution of jurisprudence on gender-based violence in the Inter-American Court of Human Rights. In order to do so, it was used the jurisprudential research methodology, and the foundations of the most important decisions regarding the theme were placed, in order to map the established concepts and the direction of deepening the discussions on gender violence in the countries that make up the Organization of American States that have ratified the American Convention of Human Rights and the Convention of Belém do Pará. It was found, from the survey carried out, that the countries of the inter-American system, for the most part, are the scene of structural gender violence that culminate in serious violations of Human Rights, such as the difficulty of access to justice and the use of sexual violence as an instrument of torture and

social control. It is concluded, therefore, that although this recognition by the Inter-American System of Human Rights is very relevant, to change the scenario it is necessary, more than the punishment of human rights violators, but the effective paradigm change regarding gender discrimination in the different social and institutional spheres.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; gender discrimination; gender structural violence.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos 70 anos, os Direitos Humanos muito evoluíram quanto à previsão de proteção específica para os mais variados bens jurídicos e nos mais diversos recortes sociais e econômicos a fim de garantir ao maior número de pessoas possível a uma vida digna e feliz, mesmo diante das constantes crises político-econômicas que atingem a população mundial.

Desde o advento das primeiras normatizações que definiram seu conteúdo, surgiram convenções que versavam exclusivamente sobre direitos civis e políticos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (PIDCP) e o Pacto de San Jose da Costa Rica, também conhecido por Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outras com previsões acerca de direitos sociais, econômicos e culturais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e Pacto de San Salvador.

Entretanto, esses tratados sobre direitos civis e sociais não foram suficientes para garantir a todos efetivamente os mesmos direitos independentemente de gênero, orientação sexual, idade, classe social e cor de pele. Por esta razão, surgiram, com o passar do tempo, novas convenções versando sobre temáticas e grupos vulneráveis específicos, como a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção sobre os Direitos das Crianças. E as previsões acerca dos direitos referentes às mulheres de todo o mundo trilharam o mesmo caminho.

O surgimento de normativas internacionais específicas possibilitou, ainda, o acionamento das Cortes Internacionais quando do cometimento de violações pelos Estados que se comprometeram com o respeito e proteção desses direitos. A cada novo acionamento, o Tribunal evoluiu na jurisprudência quanto à referida matéria e essa evolução é o objeto do presente artigo.

2. DAS CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS DAS MULHERES

Historicamente, mulheres foram relegadas ao papel de reproduzir, criar os filhos, manter o ambiente doméstico adequado e se sujeitar ao pai ou ao marido, sem direito a

trabalhar ou se manifestar politicamente, sendo totalmente invisibilizadas. Com o advento da Revolução Industrial, a migração das populações para as cidades e a complexificação das relações econômico-sociais, o trabalho feminino em circunstâncias não domésticas se tornou mais frequente, o que trouxe severas alterações no tecido social no que tange à autonomia da figura masculina e à vontade de participação política. No entanto, esse potencial de alteração das relações sociais encontrou severos obstáculos nas estruturas patriarcais existentes, que ainda hoje se expressam na discriminação à garantia de direitos básicos equiparados a homens como acesso a educação, a emprego, a isonomia salarial e até mesmo a altos cargos em empresas privadas, além da resistência consubstanciada nas inúmeras violências verbais, morais, físicas, sexuais e obstétricas sofridas habitualmente pela maioria da população feminina mundial.

No intento de legitimar a luta pelos direitos femininos e a fim de diminuir tamanhas violações de Direitos Humanos por elas sofridos, surgiram alguns instrumentos visando a proteção específicas de seus direitos, dentre eles: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), de abrangência global, assinada em 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida também como Convenção de Belém do Pará, finalizada em 9 de junho de 1994, aplicável aos países que compõe o sistema americano de Direitos Humanos.

Essas normas evidenciam a inaceitabilidade da discriminação em razão de gênero, bem como indicam detalhadamente quais são os tipos de violência que, em regra as mulheres estão submetidas, os direitos que lhes são garantidos e as responsabilidades dos Estados neste particular.

Neste sentido, o artigo 5º da CEDAW⁴²:

Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres. (sic)

42 BRASIL. Decreto nº. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

Consta, por sua vez, na Convenção de Belém do Pará⁴³, conceituação basilar quanto aos tipos de violência que atraem a proteção desses documentos internacionais:

Capítulo 1

Definição e Âmbito de Aplicação

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Nelas foram previstos, ainda, os mecanismos de proteção específicos para garantia de seu cumprimento como o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – criado pela CEDAW, os relatórios estatais que devem ser periodicamente apresentados pelos Estados-partes tanto ao Comitê quanto à Comissão Interamericana de Mulheres,

⁴³ BRASIL. Decreto nº. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 out. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022

bem como a possibilidade de peticionamento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por qualquer pessoa, grupo de pessoas, entidade não-governamental juridicamente reconhecidamente em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos, em razão de violação ao artigo 7º.

Haja vista a existência dos referidos mecanismos de proteção, foi possível a denúncia, perante a CIDH, de violações de direitos humanos cometidas em face de inúmeras mulheres que, conforme procedimento previsto na CADH, foram submetidos ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Os casos mais paradigmáticos para identificar a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos serão analisados a seguir.

3. CASOS PARADIGMÁTICOS ENFRENTADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

3.1 PRESIDIO MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERU

O primeiro caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que versou acerca de violência contra mulher foi o Presídio Miguel Castro Castro VS Peru, sentenciado em novembro de 2006.

Os fatos analisados nesse caso ocorreram durante a Ditadura de Alberto Fujimori, que esteve no poder no Peru ao longo da década de 1990.

Em maio de 1992, sob o pretexto de realizar operação de transferência para outro estabelecimento, 185 presos e presas políticos, dentre mortos e sobreviventes, sofreram um massacre dentro da penitenciária Miguel Castro, que era mantida pelo Estado. Os internos foram submetidos a abordagem com bombas de gás de fósforo branco, granadas e tiros aleatórios, ao longo de 4 dias de ataque, em que enfrentaram, ainda, com falta de alimentos, água, luz e atendimento médico. Segundo a perícia e os relatos dos sobreviventes, a operação se iniciou pelo pavilhão 1A, que era destinado a mulheres, as quais foram obrigadas a se arrastar de ventre colado no chão – inclusive três gestante – para tentar chegar a outro pavilhão sem serem atingidas pelas balas. Ademais, após o ataque, no Hospital da Polícia para onde foram levados os feridos, há relatos de diversas violências e humilhações sofridas pelas mulheres, como o fato de terem de ir ao banheiro nuas, enquanto eram observadas por diversos homens fortemente armados, o que foi considerado pela Corte como violência sexual. Verificou-se, ainda, que algumas das

mulheres sob custódia passaram por “inspeção” vaginal digital, realizada por várias pessoas encapuzadas ao mesmo tempo, com suma brutalidade, sob o pretexto de revistá-las.⁴⁴

Embora seja um caso que envolveu a violação de direitos tanto de homens quanto de mulheres, pelas provas produzidas nos autos e pela percepção dos julgadores, restou claro que os atos de violência e as suas consequências tiveram efeitos mais devastadores sobre as pessoas do gênero feminino. Neste sentido, consta na sentença que “as mulheres se viram afetadas pelos atos de violência de maneira diferente dos homens; (...) alguns atos de violência foram dirigidos especificamente a elas e outros as afetaram em maior proporção que aos homens”.⁴⁵

Aprofundando as elaborações acerca da relação entre tempo e Direito, Cançado Trindade, em seu voto⁴⁶ aponta que, pelos fatos narrados, o sofrimento das mulheres fora agravado em decorrência da sua percepção do tempo – que seria diferenciada dos homens – e da violação da maternidade sob diversas perspectivas:

60. O presente Caso do Presídio Castro Castro revela uma aproximação entre o tempo psicológico e o tempo biológico, evidenciado por algo sagrado que foi, no presente caso, violentado: o projeto bem como a vivência da *maternidade*. A maternidade, que deve ser cercada de cuidados e respeito e reconhecimento, ao longo de toda a vida e no pós-vida, foi violentada no presente caso de forma brutal e em escala verdadeiramente intertemporal. 61. Houve, de início, a extrema violência *pré-natal*, evidenciada nas brutalidades a que foram submetidas as mulheres grávidas no Presídio Castro Castro, descritas na presente Sentença (pars. 197.57, 292 e 298). Quais foram as sequelas desse quadro de extrema violência na mente – ou no inconsciente – das crianças nascidas do ventre materno tão desrespeitado e violentado, ainda antes de seu nascimento? 62. Houve, em seguida, a extrema violência na própria vivência da maternidade, frente à brutalidade cometida contra os filhos. [...] 63. Em ainda outra dimensão, muitas das mulheres sobreviventes do bombardeio do Presídio Castro Castro – como se salientou neste Voto Fundamentado (par. 13, *supra*) – não puderam ser mães ainda,

44 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Serie C No. 160, parágrafos 277 a 310.

45 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru, *supra*, parágrafo 223.

46 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru. Voto fundamentado do juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafos 60 a 65.

pois, como se ressaltou na audiência pública no *cas d'espèce* perante esta Corte, desde então consumiram todo o seu tempo existencial em busca da verdade e da justiça. Aqui estamos diante da maternidade denegada ou postergada (um dano ao projeto de vida), por força das cruéis circunstâncias, conforme denunciou com toda pertinência a interveniente comum dos representantes das vítimas e seus familiares (*supra*). 64. E, na dimensão do pós-vida, também foi afetada gravemente, no caso concreto, a vivência da maternidade, conforme mostra a busca desesperada, nos necrotérios, dos familiares das vítimas, dos restos mortais dos internos mortos no ataque armado à Prisão de Castro Castro, frente à indiferença das autoridades estatais.

Sérgio Ramirez, por sua vez, destaca a importância da proteção aos direitos e liberdades das mulheres em dois universos: os direitos gerais compartilhados com homens e os direitos que se relacionam de maneira direta e exclusiva – ou quase exclusiva com a condição de mulheres que revestem seus titulares.⁴⁷ E nessa segunda perspectiva, deve-se assumir que há uma desigualdade real, decorrente da marginalização, da vulnerabilidade e da fragilidade das mulheres perante a sociedade misógino-capitalista que impera, as quais devem ser compensadas com medidas razoáveis e suficientes que gerem ou favoreçam, na maior medida possível, condições de igualdade, e afugentem a discriminação.

Ramírez destaca que a Convenção de Belém do Pará se preocupa enfaticamente com o controle internacional, sobretudo o contencioso, conforme artigo 12 e preconiza que deve ser realizada a leitura conjunta entre a Convenção de Belém do Pará e a Convenção Americana de Direitos Humanos, como normativas especial e geral, respectivamente, a fim de integrar o panorama dos direitos da mulher e consequentemente identificar as violação cometidas no caso Castro Castro, o que se coaduna com o princípio pro personae⁴⁸, qual seja, a interpretação das normas de Direitos Humanos no sentido mais favorável à pessoa humana.

O referido caso é paradigmático na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois foi a primeira vez que foram discutidos os direitos protegidos especificamente pela Convenção de Belém do Pará, segundo os votos de Sérgio Ramirez e Cançado Trindade, com trechos acima indicados.

47 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru, Voto fundamentado do juiz Sérgio García Ramirez, parágrafos 10 e 11.

48 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru, Voto fundamentado do juiz Sérgio García Ramirez. Parágrafo 30.

Outrossim, ele foi um divisor de águas na jurisprudência da corte internacional uma vez que, em decorrência dos atos cometidos por seus agentes, o Peru foi condenado, dentre outras, pela violação ao artigo 7.b49 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, uma vez que não apenas permitiu, mas participou, por meio da alta cúpula, do planejamento e execução do massacre narrado.

Importante destacar, por fim, que esta decisão foi importante, ainda, para estabelecer o sentido adotado na jurisprudência de violência sexual: qualquer ato de penetração vaginal ou anal sem consentimento da vítima mediante utilização de outras partes do corpo do agressor ou objetos, assim como a penetração bucal do membro viril.⁵⁰

3.2 CASO CAMPO ALGODONERO VS. MÉXICO

49 Capítulo III

Deveres dos Estados

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (sem grifos no original)

50 Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru, supra, parágrafo 310.

Após três anos, em novembro de 2009, a jurisprudência da Corte Interamericana alcançou novo patamar na jurisprudência quando do julgamento do Campo Algodonero Vs. México (também conhecido como Caso Gonzalez e outras Vs. México).

Inicialmente, distinguiu-se do caso Miguel de Castro Castro, pois enfrentou expressamente o tópico acerca da competência da Corte IDH para julgamento com base na Convenção de Belém do Pará, com fundamento em interpretação sistemática, teleológica e aplicação do princípio do efeito útil. Houve reconhecimento da competência para julgamento de violação tão somente do art. 7º, pois declarada a incompetência contenciosa para conhecer de supostas violações aos artigos 8º e 9º⁵¹.

51 Artigo 8

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

- a. promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;
- b. modificar padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;
- c. promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;
- d. prestar serviços especializados apropriados à mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;
- e. promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;
- f. proporcionar à mulher sujeitada a violência acesso a programas eficazes de reabilitação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;
- g. incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;
- h. assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, conseqüências e freqüência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e
- i. promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência.

Artigo 9

Quanto à questão de mérito, é necessário frisar que Ciudad Juárez é notoriamente conhecida pelos altos índices de criminalidade, sendo considerada atualmente a 6ª cidade mais perigosa do mundo⁵². Ela se encontra na fronteira do México com a cidade de El Paso, nos Estados Unidos, e é conhecida rota de tráfico de drogas, de pessoas, de imigração ilegal, de lavagem de dinheiro, dentre outros, com marcada cultura de misoginia e violência contra as mulheres típicas de uma sociedade machista.

Tais circunstâncias pioraram, segundo a narrativa do procedimento, após a instalação de indústrias maquiladoras, que produzem produtos intermediários de cadeia de produção, pois davam preferência ao emprego de mulheres. Com maior empregabilidade e conseqüente autonomia das mulheres e, de modo contrário, mais desemprego, mais dependência, mais ociosidade para homens, o que culminou com o agravamento das relações entre homens e mulheres, e a violência contra mulheres pela condição do seu gênero.

Neste contexto, o caso do Campo Algodonero foi o primeiro a reconhecer a existência de violência estrutural de gênero. E isso se pode apreender considerando que o aumento dos crimes em relação às mulheres fora notavelmente maior do que os cometidos contra homens e o índice de homicídios correspondente a mulheres em Ciudad Juárez é desproporcionalmente maior que o de cidades fronteiriças em circunstâncias análogas⁵³. Estrutural, ainda, pois o comportamento discriminatório advém, também, das próprias autoridades estatais, que apresentam concepções estereotipadas das mulheres desaparecidas, minimizando o problema, chegando a culpar as próprias vítimas por sua sorte, “seja por sua forma de vestir, pelo local em que trabalhavam, por sua conduta, por andarem sozinhas ou por falta de cuidado dos pais.” Neste contexto, entendiam que a busca e proteção das mulheres que sumiram não era importante, mantendo-se inertes ou até mesmo se recusando a investigar os casos respectivos.⁵⁴

Observa-se, pois, que a misoginia é de tal modo inerente àquela sociedade que até mesmo as instituições responsáveis por proteger a população desdenham da vida

Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação sócio-econômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

⁵² Relatório do Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, de 2022.

⁵³ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205, par. 117.

⁵⁴ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México, supra*, pars. 151 e 154.

dessas mulheres, o que permitiu a explosão dos casos de feminicídio, diante da flagrante impunidade de seus autores.

Destaque-se que o fato de considerar mulheres inferiores e que devem ser subordinadas impacta tanto nos motivos quanto na modalidade do crime e na resposta do crime pelas autoridades, uma vez que, pelo levantamento dos relatórios, é possível identificar que a impunidade, nos referidos delitos é maior, sobretudo quando relacionados com crimes sexuais e, mesmo quando os agentes são punidos, são de forma mais branda que outros crimes contra a vida menos graves.

Neste sentido, a Corte IDH considerou que o México falhou no dever de proteção em dois momentos: o primeiro antes do desaparecimento das vítimas e o segundo antes da localização de seus corpos sem vida. Quanto ao primeiro, a falta de prevenção do desaparecimento não leva, por só à responsabilidade internacional do Estado porque não havia conhecimento de risco real e imediato para as vítimas no caso. No entanto, a falta de uma política geral que tivesse se iniciado pelo menos em 1998, quando a CNDH advertiu sobre o padrão de violência contra a mulher em Ciudad Juárez configura a falta do Estado no cumprimento geral de sua obrigação de prevenção.

Quanto ao segundo momento, já ciente de que existia um risco real e imediato de que as vítimas fossem agredidas sexualmente, submetidas a abusos e assassinadas, era dever do Estado empenhar a devida diligência frente à notícia do desaparecimento de mulheres, sobretudo quanto ao procedimento que desague em efetiva investigação desde as primeiras horas de desaparecimento.

Em resumo de tais apontamento, o parágrafo 388, pag. 92 da sentença:

As irregularidades no manejo de evidências, a alegada fabricação de culpados, o atraso nas investigações, a falta de linhas de investigação que tenham em consideração o contexto de violência contra a mulher no qual ocorreram as execuções das três vítimas e a inexistência de investigações contra funcionários públicos por sua suposta grave negligência, violam o direito de acesso à justiça, a uma proteção judicial eficaz e o direito dos familiares e da sociedade a conhecer a verdade sobre o ocorrido. Ademais, denota um descumprimento estatal de garantir, através de uma investigação séria e correta, os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das três vítimas. Tudo isso permite concluir que no presente caso existe impunidade e que as medidas de direito interno adotadas foram insuficientes para enfrentar as graves violações de direitos humanos ocorridas. O Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o

artigo 2 da Convenção Americana e com o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitissem às autoridades realizar uma investigação com devida diligência. Esta ineficácia judicial diante de casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição dos fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita como parte da vida diária.

Outrossim, a despeito da barbaridade dos casos cometidos em face de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, este caso foi muito importante para o reconhecimento institucional da existência de sofrimento por mulheres de inúmeras violações de direitos humanos única e exclusivamente em razão de terem nascido no gênero feminino, o que é elevada ao grau máximo a necessidade de atenção e proteção daquelas que constituem metade da população mundial.

3.3 CASO VELASQUEZ PAIZ E OUTROS VS. GUATEMALA

Julgado em novembro de 2015, o caso tratou do homicídio com flagrantes indícios de crime sexual ocorrido em face de Claudina Velásquez, que não foi devidamente investigado e que até hoje não foi solucionado. Embora nele tenham sido analisadas circunstâncias consideravelmente semelhantes com as do caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala (julgado em maio de 2014), foi considerado mais paradigmático que este, pois, naquele, a Corte adotou postura mais incisiva que nos casos anteriores quanto à censura do comportamento das autoridades do país que foram negligentes na investigação criminal em decorrência do crime ter ocorrido contra uma mulher.

Deixou claro que o estereótipo de gênero se refere a uma concepção de atributos, condutas ou característica referentes a papéis socialmente impostos para mulheres e homens respectivamente, do qual advém relação de inferiorização da mulher o que é uma das causas e consequências da violência de gênero que se agravam quando refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e condutas adotadas pelas autoridades estatais, o que evidencia a discriminação com base em origem, condição, comportamento pelo exclusivo fato de ser mulher, o que é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁵.

Na sentença, a Corte reconheceu, visibilizou e rechaçou a conduta dos agentes estatais de não considerar suficientemente importantes para serem investigados os casos

⁵⁵ *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 307, pars. 180 a 183.

de violência contra mulher prejudgadas com perfil de prostituta e/ou membro de gangue e/ou uma “qualquer”, bem como daquelas que andam sozinhas à noite, que vão para festas e afins. No caso específico de Velásquez, embora tenha havido investigação, essa fora promovida por autoridades que adotaram postura preconceituosa quanto à vítima, “por estar em uma zona pobre da cidade, pelo modo de se vestir e por portar um piercing no umbigo”, do que resultou em perseguição criminal constituída de inúmeras falhas e irregularidades, uma vez que fora promovida visando o deslinde de mero crime de homicídio, com desprezo às provas e às linhas de investigação relacionadas aos crimes sexuais, o que prejudicou severamente a objetividade nos procedimentos que visavam coletar provas para o deslinde do caso, redundando na impunidade do seu responsável até o dia de hoje.

3.4 CASO GUTIERREZ VS GUATEMALA

Julgado em 2017, o caso versa acerca do desaparecimento de Maira Gutierrez, em 2000, que inicialmente foi encarado como desaparecimento forçado, no entanto, diante da inexistência de provas de tal delito pelo Estado, passou-se às hipóteses de feminicídio cometido pelo companheiro e de violência de autoria de inimigos surgidos após investigações de adoções ilegais realizadas pela vítima em seu cargo na UNICEF. O caso se encontra até hoje sem solução. Na decisão, o Tribunal reforça o entendimento de que as autoridades encarregadas de investigar costumam realizar valoração estereotipada da vítima, o que afeta a objetividade daqueles, e o que, em conjunto à ausência de controles administrativos e judiciais, redundando em omissões investigativas decorrentes da falta de seguimento de linhas lógicas de investigação e, conseqüentemente, na obstaculização do direito ao acesso à justiça, como ocorreu no presente caso.⁵⁶ Pelo exposto, a Corte entendeu que houve desrespeito à convenção Americana de Direitos Humanos e à Convenção do Belém do Pará, uma vez que o Estado deixou de cumprir com seu dever de investigar e garantir à vítima e à família o acesso à justiça e à resposta ao ocorrido com Mayra Gutierrez.

3.5 MULHERES VÍTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EM ATENCO VS MÉXICO

Julgado em 2018, o caso trata da violência cometida em face de 11 mexicanas que foram ilegalmente detidas durante operação policial que visava minar protesto contra a decisão municipal de realocar mercadores de flores sem seu consentimento. As operações ocorreram em 3 e 4 de maio de 2006, sendo que, 7 das mulheres detidas estavam na manifestação para realizar estudos acadêmicos ou para cobrir os eventos como jornalistas, quando foram interpeladas pelos policiais. Durante a detenção, traslado e ingresso no Centro de Readaptação Social “Santiaguito” (CEPREPO), as mulheres sofreram diversos

⁵⁶ Cf. *Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2017. Série C Nº 339, par. 173

tipos de violência, sobretudo verbal, física e sexual. Não fosse o bastante, a violência continuou durante o atendimento pelos primeiros médicos que as atenderam no CEPRESO, pois se negaram a atendê-las, a realizar exames ginecológicos e reportar e registrar as violações sexuais, em alguns casos, ainda, repetiram alguns abusos físicos e verbais. O caso representou evolução na jurisprudência da Corte em relação aos crimes cometidos em razão do gênero uma vez que evidenciou a negligência das autoridades não apenas em investigar, mas em fazê-lo com uma perspectiva de gênero, que era o que o caso requeria, conforme previsto na Convenção de Belém do Pará. Ademais, destacou que as investigações se caracterizaram por declarações e condutas discriminatórias e revitimizantes, conceito este que ainda não havia sido trabalhado nos casos anteriores. 57

Neste particular, o Tribunal censurou a abertura linhas de investigação sobre o comportamento social ou sexual prévio das vítimas de violência de gênero, pois consiste em manifestação política ou atitudes baseadas em estereótipos de gênero, conduta discriminatória que viola a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim e, mais importante, a sentença destacou que, no presente caso, a tortura por meio da violação sexual fora utilizada como arma de controle social a fim de, mais do que humilhar ou constranger, restringi-las ao estereótipo de que mulheres não deveriam estar protestando nem manifestando sua opinião, mas em casa, cuidando dos seus afazeres domésticos, que seria o lugar que lhes pertence. Nos termos da sentença, em tradução livre, “a utilização do poder estatal para violar os direitos das mulheres em um conflito interno pode ter o objetivo de dar uma mensagem ou lição”. A Corte destaca que a violação sexual constitui forma paradigmática de violência contra as mulheres cujas consequências transcendem a pessoa da vítima⁵⁸.

Interessante destacar, ainda, o diálogo entre os Sistemas Regionais Interamericano e Africano de Direitos Humanos realizado neste voto quanto às violências sexuais em conflitos armados. Na literalidade:

201. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también resaltó cómo la violencia sexual es utilizada también en contextos donde no hay un conflicto armado, al referirse a la violencia sexual cometida contra las mujeres en el marco de las protestas de 2005 en Egipto. Allí consideró que el acoso, los insultos sexistas y la violencia dirigida a las mujeres por ser mujeres estaba destinada a

57 Cf. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual em Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de noviembre de 2018. Série C Nº 4, pars. 310 a 316.

58 Cf. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual em Atenco Vs. México*, *supra*, par. 183.

silenciarlas, a evitar que expresaran opiniones políticas y participaran en los asuntos públicos.

202. De manera similar, la violencia sexual en el presente caso fue utilizada por parte de agentes estatales como una táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder de manera similar a como ha ocurrido en los casos referidos, la violencia sexual fue aplicada en público, con múltiples testigos, como un espectáculo macabro y de intimidación en que los demás detenidos fueron forzados a escuchar, y en algunos casos ver, lo que se hacía al cuerpo de las mujeres.

Outrossim, a Corte concluiu que, no presente caso, os agentes policiais coisificaram mulheres para utilizá-las como ferramentas de intimidação das vozes das dissidências contra sua autoridade para que não voltassem a questioná-la, sendo que a violência sexual fora utilizada como arma de repressão de protesto, do mesmo modo como bombas de gás lacrimogêneo, o que considera absolutamente inaceitável.

Ressalta, por fim, conforme a jurisprudência assentada anteriormente, que a violência baseada em gênero, qual seja, a violência dirigida contra uma mulher ou que a afeta de maneira desproporcional é uma forma de discriminação contra a mulher (parágrafos 204 e 2011).

3.6 CASO BARBOSA DE SOUZA VS BRASIL

Julgado em setembro de 2021, trata do feminicídio de Márcia Barbosa de Souza ocorrido em 1998, na Paraíba, que teve a resolução dificultada em razão da imunidade parlamentar que detinha o responsável pelo crime. Para além da indicação de que imunidades não podem servir para a impunidade de eventos não relacionados com o cargo, foi o primeiro caso de condenação do Brasil por violência em razão do gênero. Embora a decisão não destrinche a interseccionalidade da vítima, evidencia que a violência contra mulheres no Brasil é uma questão estrutural e generalizada, sendo que, em 2016, o país teve a quinta maior taxa do mundo de homicídio de mulheres por razão de gênero e que o perfil específico de mulheres assassinadas em maior número corresponde a mulheres jovens, negras e pobres, sendo a taxa de assassinato de mulheres negras 66 vezes maior que a de mulheres brancas.

4. DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Do que foi visto, é possível observar que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram progredindo, ao longo dos últimos 15 anos, quanto à padronização dos conceitos adotados pela Corte os quais, tal qual como o avançar dos

capítulos em um romance em cadeia, foram sendo aprimorados e aprofundados a cada novo caso, a partir do estabelecido previamente.

Em *Miguel Castro Castro*, Corte discutiu, pela primeira vez, acerca das proteções jurídicas particulares ao gênero feminino com base na Convenção de Belém do Pará. Nesse caso, delineou-se que, mesmo que seja cometida idêntica violência em homens e mulheres, por diversos fatores, determinadas violências atingem mulheres de forma mais agravada, trazendo à luz, na jurisprudência interamericana, o conceito de violência de gênero. A sentença do caso estabeleceu, ainda, o modo de coadunar a CADH com a Convenção de Belém do Pará e o conceito jurisprudencial de violência sexual.

Em *Campo Algodonero*, evidenciou-se que a discriminação contra mulheres determina não somente a vítima, mas o motivo e a modalidade do delito e a resposta do crime pelas autoridades, tratando-se, pois, de violência estrutural de gênero. Desse modo, é necessário que esse tipo de discriminação seja identificado e combatido em todos os setores da sociedade, seja nas residências domésticas e nas escolas, seja em órgãos executivos, legislativos ou judiciários, por exemplo.

Em *Velasquez Paiz*, partindo do reconhecimento de que a violência de gênero é estrutural, a Corte adotou postura mais incisiva do que nos casos anteriores quanto à censura do comportamento das autoridades do país que foram negligentes na investigação criminal em decorrência do crime ter ocorrido contra uma mulher.

Em *Gutierrez Hernandez*, houve o reconhecimento de que a valoração estereotipada de gênero prejudica a objetividade das investigações, afetando a produção de provas e até mesmo a solução do caso. A Corte estabeleceu, assim, que a adoção de postura discriminatória pelas autoridades responsáveis pela persecução criminal se consubstancia em obstaculização do acesso à justiça.

Os últimos dois casos, portanto, foram importantes para dar maior destaque à responsabilidade estatal quanto ao dever de sancionar os agentes que reproduzem essa violência e adotar programas de formação e conscientização dos servidores públicos, a fim de adequar os valores institucionais às normativas internacionais quanto à proteção dos direitos das mulheres.

Quanto ao *Mulheres do México*, houve a identificação da utilização da violação sexual como instrumento de tortura contra mulheres a fim de dissuadi-las de se manifestar ou seja, o uso de violência sexual como ferramenta de repressão a manifestação política diretamente vinculada ao gênero.

Por fim, *Barbosa de Souza* reforçou o entendimento de que a discriminação de gênero é estrutural e generalizada e incide de modo ainda mais grave sobre mulheres com outros recortes discriminatórios, como ser pobre e preta.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, então que a Corte a cada oportunidade em que foi incitada a se manifestar acerca dos direitos das mulheres, amadureceu conceitos e ampliou, com ímpar sensibilidade, a capacidade de compreender como determinadas violências atingem mulheres com especial gravidade, se comparado a vítimas do gênero masculino, sobretudo pela forma como aquelas ainda são objetificadas e desrespeitadas em seus âmbitos mais íntimos da dignidade humana única e exclusivamente pelo fato de serem mulheres e por estarem inseridas em sociedade ainda visceralmente patriarcal.

Embora tais decisões não sejam suficientes, por si sós, para alterar a conjuntura quanto às violações aos direitos das mulheres que ocorrem diariamente nas mais variadas cidades da América Latina, elas são essenciais para dar mais legitimidade e visibilidade à luta feminina, bem como para reforçar a ideia de que a violência contra mulher, em suas mais diversas espécies, não é nem pode ser tolerada, tampouco naturalizada.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Decreto nº. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 out. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, reparaciones e costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7ef9a6d58703704d6c5e9a8a04cb09e9.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf>. Acesso em 01 set. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2017. Série C N° 339. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf>. Acesso em 28 ago. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual em Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 20 de noviembre de 2018. Série C N° 4. Disponível em: <[corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf)>. Acesso em 03 set. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 307. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf>. Acesso em 03 set. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_435_por.pdf>. Acesso em 03 set. 2022.

MÉXICO, el país con más ciudades violentas en el mundo: IBD. **Contralínea**, México, 26 jun. 2022. Disponível em: <<https://contralinea.com.mx/interno/semana/mexico-el-pais-con-mas-ciudades-violentas-en-el-mundo-ibd/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE PUNIÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE MICHEL FOUCAULT

ÉRIKA SILVEIRA GUERREIRO:

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de Cuiabá – UNIC. Servidora Pública junto à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo fazer uma breve análise da mudança e evolução das formas de punição e sua associação com a justiça e o Direito apresentadas por Michel Foucault, que tem como foco as reformas dos séculos XVIII e XIX. Será utilizado como base para a análise filosófica o clássico livro deste filósofo, “Vigiar e Punir”. Dar-se-á ênfase à visão do autor sobre as problemáticas da relação entre o direito e o punir, relação que é de extrema importância para a compreensão da linhagem histórica que reflete no sistema de punição atual.

Palavras-chaves: Punição; Justiça; Direito; Michel Foucault; Vigiar e Punir;

ABSTRACT: This article aims to make a brief analysis of the change and evolution of the forms of punishment and its association with law and justice shown by Michel Foucault, whom focuses on the reforms of the XVIII and XIX centuries. It will be used as a basis for the philosophical analysis the classic essay “Discipline and Punish: The Birth of the Prison”. It will be emphasized the author's vision about the issues between the relationship of law and punish, this relation is extremely important for the historical line comprehension that reflects on the current system of punishment.

Keywords: Punish; Justice; Law; Michel Foucault; Discipline and Pu

INTRODUÇÃO

Michel Foucault nasceu na cidade de Poitiers, França, em 15 de outubro de 1926, ele se graduou em história, filosofia e psicologia. Foucault analisa em sua obra “Vigiar e Punir” as formas de punição existentes principalmente na comunidade europeia dos séculos XVII, XVIII e XIX, começando pelo suplício até o nascimento das prisões. Neste artigo, será dada ênfase à questão histórica no concernente à punição e o direito e justiça.

Os suplícios eram formas de punição bárbaras, utilizadas frequentemente até o século XVIII, nas quais o condenado era alvo de humilhações e profunda dor física. O corpo era o principal alvo desse tipo de punição, que era realizada ao público em forma de espetáculos de demonstração do poder soberano.

É importante entender que essa relação de poder estará sempre presente em todas as constatações e críticas de Foucault, que poderão ser percebidas, no presente artigo, no âmbito da punição e sua relação com o direito e a justiça.

Esta análise se faz importante e muito atual no sentido de auxiliar a compreensão de todo um processo histórico de punição, e abrange questões intrínsecas no entendimento dos problemas enfrentados pela sociedade nos dias de hoje, e que propiciarão uma visão mais crítica e atenta às reais intenções das mudanças realizadas nesse âmbito do direito penal.

1.O SUPLÍCIO: ANÁLISE E SUPERAÇÃO

Michel Foucault, ao tratar do suplício em sua clássica obra “Vigiar e Punir”, apresenta a, também clássica, condenação de Damiens, o parricida, na qual inúmeras formas de punição aplicadas ao corpo do condenado são aplicadas até que ele finalmente seja esquartejado e queimado, tudo isso em uma praça pública no século XVIII. É importante entender que essa forma de punição servia para coroar um poder ilimitado pertencente a autoridade da época, que por meio dos suplícios expunha toda a vingança aplicada àquele que desobedecesse as ordens. Nesse sentido, afirma Foucault que “Diante da justiça do soberano, todas as vozes devem-se calar.”.

A problemática desses suplícios após certo período era a compaixão que poderia ser despertada pelo povo ao condenado, que nem acesso aos autos do processo tinha, assim como o ódio que era voltado ao carrasco e ao juiz considerado o assassino.

Não só a questão da compaixão do povo deve ser analisada, mas também o que lhes era ensinado com essas punições vingativas, em um trecho da obra Foucault diz:

Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a “ver correr sangue”, o povo aprende rápido que “só pode se vingar com sangue”.⁵⁹

Os suplícios, sendo considerados cada vez mais por intelectuais como uma condição insustentável, tiveram certa evolução quando na década de 60 do século XVIII haviam tentado uma máquina de enforcamento da Inglaterra, tal fato é visto como uma evolução no sentido de que buscava-se um menor tempo de sofrimento para o condenado, e a pena era dada igualmente, ou seja, as diferenças entre os delitos de mesmo gênero não iriam

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir - Nascimento da prisão**. Trad.: Raquel Ramalhete. 20. ed.. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 94

modificar a forma que eles seriam aplicados – situação recorrente nos suplícios, onde as torturas refletiam a forma como fora realizado o crime. Essa punição muitas vezes se dava nos patíbulos ou pela guilhotina. Entretanto, não deixava de ser um espetáculo público de menor duração da violação do corpo condenado.

Verifica-se uma tendência para a não punição corpórea, Foucault afirma:

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito.⁶⁰

Pode-se inferir que houve um afrouxamento nas sanções penais que passaram a ter menos sofrimento e mais “humanidade”. Na obra de Foucault verifica-se a forma com que ele afirma que os juízes não julgam, neste ponto, o crime cometido, mas a alma do praticante do delito.

2.DAS FORMAS DE JULGAR E DA TOLERÂNCIA À ILEGALIDADE

Desde que a Idade Média construiu, não sem dificuldade e lentidão, a grande procedura do inquérito, julgar era estabelecer a verdade de um crime, era determinar seu autor, era aplicar-lhe uma sanção legal. Conhecimento da infração, conhecimento do responsável, conhecimento da lei, três condições que permitiam estabelecer um julgamento como verdade bem fundada. Eis, porém, que durante o julgamento penal encontramos inserida agora uma questão bem diferente de verdade.⁶¹

O que se pode entender na análise de Foucault é que, após a era de codificações dos séculos XVIII e XIX, ele dá um enfoque na justiça mais preocupada com as questões relativas ao indivíduo e com uma perspectiva de punição no sentido de buscar a correção de toda a situação concernente ao delito. O seja, o papel do juiz vai além de somente julgar, e até mesmo o julgar é realizado com o suporte de outras instâncias do processo penal com os peritos psiquiátricos e funcionários da administração penitenciária que não simplesmente executam a sentença dada pelo magistrado, mas a modificam de diversas maneiras por ter em suas mãos instrumentos de punição. O filósofo diz, ainda, que essa gama de elementos que acompanha o juiz vem com o intuito de mudar a concepção de o mesmo ser somente o que castiga.

O que trouxe uma reforma a essa forma de julgar foi a crítica que se fez à enorme quantidade de tribunais presentes naquela época, os quais não trabalhavam

⁶⁰Ibidem p.19

⁶¹ Ibidem p.23-24

uniformemente, além da influência política e econômica evidente em suas decisões. As decisões dos magistrados eram controladas pelo rei, que tinha poderes de excessivos sob todas as instâncias. Foucault, aliás, considera que esse poder desmedido que o rei possui e concede a certos magistrados é o principal problema do funcionamento da justiça.

A reforma que ocorre na justiça, principalmente criminal, não advém de uma maior preocupação com a humanidade do ser, mas no sentido de que seu custo econômico e político sejam mais brandos. Conforme Foucault:

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova "economia" do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.⁶²

Essa reforma não surge de uma única vertente, mas é destaque que os próprios magistrados deram origem aos princípios dessa reforma, haja vista que a mesma era contrária à intervenção do soberano e das relações de propriedade nas formas de julgar e separara de vez o papel dos juízes e legisladores. Ou seja, a reforma era para que os magistrados tivessem o pleno papel de julgar, não mais que isso, nem menos. Nesse sentido, a busca não era pela diminuição das punições mas no aprimoramento desse sistema, para aprofundar no corpo social o poder de punir.

Fala-se na obra de Michel Foucault de tolerância à ilegalidades, essa tolerância dividia-se entre as classes, certos delitos eram aceitos mesmo que se existisse uma norma em contrário. O filósofo trata do exemplo de um contrabandista que era glorificado socialmente, enquanto que um mendigo que roubava de sua própria classe era vítima de um ódio popular. Há o camponês que negava-se a pagar os impostos mas não era mal visto pelos proprietários de terra e assim por diante. Foucault afirma que "O jogo recíproco das ilegalidades fazia parte da vida política e econômica da sociedade"⁶³.

Entretanto, a partir do século XVIII deu-se uma crise nas ilegalidades, em decorrência do aumento dos roubos de bens da burguesia. A ilegalidade de direitos era algo mais

⁶²Ibidem. p.101

⁶³Ibidem. p.104

aceitável que a ilegalidade no sentido dos direitos de propriedade da burguesia. Fato que agrava-se com a expansão comercial e industrial. Segundo Foucault:

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens — transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação — margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato.⁶⁴

Percebe-se que a reforma citada anteriormente vem no sentido de regular essas ilegalidades, para que essa justiça ocorra de forma coerente contra o demasiado poder do soberano e o poder dessa ilegalidade presente no seio da sociedade.

Na perspectiva de Foucault, “O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade.”⁶⁵ Portanto, ainda é necessário que se busque por uma moderação dessa punição, que tende a ser mais fortemente institucionalizada.

Nesse sentido, ao analisar a obra de Foucault, Da Silva pontua:

Dentre as três figuras de punição apresentadas em Vigiar e Punir – o suplício, a punição generalizada e a prisão – a ideia de uma transformação (leia-se cura) dos criminosos já aparece entre os grandes reformadores do século XVIII. No suplício o crime era considerado uma afronta ao rei, o criminoso tornava-se seu inimigo. A punição se inscrevia em um ato de guerra do rei contra este criminoso, do mais poder do rei contra o menos poder do supliciado: a punição era uma vingança real. Ocorre um deslocamento entre o ritual dos suplícios, que afeta diretamente o corpo do condenado, e a teoria humanista das punições, que visava afetar a alma dos criminosos através dos jogos de representações. [...]

A reforma humanista fundamenta a punição no contrato social. O criminoso quebra o pacto e ao quebrá-lo lesa toda a sociedade, todo

⁶⁴Ibidem. p.107

⁶⁵Ibidem. p.111

o corpo social. Assim, torna-se um inimigo interno, pois volta aos domínios do estado de natureza e se torna um “monstro”.⁶⁶

É interessante notar na visão de Foucault um ceticismo a respeito dos reais interesses que permeiam essa reforma no sentido de humanização da pena. Ele trata a intenção dos autores e filósofos reformistas, como Beccaria, de forma crítica, pois acredita que a humanização vem para que se tenha um maior controle sobre os efeitos de poder, haja vista que o crime cometido não tem somente efeitos momentâneos, mas pode causar uma desordem social. O cálculo da pena a ser aplicada não deveria ser classificada pela natureza do delito, mas pelos efeitos sociais e de influência comportamental. A punição não tem um sentido de reeducar o condenado, nem é mais sensível à sua humanidade, o único objetivo dessa punição é o controle social que atua na forma de prevenção.

3.FORMAS IDEAIS DE PUNIÇÃO

Como se pode analisar, para Foucault, a punição deve ser mais desvantajosa que o crime, não pode se utilizar do corpo do condenado como o objeto de pena, deve controlar os efeitos que o delito causou na sociedade da forma menos cruel possível para o culpado, assim como toda ideia de crime deve ser associada à ideia de castigo, de forma que a população tenha a certeza da punição e por fim, todo o crime deve ser tipificado para que a população saiba de forma clara e direta quais são as punições aplicáveis a seus atos.

Estas condições para a melhor forma de punição demandam de uma série de dispositivos complexos, quando Foucault diz que todo o crime deve ser tipificado, deve-se remeter à uma época do surgimento de grandes codificações, entretanto, nem a melhor das codificações pode ter tipificado todos os tipos de crimes diferentes. As sociedades estão em constante evolução e uma codificação não consegue prever todas as formas diferentes de delitos a surgir. Da mesma forma, para que a população tenha certeza da punição, é necessário que a justiça e a polícia andem de mãos dadas, não há como punir sem que o indivíduo chegue a ser encaminhado para as cortes. Isso demandaria um investimento no aparelho repressivo estatal que pode vir a se tornar, e hoje em dia já é um problema crescente, uma forma de poder difícil de controlar, arbitrária e pode acabar realizando um trabalho parcial em defesa do interesse de uma classe dominante.

De acordo com Brígido e Mata, o autor não apenas faz uma análise histórica da legislação penal e os seus métodos de aplicação de poder, mas também, e principalmente,

⁶⁶ DA SILVA, Ítalo Leandro. **Entre a cura e o castigo, uma análise de Vigiar e Punir**. Nota preliminar, p. 117. Disponível em: <https://www.anpof.org/wlib/arqs/publicacoes/77.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

“se dedica a uma genealogia da sociedade disciplinar que se serve de todos os dispositivos para manter uma “ordem”, um poder.”⁶⁷

Neste ponto, o filósofo dá destaque à ideia de um poder ideológico para o controle do delito, ele, portanto, trata dos sinais-obstáculos que devem ser utilizados de forma a controlar na prevenção da criminalidade.

As penas devem ser o mais transparentes possível, para que a associação da punição com o crime seja imediata e natural, o temor da punição deve ser maior que a aparente vantagem do crime. A pena também deveria ter um limite de tempo, pois, de outra forma não haveria sentido em se punir o criminoso se não fosse para ele um dia poder usufruir novamente de tudo que lhe fora tirado. É, também, preciso que a sociedade enxergue os castigos como uma forma de retribuição do condenado pelo que ele lesou do povo, e nesse sentido, Foucault, acredita que o corpo do condenado se torna um bem social, e que essa punição pode ser dada como um trabalho forçado para reconstrução de um bem público, por exemplo. Em cada momento da punição, deve-se demonstrar a necessidade e o valor da punição, é importante que o condenado seja visto como um inimigo, como alguém que precise ser ensinado a conviver em sociedade novamente.

Com todo esse aparato ideológico, percebe-se que Foucault falava de um controle da mente do cidadão, que deveria ser moldada de forma a refletir os códigos e a manter a ordem social, repudiando quem ou o que o desrespeitava.

Percebe-se, também, que o filósofo não fala de punição na forma de prisões, o qual é um tema tratado pelo mesmo em outro tópico, e ainda acredita que o sistema de aprisionamento vai de encontro com diversas das ideias apresentadas nos tópicos anteriores.

O controle sobre o homem não é somente realizado pela mente, mas também fisicamente e é nesse sentido que Michel Foucault vê na prisão a tentativa de atingir o corpo do homem, não como no suplício, mas de uma forma a domesticá-lo, como se na tentativa de transformá-lo em uma máquina.

Na atualidade, embora haja proibição expressa na Constituição Federal⁶⁸ brasileira, direitos e garantias dos cidadãos continuam a ser violados.

67 MATA, Evandro Sousa da; BRÍGIDO, Edimar. **Foucault: Do poder centralizado ao poder microfísico**. REVISTA APROXIMAÇÃO. v. 6, p. 44, 2013.

68 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nº CF**, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federal. [S. l.], 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

Tanto é verdade que, em 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que versou sobre o estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras.⁶⁹

Reconheceu-se a precariedade e a violação sistêmica de direitos humanos, que carecem, para que sejam sanadas, a atuação conjunta de todos os poderes do estado, por meio de uma alteração estrutural.

Nesse mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Resolução CIDH, 22 de novembro de 2018, dada a inércia do estado brasileiro ante à violação de direitos humanos, determinou medidas para proteção da vida e integridade pessoal dos custodiados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, proibindo o ingresso de novos presos e, ainda, como medida compensatória, o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido naquele estabelecimento, salvo em casos de crimes contra a vida, integridade física e de crimes sexuais, quando será necessária a avaliação em perícia criminológica.⁷⁰

Verifica-se, pois, que a sociedade em geral mantém-se punitivista, aceitando o caráter meramente retributivo das penas, a qualquer custo, ainda que, para tanto, seja necessária a prática de barbáries.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça e o direito passam por essa transformação como órgãos controladores dos efeitos acima citados, como a instância que deve medir e encontrar a melhor forma de punir para que a população se mantenha organizada e repudie os atos criminosos.

Por fim, pode-se perceber as relações de poder e a importância do corpo. Antigamente, no suplício, o corpo era alvo de penas torturantes e físicas e na modernidade esse corpo ainda é o alvo, mas visto de forma mais utilitária e mecânica pelos detentores do poder, quase como uma máquina a ser controlada da forma que melhor convém.

REFERÊNCIAS

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=347&numProcesso=347>. Acesso em: 25 abr. 2022.

70 CORTEI DH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Medidas provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 22 nov. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nº CF**, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federal. [S. l.], 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=347&numProcesso=347>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CORTEI DH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Medidas provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 22 nov. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

DA SILVA, Ítalo Leandro. **Entre a cura e o castigo, uma análise de Vigiar e Punir**. Nota preliminar, p. 117. Disponível em: <https://www.anpof.org/wlib/arqs/publicacoes/77.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir - Nascimento da prisão**. Trad.: Raquel Ramallete. 20. ed.. Petrópolis: Vozes, 1999.

MATA, Evandro Sousa da; BRÍGIDO, Edimar. **Foucault: Do poder centralizado ao poder microfísico**. REVISTA APROXIMAÇÃO v. 6, 2013.

PANORAMA DOS DIREITOS DAS MULHERES NA ORDEM INTERNACIONAL E NA ORDEM INTERNA

ANA CRISTINA MALTA DINIZ:
Advogada.

RESUMO: A luta das mulheres por direitos tem percorrido um longo caminho na busca por reconhecimento e efetivação. O presente artigo visa analisar os principais planos de proteção dos direitos das mulheres. Sob esse aspecto, analisou-se o Sistema Global de proteção, partindo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Em seguida, o Sistema Interamericano, analisando-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. No plano interno, procedeu-se à análise da Constituição Federal de 1988, ressaltando o avanço apresentado em relação ao direito das mulheres. No âmbito infraconstitucional, destacou-se a Lei Maria da Penha, a Lei do Minuto Seguinte e as últimas alterações inseridas no Código Penal para maior proteção desse grupo vulnerável. Considerando que essa temática ensejou a condenação do Brasil no Sistema Internacional, procedeu-se a análise dos principais casos jurisprudenciais pertinentes ao assunto.

PALAVRAS-CHAVES: Gênero. Direito da Mulher. Violência contra a mulher.

1. Introdução

A violência contra as mulheres no Brasil é um problema estrutural e generalizado. A ausência de estatísticas nacionais, especialmente antes dos anos 2000, dificulta a formulação e a implementação de políticas públicas eficazes para combater essa violência. As primeiras informações começaram a ser compiladas sob a denominação de feminicídio muito recentemente. Ademais, existia uma cultura de tolerância à violência contra a mulher, ilustrada, por exemplo, pela forma através da qual os meios de comunicação apresentavam as notícias de violência contra as mulheres, ao romantizá-las ao invés de rejeitá-las. A este respeito, foi reconhecido que um alto nível de tolerância à violência contra a mulher está normalmente associado, e em alguns casos produz, altas taxas de feminicídio.⁷¹

Há diversos tratados incorporados no ordenamento brasileiro que combatem a discriminação e violência contra a mulher. Esses tratados exigem a implementação de

⁷¹ Dados disponíveis em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 10 set 2022.

regras de discriminação positiva, que consistem em medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher. 72

A jurisdição Internacional é condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado Brasileiro tem a responsabilidade primária e o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis pelos crimes cometidos em seu território. O que se busca é promover a garantia à justiça e o fim da impunidade.

É uma preocupação universal e inaceitável a tentativa de subjugar a mulher através de violência física, psíquica e sexual. Desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o Estado Brasileiro está comprometido em proporcionar proteção ao direito da mulher, nos casos de violência doméstica.

O caso Maria da Penha Maia Fernandes tornou-se símbolo do país pela luta ao respeito das mulheres e conseguiu fazer o Brasil dar uma resposta à sociedade internacional pelos compromissos firmados nos tratados que versam sobre esse assunto.

O objetivo aqui é o de fazer breves considerações dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos da mulher atualmente em vigor no Brasil, procedendo-se à sua análise comparativa com a legislação interna.

2. Planos de Proteção dos Direitos das Mulheres

2.1. Sistema Global: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Trata-se da Convenção Internacional que, dentre todas as Convenções sobre Direitos Humanos, é a que mais contem reservas por parte dos Estados que a ratificaram. Foi criada a partir da Resolução nº34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1979, sendo incorporada pelo direito brasileiro a partir do decreto legislativo 4.377/0273.

Conforme a Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significa:

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos

72 RAMOS. André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos. 4ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 580.

73 BRASIL. Decreto nº 4.377. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, de 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em 11 set 2022.

humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A Convenção instituiu o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as mulheres e adotou o mecanismo de controle através de relatórios. Posteriormente, mediante protocolo facultativo, foi instituído o mecanismo de petições individuais. Ressalta-se que o Brasil já sofreu uma condenação pelo sistema de petições individuais, no caso Alyne Pimentel.

2.2. Sistema Interamericano: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher

Conhecida também como Convenção Belém do Pará, foi promulgada no plano interno pelo Decreto nº 1.973/9674. O ponto central dessa Convenção é combater a violência contra a mulher. A Convenção define a violência contra a mulher:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Acerca dos mecanismos de proteção, a Convenção faz menção aos relatórios e às comunicações individuais. A Comissão Interamericana das Mulheres (CIM), órgão que deve receber relatórios por parte dos Estados Partes, é um órgão consultivo da OEA.

2.3. Proteção Constitucional

A Constituição Federal de 1988 representa um avanço no direito das mulheres. Pela primeira vez foi consagrada a igualdade formal e material entre homens e mulheres em geral, bem como a igualdade na sociedade conjugal (art. 5º, I, c/c art. 226, §5º, ambos da CR/88).

O art. 3º, IV, da CR reforça o princípio da não discriminação que deve ser aplicado às mulheres, destacando-se tanto a proibição de discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, quanto a previsão da proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX e XXX, da CR/88).

74 BRASIL. Decreto nº 1.973/96. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 11 set 2022.

Salienta-se a previsão do planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, §7º, da CF/88). Por fim, merece especial destaque a previsão do dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º da CR/88).

2.4. Proteção Legislativa

2.4.1. Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/06 foi criada não apenas para atender ao disposto no art. 226, §8º, da CR/88, mas também para dar cumprimento aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como em razão do processamento do país perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Lei Maria da Penha destaca, desde o artigo 1º, a ênfase na luta contra a violência em face das mulheres:

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.

Salienta-se a aplicabilidade desta lei inclusive às mulheres trans em situação de violência doméstica. 75

2.4.2. Lei do Minuto Seguinte

Trata-se da Lei nº 12.845 que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

A Lei 12.845/2013 resolveu definir o que seja violência sexual:

75 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é aplicável às mulheres trans em situação de violência doméstica.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7b3403f79b478699224bb449509694cf>> Acesso em: 11 set de 2022.

Art. 2º Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida.

Esta previsão deve ser criticada, considerando que tal definição poderá gerar debates sobre a abrangência da expressão “não consentida”. Isso porque existem atividades sexuais que, apesar de “consentidas”, são ilícitas, merecendo reprimenda penal em razão de tal “consentimento” não ser válido. É o caso, por exemplo, de atos sexuais envolvendo menores de 14 anos (estupro de vulnerável – art. 217-A do Código Penal).⁷⁶

Consoante previsão da Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social. Desse modo, todos os hospitais integrantes da rede do SUS deverão oferecer um atendimento imediato às vítimas.

2.4.3. Últimas alterações no Código Penal

Inicialmente destaca-se que a partir da Lei n.º13.104/2015 o feminicídio foi introduzido no Código Penal como qualificadora do crime de homicídio. O Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino.⁷⁷

O Supremo Tribunal Federal enfrentou alguns questionamentos acerca da constitucionalidade de uma proteção especial para o caso de crimes cometidos contra a mulher por razões de gênero. Ao julgar a ADC 19/DF proposta em relação à Lei Maria da Penha, a Corte Constitucional decidiu que é possível que haja uma proteção penal maior para o caso de crimes cometidos contra a mulher por razões de gênero (STF. Plenário. ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9/2/2012).

Desse modo, não há violação do princípio constitucional da igualdade pelo fato de haver uma punição maior no caso de vítima mulher. Na visão da Corte, a Lei Maria da

⁷⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei 12.845/2013 (atendimento hospitalar a vítimas de violência sexual). Dizer o Direito, Manaus. 04 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128452013-atendimento-hospitalar.html>. Acesso em 11 set de 2022.

⁷⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo pela do feminicídio.** (art. 121, § 2º, VI, do CP). Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em 12 set 2022.

Penha e, agora, a Lei do Feminicídio, são instrumentos que promovem a igualdade em seu sentido material. Isso porque, sob o aspecto físico, a mulher é mais vulnerável que o homem, além de, no contexto histórico, ter sido vítima de submissões, discriminações e sofrimentos por questões relacionadas ao gênero. Trata-se, dessa forma, de uma ação afirmativa (discriminação positiva) em favor da mulher. Ademais, a criminalização especial e mais gravosa do feminicídio é uma tendência mundial, adotada em diversos países do mundo.⁷⁸

Também merece especial atenção a recente alteração promovida pela Lei nº 14.188/21, que incluiu o art. 147-B no Código Penal que trata sobre a violência psicológica contra mulher.

A violência psicológica consiste em ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e insultos. No entanto, na Lei Maria da Penha, já havia previsão de cinco formas de violência contra a mulher, a saber: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Quanto melhor esclarecidas ficarem essas modalidades, mais eficaz será a atuação da Justiça e do Ministério Público na proteção aos direitos da mulher vítima.⁷⁹

Destaca-se também a alteração promovida pela Lei nº 14.132/2021 que acrescentou o art. 147-A ao Código Penal para prever o crime de perseguição, também conhecido como *stalking*.

Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O stalker, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.” (JESUS, Damásio E. de.

78 Ibid.

79 ELUF, Luiza Nagib. Novo tipo penal: violência psicológica contra a mulher. Revista Consultor Jurídico: 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/escritos-mulher-tipo-penal-violencia-psicologica-contraa-mulher>. Acesso em 12 set 2022.

Stalking. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846>. Acesso em: 11 set 2022).

Sabendo que há prevalência do *stalking* em vítimas do sexo feminino, o Código Penal previu para o delito inserido em seu artigo 147-A, §1º, a modalidade majorada, aumentando-se de metade a pena, dentre outras razões, quando o crime for praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

3. Casos emblemáticos da Jurisprudência Internacional envolvendo violência de gênero

3.1. Caso Alyne Pimentel vs. Brasil analisado pelo Sistema Universal de proteção dos Direitos Humanos

Alyne da Silva Pimentel Teixeira estava no 6º mês de gravidez e buscou assistência na rede pública em Belford Roxo (Rio de Janeiro), após sentir fortes dores abdominais. Na oportunidade, recebeu medicação e foi liberada. Não tendo melhorado, Alyne retornou ao hospital, quando foi constatada a morte do feto. Após horas de espera, a vítima foi submetida à cirurgia para retirada dos restos da placenta. Em seguida, foi transferida para outro hospital, em um município vizinho, porém com grande atraso.

No segundo hospital, Alyne após horas de espera no corredor não resistiu, falecendo em decorrência de hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto. Trata-se do primeiro caso do Brasil julgado perante o Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) da ONU - apresentado pela mãe de Alyne. Na hipótese, restou evidente que a precariedade do sistema de saúde pública do Brasil foi determinante na morte de Alyne.

O Estado brasileiro foi responsabilizado por não cumprir seu papel de prestar o atendimento médico adequado desde o início das complicações da gravidez de Alyne ensejando a indenização da família da vítima. Além disso, foram apresentadas recomendações a serem adotadas no serviço público de saúde, para melhorias no atendimento de gestantes.

3.2. Casos emblemáticos analisados pelo Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos

3.2.1. Caso Maria da Penha vs. Brasil

O combate à violência de gênero foi reconhecido no importante precedente Maria da Penha vs. Brasil. Trata-se de uma mulher cearense que ficou paraplégica após sofrer diversos atentados pelo seu ex-cônjuge, cujo processo criminal tramitou por muitos anos

perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará sem julgamento. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) responsabilizou o Brasil e aplicou pela primeira vez a Convenção Belém do Pará.

A CIDH fez diversas recomendações ao Brasil no sentido de se atribuir celeridade ao processo penal para se responsabilizar o autor das agressões e da tentativa de homicídio em face da mulher. Houve também recomendações no sentido de se implementar medidas administrativas, legislativas e judiciárias para adequada assistência e reparação dos danos à vítima.

Ademais, foram recomendadas medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados, para que compreendessem a importância de não tolerar a violência doméstica; simplificar procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual sem afetar os direitos e garantias do devido processo legal; implementar formas alternativas de solução de conflitos, aumento de número de delegacias especializadas, planos pedagógicos acerca do tema.

3.2.2. Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México

Trata-se do desaparecimento das jovens Laura Berenice Ramos Monarrez (17 anos), Cláudia Ivette Gonzáles (20 anos) e Esmeralda Herrera Monreal (15 anos) desapareceram em *Juarez Ciudad*, no México.

Embora tenham sido devidamente científicas as autoridades estatais, os únicos procedimentos adotados pelo Estado foram o registro dos desaparecimentos e a tomada de declarações dos familiares, além do envio de ofício a polícia judiciária.

Consta nos autos que agentes estatais se comportaram de maneira indiferente e discriminatória, tendo ainda feito comentários sobre a vida censurável e o comportamento sexual das vítimas, supondo que as mesmas poderiam não estar desaparecidas, mas em companhia de seus namorados ou companheiros.

No dia 06.06.2011 as vítimas foram encontradas numa plantação de algodão, com gravíssimas marcas de estupro e violência sexual, cometidas de maneira cruel. Em razão da desídia do Estado na apuração do crime, o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu que os homicídios praticados decorreram de violência de gênero, tratando-se de feminicídio, motivado pela cultura de discriminação da mulher, que também motivou a inércia do Estado na apuração dos delitos.

A Corte Interamericana declarou o México responsável pela violação de inúmeros direitos humanos, tais como do art.1.1, art. 2º e art. 11 (proteção da honra e da dignidade) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), além das obrigações contidas no art. 7 “b” e “c” da Convenção Belém do Pará. Dentre as medidas de reparação determinadas

ao Estado Mexicano pela CorteIDH, destaca-se a obrigação de erguer um monumento em memória das vítimas, constituindo uma interessante medida de caráter simbólico.

3.2.3. Caso Márcia Barbosa vs. Brasil

Trata-se da mais recente condenação do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgado em 07 de setembro de 2021. O Brasil foi declarado internacionalmente responsável pelo feminicídio de Márcia Barbosa de Souza, uma jovem estudante afrodescendente, de origem humilde, nascida no Estado da Paraíba. O delito foi praticado por um parlamentar que se beneficiou indevidamente de sua imunidade parlamentar, para não ser responsabilizado no plano interno.

Dentre as determinações da sentença, está a obrigação de reparar à família da vítima por danos materiais e imateriais. A sentença ainda estabelece que a imunidade parlamentar seja submetida a um controle de convencionalidade, utilizando-se como base a interpretação proferida pela Corte Interamericana. Destaca-se também a determinação de se criar e implementar um plano de capacitação, com perspectiva de gênero e raça, para funcionários que atuam em investigações. Salienta-se, por fim, que a sentença estabelece o dever de publicação de um resumo da sentença da Corte e seja realizado um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional.

4. Conclusão

A violência contra a mulher faz parte de uma conjuntura socioeconômica e cultural que historicamente trata desigualmente o sexo feminino. A manutenção dessas desigualdades tem como consequência um conjunto de situações desfavoráveis para as mulheres, que são reforçadas por práticas de violência.

Desnecessário se faz pesquisar profundamente para perceber que a igualdade de gênero proclamada por nosso Estatuto Político e por Pactos Internacionais aos quais o Brasil aderiu, ainda tem pela frente um longo caminho de lutas e transformações culturais para tornar-se realidade fática.

A vida pode ser considerada digna quando todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos forem respeitados. A dignidade da mulher está inclusa, pois é um tema de legítimo interesse internacional. A efetiva proteção dos direitos humanos demanda políticas específicas a grupos vulneráveis, como as mulheres.

A impunidade diante de certas condutas só tem contribuído para o crescimento da violência contra a mulher. É necessário que se construa novas identidades sociais, que

cada indivíduo perceba o seu papel na sociedade, e que esta tenha mecanismos efetivos para garantir uma existência digna às mulheres.

Em termos internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará, conforme demonstrado, encontram-se em perfeita harmonia com a sistemática traçada pela Constituição de 1988. Com efeito, as leis em vigor em nosso país oferecem proteção jurídica às mulheres vítimas de discriminação ou qualquer outra forma de violência. O que nos falta, todavia, é conseguir dotar tais previsões legais de efetividade, fazendo com que sejam cumpridas a despeito da cultura patriarcal ainda dominante na maior parte do território nacional.

A luta pelo direito das mulheres teve grande destaque com o caso Maria da Penha. Sua atitude demonstrou à sociedade internacional que o Brasil estava sendo omissivo na observância de direitos fundamentais da pessoa humana. O exemplo da luta dessa cidadã brasileira tornou-se especial. Maria é uma sobrevivente, seu marido tentou matá-la duas vezes. Foi lutando pela própria vida que ela ajudou a salvar várias outras com a aprovação da lei.

Sem desconsiderar os importantes avanços, ainda é relevante o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres por meio de ações afirmativas, sobretudo em consequência dos muitos anos de desigualdades materiais e formais.

Enfim, o que se espera é que se consubstancie, de fato, a incorporação de novos comportamentos e a construção de outros contextos culturais nos quais seja desnecessária a determinação legal de respeito a direitos, sejam de mulheres, sejam de homens, e que a dignidade da pessoa não dependa de sexo, gênero ou orientação sexual, mas que decorra, exatamente, da igual condição humana.

Referências

BRASIL. Decreto nº 4.377. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, de 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em 11 set 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.973/96. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 11 set 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é aplicável às mulheres trans em situação de violência doméstica.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7b3403f79b478699224bb449509694cf>>. Acesso em: 11/09/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 12.845/2013 (atendimento hospitalar a vítimas de violência sexual)**. Dizer o Direito, Manaus. 04 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128452013-atendimento-hospitalar.html>. Acesso em 11 set de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo pela do feminicídio**. (art. 121, § 2º, VI, do CP). Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em 12 set 2022.

ELUF, Luiza Nagib. Novo tipo penal: violência psicológica contra a mulher. Revista Consultor Jurídico: 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/escritos-mulher-tipo-penal-violencia-psicologica-contraa-mulher>. Acesso em 12 set 2022.

JESUS, Damásio E. de. Stalking. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846>. Acesso em: 11 set 2022.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: CEI, 2017.

RAMOS. André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos. 4ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2017

A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

GUSTAVO PLATERO CABREIRA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Integradas de Santa Fé do Sul - SP

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho teve como principal objetivo realizar a discussão sobre a edição da nova Lei de Abuso de Autoridade, que foi promulgada no dia 5 de setembro de 2019 e entrou em vigor no dia 03 de janeiro de 2020. Sendo assim, posturas favoráveis salientaram que o novo dispositivo foi elaborado a fim de punir, de forma mais rígida, discricionariedades dos agentes públicos bem como seja resultado do próprio Estado Democrático de Direito, a fim de assegurar as garantias fundamentais expostas na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, há argumentos no sentido de que representa inibição da prestação jurisdicional e cerceamento do poder de autoridade, sobretudo diante do contexto de polarização política em que foi implementada. Também se almejou, com o presente artigo, descrever alguns crimes previstos na nova Lei e seus legitimados ativos bem como demonstrar a necessidade de sua aplicação efetiva, embora não seja a edição de leis garantia de efetividade. Portanto, diante dos amplos debates que surgiram com a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade, surgiu a necessidade de usar como metodologia da pesquisa, sobretudo, a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura e análise de dispositivos de lei e jurisprudência, que poderão ser encontrados por meio da rede mundial de computadores, com o uso do método indutivo-dedutivo como forma de raciocínio e abordagem para o seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Lei nº 13.869/2019. Abuso de Autoridade. Garantias constitucionais.

ABSTRACT: The main objective of this work was to carry out the discussion on the edition of the new Abuse of Authority Law, which was enacted on September 5, 2019 and entered into force on January 3, 2020. Therefore, favorable positions highlighted that the new provision was elaborated in order to punish, more rigidly, the discretion of public agents, as well as being the result of the Democratic Rule of Law itself, in order to ensure the fundamental guarantees set out in the Federal Constitution of 1988. On the other hand, there are arguments in the sense that it represents inhibition of jurisdictional provision and restriction of the power of authority, especially in the context of political polarization in which it was implemented. It was also intended, with this article, to describe some crimes foreseen in the new Law and its legitimate assets, as well as to demonstrate the need for its effective application, although the enactment of laws is not a guarantee of effectiveness. Therefore, given the wide debates that arose with the new Law on Abuse of Authority, the

need arose to use as a research methodology, above all, bibliographic research, based on the reading and analysis of provisions of law and jurisprudence, which may be found through the world wide web, with the use of the inductive-deductive method as a way of reasoning and approach for its development.

Keywords: Law No. 13.869/2019. Abuse of authority. Constitutional guarantees.

1 INTRODUÇÃO

A nova Lei de Abuso de Autoridade foi promulgada no dia 5 de setembro de 2019 e entrou em vigor no dia 03 de janeiro de 2020. Dispondo sobre os crimes que envolvem o abuso de autoridade, o novo diploma legal trouxe alterações significativas, tendo em vista que alterou a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Além disso, revogou a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Desde então, é tema de ampla discussão nos espaços acadêmicos e no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina majoritária considera que a lei provocou alvoroços em todo o Brasil, sobretudo nos meios políticos, acadêmicos e jurídicos. Bruno Ricardo Cogan e Marco Antônio Marques da Silva (2019, p.272) presumem que a exaltação é resultado de “motivos (jurídicos e republicanos), motivação (psicológica e personalista) e polarização política”.

Entretanto, é indiscutível que a nova redação da lei em comento decorre do próprio Estado Democrático de Direito, que tem como alguns dos seus princípios fundamentais a justiça social e a redução das desigualdades, que podem ser violados quando não existe, por exemplo, a responsabilização do Estado e de seus agentes.

Diante disso, os crimes de abuso de autoridade e suas penas estão elencados nos Artigos 9º ao 38 do dispositivo e são definidos como condutas praticadas com o objetivo de lesar terceiro ou favorecer a si próprio ou a outrem ou por mero capricho ou satisfação pessoal, consoante ao Artigo 1º, § 1º da Lei (Brasil, 2019).

Considerando que existe amplo debate em relação às novas diretrizes acerca dos crimes de abuso de autoridade, procurou-se, com o presente trabalho, apresentar as alterações trazidas bem como seus possíveis efeitos na sociedade civil e ordenamento jurídico brasileiro.

2 METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do presente artigo foi utilizada, sobretudo, a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura e análise de dispositivos de lei, obras, artigos e textos, monografias, periódicos, instrumentos autorizados e jurisprudência, que poderão ser encontrados por meio da rede mundial de computadores. Além disso, foi empregado o método indutivo-dedutivo como forma de raciocínio e abordagem para o desenvolvimento da pesquisa.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A nova lei de abuso de autoridade – Lei n 13.689/2019 - teve sua promulgação no dia 5 de setembro de 2019 e o início de sua vigência se deu na data de 03 de janeiro de 2020. Não restam dúvidas que a sua implementação foi alvo de discussões no âmbito jurídico. É cediço que sua implementação passou por diversos obstáculos, tendo em vista que foi encaminhada para ser sancionada e sofreu a vedação presidencial de 33 artigos, dois quais 18 foram derrubados pelos membros do Congresso Nacional.

Necessário destacar que os crimes dispostos nesta legislação são processados mediante ação penal pública incondicionada, isto é, não podem ser instaurados de ofício, tendo legitimidade ativa o Ministério Público. Entretanto, excepcionalmente, em caso de sua inércia, é possível intentá-la por meio de ação penal privada subsidiária da pública.

Corroborar-se que representa verdadeira responsabilização do Estado e de seus agentes, nesse sentido, “a responsabilização do Estado e de seus agentes diante do próprio Direito estatal é uma das marcas indelévels do Estado de Direito” (COGAN; SILVA, 2019, p. 272), a fim de que se evite o abuso de poder ou mesmo a conduta arbitrária dos agentes públicos.

O abuso de poder pode ser compreendido como “aquele exercido além da medida, certo de que não apenas se foge dos limites legais, mas também se abusa (uso que se transforma em abuso)” (SIQUEIRA, 1951, p. 647 apud COGAN; SILVA, 2019, p.285).

Na perspectiva de HUNGRIA (1958, p. 382-387 apud COGAN; SILVA, 2019, p. 287):

Há violência arbitrária na conduta de funcionário público, sem motivo legítimo, que, mediante força física, maus tratos ou vias de fato (excluída a violência moral), provocando ou não lesões corporais na vítima. Pela expressão “arbitrária”, isto é, “sem motivo legítimo”, há de se entender que a ação refoge aos estritos limites de sua necessidade; não obstante, dar-se-á no ensejo atual da função público ou a pretexto de exercê-la (o exercício da função pública será causa da violência).

Cabe frisar que é constitucionalmente garantido o direito à inviolabilidade da vida, da liberdade e igualdade, bem como o direito de denunciar o abuso de poder. Trata-se, portanto, de garantia fundamental do cidadão, encontra-se disposto no Artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.(CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, 1988).

Como bem ressalta Estrela (2021, p. 14), a lei anterior, nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965, “possibilitava, que a vítima que tenha sofrido qualquer abuso por parte de um agente público levasse o fato ao conhecimento da autoridade competente para o processamento e responsabilização do autor”.

Entretanto, a penalidade aplicada aos agentes que cometiam o delito de abuso de autoridade limitava-se ao prazo de seis meses de detenção e multa, possibilitando a perda do cargo ou inabilitação para a atividade de qualquer função pública pelo período de até três anos, configurava-se, diante disso, o que se denomina como crime de menor potencial ofensivo. (FABR I; CASSIANO, 2020, p. 3).

Corroboram, ainda, os autores que:

Em razão desse alcance da sanção que se pode entender a referida lei primária como de pouca utilidade, pois sua aplicação ocorria sobretudo nos casos de atuação abusiva de servidores, padecendo do rigor inibitório a práticas lesivas por parte das autoridades, de forma que inclusive veio a gerar uma sensação de impunidade em relação às autoridades com maior poder de decisão. Portanto, devido a esses fatos, a nova lei de abuso de autoridade pode ser concebida como mais abrangente no sentido de tutelar o cidadão contra as medidas abusivas praticadas pelas autoridades públicas, trazendo situações mais objetivas, como as relacionadas a prisão temporária, interceptações telefônicas, prerrogativas de advogados, entre outros pontos relevantes e indispensáveis para o resguardo do Estado Democrático de Direito. (FABRI; CASSIANO, 2020, p. 3).

Fernando Capez (2014, apud Estrela, 2021, p. 15) asseverou a respeito da Lei de Abuso de Autoridade de 1965:

A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em um período autoritário, com intuito meramente simbólico, promocional e demagógico. A despeito de pretensamente incriminar os chamados abusos de poder e de ter previsto um procedimento célere, na verdade cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e facilmente alcançáveis pela prescrição. De qualquer modo, a finalidade da Lei n.4.898/65 é prevenir os abusos praticados pelas autoridades, no exercício de suas funções, ao mesmo tempo em que, por meio de sanções de natureza administrativa, civil e penal, estabelece a necessária reprimenda”.

Dito isso, a breve análise de alguns dispositivos da nova lei é imprescindível. Desse modo, os legitimados ativos da prática do abuso de autoridade encontram-se dispostos no Artigo 2º da referida lei, são os agentes públicos:

Artigo 2º [...] Qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo. (BRASIL, 2019)

Segundo Jéssica Campos Savi (2020, p. 6) a definição de agente público para a aplicação do novo dispositivo é ampla:

Abarca todas as formas de vínculo que o agente possa ter com a administração pública. Podem enquadrar-se no conceito mencionado servidores públicos, empregados públicos, militares, servidores temporários, comissionados, detentores de cargo eletivo, função de confiança, voluntários, estagiários, mesários e demais particulares em colaboração com o poder público.

Insta destacar, além disso, que o agente condenado pela prática do abuso de autoridade, estará sujeito aos seguintes efeitos:

Art. 4º São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos; II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

Segundo Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha, é possível extrair do Artigo 4º, I da Lei 13.869/19, que

Embora sejam independentes as esferas cível e penal, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado evidencia, quando possível, o dano causado pelo agente mediante a prática de sua conduta típica, ilícita e culpável, gerando, pois, para a vítima, um título executivo de natureza judicial. (GRECO; CUNHA, 2020, p. 37)

Portanto, a prática do delito em questão resulta, não somente, no dever de indenizar a vítima, sendo a sentença transitada em julgado considerada título executivo, além da necessidade de o ofendido requerer ao magistrado a fixação do valor da indenização devida a fim de que os danos causados sejam reparados.

Por outro lado, vejamos o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Este Tribunal sufragou o entendimento de que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo parquet ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. (STJ – AgRg no AREsp 389234-DF, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08.10.2013, DJe 17.10.2013).

Seguindo a análise, o condenado pelo cometimento de crime de abuso de autoridade pode ainda sofrer, consoante ao Artigo 4º, II e III da Lei 13.869/19: “II - a

inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública". (BRASIL, 2019).

Aduzem sobre a inabilitação e efetiva perda de cargo, mandato ou função pública, Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha que

A inabilitação pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos pressupõe a perda do cargo, mandato ou função pública, nos termos do inciso III do art. 4º da Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019. Num primeiro momento chegamos a pensar não ser possível a aplicação desse efeito específico da condenação ao agente que mantém seu cargo, mandato ou função pública. Contudo, melhor refletindo, parece possível sim, como no caso do agente que se exonerou, foi demitido ou renunciou, antes da condenação pelo crime de abuso. [...] (GRECO; CUNHA, 2020, p.42)

Convém ressaltar que os efeitos elencados nos incisos II e III do Artigo 4º da Lei "são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença" (BRASIL, 2019), é o que dispõe seu parágrafo único.

A esse respeito, Gabriela Marques e Ivan Marques bem afirmam: "mesmo um agente público sendo reincidente em crime de abuso de autoridade, pode o magistrado entender que não aplicará para ele o efeito da condenação de perda do cargo, mandato ou da função pública, caso não encontre fundamentação idônea para fazê-lo" (GRECO; CUNHA, 2020, p.43)

Não convém mencionar todos os crimes previstos na legislação aludida, pois não é o objetivo principal do presente trabalho, todavia, estão dispostos em seus Artigos 9º a 38.

Como já afirmado anteriormente, a nova Lei trouxe amplas discussões, angariando opiniões favoráveis e contrárias, sobretudo por consequência do contexto em que foi promulgada, período em que o Brasil passava pela denominada operação "Lava Jato".

Nesse sentido, argumenta Guilherme de Souza Nucci (2019, p.1 apud Pereira, 2020, p. 27) que: "a nova Lei de Abuso de Autoridade foi editada em época equivocada, pois pareceu uma resposta vingativa do Parlamento contra a Operação Lava Jato. Mas, na essência técnica, trata-se de uma lei absolutamente normal, sem nenhum vício de inconstitucionalidade".

De outro modo, os adeptos da nova legislação afirmam sua necessidade de implementação já que a anterior estava em vigência há mais de cinquenta anos. À vista disso, pode-se dizer que o avanço da sociedade também traz retrocessos e que o advento

foi uma demanda do Estado Democrático de Direito, como bem asseverou o Senador Roberto Requião (PMDB-PR), em entrevista ao Correio Braziliense

Essa lei é um avanço civilizatório e democrático extraordinário, porque ela criminaliza o abuso cometido não só por policiais, promotores, procuradores e juízes, mas também por fiscais da Receita, deputados, senadores, vereadores, ou seja, todos os agentes públicos. Ela reforça que o funcionário do Estado deve servir ao público, não trabalhar contra ele. (PEREIRA, 2020, p.28)

Segundo Pereira (2020, p. 28), os adeptos também ressaltam a importância de se colocar em questão a estabilidade do servidor público, nos casos em que ocupante do cargo age em reincidência, visto que, como dito, podem perder o cargo e ainda serem inabilitados na retomada do serviço público pelo período de até cinco anos.

Corroboram também a relevância do novo diploma Cassiano e Fabri (2020, p. 7):

Todos devem agir pautados pelo regramento constitucional, e, portanto, a nova legislação que trata o Abuso de Autoridade não deve causar qualquer receio naqueles que tem o dever de agir justamente na defesa dos interesses da sociedade, na garantia da Lei e da ordem pública, pois, assim, sempre o fazem, ou deveriam fazê-lo, dentro da legalidade, moralidade e responsabilidade dos limites legais. Em que pese o clima de revanchismo que tomou conta dos debates sobre o tema, é indiscutível que a Lei 4.898/1965 estava repleta de tipos penais vagos, genéricos e indefinidos, podendo ser considerada até mesmo pior para o bom desenvolvimento dos trabalhos das autoridades em relação à nova legislação em vigor desde o início de janeiro de 2020.

Outro aspecto positivo seria conseguir preservar a investigação dos acusados, impedir que se ocorra a justiça midiática, como por exemplo, o caso do reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Luiz Carlos Cancellier de Olivo, preso na data de 14 de setembro de 2017:

Se tornou o símbolo de um esquema de corrupção milionário dentro da universidade. Um escândalo noticiado pelos maiores jornais do Brasil, com sua imagem usando o uniforme laranja de presidiário viralizada nacionalmente. Posteriormente a Polícia Federal informou que a sua prisão se deu sob acusação de suposta obstrução a investigação, não diretamente implicada no suposto desvio de

milhões de reais, mas a essa altura o estrago a sua imagem já seria irreversível. O então reitor sempre negou todas as acusações, e no dia 02 de outubro de 2017 se jogou do alto de uma escada rolante no Beiramar Shopping de Florianópolis, vindo a óbito no próprio local. Seu suicídio como protesto inflamou o debate sobre os supostos excessos nos métodos aplicados pela Polícia Federal, Ministério Público e juízes nas investigações e operações contra corrupção, com críticas a divulgação prévia das imagens, de dados, e informações à mídia com o objetivo de espetacularizar as ações. A diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), à época, emitiu nota criticando essa espetacularização do processo penal. Já na OAB estadual de Santa Catarina, o então presidente Paulo Marcondes Brincas frisou que as reputações construídas duramente, ao longo de anos de trabalho e sacrifícios, podem ser completamente destruídas numa única manchete de jornal. Apesar de todas as acusações de que o ex-reitor estaria no comando de uma organização criminal, o Jornal Folha de São Paulo e a revista Veja, após analisarem, junto a especialistas, as 817 folhas do inquérito já finalizado, afirmam que o relatório não apresenta quaisquer provas de que o mesmo teria se beneficiado financeiramente. Questionada, a PF apenas informou que a investigação estava finalizada. (CASSIANO; FABRI, 2020, p.8)

Também partilha dessa perspectiva Waldemberg Filho de Sá Estrela (2021, p. 9):

A antiga lei que tratava sobre o abuso de autoridade, LEI Nº 4.898/95, abordava o tema de modo genérico e com punição branda, visava exclusivamente o poder Executivo, no entanto, de acordo com a nova lei membros do Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, de tribunais ou conselhos de contas também podem ser alvos de penalidades. É tema singular para a ordem democrática, pois se é verdade que sem a autoridade não existe a democracia, não menos verdadeira é que com uma autoridade sem freios àquela ordem não subsiste. Autoridades sem limites é autoridade despótica, e onde há despotismo, sabe-se, não vigorar democracia.

Por conseguinte, é indiscutível que a novidade legislativa trouxe avanços, principalmente devido ao crescente número de casos de abuso de autoridade pelos quais os cidadãos brasileiros vivenciam, cabendo aqui ressaltar que determinadas classes são mais desfavorecidas que outras. Como evidenciam os dados de que faz referência Karine Melo (2020):

Outro dado indica que 80% das vítimas de violência policial são homens e 20% mulheres e que a maioria dos casos envolve adultos entre 25 e 40 anos de idade. Na sequência estão adultos entre 18 e 24 anos e adolescentes 12 a 17 anos de idade. As vítimas se declararam pardas em 52% dos registros. Brancos e pretos representam, respectivamente, 32% e 15% das denúncias. Já o perfil dos suspeitos mostra que 94% são homens e apenas 6%, mulheres. A maioria está na faixa de 20 a 40 anos. As supostas agressões são cometidas mais por policiais brancos (48%), seguidos de pardos (41%) e 10% por pretos.

Sobre este aspecto, elucidam Cassiano e Fabri (2020, p.7):

Nos últimos anos, presenciamos vários exemplos desses abusos se acumulando, com desrespeito as instituições e por vezes causando danos irreparáveis à vida de investigados em ações que levantaram a bandeira do clamor popular pelo combate a corrupção. No entanto, nas quais antes mesmo de qualquer decisão interlocutória, já se decretava uma espécie de condenação moral, através de ações midiáticas, divulgação de conteúdos de interesse exclusivo das investigações e exposição de nomes sem qualquer cuidado com a imagem daquele que, de início, ainda é investigado.

Interessante demonstrar também os dados da Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, que atestaram que “o número de denúncias de abusos de autoridade cometidos por policiais militares no estado de São Paulo cresceu 74% entre os anos de 2017 e 2019” (BERGAMIM, 2020).

Ademais, os registros coletados no Disque 100 (órgão que recebe denúncias de violação aos direitos humanos) apontaram, no ano de 2019, um registro de 159 mil denúncias, representando aumento de 15% em relação a 2018.

O balanço da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos aponta que 2,7 milhões de ligações foram atendidas no serviço em 2019. De acordo com o relatório, o total de casos de violência policial, registrados em 2019, representa 0,9% das denúncias recebidas pelo Disque 100 no ano passado. Ao todo, foram registradas 1.491 denúncias, 9% a menos em relação a 2018. Apesar de o balanço indicar uma reversão na tendência histórica de crescimento, esse índice ainda é superior ao contabilizado em anos anteriores. O levantamento aponta, ainda, que a grande maioria dessas denúncias

(52%) foi feita pela população em restrição de liberdade. Os presídios são apontados como o local em que elas mais ocorrem (38%), seguidos da rua (23%), casa da vítima (15%), delegacias de polícia (6%), outros (5%) e cadeias públicas (4%).

Nucci (2019) declara seu ponto de vista no sentido de que o dispositivo é tecnicamente superior à lei anterior, não contendo vício de inconstitucionalidade, mas, verdadeira blindagem aos operadores do Direito. Além disso, exteriorizou pontos positivos:

A lei anterior, editada na época da ditadura militar, carecia de reforma integral, adaptando-se aos tempos atuais. Nesse perfil, é extremamente relevante destacar que os tipos penais da lei 4.898/65 eram muito mais abertos e não taxativos do que o cenário ofertado pela lei 13.869/19. Para se certificar disso, basta a leitura do art. 3º, "a", da lei anterior: constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade locomoção. Seria perfeitamente amoldável a esse tipo penal toda e qualquer prisão preventiva decretada "sem justa causa" ou até mesmo uma condução coercitiva "fora das hipóteses legais". Dependeria de interpretação? Sem dúvida. Porém, na atual lei tudo ficou muito mais claro e taxativo.

Também salienta Nucci (2019) que a Lei 13.869/19 estabeleceu, de forma mais específica, que o abuso de autoridade acontece quando comprovado o excesso do agente, entretanto, faz uma crítica, tendo em vista a subjetividade do caso em concreto para apurar quando o ato será manifestamente excessivo. Aduz ainda que

Deve-se, inclusive, elogiar o cuidado legislativo em colocar, de maneira destacada, que todos os tipos penais configuradores de crime de abuso de autoridade exigem, além do dolo, a especial finalidade de "prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal". A atual lei 13.869/19 é muito mais garantista e protetora. O agente público está amparado pelo escudo do elemento subjetivo específico, que é muito difícil de explorar e provar. (NUCCI, 2019)

Mendes e Fernandes (2020, apud Marinela, 2020, p. 357), asseveram, quando analisam a lei anterior, que

As tentativas de definição dos excessos na ação dos agentes públicos insculpidas no diploma careciam de uma taxatividade que conferisse segurança mínima à aplicação da norma penal. A conceituação dos atos de abuso foi remetida a um rol demasiadamente amplo de

condutas atentatórias à liberdade de locomoção e a outros direitos individuais descritos nos artigos 3º e 4º.

Foi possível observar, durante a sua criação, os percalços políticos pelo qual passou, já que o diploma foi votado em caráter de urgência na Câmara dos Deputados e parte da doutrina acredita que é impossível enumerar todas as condutas que envolvem o abuso. Cita-se, em contexto anterior, que contribuiu para a sua elaboração, o “Projeto de Lei 6.418/2009, de autoria do Deputado Raul Jungmann, os quais contribuíram na construção dos Projetos de Lei de números 280/2016 e 85/2017” (MARINELA, 2020, p. 360).

No tocante à efetividade de sua aplicação, em primeiro lugar, é preciso afirmar que a mera produção de leis e sua inclusão no ordenamento jurídico não é suficiente para que alcance todos os seus efeitos, conclui-se, a partir disso, que existem vários desafios que obstam que a lei atinja sua finalidade.

A maior preocupação em relação à eficácia do diploma normativo concentra-se, segundo parte da doutrina, na dificuldade de se definir o dolo específico, que, conforme Fernando Pedroso (1997, p. 214 apud Marinela, 2020, p. 361) surge quando “o tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade (...) observa-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento incriminado.” Marinela (2020, p. 362) afirma ainda que a necessidade de se comprovar o dolo específico dificulta a acusação, visto que a subjetividade é inerente.

Realizadas as considerações acima, passemos à análise de alguns crimes descritos na nova Lei. Desse modo, incorre em abuso de autoridade, aquele que decreta a privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, (BRASIL, 2019).

Consoante ao Enunciado n.5 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

O sujeito ativo do art. 9º, caput, da Lei de Abuso de Autoridade, diferentemente do parágrafo único, não alcança somente autoridade judiciária. O verbo núcleo ‘decretar’ tem o sentido de determinar, decidir e ordenar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais (SAVI, 2020, p. 13).

Salienta-se, desta feita, que o crime descrito não se aplica somente aos integrantes do Poder Judiciário, visto que os responsáveis pela segurança pública também são autorizados a efetuar a prisão na hipótese de flagrante, por exemplo. Sendo assim, é preciso que a privação da liberdade ocorra dentro dos limites legais. (SAVI, 2020, p. 13).

Nas hipóteses da prisão em flagrante; prisão temporária ou preventiva, é obrigatório que se comunique, de forma imediata à autoridade judiciária, sob pena de incorrer no crime tipificado pelo Artigo 12, da Lei nº 13.869/2019:

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou; II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada; III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas; IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

Este dispositivo precede de previsão constitucional, disposta no Artigo 5º, LXII, da Constituição Federal de 1988.

Também é considerado abuso a violação de domicílio, nos seguintes termos:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre. (BRASIL, 2019).

Trata-se também de garantia individual amparada pela Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, XI, que determina: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém

podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Interessante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no âmbito das denúncias anônimas, quando da possibilidade de violação de domicílio: “a existência de denúncias anônimas somada à fuga do acusado, por si sós, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou determinação judicial. (STJ. 6ª Turma. RHC 83501-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, apud SAVI, 2020, p. 28).

No sentido de proteção à inviolabilidade do domicílio, também aduz o Enunciado n. 15 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “o mandado de busca e apreensão deverá ser cumprido durante o dia (art. 5º., XI, CF/88). Mesmo havendo luz solar, veda-se seu cumprimento entre 21h00 e 5h00, sob pena de caracterizar abuso de autoridade (art. 22, §1º., inc. III)” (SAVI, 2020, p. 28).

Ademais, também pode incorrer em crime de abuso de autoridade o agente que viola os direitos e prerrogativas do advogado, constantes, sobretudo, no Estatuto da OAB. Sendo assim, visando a proteção das prerrogativas do advogado, dispõe o Artigo 32 da Lei nº 13.869/2019:

Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O sujeito ativo da prática desse abuso é a autoridade que conduz o procedimento investigatório, tendo em vista que é direito do advogado examinar, conforme o Artigo 7º, §12, XIV: “em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

Dito isso, não se pretende esgotar no presente trabalho todo o conteúdo da nova Lei de abuso de autoridade. Todavia, da análise realizada, pode-se concluir que o objetivo do legislador foi assegurar direitos já constitucionalmente garantidos, como o direito ao

devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988), à inviolabilidade de domicílio (Artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988) e tantos outros que perfazem os fundamentos da dignidade da pessoa humana e a proteção dos próprios direitos humanos.

Resta evidente que não existe inconstitucionalidade em sua edição, inclusive, grande parte dos dispositivos representam verdadeira reafirmação a direitos expostos em nossa Constituição Federal. Outrossim, como bem asseveram Rômulo Batista Cassiano e Andréa Queiroz Fabri (2020, p. 11):

Como em todos os campos, existem aqueles que agem ao arrepio da lei, às escusas do interesse comum, da sociedade e em busca de satisfações pessoais, sejam elas quais e por quaisquer motivos forem, e para estes, a legislação em estudo se faz essencial. Na verdade, o risco que provavelmente incorre a nova lei é o de não ser suficiente para combater os desmandos que vêm vilipendiando o direito das muitas pessoas através dos abusos de agentes públicos.

Conclui-se, com o presente trabalho, em síntese, que o advento da Lei nº 13.869/2019 é consequência do Estado Democrático de Direito, especialmente para garantia da ordem pública e defesa dos interesses da sociedade. Embora tenha sido promulgada em contexto de revanchismo e polarização política, não se pode afirmar que o dispositivo teve como objetivo inibir a prestação jurisdicional nem a autonomia das autoridades, como afirmam alguns críticos.

4 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da presente pesquisa e o emprego da metodologia indutiva-dedutiva, aliada à leitura dos dispositivos legais, à análise de jurisprudência e, sobretudo, à leitura e análise comparada de autores de diferentes argumentações, foi possível concluir que a vigência da nova Lei veio como forma de reforçar os direitos já garantidos em nossa Carta Magna. Sendo assim, não se trata de instrumento de coerção dos agentes públicos, sobretudo, pois, para a configuração do crime de abuso de autoridade é necessária minuciosa análise do caso concreto e capacidade comprobatória robusta.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Brasil, 2020. **Disque 100**: ministério explica dados sobre violência policial. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100#:~:text=Dados%20foram%20apresentados%20hoje%20por%20videoconfer%C3%AA>

ncia [HYPERLINK "https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100"&](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100) [HYPERLINK "https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100"](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100)text=Ao%20todo%2C%20a%20central%20registrou,atendidas%20no%20servi%C3%A7o%20em%202019. Acesso em: 22 de Julho de 2021.

Agência Senado. **Congresso derruba vetos e restaura 15 crimes de abuso de autoridade.** Senado Notícias, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/24/congresso-derruba-vetos-e-restaura-15-crimes-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 22 de Julho de 2021.

BERGAMIM, Giba. **Denúncias de abuso de autoridade cometidos por PMs de SP crescem 74% em dois anos.** SP1 e G1, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/22/denuncias-de-abuso-de-autoridade-cometidos-por-pms-de-sp-crescem-74percent-em-dois-anos.ghtml>. Acesso em 22 de Julho de 2021.

BRASIL, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#art45. Acesso em: 20 de Julho de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

COGAN, Bruno Ricardo. SILVA, Marco Antônio Marques. **Considerações sobre o abuso de autoridade:** Desenvolvimento histórico e atualidades. Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 270 – 293 | jul./dez. 2019. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9891>. Acesso em: 20 de Julho de 2021.

ESTRELA, Waldemberg Filho de Sá. **A nova lei de abuso de autoridade como instrumento de proteção contra o Estado arbitrário.** Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2407/1/WALDEMBERG%20FILHO%20DE%20S%81%20ESTRELA%20-%20TCC.pdf>. Acesso em: 23 de Julho de 2021.

FABRI, Andréa Queiroz. CASSIANO, Rômulo Batista. **A nova lei do abuso de autoridade e sua aplicação na defesa das instituições do Estado Democrático De Direito.** Uberaba, 2020. Disponível em:

<https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1287/1/TCC%20R%C3%B4mulo%20-%20Finalizado.pdf>. Acesso em: 22 de Julho de 2021.

FERREIRA, Vinícius Nunes Pereira. **A nova lei de abuso de autoridade** – Lei nº 13.869/2019. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2020. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/8976/6765056>
4. Acesso em: 19 de Julho de 2021.

GRECO, Rogério. CUNHA, Rogério Sanches. **Abuso de autoridade**: Lei 13.869/2019 comentada Artigo Por Artigo. 2ª edição, rev. atual. amp. Editora JusPodivm, 2020. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2020;001170614>. Acesso em: 22 de Julho de 2021.

MELO, Karine. Disque 100: ministério explica dados sobre violência policial

NUCCI, Guilherme de Souza. **A nova lei de abuso de autoridade**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 25 de Julho de 2021.

SAVI, Jéssica Campos. **Manual prático sobre a nova lei de abuso de autoridade (lei nº 13.869/19)**. Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, 2020. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/MANUAL-DE-ABUSO-DE-AUTORIDADE-FORMATADO-VERS%C3%83O-FINAL.pdf>. Acesso em: 20 de Julho de 2021.

A EXTENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988 CORRELACIONADA ÀS PRISÕES CAUTELARES

ANNA CAROLLINA TISATTO HEINZMANN.

Advogada (OAB/RS). Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Resumo: O poder de punir de um Estado não pode ser absoluto e desenfreado. É necessário que existam barreiras jurídicas capazes de realizar o controle de legalidade para o fim de evitar excessos e arbitrariedades, especialmente sendo o próprio Estado o lado mais forte da relação jurídica. A presunção de inocência surge, portanto, como um mecanismo de proteção do indivíduo, visando fornecer-lhe equidade e proteção, para que possa passar por um julgamento sem que haja sobre ele uma culpabilidade presumida em vistas a evitar o seu injusto e parcial julgamento. Em dissonância a isso, o instituto das prisões cautelares existe para garantir o bom andamento do processo e não pode, de forma alguma, ser utilizado para mitigar a inocência do acusado, sob pena de estar-se diante de um Estado acusação com poderes absolutos e autoritários, fugindo do modelo processual penal acusatório vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Constituição. Garantias. Presunção de inocência. Prisões cautelares.

Abstract: The State's power of punishing can not be absolute and unbridled. It is necessary that there are legal barriers capable of carrying out the control of legality in order to avoid excesses and arbitrariness, especially since the State itself is the strongest side of the legal relation. The presumption of innocence appears as a mechanism to protect the individual, aiming to provide him with equity and protection, so that he can go through a trial without there being a presumed culpability on him, polluting his fair and neutral judgment. On the other hand, the institute of precautionary arrests exists to guarantee the due process and can not be used to mitigate the innocence of the defendant, otherwise the State would have absolute powers. and authority, escaping from the accusatory criminal procedural model in the Brazilian legal system.

Keywords: Constitution. Warranties. Presumption of innocence. Precautionary arrests.

Sumário: Introdução. 1. Limitações ao poder do Estado: o surgimento da necessidade popular de proteção penal. 2. A presunção de culpabilidade no modelo inquisitório *versus* o sistema acusatório brasileiro. 3. As garantias Constitucionais à presunção de inocência. 4. A prisão processual no direito brasileiro. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Muito embora em tempos hodiernos a presunção de inocência seja princípio presente no ordenamento jurídico pátrio, nem sempre foi assim. Uma das vertentes da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, decorre de preceitos históricos que consagraram a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental e indispensável, com especial relevância na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto San José da Costa Rica e, inclusive, na atual Constituição da República Federativa do Brasil.

É evidente, portanto, que normas anteriores à atual Constituição Federal não foram contempladas com o mesmo pensamento vigente, como é o caso do Código Penal e do Código de Processo Penal, visto que ambos datam da década de 1940.

Em se tratando de sistemas processuais penais, tem-se que o sistema penal acusatório, adotado pelo Brasil, contempla a presunção de inocência como um de seus princípios norteadores, demonstrando a seriedade como o processo penal busca agir no que tange direitos e garantias do ora acusado. Contudo, mesmo que a presunção de inocência, na figura do *in dubio pro reo* esteja presente no ordenamento jurídico, figurando como norma positivada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência e a doutrina discutem a extensão dos efeitos deste princípio, especialmente no tangente à prisão.

O presente artigo insere-se nesse debate, procurando explicitar as controvérsias instauradas a propósito da presunção de inocência, para fins de averiguar se ela colide ou se amolda ao modelo acusatório adotado pelo Brasil. Serão abordados os aspectos sociais e culturais que fizeram com que a presunção de inocência tomasse especial relevância no cenário jurídico mundial, através do contexto histórico, da positivação do princípio no âmbito dos Tratados Internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os posicionamentos doutrinários que defendem a prevalência desse princípio sobre os demais.

Posteriormente, serão pontuadas discrepâncias entre os sistemas inquisitivo e acusatório, fazendo um enlace com o posicionamento da doutrina acerca do sistema adotado pelo Brasil atualmente. No fechamento do capítulo, serão trazidos, novamente, entendimentos doutrinários acerca do princípio da presunção de inocência no país, assim como uma breve síntese do instituto das prisões cautelares e da sua aplicabilidade.

Busca-se evidenciar, portanto, o caminho percorrido até a implementação da presunção de inocência como verdadeiro princípio basilar das relações jurídicas na atual Constituição Federal e no cenário jurisprudencial atual, correlacionando a aplicação do princípio na prática das prisões cautelares.

1. Limitações ao poder do Estado: o surgimento da necessidade popular de proteção penal

A presunção de inocência é direito humano adquirido por meio de mudanças sociológicas fundamentais, através do surgimento da necessidade de proteção da população frente aos processos penais que vinham sendo implementados ao longo da evolução humana, de modo a criar um procedimento para a sua apuração, visando tornar o processo penal cada vez mais justo. Assim, buscou-se criar um mecanismo que permitisse ao Estado julgar e condenar, mas que, ao mesmo tempo, fosse garantidor de direitos. Assim, foi-se transformando o procedimento inquisitório, próprio de modelos de governo autoritários, em um processo penal acusatório e democrático. Será objeto de análise, portanto, a evolução desse princípio no cenário internacional, assim como a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro dentro da atual Constituição Federal.

No sentido literal, presunção de inocência se refere a presumir que seja o cidadão inocente diante de uma acusação. Contudo, este princípio, embora positivado no ordenamento jurídico pátrio, não é absoluto: no decurso do tempo, modificações interpretativas relativizaram a presunção de inocência no processo penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, consagrou no artigo 1º do seu texto, a dignidade da pessoa humana. Tendo como fundamento a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é nacionalmente considerada um valor supremo do cidadão, uma vez que se trata de direito mínimo, intrínseco e indisponível, além de ser fruto de lutas e conquistas perpetradas ao longo da história. Foi a partir delas que iniciou o olhar popular para o coletivo, através do surgimento das necessidades de proteção e garantia, financiadas pelo Estado (ANTUNES, 2019).

Traçando uma linha do tempo, denota-se que historicamente o liberalismo, na condição de filosofia política, estabeleceu a liberdade como principal eixo da vida (COMPARATO, 2007). Com o transcurso do tempo e a iminência de novas necessidades populares, o Estado passou a ser considerado figura necessária à garantia da proteção e da igualdade entre os cidadãos, que se encontravam sob imensa disparidade econômica e social.

Percorrendo a seara jurídica do século XVII, extrai-se da obra de Beccaria (1764) que o réu não pode ser considerado culpado antes da sentença, assim como só lhe pode ser tolhida a proteção pública após a decisão final de que o réu teria, de fato, violado os pactos estabelecidos à época. Da visão de Beccaria é possível interpretar o cenário punitivo como protetivo ao acusado, uma vez que lhe era concedido o direito de tratamento como um inocente até que a culpa fosse, definitivamente, estabelecida.

Por outro lado, permeando o cenário internacional, tem-se pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, no artigo 9º, que todo acusado é considerado inocente até que seja declarado culpado: “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido por Lei”. É nesse sentido que se denota da palavra “declarado”, a necessidade de uma decisão judicial para que seja sustada a aplicação da presunção de inocência.

Aproximadamente dois séculos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 1948, garantiu a presunção de inocência em seu texto, através do artigo XI.1, conforme se extrai, *ipsis litteris*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Na sequência, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, prevê um dever de tratamento no mesmo sentido. No artigo 6.2, na seção “direito a um processo equitativo”, tem-se a presunção de inocência enquanto a culpabilidade não tiver sido provada, conforme o trecho: “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Nesse sentido, ambas denotam o mesmo propósito: reconhecer o valor da dignidade da pessoa humana, assim como o valor da igualdade perante o Estado, servindo como um modelo a ser adotado pelas diversas nações regidas por princípios democráticos.

Não obstante, no transcurso do tempo, modificações foram realizadas no sentido de conferir maior destaque aos preceitos fundamentais da época através da positivação de normas, conferindo-lhes maior grau de seriedade e também de confiabilidade. A exemplo disso, pode-se mencionar o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966, que prevê no artigo 14, §2º, a presunção de inocência, igualmente, até que a culpabilidade seja estabelecida: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Este Pacto foi ratificado pelo Brasil, em 06 de julho de 1992, por meio do decreto nº 592.

Nesse sentido, a Organização dos Estados Americanos também preocupou-se em garantir a eficácia das normas de direitos humanos (ANTUNES, 2010). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em San José da Costa Rica em 1969, assegura, no artigo 8.2, a presunção de inocência enquanto não for legalmente provada a culpa (LOPES JR., BADARÓ, 2016), conforme se depreende da parte inicial do dispositivo: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Não obstante, o mesmo Pacto ainda prevê, no rol

do artigo 7º, o direito à liberdade. Giza-se que o referido tratado foi ratificado pelo Brasil em 06 de novembro de 1992, através do decreto nº 678.

As redações dos textos são bastante similares. Deles, pode-se extrair uma interpretação simples, porém ambígua, haja vista que a expressão “declaração de culpabilidade” pode ser interpretada como a sentença condenatória ou como uma decisão com trânsito em julgado. A história do Direito brasileiro em torno da presunção de inocência não é muito diferente.

Muito embora a ratificação de tratados internacionais, na esteira dos ensinamentos de Mirabete, tem-se que desde o século XX, no Brasil, a presunção de inocência é relativizada, sendo considerada por ele, na prática, como mera presunção de não-culpabilidade. Isso porque a Constituição de 1988 não “presume” a inocência, mas tão somente declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, considerando o réu inocente, portanto, até a prolatação de uma decisão judicial condenatória irrecurável (MIRABETE, 1999).

Veja-se que apesar das redações similares, a doutrina caracteriza o princípio da presunção de inocência com outros dois nomes: princípio do estado de inocência ou princípio da não-culpabilidade. No ponto, o referido princípio decorre de um desdobramento do devido processo legal e incumbe aos três poderes a sua correta aplicação, desde a positivação da norma, até o entendimento aplicado pelo Poder Judiciário (AVENA, 2017).

Contudo, devido à previsão do princípio da presunção de inocência no âmbito internacional através de Tratados e Convenções, a Constituição Federal fez alusão a este princípio deixando de utilizar a palavra “inocente” em seu texto, de modo que faz menção tão somente à não-culpabilidade (LIMA, 2016). Por outro lado, o texto constitucional estende a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que somente essa circunstância pode afastar o estado de inocência.

Nesse contexto, é plenamente viável associar a temática ao tema abordado no bojo do HC 89.501/GO (BRASIL, 2007), a respeito da regra de tratamento imprescindível aos acusados, situação em que o poder público é impedido de tratar o indiciado, denunciado, ou acusado como um condenado enquanto não houver trânsito em julgado (LIMA, 2016).

No ordenamento jurídico pátrio há concordâncias e divergências quanto à aplicabilidade e extensão dos efeitos da presunção de inocência. Para parte da doutrina, a sentença condenatória irrecurável é imprescindível para o exercício da plenitude de defesa

(LIMA, 2016), e deve existir até a resolução definitiva da situação do processo em razão da presunção relativa de não culpabilidade (BULOS, 2015).

Indubitavelmente, a presunção de inocência faz o que o próprio nome diz, mas não só: também é garantidora de outros direitos, como a liberdade e a segurança do acusado. Segundo Ferrajoli, existe uma linha tênue entre liberdade e segurança, uma vez que tais garantias dependem uma da outra:

“Se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência são é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Para NUCCI, (2020) a presunção de inocência possui, ainda, princípios consequenciais, consistentes em *in dubio pro reo*, *favor rei*, *favor innocentiae* e *favor libertatis*, além da imunidade à autoacusação:

“[...] o primeiro significa que, em caso de conflito entre a inocência do réu - e sua liberdade - e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em *estado de inocência*, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual pela qual o ônus da prova é do Estado acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado. Exemplo: absolve-se quando não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, CPP)” (NUCCI, 2020, p. 67).

Na mesma linha, Nucci entende que em se tratando da imunidade à autoacusação, regido pelo princípio *nemo tenetur se detegere* – sob o qual ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, também decorre do princípio da presunção de inocência, além de presentes, também, a ampla defesa e o direito de permanecer em silêncio, conforme os incisos LVII, LV e LXIII, todos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (NUCCI, 2020).

Já Bittencourt (2012) abordando o contexto da culpabilidade como inerente à presunção de inocência, assevera que a teoria do delito, no Brasil, detém ilicitude, tipicidade e culpabilidade, divergindo do entendimento da maior parte da doutrina, que defende que a culpabilidade é pressuposto da pena. Além disso, refere que a presunção

de inocência é garantia Constitucional, na condição de cláusula pétrea, assim como o cumprimento do devido processo legal:

“[...] a própria Constituição adota a *responsabilidade penal subjetiva e consagra a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa*, preservando, inclusive, a *dignidade humana* (art. 5º, III, da CF). Ademais, a Carta Magna brasileira *proíbe expressamente as sanções perpétuas*, capitais, cruéis e degradantes (art. 5º, XLVII) e elevou essas garantias à condição de *cláusulas pétreas* (art. 60, 4º, IV). Em outros termos, referidas garantias não podem ser suprimidas ou revistas, “nem mesmo através de emendas constitucionais” (BITTENCOURT, 2012, p. 95).

A inocência decorre, portanto, da própria ideia de liberdade. Isso porque diante da existência de um processo penal, se sobrepõe ao acusado a ideia de inocência, restando ao órgão acusatório – na figura do Ministério Público - o ônus de produção da prova a fim de construir a culpa, e não ao acusado o ônus de defender-se visando provar a sua inocência.

Acima de tudo, a presunção de inocência é um dever de tratamento, de modo a exigir-se ao réu um tratamento como inocente durante o transcurso do processo (LOPES JR., 2019). Logo, não se deve tratar o réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque o próprio artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal direciona a interpretação nesse sentido.

A presunção de inocência pode, ainda, estender-se a duas dimensões. A dimensão interna trata a respeito do comportamento do Juiz, especialmente no que tange às prisões cautelares, pois não deveria ser possível a segregação daquele cuja pena ainda não foi aplicada definitivamente – ou ainda não transitou em julgado. A dimensão externa, por sua vez, trata a respeito da vedação à publicidade do réu, de modo a garantir a imagem, a dignidade e a privacidade, que lhes são asseguradas Constitucionalmente (LOPES JR., 2014).

Por outro lado, a presunção de inocência também possui sentido de norma decomponível em três expressões garantidoras de sua eficácia, consistentes no dever de tratamento, norma probatória e norma de juízo (também regra de julgamento). Nesse sentido, faz-se alusão à interpretação dos iluministas, que conferiram à presunção de inocência um “sentido filosófico de um estado ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão” (MORAES, 2010, p. 87-88, *apud* MUNIZ, 2020, p. 02). Logo, a idealização de um modo de agir e tratar o acusado culminou no que se tornou, posteriormente, a presunção de inocência.

É através deste pensamento, acerca do dever de tratamento, que a Constituição Federal de 1988 determina, no artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, denotando uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou semelhante à de culpado (LOPES JR. e BADARÓ, 2016).

Conforme o exposto, depreende-se que o princípio abordado está presente, além do âmbito internacional, através dos pactos ratificados pelo Brasil consistentes no Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas também na Constituição Federal de 1988, em decorrência de influências externas, através do artigo 5º, inciso LVII, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado Brasileiro com a garantia da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade.

2. A presunção de culpabilidade no modelo inquisitório *versus* o sistema acusatório brasileiro

Relativamente ao sistema inquisitório, no que tange o Tribunal do Santo Ofício no século XV, especialmente a respeito das inquisições da Espanha e de Portugal, tem-se, pelos ensinamentos de Eymerico, que foram marcadas por um período de ausência do sentido da palavra “inocência”, através da presunção – ou, inclusive da certeza –, de culpabilidade do acusado. No ponto, o inquisidor, mediante meras suspeitas, ainda que infundadas, poderia inquirir o acusado através de repetidas perguntas, induzindo-o a confessar crimes que sequer sabe se ele cometeu. Senão, vejamos:

“[...] se presumir o inquisidor que o réu está resolvido a não declarar seu delito (coisa que antes de tomar-lhe a declaração já é averiguada pelo alcaide ou por espiões encobertos que já tenham tentado) falará com brandura, dando-lhe a entender que já se sabe de tudo [...] quando as declarações das testemunhas não apresentam provas, porém apresentam fortes indícios e o interrogado continua negando, o inquisidor fará com que o acusado compareça e lhe perguntará coisas vagas, e quando negar o acusado qualquer coisa, folheará o juiz os autos de onde estão os interrogatórios anteriores, dizendo: *está claro que você não está declarando a verdade, não dissimule mais.*” (EYMERICO, 1525, p. 32-33).

Ademais, a tortura era tida como método tradicional de obtenção da confissão, sendo parte integrante do interrogatório do acusado. Como se não bastasse, trata-se de período marcado por tratamento despota e pela ausência de direitos e garantias individuais, especialmente a respeito de heresia, pois se trata de época regida por legislações religiosas e extremistas, que não conferiam aos acusados, especialmente aos hereges, o benefício da dúvida.

Por outro lado, um dos princípios vigentes à época é em benefício da Fé: *in fidei favorem* (EYMERICO, 1525), absolutamente em desacordo com o atual *in dubio pro reo*, decorrente, justamente, da presunção de inocência, a qual sequer registra existência em épocas tão remotas. Isso porque preconiza institutos não jurídicos, mas crenças pessoais e religiosas, haja vista que aquele povo era regido, especialmente, por normas religiosas.

Essencialmente nos casos de heresia, a absolvição era rara de acontecer. Quando era proferida a sentença absolutória, na declaração do Tribunal não constava expressamente que o réu era inocente, mas tão somente que inexistiam provas capazes de fazer do acusado um suspeito de heresia (EYMERICO, 1525). Diante disso, resta indubitoso, portanto, o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, na figura do Tribunal do Santo Ofício, assim como a inexistência de institutos mínimos garantidores de defesa e da própria presunção de não-culpabilidade.

Importa mencionar, ainda, que a reincidência no procedimento inquisitório configurava o atual *bis in idem* em patamares que beiram o absurdo. Por outro lado, relativamente à confissão espontânea, tem-se que somente nos casos de heresia, demonstrando arrependimento, era oferecida ao acusado uma espécie de misericórdia, consistente em prisão perpétua, haja vista que os meios de tratamento da época eram notadamente cruéis e insanos.

Em meio ao século XVIII e período imediatamente seguinte, tem-se, na obra de Foucault, informações que dão conta dos métodos utilizados a fim de obter a confissão do acusado. Era, portanto, preservada a integridade física até que restassem suficientes suspeitas para dar início ao suplício, a partir da aplicação de castigos físicos aos acusados, objetivando a extorsão da verdade dos fatos (FOUCAULT, 2014). Logo, trata-se de outro momento da história em que a presunção de não culpabilidade foi nitidamente mitigada, além das práticas nada humanitárias a fim de obter declarações e confissões.

Reversamente, a presunção de inocência, por sua vez, possui raízes romanas, a partir da ascensão do cristianismo e a implementação do que se tornou o *in dubio pro reo* (GIACOMOLLI, 2014). Ocorre, contudo, que durante a vigência da inquisição, ele deixou de existir, uma vez implementado o período inquisitório, pois no processo penal medieval, a insuficiência da prova, ainda que mediante suspeita ou dúvida quanto à culpabilidade, servia como "semiprova", suficiente para uma condenação a uma pena mais leve, de forma equivalente à sua gravidade (FERRAJOLI, 2002).

Na resumida linha do tempo percorrida até então, verifica-se que o regresso autoritário do final do século XIX foi marcado pela Escola Positiva Italiana, através de Garofalo e Ferri, que consideraram absurda a ideia da presunção de inocência. Garofalo entendia necessária a obrigatoriedade da prisão preventiva nos crimes mais graves,

enquanto Ferri entendia necessária a implementação de modelos de justiça sumária e substancial, somados a provas de culpabilidade (FERRAJOLI, 2002). Posteriormente, a Revolução Francesa devolve parte do sentido à presunção de inocência através da Constituição Republicana, que entende pelo princípio da não-culpabilidade.

Já no Brasil, há divergência doutrinária acerca do sistema processual penal, se seria acusatório ou misto, visto que o procedimento que contempla o inquérito policial brasileiro possui viés inquisitivo, de modo que o contraditório e a ampla defesa são diferidos, postergados à ação penal. Enquanto isso, no procedimento que instrui a ação penal, há a presença do contraditório e da ampla defesa, além do respeito aos institutos jurídicos concernentes ao devido processo legal.

As vertentes que entendem o processo penal brasileiro como misto, fazem menção, justamente, ao fato de o procedimento policial que antecede a ação penal possuir raízes inquisitivas, no sentido de que não é obrigatório ao acusado estar acompanhado de um advogado para prestar informações em interrogatório, diferentemente do que acontece no interrogatório em seara judicial, assim como por ser o inquérito um procedimento sigiloso na medida em que são procedidas as investigações pertinentes à construção do material probatório, por exemplo.

O sistema acusatório, que possui origem grega (TÁVORA, 2017) é adotado pelo Brasil, haja vista que resta indubitosa, na carta magna, a separação entre as funções de acusar, defender e julgar (LOPES JR., 2007). Logo, diante desse pressuposto básico, denota-se efetivo cumprimento de um dos mais relevantes pontos do sistema acusatório: não confundir a função acusatória com a do julgador.

Considerando que autor e réu estão no mesmo patamar, a presunção de inocência é princípio fundamental do próprio sistema jurídico acusatório, por não permitir a restrição a direito ou garantia fundamental (CAPEZ, 2016). Isso ocorre porque a própria Constituição Federal estabelece, no artigo 5º, inciso LV, as garantias do contraditório e da ampla defesa como meios a ela inerentes (MIRABETE, 1999) e, restando expressa na Constituição Federal, tem-se consolidado um dos principais pilares do modelo acusatório: o respeito às garantias individuais (OLIVEIRA, 2017).

Muito embora a presunção de inocência não esteja presente na instrução do inquérito policial, ainda há elementos típicos do contraditório, como é o caso da faculdade do investigado de ser acompanhado por um defensor constituído no transcurso das investigações. Contudo, este segue sendo um procedimento inquisitivo:

Ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a

nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante. (BECCHARA e CAMPOS, 2005, p. 03).

A acusação incumbe, no processo penal brasileiro, via de regra, - excetuadas a ação penal privada e a ação penal subsidiária da pública -, ao Ministério Público. Diante disso, ao órgão acusador recai o ônus da prova, de acordo com a regra probatória do processo penal brasileiro.

No ponto, a garantia do acusado prevista pelo artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988 e artigo 8º, p. 2º, alínea "g" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que tange o direito de não produzir provas contra si mesmo, pode encontrar óbice no decurso do processo, haja vista o exercício do direito ao silêncio, que não pode, de forma alguma, prejudicar o acusado em detrimento das provas produzidas pelo órgão acusador, seja para ensejar uma condenação, seja para majorar a pena aplicada (LIMA, 2016).

Veja-se que, notadamente, as diferenças principais existentes entre os procedimentos são marcadas pela presença da presunção de inocência, no caso do procedimento acusatório, ou pela presunção de culpabilidade, como é o caso do inquisitivo.

Considerando a previsão da Constituição cidadã pela presunção de inocência no rol dos direitos e garantias fundamentais, assim como os posicionamentos doutrinários colhidos, tem-se que muito embora a estrutura do inquérito policial e divergências quanto ao procedimento ter caráter misto, tem-se que o procedimento judicial adotado no Brasil é, portanto, acusatório, pois garante ao acusado o exercício do contraditório e da ampla defesa sob a ótica do devido processo legal e da presunção de não-culpabilidade. Assim, excetuada a fase investigatória do inquérito, concluiu-se que a inocência, no procedimento brasileiro, é presumida em decorrência da vigência do sistema acusatório.

3. As garantias Constitucionais à presunção de inocência

O direito à liberdade é inerente ao ser humano. Através da positivação Constitucional como garantia individual, é conferida maior segurança ao indivíduo. Logo, é através dela e de outros institutos jurídicos que as forças coercitivas e o direito de punir do Estado são limitados, mediante a proeminência de princípios basilares do ordenamento jurídico. Em razão disso, é necessário ao trâmite processual, que sejam seguidos atos previstos em Lei, de modo a garantir o devido processo legal, principal pilar do processo penal brasileiro.

O Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1941, vislumbrou o início de um período compreendido pela miserabilidade de garantias individuais, principalmente quando analisado o texto cru da exposição de motivos do Código, de autoria de Campos, cujas palavras retratam certo grau de desgosto pela proteção estatal aos acusados, ansiando pela punição do indivíduo em detrimento do “bem social”, na figura do bem jurídico tutelado, deixando em aberto, pois, a interpretação (ANTUNES, 2010).

Ocorre, contudo, que o Código de Processo Penal não passou pelo filtro hermenêutico constitucional da Constituição Cidadã de 1988. Isso porque foi publicado quando da vigência da Constituição de 1937, mediante a iminência do Estado Novo na Era Vargas. Ainda assim, mesmo antes da influência dos Tratados Internacionais, o artigo 386, inciso VI do código, criou a oportunidade da aplicação do *in dubio pro reo*, uma vez que o artigo prevê a absolvição, proferida pelo Magistrado, quando inexisterem provas suficientes para ensejar uma condenação, deixando evidente a preocupação do legislador com o devido processo legal, ainda que nos moldes da época.

A redação trazida aqui foi alterada pela Lei 11.690/2008, contudo, ainda assim, denota essa garantia: “Art. 386: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

No decurso da história nacional foram suspensos e restabelecidos direitos e garantias, como é o caso do Ato Institucional nº 5, de 1968, que mitigou, dentre tantos, o *habeas corpus* e a presunção de inocência, que voltou a ser contemplada em momento posterior (ANTUNES, 2010). Foi a partir da promulgação da Constituição de 1988, então, que o princípio ficou definitivamente estabelecido no ordenamento jurídico, conferindo grau de seriedade e importância devido à sua presença no rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º. Giza-se que a redação do texto constitucional, antes da sua publicação, passou por discussões e reformas até atingir o teor atual.

Inicialmente, contemplava somente o “cidadão”, excluindo o estrangeiro e conferindo preferência ao nacional, quando a própria Constituição Federal, no artigo 12, veda a distinção entre brasileiros natos e naturalizados. Posteriormente, o texto utilizou a expressão “presume-se a inocência”, deixando evidente que a inocência seria meramente presunçosa, não absoluta, até o trânsito em julgado, restando, mais uma vez, insuficiente. Em seguida, foi alterada para a sua formatação atual dada pelo inciso LVII do artigo 5º (CAMARGO, 2005).

Nesta senda, a presunção de inocência é um princípio penal consistente em não poder o acusado ser tido como culpado antes de proferida uma decisão por juiz natural, compelindo ao Estado o dever de proceder formalmente à acusação, possuindo o ônus de comprovar a autoria do crime pelo acusado (TAVARES, 2012).

Trata-se de princípio relacionado com o Estado Democrático de Direito, pois, se não, se estaria diante de uma regressão ao arbítrio estatal. Desse modo, a presunção de inocência não se limita ao *in dubio pro reo*, pois não está vinculada apenas ao processo penal, mas vincula todo o sistema jurídico, na figura da autoridade policial, servidores carcerários e administrativos.

Outrossim, a Constituição não prevê a presunção de inocência, mas tão somente o direito à desconsideração prévia de não-culpabilidade, que restringe ainda mais o princípio, haja vista que ela foi adotada através da interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, que refere que o texto Constitucional não exclui os Tratados Internacionais dos quais o país faz parte (DELMANTO JR., 2005).

Certamente as discussões doutrinárias acerca do tema trouxeram relevantes alterações no sentido de conferir maior amplitude à presunção de inocência. É o caso da Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, responsável por adicionar o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Cidadã, prevendo maior celeridade na tramitação processual, de modo a garantir, novamente, a presunção de inocência, uma vez que quanto mais tempo perdurar o processo, por mais tempo o acusado estará sob a tutela penal do Estado. A redação do artigo assim prevê: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Extensivamente, pode-se considerar o referido artigo como um benefício aos acusados que cumprem medidas de segregação cautelar, uma vez que a celeridade processual em processos cujos réus estão presos, lhes confere, a certo modo, uma antecipação da liberdade – ou da condenação –, cessando antecipadamente o seu martírio de estar sob a tutela do Estado.

Pertinente destacar que a Convenção Americana de Direitos Humanos entende a presunção de inocência somente até que seja comprovada a culpa, nos termos do artigo 8.2, conforme se extrai do trecho da norma “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”, situação que pode ocorrer em qualquer momento processual, mesmo antes do trânsito em julgado, em dissonância à aplicação da norma do Brasil, conforme foi abordado pelo posicionamento de parte da doutrina nos capítulos que sucederam.

No entanto, este entendimento, em se tratando do cenário nacional, está distante de ser homogêneo: há discussões no âmbito jurídico acerca dos seus efeitos e extensões, conforme será abordado no próximo tópico, a respeito das prisões cautelares.

4. A prisão processual no direito brasileiro

Há dois tipos de prisão no Brasil. A primeira é a prisão pena, que ocorre mediante uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou mesmo antes dela, ocasião em que será procedido um processo de execução criminal apartado ao processo criminal originário, que tramitará em uma vara específica de execuções criminais. Também existem as prisões processuais provisórias *"lato sensu"*, ou então prisões cautelares.

As prisões cautelares, presentes no ordenamento jurídico pátrio, podem ser decretadas diante da existência de circunstâncias específicas no caso concreto, que denotam a sua necessidade para o bom andamento processual. Ocorrerá, portanto, por determinação do Magistrado, mediante requerimento do membro do Ministério Público, do querelante ou mediante representação da autoridade policial (MARQUES, 2000).

Desse modo, vige o brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, situação em que é vedado ao magistrado agir de ofício decretar uma prisão cautelar: ele precisa ser provocado. Ou seja: é necessário que a parte interessada proceda com o pedido de prisão cautelar, devidamente fundamentado e embasado nas possibilidades previstas em lei. Essa parte interessada poderá ser a autoridade policial ou o membro do Ministério Público. Isso existe para que não se confunda o órgão acusador com o órgão julgador, de modo a respeitar o procedimento acusatório (MINAGÉ, 2011). Em caso contrário, o Juiz agiria como parte, deixando de atuar na imparcialidade e mitigando uma das principais vertentes do procedimento acusatório que é, justamente, a separação da figura do julgador e do acusador.

É em razão disso que o artigo 5º, inciso LXI da Constituição de 1988 prevê que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei". Esse artigo evidencia que a prisão, quando não for efetuada na modalidade de flagrante delito, necessita de um pedido formal, conforme já exposto anteriormente. Enquanto isso, os incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, todos do artigo 5º da Constituição vigente, abordam a forma como a prisão deve ser realizada, com as devidas formalidades legais e pressupostos de validade.

Diante disso, no processo penal, para materializar-se a prisão processual, é necessário que exista comprovada necessidade. Trata-se das expressões latinas *periculum libertatis* - que se refere à existência de um risco para a ordem pública, à ordem econômica, para a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal -, e do *fumus comissi delicti* - consistente na prova da materialidade e nos indícios de autoria delitiva.

Há, portanto, 6 tipos de prisão processual admitidas hoje no Brasil, entre elas a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia no rito do júri, a prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível - consistente na execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado -, e,

por fim, a condução coercitiva de pessoa que injustificadamente deixou de comparecer em juízo quando requisitada (NUCCI, 2020).

Cada uma delas tem os seus requisitos e particularidades, bem como comportam discussões a respeito de sua forma e legitimidade. A condução coercitiva, por exemplo, foi declarada inconstitucional pelo STF no ADPF 395 DF e no ADPF 444 DF, de modo que somente tem validade se houver dúvidas a respeito da identidade civil do acusado, bem como para fins de aferir a sua qualificação (BRASIL, 2018).

Outrossim, cada espécie de prisão possui requisitos para a sua configuração. A respeito da prisão em flagrante, tem-se pelo artigo 302 e incisos do Código de Processo penal que se considera em flagrante delito quem está cometendo a infração penal, quem acaba de cometê-la, quem é perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração ou quando é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

É nesse sentido que Tourinho Filho, (2010) entende que a prisão em flagrante presume que inexistem dúvidas acerca da autoria, de modo que uma ação penal se faz imperativa, mediante remessa dos autos do inquérito policial para posterior denúncia pelo membro do Ministério Público. Sendo assim, os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, quando presentes, podem ensejar a homologação deste flagrante e a consequente decretação da prisão preventiva.

Nos termos do artigo 310 do mesmo diploma legal, o magistrado possui o prazo de 24 horas, após a realização da prisão, para promover a audiência de custódia, na presença do acusado, de seu advogado constituído ou defensor público e do membro do Ministério Público. Na ocasião, incumbe ao juiz relaxar a prisão, em caso de ilegalidade, converter a prisão em flagrante em preventiva ou, então, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada como “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Outrossim, pode, ainda, ser decretada quando for descumprida alguma medida cautelar imposta.

O artigo 313 do mesmo diploma legal prevê que cabe prisão preventiva nos seguintes termos:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Por fim, o § 2º do referido artigo prevê que não será admitida a prisão preventiva com o intuito de antecipar o cumprimento da pena, ou como decorrência imediata de investigação criminal, ou da apresentação ou recebimento da denúncia. Salienta-se que tanto o § 1º quanto o § 2º foram incluídos pelo Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019. Desse modo, a decisão que decreta a prisão necessita ser motivada e fundamentada, conforme preceitua o artigo 315 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, para a configuração dos pressupostos ensejadores da prisão preventiva, Delmanto Jr. (2001) entende que deverão ser constatadas a existência da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, com posterior averiguação quanto ao perigo concreto da liberdade do acusado ao bom andamento processual. Greco Filho entende a garantia da ordem pública na prisão preventiva com um significado amplo, conforme se extrai:

“A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima. Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode,

igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações.” (GRECO FILHO, 2012, p. 154-155)

Greco Filho conclui dizendo que as hipóteses ensejadoras da prisão preventiva são taxativas, de modo que qualquer decretação fora do que prevê a norma jurídica, é passível de concessão de *habeas corpus*.

A prisão preventiva pode, ainda, ser substituída por medidas cautelares alternativas à prisão, fazendo com que o recolhimento a estabelecimento prisional seja a exceção, e não a regra. Trata-se do advento da Lei 12.403/2011 que inseriu no cenário processual penal brasileiro medidas cautelares consistentes na restrição da liberdade e diversas da prisão, que também estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Entre elas, encontram-se a vedação ao comparecimento a determinados locais, o recolhimento noturno e a utilização de tornozeleira eletrônica, em razão da substituição por prisão domiciliar.

Para sua configuração, por conseguinte, necessitam estar presentes dois requisitos genéricos, cumulativamente, que são a necessidade e adequabilidade. Cada um deles se subdivide. É pertinente mencionar que a adequabilidade se subdivide em três: na gravidade do crime; nas circunstâncias do fato; e nas condições pessoais do indiciado ou do acusado.

No ponto, a gravidade do crime não deve ser analisada abstratamente como balizadora para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos das súmulas 718 do STF e 440 do STJ. Sendo assim, as medidas cautelares consistentes na prisão ou medidas alternativas devem ser fixadas individualizando cada situação no caso concreto, levando em consideração a pessoa do indiciado, assim como as circunstâncias fáticas em questão (NUCCI, 2020).

A prisão cautelar, portanto, tem natureza instrumental em relação ao processo criminal (AMARAL, 2012), na medida em que cessa a liberdade do indivíduo enquanto ainda não foi proferida uma sentença penal condenatória transitada em julgado. As

previsões legais que justificam o pedido – e a decretação - da prisão preventiva correlacionam-se com o bom andamento do processo.

Por outro lado, as prisões cautelares não prejudicam o sujeito que teve por resultado uma condenação. Isso ocorre porque diante de uma condenação penal, o período em que o indivíduo esteve preso cautelarmente é calculado para fins de “desconto” no cômputo da pena total. A este instituto dá-se o nome de “detrção”, conforme texto do artigo 42 do Código de Processo Penal. A detrção, por conseguinte, possui o intuito de evitar abusos por parte do Estado, limitando o seu poder punitivo (MACHADO, 2013).

Destarte, a Lei 12.302/2011 não previu a detrção diante da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ao passo em que a Constituição Federal, no inciso III do artigo 1º, por outro lado, implicitamente veda o *bis in idem*, a punição dupla pelo mesmo fato (NUCCI, 2020).

Em uma situação hipotética em que o indivíduo permaneça faticamente solto porém cumprindo medidas cautelares diversas da prisão, caso sobrevenha uma eventual condenação, esse período em que foram cumpridas medidas cautelares não serão consideradas para fins de detrção da pena. Isso porque as medidas cautelares são, de certo modo, um benefício oferecido ao réu quando preenchidos os requisitos previstos em lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As disparidades entre o procedimento inquisitivo e o procedimento acusatório são imensuráveis. O primeiro possui viés autoritário, enquanto o segundo, oferece “paridade de armas” - ao menos na teoria – às partes, na figura do acusador e do acusado. O Brasil adota o sistema acusatório, muito embora a existência de um inquérito policial que não contempla o direito do investigado ao contraditório e à ampla defesa, pressupostos inerentes ao procedimento acusatório.

Ainda assim, na fase policial do processo, há uma expectativa de direitos sobre réu, enquanto na fase judicial existe o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Um processo penal justo e imparcial exige o respeito ao devido processo legal e aos demais princípios e normas a ele inerentes. Os direitos do autor do fato, do investigado, do acusado e do réu, nas suas mais diversas nomenclaturas, são igualmente inerentes ao processo penal. É em razão disso que a presunção de inocência deve ser integralmente respeitada, inclusive quando há risco ao resultado útil do processo e a alternativa para o bom andamento processual é, inevitavelmente, a segregação cautelar.

De modo geral, a prisão cautelar não afasta a presunção de inocência, tampouco a transforma em presunção de culpabilidade. No entanto, utilizar-se de um instituto jurídico para uma finalidade diversa à que ele foi proposto, é uma trapaça ao devido processo legal, pois cria-se sobre o processo um jogo de irregularidades insanáveis, ao passo em que o réu se torna um objeto dentro do processo e deixa de ser um indivíduo presumidamente inocente.

Resta evidente que muitas são as discussões que permeiam a seara processual penal brasileira, especialmente no tangente às prisões cautelares. A prisão cautelar processual não é, nem pode ser, antecipação de pena. Ela possui natureza instrumental, vinculada a uma utilidade processual. Diante disso, a utilização do instituto da prisão cautelar como forma de antecipar o cumprimento da pena mitiga a presunção de inocência do indivíduo, ferindo um dos princípios basilares do processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Planalto. Brasil: 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 14 jan. 2022.

2015. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

2021. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 1950 / Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. França: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Council of Europe, 2021. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 14 jan. 2022.

20--. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF. Nova York: online, 20--. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 14 jan. 2022.

AMARAL, A.J.; CALEFFI, P.S.P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set/dez 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/102>>. Acesso em: 16 out. 2021.

AMARAL, Claudio do Prado. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal:** as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo / Claudio do Prado Amaral; Sebastião Sérgio da Silveira. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

ANTUNES, Caroline Mesquita. Breves considerações sobre o desejo de punir o, o direito penal do inimigo e a relativização do princípio da presunção de inocência. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau** / organizador: Felipe Martins Pinto. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. (p. 105-120). Disponível em: <https://iamg.org.br/doc/Livro_Presuncao_de_Inocencia.pdf>. Acesso em 27 set. 2021.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo.** 110 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal** / Norberto Avena. - 9ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** / Tradução de Paulo M. Oliveira; 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 1 / Cezar Roberto Bittencourt. - 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. - São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei no 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **ADPF 395 DF** - Plenário - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJ 14/06/2018. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>> Acesso em 13 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **HC 89.501/GO** – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 16/03/2007.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil:** O Conflito entre Punir e Libertar. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. - 23. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal**. RT-835 - 94º Ano. 2005. Disponível em: <http://www.delmanto.com/Conteudo/artigos/2005/Roberto%20Jr%20e%20Fabio/a_dignidade_da_pessoa_humana.pdf>. Acesso em 13 out. 2021.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

EYMERICO, Nicolau. **Manual da Inquisição** / Tradução de Affonso Celso de Godoy / 1ª ed. (ano 2001), 8ª tir. / Curitiba: Juruá, 2009.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; PEDROSA, Laís de Lucena. **Execução provisória da pena e presunção de inocência: uma análise garantista da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP**. Argumenta Journal Law n. 29. Jul/dez 2018. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1487>>. Acesso em 22 set. 2021.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; MOTA, Rafael Gonçalves. O julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob a óptica do pensamento de Neil Maccormick sobre argumentação da decisão judicial. **Revista Observatório**: Palmas, v. 4, n. 5, p. 750-787, ago. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 4. ed. re., ampl. e atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional**. Online: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em 16 out. 2021.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. - 16. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: o conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP, 2016.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Filipe Costa. Detração nas medidas cautelares pessoais: é possível? **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 63-83, abr. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo - Atlas S. A., 2000.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **Por que presumir a inocência no processo penal?** Online: Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/tribuna-defensoriapor-presumir-inocencia-processo-penal>>. Acesso em 21 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** / Guilherme de Souza Nucci. - 17. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964 de 24.12.2019. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri** / Guilherme de Souza Nucci. - e. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. - 21 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** / André Ramos Tavares. 10. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. CPP Para Concursos. Salvador: JusPodivm, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1992. Vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho - 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RELATIVIZAÇÃO DO § 3º DO ART. 42 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LUDNE NABILA DE OLIVEIRA BARROSO:
Servidora Pública da Justiça Federal (SJTO)

RESUMO: Neste estudo, feito por intermédio de revisão bibliográfica, se analisou o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ acerca da relativização do § 3º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Palavras-chave: Relativização de dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente; idade do adotante; atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho possui o seguinte tema: a mitigação ou a relativização do artigo 42, § 3º da Lei 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

O objetivo principal é explicar o porquê de a Corte Especial não adotar, necessariamente, em todo e qualquer caso, a letra da lei, mas analisar o caso concreto e decidir, conforme a casuística, se o referido dispositivo legal se aplicará a cada uma das situações apresentadas ao Poder Judiciário.

Ademais, este estudo também explicará os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a aplicação temperada do dispositivo legal em comento.

2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

As doutrinas especializadas no assunto explicam que a proteção da criança e do adolescente passou por algumas fases, por exemplo, a fase da absoluta indiferença, em que esse grupo vulnerável era considerado apenas como mero objeto, sem qualquer proteção por parte do Estado. Já, num segundo momento, surge a doutrina da situação irregular (termo cunhado no Brasil) em que era alvo dessa política apenas aqueles jovens, crianças e adolescentes mais desfavorecidos, homenageando, então, uma política seletiva, que serviu para repreender pessoas pobres e em situação de rua.

Já a fase da doutrina da proteção integral, nascida com a Constituição Federal de 1988, reformula todo o estudo e compreensão da proteção às crianças e aos adolescentes, enxergando-os e tratando-os como verdadeiros sujeitos de direitos, ou seja, pessoas, numa situação peculiar de desenvolvimento, que devem receber tratamento e atendimento do

Estado, da família e da sociedade de acordo como o postulado da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, com previsão expressa no art. 1º, III da Constituição Cidadã (1988), é princípio fundamental da República Federativa do Brasil e deve ser o ponto de partida para a assimilação de todo o ordenamento jurídico, o que inclui o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Carta Magna foi promulgada em 5 de outubro de 1988 e a Lei nº. 8.069 é do ano de 1990, ou seja, já alcançada pelos vieses de dignidade da Lei Maior.

Por isso, desde a Nacional Constituinte, todo o arcabouço jurídico relativo às crianças e adolescentes passou por uma releitura e um novo espectro de entendimento para, prospectivamente, respeitar o mencionado grupo como pessoas que merecem uma vida digna, o que engloba o direito à convivência familiar e comunitária, lazer, educação, alimentação, estudo, trabalho, respeito à integridade física e mental e etc.

O início dessa nova concepção é feito a partir do artigo 227 da CF/88, cujos efeitos irradiam por toda a normativa brasileira:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”.

Além disso, a própria Lei nº. 8.069/90 afirma em que seu art. 1º que:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Assim, fácil entender que está superada as fases da absoluta indiferença e da situação irregular, privilegiando-se, como medida de lédima justiça, a doutrina da proteção integral, porque a única capaz de atender de modo satisfatório e em compatibilidade com o bloco de constitucionalidade, os direitos do grupo formado por crianças e adolescentes.

Inúmeras mudanças positivas foram consolidadas com a doutrina da proteção integral, entre elas, as seguintes: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; prioridade a liberdade das crianças e adolescentes, que somente poderá ser tolhida em casos previstos na lei; prioridade absoluta em políticas públicas e também quanto à destinação de recursos públicos; permanência em família natural, sendo as diversas formas

de acolhimento e colocação em família substituta medidas excepcionais; desjudicialização dos atendimentos dessas pessoas, ou seja, a tentativa de resolver problemas e controvérsias de forma extrajudicial e, por fim, a preferência de municipalização dos atendimento dessa área, mas sem prejuízo de colaboração dos outros entes federativos.

3 SIGNIFICADO LEGAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Sem adentrar no âmbito internacional, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa de 0 a 12 anos de idade incompletos e adolescente a pessoa de 12 a 18 anos de idade incompletos.

Dessa forma, como regra, tal diploma legal aplica-se às crianças e adolescentes. Excepcionalmente, porém, conforme § único do art. 2º do Estatuto, nos casos expressos em lei, o mesmo será aplicado às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Vejamos:

“Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

Assim, diferente do que ocorreu na fase da situação irregular, o Estatuto da Criança e do Adolescente se aplica para toda e qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade e, excepcionalmente, aos maiores de 18, desde que menores de 21 anos de idade.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com a evolução da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes também advieram princípios importantes que norteiam os estudos doutrinários que se debruçam sobre o tema, as políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo, os atos normativos do Poder Legislativo e também a atuação do Poder Judiciário por meio de novos entendimentos jurisprudenciais.

O princípio da generalidade significa que, na atualidade, os paradigmas legislativos da temática são aplicados a toda e qualquer pessoa que se enquadre nos conceitos de criança, adolescente e aqueles até 21 anos de idade, mas estes últimos apenas em raras hipóteses para fins de aplicação de medidas socioeducativas.

O princípio da prioridade absoluta quer dizer que o grupo vulnerável em questão terá sempre prioridade em relação à direitos, atendimento e prestação de serviços públicos

ou privados, destinação de verbas públicas, tramitação processual e outros. Nesse sentido é a redação do art. 4º do Estatuto:

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento ensina que a criança e o adolescente não devem ser tratados como pessoas completamente maduras e adultas, mas deve ser respeitado o seu estágio de crescimento físico, mental e intelectual. As crianças e adolescente passam pela fase de amadurecimento, formação de convicções pessoais e concernentes ao mundo em que vivem, ainda estão em processo de aprendizado, inclusive sobre tópicos básicos como conhecimentos educacionais e também da vida cidadã, política, econômica, atividades de lazer, higiene, alimentação, atividades esportivas, ou seja, são verdadeiros descobridores do mundo ao seu redor. Dessa forma, o citado princípio determina seja levado em consideração justamente esse estado de aprendizado, não podendo da criança e do adolescente serem exigidos maturidade e discernimento tal qual de uma pessoa adulta.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente serve, na solução de casos lacunosos, como vetor interpretativo. Toda interpretação é realizada por um sujeito, que se vale de um método e tem como escopo atingir um objetivo final.

No caso do princípio em comento, o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser utilizado por todos os atores envolvidos na garantia dos direitos desse grupo vulnerável, ou seja, seja pela própria família, creches, escolas, responsáveis pelas políticas municipais, estaduais e federais, a comunidade no geral e também os poderes da república.

Assim, toda e qualquer situação deve ser resolvida sempre se atentando para o que é, de fato, melhor para a criança e adolescente do caso, independentemente de estarem em situação de risco ou não.

Por fim, é necessário pontuar que existem diversos outros princípios que regem a matéria, entretanto, estes são considerados os mais importantes para a compreensão do presente trabalho.

5 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A MITIGAÇÃO DA DIFERENÇA ETÁRIA ENTRE ADOTANTE E ADOTADO PREVISTA NO ART. 42, § 3º DO ECA

O art. 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que:

“Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando”.

Durante muitos anos, a regra literal prevaleceu nas decisões judiciais dos tribunais nacionais, sendo observada, na verdade, como uma regra proibitiva, ou seja, não seria possível a adoção caso a diferença de idade entre adotante e adotando fosse menor que 16 anos.

Entretanto, a Corte Especial teve a oportunidade de revisitar o assunto e dar novos contornos interpretativos ao dispositivo legal, justamente para que atendesse e respeitasse o princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, no REsp 1.338.616-DF, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que embora o texto do art. 42, § 3º do ECA atenda aos ditames do interesse público e seja exigível, não pode ser tratado como regra de natureza absoluta, mas pode e deve ser flexibilizado a luz do caso concreto, sob a luz do princípio da socioafetividade.

O STJ concluiu que a intenção do legislador ordinário, ao fixar tal idade, foi a de reproduzir da maneira mais exata possível o padrão de família protegida pelo texto constitucional e demais leis infraconstitucionais, impedindo que a adoção ocorresse por motivos não legítimos, baseados unicamente em interesses impróprios e indevidos.

Então, entendeu a Corte Especial que, analisado o caso concreto, diante a existência de reais vantagens aos interesses da criança e do adolescente, em situações específicas, é possível que a norma seja mitigada para se autorizar a adoção entre pessoas cuja diferença etária seja inferior a 16 anos.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgado citado, explicou que:

“O aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das

leis e para a solução dos conflitos. Ademais, não se pode olvidar que o direito à filiação é personalíssimo e fundamental, relacionado, pois, ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

E mais:

“Diante do norte hermenêutico estabelecido por doutrina abalizada e da jurisprudência que se formou acerca da mitigação de regras constantes do ECA quando em ponderação com os interesses envolvidos, a regra prevista no art. 42, § 3º do ECA, no caso concreto, pode ser interpretada com menos rigidez, sobretudo quando se constata que a adoção visa apenas formalizar situação fática estabelecida de forma pública, contínua, estável, concreta e duradoura”.

Em outro julgado, o Tribunal Superior de destaque ainda leciona da seguinte maneira:

“Assim, a diferença etária mínima de 16 anos entre adotante e adotado é requisito legal para a adoção. Vale ressaltar, no entanto, que esse parâmetro legal pode ser flexibilizado à luz do princípio da socioafetividade.

A adoção é sempre regida pela premissa do amor e da imitação da realidade biológica, sendo o limite de idade uma forma de evitar confusão de papéis ou a imaturidade emocional indispensável para a criação e educação de um ser humano e o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.

Dessa forma, incumbe ao magistrado estudar as particularidades de cada caso concreto a fim de apreciar se a idade entre as partes realiza a proteção do adotando, sendo o limite mínimo legal um norte a ser seguido, mas que permite interpretações à luz do princípio da socioafetividade, nem sempre atrelado às diferenças de idade entre os interessados no processo de adoção. STJ. 3ª Turma. REsp 1785754-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/10/2019 (Info 658)”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, portanto, que os tribunais brasileiros proferem decisões para dar máxima interpretação e eficácia aos textos normativos, atendendo ao fim último da lei promulgada, que no caso em estudo é o Estatuto da Criança e do Adolescente, priorizando o melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

No caso em apreço, trata-se da flexibilização da diferença etária entre adotante e adotando, considerando a grande relevância desta espécie de colocação em família substituta, que acaba por realizar o objetivo constitucional de dar a cada criança e adolescente um lar e uma família. Casos estes em que uma interpretação meramente gramatical ou literal pode ferir princípios de valor imensurável como isonomia, socioafetividade, parentalidade e etc.

Por fim, frisa-se que o STJ tem se utilizado dos mesmos princípios, adotando uma postura progressista para flexibilizar outras regras que, caso aplicadas na literalidade acabam, a depender do caso concreto, prejudicando crianças e adolescentes, como é a situação, por exemplo, da proibição da adoção avoenga, que já foi permitida algumas vezes e a excepcional hipótese de revogação da adoção, quando o adotando, depois da maioridade, manifesta seu desejo, de forma esclarecida, de não ter sido adotado por determinada pessoa (STJ. 3ª Turma. REsp 1.448.969-SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/10/2014 (Info 551) e STJ. 4ª Turma. REsp 1.587.477-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/03/2020 (Info 678).

Infere-se, enfim, que o paradigma legislativo é o início legal da proteção dos direitos das crianças e adolescentes, mas o ativismo judicial, baseado em doutrinas especializadas e a dinamicidade da situação fática contribuem para a evolução constante do sistema de proteção desse grupo de pessoas vulneráveis.

Assim, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no informativo nº. 701, em 16/06/2021, é a seguinte:

“A regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA) pode, dada as peculiaridades do caso concreto, ser relativizada no interesse do adotando. STJ. 4ª Turma. REsp 1.338.616-DF, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 15/06/2021 (Info 701)”.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01 de setembro de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01 de setembro de 2022.

BRASIL. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e dá outras providências**. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01 de setembro de 2022.

ZAPATA, Fabiana Botelho. **Coleção Defensoria Pública – Ponto a Ponto – Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A diferença etária mínima de 16 anos entre adotante e adotado, prevista no art. 42, § 3º do ECA, não é absoluta**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/51fda174c360f4ea5d21de87c4c9a792>>. Acesso em: 12/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A redação literal do ECA proíbe a adoção avoenga(adoção do neto pelos avós); no entanto, o STJ admite que isso ocorra em situações excepcionais**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c570c225d1fb8a72ad79995dd17a77bc>>. Acesso em: 12/09/2022.

A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA SOBRE AS QUESTÕES PREJUDICAIS INCIDENTAIS E A AMPLIAÇÃO DOS SEUS LIMITES OBJETIVOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

AUDREY KAREN PRADO PAIXÃO:
Advogada e pós-graduada em Direito
Processual Civil

RESUMO: O presente artigo busca tem como objetivo analisar e compreender aspectos legais e doutrinários a respeito da formação da coisa julgada, com enfoque nos limites objetivos, especialmente no que se refere às questões prejudiciais expressa e incidentalmente decididas. A grande inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 representa uma grande alteração do pensamento jurídico, bem como de seus impactos causados na jurisprudência que existia a respeito desse tema, sob a égide do Código antigo de 1973. Uma vez que, anteriormente, apenas as questões prejudiciais que tivessem sido transformadas em principais poderiam ser atingidas pela coisa julgada, a fim de se tornarem imutáveis e/ou indiscutíveis. No entanto, atualmente, e ao longo do trabalho isso restará demonstrado, pois com o novo Codex, as questões prejudiciais, ainda que não transformadas em principais, adquirirão o condão de formarem coisa julgada, desde que cumpridos os requisitos cumulativos adiante explanados. A pesquisa foi pautada, principalmente, em artigos de lei e doutrina.

Palavras-chave: Código de processo civil, coisa julgada, limites objetivos, questões prejudiciais incidentais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze and understand legal and doctrinal aspects regarding the formation of res judicata, with a focus on objective limits, especially with regard to expressly and incidentally decided prejudicial questions. The great innovation brought about by the Civil Procedure Code of 2015 represents a major change in legal thinking, as well as its impact on the jurisprudence that existed on this subject, under the aegis of the old Code of 1973. Since, previously, only the prejudicial questions which had been transformed into the main ones could be affected by the res judicata in order to become immutable and / or indisputable. However, today, and throughout the course of the work, this will be demonstrated, because with the new Codex, the preliminary questions, although not transformed into the main ones, will be able to form a res judicata, once the cumulative requirements explained below have been met. The research was mainly based on articles of law and doctrine.

Keywords: Code of civil procedure, res judicata, objective limits, incidental harmful questions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade tecer considerações a respeito das inovações legislativas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente, sobre a possibilidade de formação da coisa julgada a respeito das questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no curso do processo.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo será discutido o conceito, as espécies, a aplicabilidade e os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada. O segundo capítulo discorrerá sobre as questões prévias, divididas em prejudiciais e preliminares. O terceiro realizará breves comparações a respeito da mudança havida entre o CPC/73 e 2015 no que tange à coisa julgada, abordando também os requisitos necessários para tal fim. E por fim, o quarto e último capítulo visará trazer alguns exemplos a respeito da aplicabilidade da coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia doutrinária, legalista, além da interpretação e leitura realizadas em periódicos, artigos científicos, livros, alguns julgados jurisprudências, entre outros.

Por fim, o objeto deste trabalho científica voltará, ainda que de modo não exaustivo, a realizar uma análise a respeito das inúmeras modificações e inovações legislativas do NCPC, dentre elas, as relativas à coisa julgada, especialmente no que tange às questões prejudiciais, conforme prevê os arts. 469, inciso III, art. 470 e arts. 503, §1º e 2º e art.504 do NCPC/15.

1. COISA JULGADA E QUESTÕES PRÉVIAS: PRELIMINARES E PREJUDICIAIS

1.1 Conceito

A definição de coisa julgada, que seria a tradução literal da expressão latina *res judicata*, sofreu inúmeras e importantes modificações com o advento do novo Código de Processo Civil, tornando-se mais ampla e reafirmando-se como um dos pilares da segurança jurídica, ao passo em que não representa um entrave para a celeridade processual e para o acesso à justiça.

A coisa julgada também se encontra prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso XXXVI, que expressamente aduz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, considerados como os três pilares da segurança jurídica.

O legislador infraconstitucional também tenta conceituar a coisa julgada no art. 6º, §3º da LINDB (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro) e no artigo 502 do NCPC.

Assim, a coisa julgada consiste na imutabilidade e indiscutibilidade de qualquer decisão judicial, seja ela terminativa ou definitiva. Já no que tange ao alcance da coisa julgada, tem-se que esta pode ser formal ou material.

1.2. Coisa julgada formal e material

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer e conceituar as distinções entre sentenças terminativas e definitivas previstas, respectivamente, nos artigos 485 e 487 do NCPC.

A sentença é responsável por findar a fase cognitiva do procedimento comum, assim como da execução e quando resolve o mérito tem-se uma sentença definitiva, que após o trânsito em julgado faz coisa julgada material e formal.

No entanto, nem toda sentença resolverá o mérito da causa, são as chamadas sentenças terminativas que produzem apenas o efeito formal (coisa julgada formal) responsável por extinguir a relação processual entre autor, juízo e réu sem a resolução do mérito e, portanto, não gera reflexos sobre o direito material.

Desta forma, a coisa julgada formal opera-se quando a sentença transita em julgado e, em razão da extinção da relação processual, nada mais pode ser discutido naquele processo. Entretanto, por não haver qualquer alteração qualitativa ou repercussão no direito material, nada impede que o autor ajuíze outra ação, a fim de obter a decisão de mérito. (DONIZETTI, 2017).

Por sua vez, a coisa julgada material que também se forma após o trânsito em julgado, não só encerra a relação processual, mas compõe o litígio, havendo, portanto, modificação qualitativa na relação de direito material subjacente ao processo. (DONIZETTI, 2017).

Segundo o autor Alexandre Freitas Câmara, pode-se sintetizar que as sentenças terminativas em geral ficam sujeitas à preclusão. As sentenças terminativas resultantes de indeferimento da petição inicial, de ausência de pressuposto processual ou de “condição da ação” ou da existência de convenção de arbitragem ou de pronunciamento de árbitro ou tribunal arbitral que reconheça sua competência são alcançadas pela coisa julgada formal, só se admitindo a repropositura da demanda se o obstáculo à apreciação do mérito for removido. Por fim, as sentenças de mérito são alcançadas pela coisa julgada material, não se admitindo, em hipótese alguma, que a mesma demanda seja novamente proposta. (CÂMARA, 2017).

A título de exemplificação, pode-se citar o pedido de indenização por danos materiais decorrentes de ato ilícito que é julgado improcedente em virtude da não caracterização do ato ilícito imputado ao réu. Uma vez transitada em julgado a sentença,

o autor propõe nova demanda, agora objetivando o ressarcimento pelos danos morais decorrentes do mesmo fato. (DONIZETTI, 2017).

Nesse caso, a solução não pode ser outra senão o reconhecimento da coisa julgada e a consequente extinção da nova ação, sem resolução do mérito. Ora, conquanto não sejam idênticos os três elementos da demanda, o provimento jurisdicional no sentido de que inexistente ato ilícito e, portanto, dever de indenizar por parte do réu, está acobertado pela coisa julgada material, impedindo nova discussão sobre o tema. Não fosse assim, estar-se-ia permitindo a rediscussão eterna de uma mesma matéria, bastando, para tanto, a simples alteração em um dos elementos da primitiva ação (DONIZETTI, 2017).

1.3 Limites da coisa julgada

De acordo com o novo Código de Processo civil, segundo o art. 503, aplicável à coisa julgada material, a sentença que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, impossibilitando sua rediscussão não só no processo originário, como em qualquer outro. Desta forma, os efeitos da coisa julgada material projetam-se para fora do processo, o que se denomina preclusão extraprocessual.

Já a coisa julgada formal tem eficácia restrita aos limites do processo extinto, ou seja, impede a discussão das questões da lide naquele processo, mas não da apreciação da matéria em outra relação processual, fenômeno ao qual se denomina preclusão endoprocessual.

1.3.1 Limites objetivos

Uma vez formada a sentença com a obtenção da coisa julgada, aquela se torna imutável e deve ser compreendida dentro de certos limites (objetivos e subjetivos). Reputa-se necessário, neste momento, analisar quais são esses limites objetivos, ou seja, é preciso verificar o que se torna imutável e indiscutível com a coisa julgada.

Segundo o autor Elpídio Donizetti (2017), no relatório inexistente julgamento, mas sim narração, exposição da marcha do procedimento e nada do que consta no relatório faz coisa julgada.

Na fundamentação ou motivação, inexistente julgamento, mas estabelecimento das premissas da conclusão, já na motivação, o juiz expõe as razões do seu convencimento, os motivos pelos quais vai dirimir a lide desta ou daquela forma. Assim, como também não há julgamento nesta etapa, nada do que foi assentado na motivação faz coisa julgada,

ainda que os motivos tenham sido importantes para determinar o alcance do dispositivo, conforme dispõe o art. 504, I do NCPC. (DONIZETTI, 2017).

Em contrapartida, faz coisa julgada entre os partícipes da relação processual aquilo que aparece no dispositivo ou conclusão da sentença, pois é nessa parte que o juiz julga. Mas o que julga o juiz? Ou melhor, o que estará acobertado pela coisa julgada? Vejamos o que nos diz o autor Elpídio Donizetti:

Em razão do princípio da congruência, a sentença deve constituir resposta precisa e objetiva ao pedido do autor e também a eventual pretensão do réu, formulada em ação dúplice, em reconvenção ou como pedido contraposto. Não pode decidir aquém, além, nem fora do pedido, sob pena de nulidade do ato decisório. A sentença deve compor a lide, que se revela pelo pedido, devidamente fundamentado. Ora, se a sentença – referimo-nos ao dispositivo – só pode recair sobre o mérito, forçoso é concluir que os limites objetivos da coisa julgada são o pedido e a respectiva fundamentação. (DONIZETTI, p.732, 2017).

No entanto, o autor supracitado faz a ressalva de que para a formação da coisa julgada não basta que a questão esteja presente nos pedidos formulados pelo autor ou pelo réu, pois é indispensável que haja apreciação do tema na parte dispositiva da sentença, uma vez que se a sentença for omissa quanto a um dos pedidos, não se formará coisa julgada com relação a ele, já que não há sentença implícita no nosso ordenamento jurídico.

A coisa julgada jamais poderá alcançar fatos essenciais - ou causas de pedir- não levados ao processo pela parte, pois apenas as questões efetivamente afirmadas pelas partes e que compõem o mérito da causa é que constituem objeto dos limites objetivos da coisa julgada. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2.^a Turma, REsp 861.270/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 05.10.2006, DJ 16.10.2006, p. 358). (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016).

1.3.2 Limites subjetivos

Os limites subjetivos são regidos pelo art. 506 do NCPC e alcançam as partes da demanda, de modo que não possuem o condão de prejudicar terceiros estranhos à lide, mas nada impede que estes possam se beneficiar da decisão.

Segundo o autor Alexandre Freitas Câmara (2017) um exemplo disto é o processo no qual os sujeitos de um contrato garantido por fiança litigam a respeito de se o contrato já foi ou não inteiramente cumprido pelo devedor, sem que do processo participe o fiador.

Pois a coisa julgada formada sobre sentença que afirmasse que o contrato ainda não foi cumprido não seria capaz de prejudicar o fiador, o qual estaria livre para, em processo futuro, tornar a suscitar a discussão acerca da extinção da obrigação principal (CÂMARA, 2017).

De outro lado, porém, a coisa julgada formada sobre sentença que afirmasse que o contrato principal já fora integralmente cumprido poderia ser invocada pelo fiador, por ela beneficiado sem ter participado do processo (já que, extinta a obrigação principal, extingue-se também a fiança). (CÂMARA, 2017).

O Autor faz considerações também a respeito do alcance subjetivo da coisa julgada no que se refere à sucessão *mortis causa* e por ato *inter vivos* (uma vez que alcançam os sucessores). Observe.

É que na sucessão, o sucessor ocupa a mesma posição jurídica que antes era ocupada pelo seu antecessor. E isto se aplica tanto aos casos de sucessão *mortis causa* [...], como nos casos de sucessão resultante de ato *inter vivos*. Pense-se, por exemplo, no caso de se ter formado coisa julgada no processo entre A e B no qual estes disputavam a propriedade de um bem, tendo sido declarada a propriedade de A. Este, posteriormente, vende o bem a C. Evidentemente, não poderá B disputar com C a titularidade do bem [...], ao argumento de que C não foi parte naquele processo. C, sucessor (*inter vivos*) de A, é alcançado pela coisa julgada, inserindo-se em seus limites subjetivos. (CÂMARA, p.274, 2017).

Também faz necessário destacar que a coisa julgada e os seus limites subjetivos alcançam a substituição processual– isto é, naqueles casos em que um legitimado extraordinário atua no processo no lugar do legitimado ordinário – a coisa julgada alcança a ambos, substituto e substituído. Aquele é alcançado por ser ele parte da demanda (demandante ou demandado) e este é alcançado pela coisa julgada por ser ele o verdadeiro titular do interesse em disputa. (CÂMARA, 2017).

1.3.3 Questões prévias: preliminares e prejudiciais

As questões processuais costumam ser classificadas como prévias e principais. Estas correspondem aos objetos dos pedidos formulados pelo autor (e.g. condenação do réu ao pagamento de quantia certa), pelo réu (e.g. improcedência do pleito autoral) ou por terceiro (e.g. em uma intervenção de terceiros).

Já as questões prévias são aqueles que precedem a análise da questão principal e subdividem-se em: prejudiciais e preliminares, a depender do seu conteúdo.

São consideradas preliminares as questões, notadamente processuais, que impossibilitam ou postergam a resolução do mérito que, por sua vez, são classificadas em peremptórias e dilatórias. As primeiras são preliminares que causam o impedimento ao exame do mérito, resultando na extinção do incidente ou do processo, sem resolução do mérito, caso não sejam sanadas no tempo hábil. (ALVIM, 1977).

Já as dilatórias são preliminares que apenas têm o condão de adiar resolução do mérito, porém não possuem aptidão para extinguir a lide, a exemplo da incompetência relativa ou absoluta do juízo, suspeição ou impedimento do juiz, conexão, etc. (ALVIM, 1977).

No que se referem às questões prejudiciais, estas podem ser entendidas como aquelas atinentes à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação jurídica que, embora não constituam propriamente o objeto da pretensão, são importantes para o alcance da solução desse mérito. Por exemplo, a definição da paternidade numa ação de alimentos, ou sobre a validade do contrato em demanda condenatória ao cumprimento de obrigação contratual. (ALVIM, 1977).

2. COISA JULGADA E A QUESTÃO PREJUDICIAL NO CPC DE 1973 E 2015

No regime anterior previsto no CPC/73, apenas a decisão pertinente ao pedido principal era capaz de ser alcançado pela coisa julgada material, embora as questões prejudiciais fossem analisadas ou enfrentadas não eram decididas.

Caso a questão principal não se tornasse objeto de pedido expresso e determinado, ela jamais viria a se tornar imutável e/ou indiscutível, este tratamento é similar ao dado a “verdade dos fatos” e “aos motivos”, ainda que determinantes para o alcance da decisão. Por esta razão, o art. 469, inciso III do CPC/73 aduzia que não fazia coisa julgada a apreciação da questão prejudicial decidida incidentemente no processo. (REDONDO, 2015).

Assim, para que a questão prejudicial viesse a se tornar imutável e/ou indiscutível era necessário que se transformasse em questão principal.

Diferentemente do Código antigo, o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevantes e importantes modificações acerca da formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais, conforme se verifica nos §§1º e 2º do art. 503 do NCPC.

Com o novo Codex, fora permitida a formação de coisa julgada material, inclusive, sobre questões prejudiciais, ainda que não tenham sido objeto de pedido da parte. No

entanto, para que isso seja possível faz-se necessário que tenham sido expressamente discutidas por ambas as partes, apreciadas incidentalmente por juízo dotado de competência absoluta para resolvê-las e inexistam restrições probatórias ou limitações à cognição para o aprofundamento do debate sobre a dita questão. (REDONDO, 2015).

Prestados esses esclarecimentos, passamos agora a analisar os requisitos listados acima que tornam possível a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

2.1 Requisitos

2.1.1 A questão seja prejudicial

Inicialmente, exige-se que o ponto prejudicial se transforme em questão, isto é, que o ponto seja controvertido, uma vez que somente haverá coisa julgada se não houver acordo entre as partes sobre determinado tema. Inexistente a controvérsia, questão não haverá, razão pela qual o ponto prejudicial não será alcançado pela coisa julgada material. (REDONDO, 2015).

É necessário, ainda, que a questão prévia controvertida tenha natureza de prejudicial, isto é, que de sua resolução dependa o julgamento de mérito, tal como exigido pelo inciso I do §1º do art. 503.

2.1.2 A decisão que versa sobre a questão prejudicial deve ser expressa e incidental

O segundo requisito está atrelado à exigência legal de que a questão prejudicial seja expressa e incidentalmente decidida, nos termos do art. 503, §1º do NCPC.

Nos dizeres de Bruno Garcia Redondo (2015), o julgador deve manifestar-se, de forma expressa, clara, analítica e fundamentada, sobre a questão prejudicial, já que se uma questão for debatida pelas partes, mas não venha a ser apreciada na decisão, sobre ela não haverá a formação de coisa julgada. Assim, todas as exigências processuais a respeito da existência, validade e eficácia da decisão sobre a questão principal aplicam-se, integralmente, à solução dada às questões prejudiciais.

Além disso, é imprescindível que a questão prejudicial seja incidentalmente decidida, isto é, que ela não constitua o objeto do pleito principal. Pois, se a prejudicial fosse objeto de pedido, já existiria a formação de coisa julgada por força do art.503, *caput*, e não do §1º.

Ainda, é necessário também que haja manifestação judicial expressa na fundamentação da sentença para que a questão prejudicial seja acobertada pela coisa

julgada. Contudo, se houver decisão expressa, mas inexistir impugnação da parte contrária, haverá preclusão da questão prejudicial incidental. (DONIZETTI, 2017).

2.1.3 Deve haver contraditório prévio e efetivo sobre a questão prejudicial

O terceiro requisito está previsto no inciso II do art. 503 do CPC/15e exige, para a formação da coisa julgada, que a questão prejudicial tenha sido objeto de um contraditório prévio e efetivo, excetuando-se os casos de revelia.

Para Bruno Garcia Redondo (2015) a lei exige um verdadeiro debate, substancial, sobre o ponto que se apresente como um antecedente lógico e necessário à solução da questão principal, além de que ele seja prévio efetivo (substancial). Caso o contraditório seja meramente formal, não haverá formação de coisa julgada.

Para a efetividade do contraditório, é imperioso que os demandantes compreendam que a questão levantada no processo seja relevante para a resolução da demanda. Ressalte-se que, no Processo Civil há o princípio da disponibilidade do contraditório, isto é, se as partes tiverem ciência de que a questão prejudicial foi suscitada e, ainda assim, mantiverem-se inertes à instrução jurídica e fática, em regra, tal fato não possui o condão de impedir a decisão expressa do juiz sobre tal questão. (ELIEZER, 2017).

Para o doutrinador Elpídio Donizetti (2017), nesse caso o contraditório é mais forte do que aquele inerente às questões principais, pois não há como a coisa julgada se estender à questão prejudicial quando, por exemplo, ocorrer revelia do réu, exatamente porque, nesse caso, não houve contraditório efetivo. Ao réu foi oportunizada a manifestação, mas ele não se manifestou. Há coisa julgada em relação à questão principal, mas não pode haver coisa julgada em relação às questões prejudiciais, tendo em vista a excepcionalidade da sistemática trazida pela nova legislação.

2.1.4 A competência absoluta do juízo para resolver a questão prejudicial como se principal fosse

O quarto requisito está relacionado à competência absoluta do juízo para resolver a questão prejudicial incidentalmente decidida como se questão principal fosse, conforme dispõe o inciso III do §1º do art. 503.

Exemplificando, numa ação previdenciária de pensão por morte em que se discuta a união estável entre os companheiros, tal análise é possível por ser um requisito para a obtenção da pretensão final, no entanto, sobre esta questão não se pode formar coisa julgada, uma vez que se fosse decidir somente a respeito da união estável a competência absoluta seria da vara de Família, na Justiça Estadual e não na Justiça Federal.

Ainda, a exigência de que o juiz detenha competência material, isto é, competência absoluta para julgar em caráter principal a questão prejudicial, configura-se apenas como um requisito para a incidência da coisa julgada. Deste modo, o juiz ainda poderá dirimir a questão. (TALAMINI, 2016).

Complementando, o autor Elpídio Donizetti (2017) esclarece que tais requisitos, à luz do entendimento firmado no Enunciado 313 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), são cumulativos e que a resolução da questão prejudicial nos moldes da nova sistematização independe de requerimento expresso da parte interessada, eis que decorre da própria lei.

Nesse sentido, estabelece o *Enunciado 165* do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada.

2.1.5 A inexistência de restrições probatórias e de limitações à cognição

O quinto e último requisito aduz que se existir restrições probatórias a análise da questão prejudicial ou, se por qualquer outro motivo, a profundidade de sua cognição for limitada, a decisão sobre ela não fará coisa julgada, conforme disciplina o §2º do art.503 do NCPC.

O autor Breno Garcia Redondo (2015) nos ensina que a regra aparenta falsa simplicidade, uma vez que exige considerações mais profundas, sob pena de se impedir, inevitavelmente, a formação de coisa julgada em casos nos quais ela deveria ocorrer. Em relação às provas, o comando geral é a de que os procedimentos permitam ampla instrução probatória, bem como a produção de todos os meios de prova. No entanto, excepcionalmente, alguns procedimentos podem apresentar restrições probatórias, por força de lei pela vontade das partes.

No que diz respeito à cognição, o comando geral é também no sentido de que o Direito Processual Civil os procedimentos ensejem uma cognição irrestrita no sentido horizontal (cognição plena), cuja finalidade está atrelada à permissão do exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à justiça — além do mais profundo possível no plano vertical (cognição exauriente). (REDONDO, 2015).

3. EXEMPLOS DA APLICAÇÃO DA COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO PREJUDICIAL DECIDIDA INCIDENTAL E EXPRESSAMENTE NO PROCESSO.

A título de exemplo, pode-se citar uma ação que busca a prestação de alimentos, em que temos a filiação como sendo uma questão prejudicial a qual deve ser decidida previamente, já que influenciará diretamente na questão principal da lide. Isso se deve ao fato de que uma vez verificado que o réu não é o pai do alimentando, nada é devido. (MANSUR, 2016).

Conforme já salientado, as questões prejudiciais podem ser principais ou incidentais.

Assim, no caso do exemplo citado, se a ação de alimentos fosse cumulada com a investigação de paternidade ter-se-ia a filiação como questão prejudicial posta como questão principal, já que sobre ela há pedido específico. Contudo, a situação seria outra caso fosse ajuizada somente a Ação de Alimentos, uma vez que se teria a filiação como questão prejudicial incidental, já que apesar de não haver pedido específico, é imperioso aferir-se se o autor é ou não filho do réu. (MANSUR, 2016).

Pode-se citar também a ação de cobrança de aluguéis, em que é prejudicial ao direito à condenação a existência de contrato de locação. Nesses casos, a solução da primeira questão (a existência de locação) condiciona o conteúdo do julgamento da segunda questão (o direito aos aluguéis): se o juiz resolve que inexistente locação, logicamente também inexistente direito aos aluguéis. Contudo, ao revés, se afirmar existente a locação, então deve considerar outras questões (por exemplo, a existência de inadimplemento para os aluguéis) para julgar o direito aos aluguéis. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017).

CONCLUSÃO

Na conclusão do presente estudo, verificou-se não é uma qualidade, tampouco efeito da sentença, em verdade, trata-se de uma situação jurídica que se modifica no momento em que a sentença transforma-se de instável para estável.

Faz-se referência também a modificação ocorrida com o CPC/2015 em relação ao CPC/1973, trazendo a inovação legislativa de que as questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no processo possuem o condão de tornar-se imutáveis.

Ainda, pode-se observar também uma alteração no alcance da coisa julgada, que ampliou os seus limites objetivos. Além disso, foram citados também cinco requisitos trazidos pelo Código.

Por fim, nota-se que a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais acarretou uma grande inovação legislativa e que vem gerando grandes efeitos nos processos iniciados após a vigência do Código, trazendo importantes consequências

jurídicas, como por exemplo, a questão da ação de alimentos e reconhecimento da paternidade acima citadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/05/2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15/05/2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil.** Ed 20ª. São Paulo: Atlas, 2017.

Câmara, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro.** Ed. 3ª. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, L.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil comentado.** Ed. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC.** Revista de processo, São Paulo: RT, out 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 11/05/2018.

MANSUR, Sâmea Luz. **Coisa julgada em questões prejudiciais incidentais no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/385516585/coisa-julgada-emquestoes-prejudiciais-incidentais-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso: 30/04/2018.

ELIEZER, Cristina Rezende. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19578&revista_caderno=21#_ftn32>. Acesso em: 11/05/2018.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

ROMEICA RESENDE DE MEDEIROS:

Graduada pela Universidade Potiguar – UnP. Advogada.

Resumo: O presente trabalho trata do tema do controle de convencionalidade que pode ser definido como a análise de compatibilidade da normativa interna face a normativa internacional de direitos humanos. Nesse contexto, serão abordadas as questões referentes aos aspectos dos fundamentos, efeitos e a abordagem da jurisprudência nacional e internacional, especificando mais o tema. As dificuldades em relação à matéria são a ausência de regulamentação em lei, principalmente, e a resistência de compatibilização de normas externas ao ordenamento pátrio. O estudo do tema é importante porque interfere na normativa de direitos humanos e sua concretização, trazendo consequências para a realidade social e jurídica do país. O trabalho tem objetivo descritivo e a avaliação formativa. Conclui-se que o tema não se encontra previsto de forma expressa na legislação interna, necessitando de estudos mais aprofundados para concretização do maior alcance normativa dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Palavras-chaves: Controle de convencionalidade. Direitos Humanos. Força normativa.

Abstract: The current research addresses the issue of control of conventionality, which can be defined as the analysis of the compatibility of internal regulations against (as opposed to) international human rights regulations. In this context, issues related to aspects of the foundations, effects and the approach of national and international jurisprudence will be addressed, specifying the (main) theme further. The challenges related to the matter are two, the resistance of compatibility of external norms to the national legal system and, mainly, the absence of regulation in (the) law. The study of the topic is important because it interferes with human rights regulations and their implementation, bringing consequences to the social and legal reality of the country. The research aims at a descriptive analysis and proposes formative evaluation. It can be concluded that the topic is not explicitly mentioned in the internal legislation, requiring further studies to achieve the greater normative scope of international human rights treaties and conventions.

Key-words: Control of conventionality. Human rights. Normative force.

Introdução:

O estudo do controle de convencionalidade é de suma importância pois, como se verá, é mais um mecanismo de concretização dos direitos humanos. Primordialmente, o controle de convencionalidade é a análise de compatibilidade entre as normas internas dos Estados-partes e as normas internacionais de direitos humanos. Mas, na ausência deste juízo de verificação, a ratificação de Cartas de Direitos Humanos não passará de atos formais sem quaisquer perspectivas de implementação no ordenamento jurídico interno.

O tema começou a ser melhor tratado pela doutrina pátria nos últimos anos. Nos tribunais, ainda é pouco explorado. Nos tribunais internacionais já foi bastante aprimorado, em especial no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste trabalho, o estudo será feito sob o enfoque interamericano e na doutrina e jurisprudência pátrias.

1. Conceito de controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade é a análise de compatibilidade vertical de atos internos de determinado ordenamento jurídico em face de normas internacionais.

Em paralelo ao controle de constitucionalidade, que é o juízo de compatibilidade de leis e atos normativos em face da Constituição Federal, no qual o objeto do controle é a lei (ou ato normativo) e o parâmetro é a Constituição Federal, o controle de convencionalidade tem como objeto os atos internos (comissivos ou omissivos) e, como parâmetro, os tratados internacionais de direitos humanos, os costumes internacionais, os princípios gerais de direito, os atos unilaterais ou resoluções vinculantes de organizações internacionais (RAMOS, 2013).

Ensina André de Carvalho Ramos que, data-se de 1975 o surgimento da expressão “controle de convencionalidade”, na França. Na ocasião, o termo foi utilizado para se referir ao controle doméstico de suprallegalidade dos tratados, diante da impossibilidade de acesso das vítimas diretamente à Corte Europeia de Direitos Humanos. Ainda em 1975, existia a Comissão Europeia de Direitos Humanos, órgão para o qual as vítimas deveriam direcionar suas petições.

O controle de convencionalidade pode ser realizado no âmbito interno de cada país, sendo chamado de controle de convencionalidade de matriz nacional. Pode, ainda, ser realizado pelos Tribunais Internacionais, como a Corte Europeia, Interamericana e

Africana de Direitos Humanos, pelo que passa a ser denominado de controle de matriz internacional.

O controle de matriz nacional é realizado pelos Tribunais internos. Há quem defenda que o juiz também é legitimado a realizar o controle da lei ou ato normativo interno frente a determinada Convenção de Direitos Humanos, no caso concreto. Neste sentido é a doutrina de Valério de Oliveira Mazzuoli, precursor da discussão do tema no Brasil, que defende a possibilidade de controle judicial por via de exceção – controle difuso ou concreto exercido pelos juízes - e por via direta – controle concentrado ou abstrato exercido pelo STF ou Tribunais de Justiça.

O controle de convencionalidade de matriz nacional é também denominado pela doutrina de provisório ou preliminar, uma vez que, mesmo que o juiz nacional realize o controle de norma interna frente a determinado Tratado de Direitos Humanos, este não vincula os Tribunais Internacionais. Em razão disso, o controle de matriz nacional é, na verdade, um controle nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade (RAMOS, 2013).

Por isso, o controle de convencionalidade de matriz internacional é denominado pela mesma doutrina de controle de convencionalidade autêntico ou definitivo. Este é atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes e imparciais, que detém a “última palavra” na interpretação de Tratado de Direitos Humanos.

Diante desta dupla possibilidade de controle de uma mesma norma, surge o conceito de duplo controle ou crivo de direitos humanos, que pressupõe a atuação em separado do controle de matriz nacional e do controle de matriz internacional. A interpretação que deve ser feita, de acordo com André de Carvalho Ramos, é de que há uma dupla garantia, ou seja, qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam considerados respeitados os direitos humanos no Brasil. O autor ensina:

“A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito. Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, impedindo-se a ruptura e estimulando-se a convergência em prol dos direitos humanos.”

2. Fundamentos do controle de convencionalidade

Os fundamentos para a realização do controle de convencionalidade são: a boa-fé das obrigações internacionalmente contraídas e a impossibilidade de alegar as normas internas para a inobservância dos compromissos internacionais.

No artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, está consignado que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Assim, há clara violação do dever de boa-fé e de lealdade na conduta do Estado que após diversas tratativas perante a comunidade internacional, ratifica tratado, mas depois o descumpre sob o pretexto que a sua normativa interna é dotada de soberania, jogando a concretização dos direitos humanos para o patamar de mera formalidade.

No artigo 27 da Convenção de Viena, consagra-se que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A este respeito surge uma problemática acerca da prevalência das normas. Deve prevalecer a norma interna, em homenagem à soberania dos Estados, ou deve haver a ponderação entre as normas internas e internacionais?

Ramos propõe a superação da discussão entre monistas e dualistas, impondo o chamado “unilateralismo internacionalista radical”, pelo qual “os tratados de direitos humanos devem ser cumpridos, sem considerar qualquer outro argumento de Direito interno”.

Com efeito, a realização da análise das normas é obrigatória de forma a manter a coerência do sistema de proteção de direitos humanos. Ressalte-se que o controle não é um fim em si mesmo. Deve-se analisar o ordenamento jurídico, aqui incluídas as normas internacionais de direitos humanos, uma vez que estas buscam consagrar e concretizar, como o próprio nome diz, os direitos indispensáveis do ser humano.

Cançado Trindade ensina (1993 apud PIOVESAN, 2012): “Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. (...) No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano”.

Neste diapasão, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê, no seu artigo 1.1, o direito de garantia e prevenção de violação de direitos humanos:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O art. 2 da CADH prevê:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

3. Efeitos do controle de convencionalidade

Após a realização do controle de convencionalidade, se for constatada a inconvenção de determinada norma, em tese, ela deveria ser expurgada do ordenamento. No ordenamento jurídico brasileiro, porém, uma norma apenas é expurgada quando é tida como inconvenção e inconstitucional, simultaneamente. Essa ideia é compatível com o ensinamento de Mazzuoli que defende é condição de validade da norma a dupla compatibilidade vertical material, em que a norma interna deve ser materialmente compatível com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Porém, ainda que a norma não passe pela análise da constitucionalidade, uma vez considerada inconvenção, sobre a norma incidirá os efeitos paralisante e de afastamento. A norma permanece "viva", mas sem ser aplicada, afastando sua aplicação no caso concreto. E, ainda, a eficácia da norma será paralisada, embora ela continue existindo no ordenamento jurídico (PAIVA, 2017).

O ex-juiz da Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor ensina que o controle de convencionalidade tem três níveis de intensidade: baixo, médio e alto. O nível baixo permite ao intérprete a realização de uma "interpretação conforme" à Convenção de

Direitos Humanos, gerando um efeito construtivo, em que a norma não seria considerada inválida, mas teria seus efeitos limitados à determinada interpretação em conformidade com o tratado internacional.

No controle de nível médio não há forma de compatibilizar a aplicação da norma interna com a norma internacional. O intérprete deixa de aplicar a norma interna, concretizando o efeito paralisante e de afastamento. Já o controle alto, verifica-se quando o intérprete possui o poder de expulsar a norma doméstica do ordenamento jurídico interno. No Brasil, apenas o STF ou determinado Tribunal de Justiça – a depender da natureza da norma em análise – podem exercer o controle de convencionalidade neste grau (PAIVA, 2017).

Com relação ao efeito sobre as partes, o controle de convencionalidade interno é semelhante ao controle de constitucionalidade. No controle difuso, a regra é que a decisão terá efeitos *ex tunc* e *inter partes*. No controle concentrado, a decisão terá efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, em regra.

4. Controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já se debruçou diversas vezes sobre o controle de convencionalidade. Não poderia ser diferente, visto que a Corte IDH é o órgão legitimado para a análise de compatibilidade de leis internas frente a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais Convenções no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Alguns casos são paradigmáticos pois trataram diretamente da doutrina do controle de convencionalidade.

O caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* inaugurou a discussão na Corte IDH. Nele, a Corte IDH estabeleceu o dever do Poder Judiciário, por seus Tribunais e juízes, em exercê-lo. Para a Corte, "(...) quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidas a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos". Pode-se concluir que o controle de convencionalidade tem natureza de questão de ordem pública, podendo ser analisado pelos juízes de ofício.

No caso *Guelman vs. Uruguai*, a Corte IDH reafirmou que toda autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade. Não somente os membros do Poder Judiciário, mas também toda e qualquer autoridade pública tem esse dever. A Corte IDH estabelece uma diretriz no sentido de "(...) os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente" (PAIVA, 2017). No mesmo sentido a Corte IDH decidiu no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru (MAZZUOLI, 2011).

A Corte IDH definiu, ainda, que o controle de ofício deve ter como parâmetro a jurisprudência por ela formada. No julgamento do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, a Corte afirmou que "a atuação dos órgãos nacionais (incluindo os juízes), além de aplicar a normativa interna que os rege, têm a obrigação de seguir as orientações e diretrizes dos pactos internacionais que o Estado-parte, no gozo de sua soberania, reconheceu expressamente e cujo compromisso internacional assumiu".

Já no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, em que se analisou a violação ao direito de liberdade de expressão na proibição de exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", a Corte IDH firmou o entendimento de que as normas constitucionais originárias podem ser objeto do controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a natureza interna da norma é um mero fato perante a comunidade internacional, não podendo servir como excludente de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos (PAIVA, 2017).

Por fim, a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos também forneceu parâmetros para o controle de convencionalidade. Na Opinião Consultiva nº 21/2014, cujo tema de consulta eram "os direitos da criança e adolescentes em situação de rua", solicitada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, a Corte IDH entendeu que as opiniões consultivas também são normas paramétricas para controle de convencionalidade (PAIVA, 2017).

5. A proteção dos direitos humanos no direito brasileiro

O controle de convencionalidade de matriz nacional brasileiro tem como fundamento o direito constitucional. A Constituição Federal prevê, no art. 5º, §§ 2º e 3º, consagra expressamente a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre as normas infraconstitucionais. É importante a análise da hierarquia, visto que o controle

jurisdicional da convencionalidade pressupõe justamente a posição superior do Tratado Internacional em comparação com a lei interna que será analisada.

O parágrafo 3º do artigo 5º foi acrescentado à Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Ele dispõe que “Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Este dispositivo concede clara posição constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo rito legislativo semelhante ao das emendas à constituição.

Mas, antes mesmo desta adição ao texto constitucional, parte da doutrina entendia que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal já asseguraria hierarquia constitucional a tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O mencionado dispositivo dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Para os Flávia Piovesan e Cançado Trindade, por exemplo, este dispositivo deve ser interpretado como uma cláusula aberta, concedendo aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos, independentemente do rito pelo qual foram incorporados ao ordenamento interno, o *status* constitucional.

O prof. Cançado Trindade foi o autor da proposta perante a Assembleia Nacional Constituinte de inclusão do parágrafo segundo ao artigo 5º da Constituição Federal. Para ele, o parâmetro para saber se se deve aplicar a norma doméstica ou internacional não é a hierarquia da norma no ordenamento, mas qual delas protege mais o indivíduo. O Direito Internacional não seria superior ao Interno pela forma, mas pela substância, ou seja, se fornecer proteção mais ampla (GALINDO, 2005).

A Constituição Federal, apenas com este dispositivo, teria concedido aos direitos internacionais uma natureza especial, ou seja, a natureza de norma constitucional. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica da Carta Suprema, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2012).

Apesar deste entendimento parecer mais condizente com a força expansiva dos direitos humanos, no julgamento do RE 466.343, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados de direitos humanos podem ter dois níveis hierárquicos, a depender do rito de incorporação dos tratados. Aqueles tratados incorporados pelo rito ordinário têm hierarquia infraconstitucional, mas hierarquia suprallegal. Por sua vez, os tratados incorporados pelo procedimento especial do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal têm hierarquia constitucional.

Assim, não prevalece a doutrina da cláusula aberta do artigo 5º, §2º, da Constituição, embora, em termos de controle de convencionalidade, qualquer tratado de direitos humanos devidamente ratificado e incorporado ao ordenamento interno, possa ser utilizado como parâmetro do controle de convencionalidade. Mazzuoli defende que a norma interna deve passar por uma dupla compatibilidade vertical material como condição de validade, devendo vencer o escrutínio da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Parece-nos que o primeiro vislumbre de juízo de adequação material da normativa interna brasileira ocorreu na análise da validade da norma constitucional que admite a prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII, da Carta Magna. A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 7.7, consagra que “ninguém será detido por dívidas (...)”. O STF, ao se debruçar sobre a questão, editou a súmula vinculante nº 25 com o seguinte teor: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Interessante é que a norma constitucional não foi revogada, deixando de ser aplicável, em virtude do efeito paralisante dos tratados de direitos humanos (SARLET, 2015). É que, por ser uma norma constitucional originária, o Supremo Tribunal Federal não poderia revogá-la, pois o próprio Tribunal Supremo não admite a tese das “normas constitucionais inconstitucionais” (PAIVA, 2017).

O crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal brasileiro, é constantemente questionado pelos atores da justiça, pois configura efeito inibitório ao direito de liberdade de expressão dos indivíduos perante a conduta dos funcionários públicos. A Corte IDH já se manifestou sobre o crime de desacato, considerando-o inconveniente. No caso Palamara Iribarne vs. Chile, a Corte determinou ao Chile a adoção de medidas para modificar a legislação interna para torná-la compatível com os parâmetros internacionais em matéria de liberdade de pensamento e expressão. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em exposto controle de convencionalidade num caso concreto, decidiu que a existência de tal norma no ordenamento jurídico brasileiro é inaceitável, pois faz com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade

de expressão (PAIVA, 2017). Em 2020, o STF, em sentido contrário, entendeu que o crime de desacato é constitucional.

A divergência entre a jurisprudência interna e externa mais emblemática é a do caso Guerrilha do Araguaia, também chamada de Gomes Lund vs. Brasil. Este caso trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas, dentre elas integrantes do Partido Comunista Brasileiro (PCB) e camponeses da região do Araguaia, no estado do Tocantins, entre 1972 e 1975. Do ocorrido, resultou a chamada Lei de Anistia, que concedeu o perdão aos agentes da ditadura envolvidos nas violações de direitos humanos da época. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à Corte IDH, que julgou o Estado brasileiro responsável pela violação de diversos direitos dos envolvidos, considerando, ainda, incompatíveis com a CADH a anistia de graves violações de direitos humanos. O STF, em sentido lamentavelmente contrário, no julgamento da ADPF 153, que a Lei de Anistia foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

6. Considerações Finais:

A análise da validade da norma interna deve ser realizada, prioritariamente, pelos órgãos domésticos para manter a harmonia das normas internas e internacionais dos direitos humanos. É preciso lembrar que é um compromisso da própria Constituição Federal a prevalência de direitos humanos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil (artigo 4º, II, Constituição Federal). Como visto, é poder-dever das autoridades competentes em exercer esta análise, sob pena de se considerar os Tratados de Direitos Humanos com vigência no país como meras folhas de papel. Assim, cabe a outros atores do sistema de justiça, entre eles o Ministério Público e a Defensoria Pública, provocar os juízes e Tribunais locais. A Defensoria Pública, pela redação do artigo 134 da Constituição Federal é promotora dos direitos humanos. Assim, deve agir diante de leis inconventionais ou às omissões limitadoras de gozo de direitos humanos.

Por fim, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro já teve a oportunidade de realização do controle de convencionalidade diversas vezes, havendo tão somente uma atuação direta discreta do STJ. Há, portanto, um longo caminho para a inclusão sistemática do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Não pela formalidade em si, mas como forma de incluir no ordenamento mais um mecanismo de concretização dos direitos humanos.

Referências bibliográficas:

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil.** Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28552.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 2 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 13 ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

O DIREITO À SAÚDE: ROL TAXATIVO X EXEMPLIFICATIVO DA ANS PARA PLANOS DE SAÚDE

ANA CRISTINA MALTA DINIZ:
Advogada.

RESUMO: Defender direitos é sempre um processo contínuo e incessante em todas as categorias, sobretudo àquelas que concorrem para a conservação e preservação da dignidade da pessoa humana. A proteção legal à saúde se justifica por ser ela um dos principais fatores que possibilitam ao ser humano ter uma vida digna e alcançar plenamente o seu potencial. A inclusão da saúde como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988 foi uma grande conquista, após um longo processo que teve início com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O presente artigo trata do direito à saúde, correlacionando-o aos deveres atribuídos ao Estado, e aborda o surgimento dos planos de saúde suplementar, bem como a sua regulamentação. A responsabilidade estatal não fica limitada pela disponibilização de serviços de saúde, alcança também o dever de regulamentação, fiscalização e controle de todas e quaisquer ações e serviços de saúde, sendo todos eles considerados de relevância pública, ainda que prestados pela iniciativa privada. O cenário atual apresenta avanços significativos e desafios sendo o mais recente o que versa sobre a Taxatividade do Rol da Agência Nacional de Saúde (ANS).

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Saúde Suplementar. ANS. Rol Taxativo.

1. Introdução

O direito à saúde no Brasil está refletido na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação".

Mas o direito à saúde não trata apenas da possibilidade do atendimento em hospitais ou em unidades básicas. Ainda que o acesso a esses serviços seja importante, como direito fundamental, o direito à saúde tem um contexto mais amplo, estando interligado à garantia de qualidade de vida, devendo-se associar a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

O Sistema Público de Saúde é um direito do cidadão devendo ser proporcionado a todos um tratamento igualitário e universal. Tratando-se de um dever do Estado, como estabelecido no plano constitucional, a atuação estatal deveria sobressair na prestação de

serviços públicos de saúde, ficando para a iniciativa privada uma participação complementar.

No entanto na realidade não é assim. Por faltar recursos públicos para o Sistema Único de Saúde (SUS) não há como oferecer o atendimento desejado, o que leva parte da população aderir aos planos de saúde.

2. Origem dos planos de saúde

Uma alternativa ao atendimento deficitário do SUS foram as medicinas de grupo organizadas em torno de proprietários/acionistas de hospitais. Assim surgiram as Unimed's cuja finalidade era a preservação da prática nos consultórios médicos através da constituição de cooperativas de trabalho. É o início das empresas cuja atividade é a comercialização de planos de saúde.

Supõe-se que o primeiro plano de Saúde teria sido o do Hospital e Maternidade Modelo, instituído em 1954, estabelecido com as indústrias Villares e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O grande aumento do setor se deu na segunda metade e no final do século passado, situação que evidenciou a carência de regulação estatal sobre a matéria.

Inicialmente as empresas que operavam nesse setor não sofriam nenhuma intervenção, organizavam-se livremente e submetiam-se unicamente à legislação societária. As empresas escolhiam que tipos de serviços prestavam e a quem pretendiam ofertá-los.

3. Regulamentação

Desde o início da década de 1990, vários foram os movimentos no sentido de uma regulamentação do setor de saúde, por parte de diferentes segmentos, como órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, órgãos de defesa dos consumidores, entidades médicas e usuários de planos de saúde, além de agentes do Poder Legislativo.

Três eram os objetivos principais:

- a) a manutenção da estabilidade do mercado segurador;
- b) o controle da discordância da informação;
- c) o crescimento da participação do consumidor no mercado privado de saúde.

O foco dessa regulação era o de trazer equilíbrio entre os interesses das operadoras e do consumidor, visando níveis socialmente aceitáveis de justiça social.

Muitos eram os conflitos em relação a quem se devia prestar a assistência à saúde, tanto por parte dos consumidores – que não sabiam exatamente quais os limites contratuais do serviço suplementar a que tinham direito – quanto por parte das operadoras de planos de saúde – que ficavam à mercê de decisão judicial sobre como melhor proceder ao pedido de atendimento.

Mesmo sendo um mercado atuante, o setor de saúde suplementar no Brasil crescia sem qualquer regulamentação. Somente no final dos anos 1990, foi editada a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O Ministério da Saúde, para justificar a necessidade da regulamentação do setor utilizou, como argumentação, não só o grande volume de recursos que mobilizava e o elevado número de reclamações registradas no sistema de Defesa do Consumidor, que envolvia esse segmento do mercado, mas, principalmente, a questão do subsídio do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que os beneficiários dos planos de saúde eram por ele assistidos nos procedimentos de maior custo, como os de alta complexidade e de urgência e emergência.

Essa questão sobre o ressarcimento ao SUS gera uma discussão de legalidade referente à relação entre o sistema público e a saúde suplementar, pois não se têm claros os limites existentes na responsabilidade atribuída à assistência privada em substituição ao Estado cujo dever é irrestrito e irrevogável.

A regulamentação dos Planos de Saúde e a criação da Agência Nacional de Saúde (ANS) foram marcos importantes dentro da saúde suplementar, alterando profundamente o setor. Esse processo de transformação não se esgotou, constantemente é alvo de mudanças e de tentativas de reformulações, nem sempre convergentes.

As críticas ao sistema de saúde suplementar continuaram, mesmo após a edição de seu marco legal. São críticas provenientes não só do consumidor, mas também dos prestadores de serviço de saúde, inclusive profissionais de saúde, vinculados às operadoras.

A Lei nº 9.656/98 instituiu um plano-referência como produto de comercialização obrigatória. Mesmo com a grande diversidade de operadoras, os itens que devem oferecer ao mercado são padronizados, não comportando diferenças nas coberturas.

Todavia, a lei autorizou a oferta de propostas distintas pelas operadoras dos planos de saúde no intuito de que necessidades específicas dos consumidores pudessem ser atendidas de acordo com as seguintes segmentações: ambulatorial, hospitalar, obstétrica

e odontológica. Todas devendo observar o padrão mínimo de assistência, sem possibilidade de redução, o que aproxima o setor de saúde suplementar do preceito da integralidade da atenção em saúde proclamado na Constituição para o sistema público de saúde.

A segurança jurídica pauta-se aqui não pela previsibilidade de um regime jurídico determinado aos agentes privados prestadores de serviço de Saúde, mas aos destinatários destes serviços.

A lei 9.656 de 1998 pode ser avaliada como um instrumento importante para coibir os abusos das operadoras de planos de saúde contra os consumidores.

4. Agência Nacional de Saúde - ANS

A diversidade de informação, a escolha seletiva e a possibilidade de mudança no comportamento a partir de diferentes contextos, assinalavam a necessidade de regulação do setor, conforme apontam diversos autores.

Criada em 2000 pela Lei nº9.961/00, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma Autarquia Especial Federal, seja em razão dos poderes ampliados que detêm quando comparada às autarquias simples, seja em razão de uma razoável independência no que concerne à decisão, objetivos, instrumentos e meios de financiamento. Está vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil e tem por objetivo regular, normatizar e fiscalizar o mercado de planos privados de saúde conforme determinado pela Lei dos Planos de Saúde nº. 9.656/98.

Após a unificação das competências regulatórias em uma agência específica tornou-se possível captar e sistematizar as informações sobre o setor e avançar rapidamente em sua regulação.

Saúde suplementar é a prestação de serviços de saúde privados a beneficiários de planos de saúde contratados, em que o pagamento dos prestadores é realizado pelas operadoras dos planos. É um setor do mercado que lida com atividade altamente relevante: o atendimento assistencial para a manutenção ou a recuperação da saúde.

A finalidade das operadoras de planos de saúde é eminentemente financeira, pois nada mais são do que intermediárias entre os prestadores e os segurados, assumindo riscos típicos dessa atividade, sendo os planos de Saúde o produto disponibilizado.

Os temas da regulamentação abrangem a ampliação de cobertura e o ressarcimento ao SUS, o registro das operadoras, o acompanhamento de preços pelo governo, a obrigatoriedade da comprovação de solvência, reservas, técnicas, a permissão para a atuação de empresas e capital estrangeiro e o desejo de exclusividade sob os

médicos credenciados. Tais temas podem ser compreendidos como intermediários entre a correção da seleção dos riscos pelas operadoras e a preservação da competitividade do mercado.

A ANS edita periodicamente resoluções normativas procurando atualizar o rol de procedimentos e eventos em Saúde, adstritas à sua função técnica. A partir de 2001, a Lei dos Planos de Saúde também vem sendo alterada por meio de leis ordinárias, a maioria de iniciativa parlamentar. No entanto não foram disposições estruturantes, uma vez que essas leis não modificaram significativamente o eixo legal da saúde suplementar no País, simplesmente aprimoraram algumas regras para dar mais transparência ao setor, além de terem ampliado especificamente as coberturas obrigatórias.

Dentre as leis originárias de projeto da autoria de parlamentares, uma trata da relação entre operadoras e prestadores e outra de regras para as operadoras da modalidade de autogestão. A maioria é voltada para determinar a obrigatoriedade de coberturas específicas, como por exemplo, cirurgia plástica reparadora de mama; planejamento familiar; fornecimento de produtos médicos (a exemplo de bolsa de colostomia); atendimento à violência autoprovocada, dentre outros.

A extensão da cobertura assistencial, além de ser extremamente prevalente no âmbito do legislativo, também está muito presente no Judiciário. Evitar a judicialização seria o ideal em qualquer sociedade, mas, no esteio das contradições e desigualdades que marcam os contratos no Brasil, sequer se pode vislumbrar uma redução radical na quantidade de demandas.

Em seus 24 anos de existência, a Lei dos Planos de Saúde sofreu inúmeras alterações, praticamente todos os seus artigos foram modificados nesse período. Tal enxurrada de alterações, especialmente por medidas provisórias, associada à falta de organização interna da lei em capítulos e sessões, o que facilitaria na clareza dos temas tratados, favoreceu para que a Lei dos Planos de Saúde resultasse em uma lei confusa e de difícil interpretação.

Os maiores conflitos se manifestam, principalmente, quando se discute qual é o objeto e a intensidade da regulamentação.

5. Rol Taxativo

As maiores reclamações de beneficiários feitas na ANS dizem respeito à cobertura assistencial dos planos de saúde quanto ao rol de procedimentos cobertos, prazos para o atendimento, carência, rede conveniada, doenças preexistentes e administração das ações de saúde pelas operadoras.

Em contrapartida há fortes pressões do setor regulado para que se flexibilize, principalmente, à obrigatoriedade de oferta do plano-referência e de suas segmentações, com proibição de exclusões de cobertura.

A competência em favor da ANS para a delimitação desse rol, verifica-se no artigo 10, § 4º da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada recentemente pela Lei 14.307, de 3 de março de 2022. Mas falta clareza quanto à natureza do rol, surgindo a indagação: é exemplificativa ou taxativa?

Tal controvérsia buscou solução no Judiciário, mas o desfecho ainda está longe de acontecer. Em 08/06/2022, conforme julgamento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser taxativo, em regra, o rol de procedimentos e eventos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde, desobrigando as operadoras de saúde a cobrirem tratamentos não previstos na lista. Porém, o Colegiado fixou critérios para que, em situações excepcionais, os planos suportem procedimentos não previstos na lista, a exemplo de terapias com recomendação médica sem alternativa terapêutica no rol, desde que haja a comprovação de órgãos técnicos e aprovação de instituições que regulam o setor.

Essa decisão seguramente não contribuiria para a diminuição do contencioso na matéria. Se antecipadamente já se tinha previsão de exceções, seria de se esperar que cada interessado buscasse o enquadramento nessa lacuna — especialmente considerados os valores envolvidos no conflito. O resultado da decisão ainda facilitaria aos planos de saúde privados na recusa, o que provavelmente resultaria em antecipar a judicialização — mas sem diminuí-la.

O fim do rol taxativo da ANS foi defendido não apenas por entidades ligadas a pacientes que temiam ter coberturas para tratamentos de doenças como o câncer e outras terapias, negado, mas também por associações que representam pessoas com deficiência, autismo e doenças raras.

Já para os representantes de operadores de planos de saúde a alteração na lei não somente criaria insegurança aos beneficiários como também poderia levar a um aumento significativo nas mensalidades.

Esse contexto exigia posturas específicas das operadoras de planos de saúde e da ANS. Teriam de ser evidenciados os benefícios sociais estampados como fundamentos na decisão do STJ ou a decisão não se manteria, como de fato aconteceu.

Em 29/08/2022, por unanimidade, foi aprovado pelo Senado Federal o Projeto de Lei 2033/2022, que encerra a limitação de procedimentos cobertos pelos planos de saúde - chamado rol taxativo da ANS - e impõe aos planos de saúde a obrigação de cobrir

tratamentos que estão fora do rol taxativo. O projeto de lei restabelece o entendimento que prevalecia antes da decisão do STJ.

Em seu texto, o projeto de lei determina que a cobertura de tratamentos prescritos que não estejam no rol da ANS deverá ser autorizada pela operadora de saúde observando os requisitos:

- a) a comprovação da eficácia;
- b) ou recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec);
- c) ou recomendação de, no mínimo, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde com renome internacional, "desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Após a aprovação do PL 2033 pelo Senado, o texto aguarda a sanção ou veto do Presidente Jair Bolsonaro. Caso seja sancionado, o projeto de lei irá impactar cerca de 49,5⁸⁰ milhões de brasileiros que contam com planos de assistência médica.

Os Planos de Saúde irão pressionar pelo veto, mantendo a cobertura reduzida, mas às vésperas da eleição isso provavelmente representará perda de votos.

6. Conclusão

Os direitos à vida e à saúde decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/1988). Tornar efetivo esse direito, em quantidade e qualidade suficiente, é uma das atribuições mais complexas. Para atender a esse preceito, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS) e foi concedida liberdade à iniciativa privada para a assistência à saúde.

O setor público, representado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), não conseguiria suprir a demanda de atendimentos assistenciais caso não existisse o setor privado. Deste modo, a Saúde Suplementar tornou-se indispensável para o Estado que, obviamente, não teria como suportar a incorporação dos gastos desse setor no orçamento da União.

80 ALPACA, Hanna Nathalie. **Planos de saúde registram mais de 49,5 milhões de beneficiários em maio, aponta ANS**. CNN Brasil. Rio de Janeiro. 07.07.2022 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/planos-de-saude-registram-mais-de-495-milhoes-de-beneficiarios-em-maio-aponta-ans/> Acesso em 08 set 2022.

A fiscalização e regulamentação do setor de saúde ocorreram somente a partir de 1999, com a entrada em vigor da Lei 9.656/98 e com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no ano de 2000. É função da ANS, como órgão regulador, definir o tratamento regulatório a ser dado às operadoras e atuar na manutenção do equilíbrio econômico do mercado.

No Brasil os sistemas de saúde público e privado tem existência concorrencial às vezes acarretando uma "dupla cobertura", ou seja, o beneficiário que contrata planos privados também se utiliza do sistema público. Não há ainda o ressarcimento financeiro, um dos fatores que prejudica o Sistema Único de Saúde que geralmente arca com os tratamentos mais caros.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) elaborou um rol, ou seja, uma lista de procedimentos e tratamentos que devem ser cumpridos pelos planos de saúde, no mínimo e de forma obrigatória, sendo permitido que ofereçam cobertura maior, mas nunca inferior às previstas nesse rol.

Resta evidente que o rol estabelecido pela agência reguladora visa garantir aos beneficiários de planos de saúde uma cobertura mais ampla e eficaz, com o nítido objetivo de ver resguardado o pleno direito à saúde, previsto constitucionalmente.

Os interesses conflitantes que surgiram ocasionou a atuação do Judiciário e do Legislativo. Atualmente o maior embate refere-se à questão da natureza do rol de procedimentos e tratamentos elaborado pela ANS, se exemplificava ou taxativa. O STJ se posicionou defendendo a tese de que o rol do ANS deve ser taxativo.

Para a sociedade brasileira, a sede lucrativa das operadoras impedirá uma empatia para com os pacientes e por isso enxerga o rol da ANS como um grande escudo, capaz de blindar as operadoras de socorrer os beneficiários nos momentos mais importantes de sua luta para a preservação da vida e da saúde.

Os defensores de um rol exemplificativo alegam que restringir a cobertura ofende o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e vai de encontro ao Código do Consumidor. O tema chegou ao Congresso e no dia 29/08/2022 o Senado aprovou o Projeto de Lei nº 2033 que configura uma clara reação legislativa à decisão do STJ, pois possui o entendimento de que o rol é exemplificativo.

O assunto é bastante controverso. Para quem defende o rol exemplificativo as medidas regulatórias e o aumento das coberturas mínimas exigidas pelo Estado representam, num primeiro momento, um avanço excepcional no setor, mas a médio e longo prazo determinarão falências de algumas operadoras, concentração de mercado,

custos aumentados, dificuldade de filiação em novos planos de saúde e, talvez, até mesmo a extinção da Saúde Suplementar.

O Projeto de Lei foi enviado ao presidente para sanção ou veto.

7. Referências

ALPACA, Hanna Nathalie. **Planos de saúde registram mais de 49,5 milhões de beneficiários em maio, aponta ANS**. CNN Brasil. Rio de Janeiro. 07.07.2002 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/planos-de-saude-registram-mais-de-495-milhoes-de-beneficiarios-em-maio-aponta-ans/> Acesso em 08 set 2022.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*, volume 2. 4ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE; MÉTODO, 2021.

BAHIA, Ligia. **Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90**. Revista Ciência e saúde coletiva. 28 Jan 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/GYFJqzB3cSChnkHHLygYMBf/abstract/?lang=pt>. Acesso em 09 set 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista**. 08 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em 08 set 2022.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Ana Maria. **O que é rol taxativo da ANS. Entenda nova decisão do Senado sobre planos de saúde**. Jornal do Commercio: 30 de agosto de 2022. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/economia/2022/08/15071235-o-que-e-rol-taxativo-da-ans-entenda-nova-decisao-do-senado-sobre-planos-de-saude.html>. Acesso em 08 set 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROCHA, Luiz Carlos da. **O direito à saúde e o sistema suplementar**. Dissertação de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, Faculdades Integradas do Brasil. Paraná. 2015. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_LuizRocha.pdf. Acesso em 08 set 2022.

SHORES, Nicholas. **Congresso derruba rol taxativo da ANS para planos de saúde**. Poder 360. 29 de agosto de 2022. Disponível em:

<https://www.poder360.com.br/congresso/congresso-derruba-rol-taxativo-da-ans-para-planos-de-saude/>. Acesso em 08 set 2022.

TOLEDO, Alessandro Acayaba de. **Taxativo ou exemplificativo? Uma conta que alguém vai pagar.** Revista Consultor Jurídico: 03 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/opinio-taxativo-ou-exemplificativo-conta-alguem-pagar>. Acesso em 08 set 2022.

VALLE, Vanice. **Rol taxativo de cobertura de saúde suplementar: um exercício de retórica.** Revista Consultor Jurídico: 16 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/interesse-publico-rol-taxativo-saude-suplementar>. Acesso em 09 set 2022.

ZIROLDO, Rodrigo Romera; GIMENES, Rafaela Okano Gimenes; CASTELO JÚNIOR, Clóvis. **A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil.** O Mundo da Saúde. São Paulo. 25 de abril de 2013. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/mundo_saude/importancia_saude_suplementar_demanda_prestacao.pdf. Acesso em 09 set 2022.

RACISMO E SISTEMA PENAL

KATHLEN CAROLINE ALVES DE LIMA

Resumo: O presente artigo visa trazer uma reflexão a respeito da maioria da população negra que está submetida ao cárcere.

Palavras-Chave: criminologia, prisão, racial, sistema penal, raça.

Abstract: This article aims to bring a reflection about the majority of the black population that is subjected to prison.

Key-words: criminology, prison, racial, penal system, race.

Sumário: 1. Introdução. 2. O discurso da inferioridade racial 3. Do processo de prisionização 4. Conclusão. 5. Referências

1. Introdução

O sistema carcerário brasileiro tem cor predominantemente negra e isso é um fato na nossa realidade. Considerado uma presença do que a escravidão deixou de legado, essa parte afeta as classes mais baixas da população em um verdadeiro sistema que seleciona e estigmatiza os corpos negros. Durante o pós-escravidão, a população negra brasileira, foi jogada a esmo, ficando a margem da sociedade, que via o ideal de “perfeição”, algo similar ao perfil eurocêntrico. Dessa forma, não houve nem um espaço para o negro, e nem para o indígena, no que tange a constituição da elite brasileira, fato que repercute até hoje na atualidade, infelizmente.

O processo de prisionização dos corpos negros reflete claramente o caráter do o racismo estrutural. O mesmo pode ser desdobrado em processo político e processo histórico. O racismo é processo político porque depende do poder político para influenciar a sociedade. Racismo é processo histórico. O racismo se manifesta de forma circunstancial e específica e em conexão com as transformações sociais.

Por isso, na sociedade brasileira é de fácil observação quando se olha pro interior dos presídios e percebe quem é o selecionado do sistema penal, quem é o verdadeiro sofredor do sistema punitivista. Já o branco criminoso, está fora das grades, muitas vezes impune.

2. O discurso da inferioridade racial

Num cenário que já vem de séculos passados, os negros no passado foram excluídos e tiveram suas imagens marginalizadas. Muitos por causa do descaso do Estado, e do restante da sociedade, sem poder gozar do status pleno de cidadão, não restando senão outra alternativa a não ser a busca pela sobrevivência em praticas ilícitas, principalmente logo após o período da escravidão. Nina Rodrigues e Thobias Barreto, dois dos principais divulgadores das ideias eugênicas, afirmavam que os negros se encontravam em situações degradantes, por causa da sua inferioridade racial.

Dessa forma, essa inferioridade emerge num processo político e histórico enraizada na sociedade desde a antiguidade. O cerne da manifestação estrutural do racismo se dá por meio de ideologia, política, direito e economia. O estudo do racismo não deve ser desvinculado de uma análise sobre esses quatro elementos. Da mesma forma, esses quatro elementos não podem ser compreendidos sem o elemento racial.

O autor Silvio de Almeida aborda a inferioridade em dois tipos de explicação: A primeira explicação é abertamente racista, pois atribui uma espécie de inferioridade natural a pessoas negras. Já a segunda é veladamente racista, pois afirma, de modo indireto, que as pessoas negras são culpadas por suas próprias mazelas. A terceira e a quarta trazem o que Silvio de Almeida chama de meias-verdades, pois não mostram o motivo pelo qual as pessoas não brancas têm menos acesso à educação, ao contrário das pessoas brancas que obtêm vantagens e privilégios sociais

3. Do processo de prisionização.

Atualmente, mais da metade do número de presos, são pertencentes à raça negra. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, dois a cada três presos são negros. Além disso, a proporção de negros no sistema carcerário cresceu 14%, enquanto a de brancos diminuiu 19% nos últimos 15 anos no Brasil. Há quem queira recorrer para os estudos da eugenia, e afirmar que estes presos, são a prova viva dos experimentos de Nina Rodrigues (positivista criminológico). Muitos preferem ignorar o fato, que muitos desses que estão presos, são na verdade vítimas do racismo institucional.

O racismo institucional, funciona basicamente, com ampla e total deficiência do sistema público -falhas na educação, falta de emprego, lazer, aumentando assim a proximidade com a criminalidade. Segundo uma pesquisa, feita pelo IBGE (2019) aponta que, a taxa de alfabetização entre negros e brancos é algo completamente desigual. Os dados mostram que pretos e pardos apresentaram taxa de analfabetismo alarmante, isto é, só um a cada três negros é alfabetizado. Com essa deficiência, só restam as vagas nos sub empregos, ou a criminalidade.

A política das cotas surgiu como uma verdadeira política afirmativa embora seja incipiente e acaba sendo dificultada na prática pelo difícil acesso a melhores escolas e

materiais de estudo. Porém, já é um grande avanço na sociedade como forma de verdadeira política afirmativa visando combater a discriminação.

O sistema carcerário, não é apenas uma forma de corrigir um sujeito, por um ato infracional cometido. Ele na verdade, é uma forma de desumanização e exclusão da humanidade, da pessoa que venha cometer um delito. Para Foucault (1975) a prisão servia para manter os corpos “dóceis”, obedecendo as lógicas do meio social. Porém, as prisões se mostram como o local onde a redenção, e a inclusão do marginalizado, se tornam verdadeiros mitos, e o número de reincidentes, se transformam em regras concretas. Essa precariedade do sistema prisional, mesclado com o racismo velado, faz com que muitos desses “segregados pela raça”, permaneçam na mesma posição social.

4. Conclusão

Esses fatores existentes, devem ser resolvidos com a máxima atenção da sociedade, devendo ser enxergados como problemas urgentes. Não se pode mais ignorar o fato do racismo institucional, e ter a inabilidade de não perceber os efeitos disso, dentro da nossa sociedade. Cabe tanto ao poder público, quanto ao restante da sociedade brasileira, um verdadeiro combate ao racismo, e uma verdadeira garantia de equidade e de humanização das minorias que se encontram em vulnerabilidade social. Só dessa maneira, será possível retirar a população negra da sombra da criminalidade.

Conforme Silvio de Almeida, essas questões só podem ser respondidas se compreendermos que o “racismo, enquanto processo político e histórico, é também um processo de constituição de subjetividades, de indivíduos cuja consciência e afetos estão de algum modo conectados com as práticas sociais”. Assim, o racismo só consegue se perpetuar se for capaz de: produzir um sistema de ideias que forneça uma explicação “racional” para a desigualdade racial; e constituir sujeitos cujos sentimentos não sejam profundamente abalados diante da discriminação e da violência racial e que considerem “normal” e “natural” que no mundo haja “brancos” e “não brancos”.

Por isso, o negro é produto do racismo, faz-se humano com a negritude e com a consciência negra, que são a reação intelectual e política contra as condições impostas pelo racismo. Assim como o privilégio faz de alguém branco, as desvantagens sociais e circunstâncias histórico-culturais, e não somente cor da ?

5. Referências

ALMEIDA, S. L.. O Que é Racismo Estrutural?. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018. v. 1. 204p.

ALMEIDA, S. L.. Sartre: Direito e Política - ontologia, liberdade e revolução. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. v. 1. 240p

BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: M. Claret. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. v.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> 10 abr. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> Acesso 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> Acesso em 10 de maio de 2022.

CAVALCANTE, Rebeca; FERREIRA, Marcelo. **Pandemia aprofundou o racismo no mercado de trabalho, aponta estudo do Dieese**. Brasil de Fato, Brasil, p. 0-0, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/20/pandemia-aprofundou-o-racismo-no-mercado-de-trabalho-aponta-estudo-do-dieese>. Acesso em: 9 set. 2022

A DESJUDICIALIZAÇÃO PELA ARBITRAGEM E A ADVOCACIA: PORQUE O FUTURO NÃO É MAIS COMO ERA ANTIGAMENTE!

INGRID CRISTINE VIEIRA FERREIRA: Graduada em Direito. Especializada em Docência e Gestão do Ensino Superior. Mestranda em Estudos Jurídicos com Ênfase no direito internacional pela Must University.

"Digo-o para confusão vossa. Será possível que não há entre vós um homem sábio, nem um sequer que possa julgar entre seus irmãos?" (1 Coríntios 6:5)

Resumo: A pesquisa bibliográfica levantou uma ampla e sólida base de dados estatísticos que revelam um judiciário cada vez mais caótico, afogado em demandas judiciais, oneroso aos cofres públicos, incapaz de garantir uma adequada prestação jurisdicional, que seja efetiva, justa e em tempo oportuno, tudo em prejuízo ao necessário acesso à justiça de seus jurisdicionados e a pacificação social pretendida pelo Direito. Por sua vez, os números relativos a advocacia, essencial ao bom andamento da justiça, revelaram uma grande tendência de desvalorização profissional, devido a saturação de profissionais disponíveis no mercado, com forte propensão de crescimento, bem como a baixa qualidade na formação propiciada pelos inúmeros cursos de Direito no Brasil, o que culmina na baixa remuneração e absorção do profissional no mercado de trabalho formal. Assim, em meio aos desafios da sua própria profissão, os advogados não encontram amparo na judicialização das demandas que representam, de forma que a desjudicialização, através da arbitragem, é apresentada como alternativa, tanto para o Poder Judiciário como para esses operadores do Direito, com conseqüente ganho para toda a sociedade, que pode finalmente ter seus conflitos adequadamente resolvidos.

Palavras-chave: Desjudicialização, O futuro da advocacia, Arbitragem.

Abstract. The bibliographic research raised a wide and solid base of statistical data that reveal an increasingly chaotic judiciary, drowned in judicial demands, onerous to the public coffers, incapable of guaranteeing an adequate judicial provision, which is effective, fair and in a timely manner, everything to the detriment of the necessary access to justice for its jurisdictions and the social pacification intended by the Law. On the other hand, the numbers related to advocacy, essential for the smooth running of justice, revealed a great tendency of professional devaluation, due to the saturation of professionals available in the market, with a strong propensity for growth, as well as the low quality of training provided

by the numerous Law courses in Brazil, which culminates in the low remuneration and absorption of the professional in the formal job market. Thus, in the midst of the challenges of their own profession, lawyers do not find support in the judicialization of the demands they represent, so that dejudicialization, through arbitration, is presented as an alternative, both for the Judiciary and for these legal operators, with consequent gain for the whole society, which can finally have its conflicts properly resolved.

Keywords: *Dejudicialization, The future of law, Arbitration.*

1 Introdução

O médico, o engenheiro e o advogado estão discutindo qual é a profissão mais antiga do mundo. O médico começa: – Vejam bem, a Bíblia diz que Deus criou Eva a partir da costela de Adão. É óbvio que isso exige cirurgia, portanto a medicina é a profissão mais antiga. O engenheiro retruca: – Mas, antes disso, a Bíblia diz que Deus separou a ordem do caos. Trata-se de um trabalho de engenharia. O advogado se recosta na cadeira. – Quem vocês acham que criou o caos? – pergunta, com malícia.

O fato é que o advogado é indispensável à administração da justiça, conforme dispõe o artigo 133 da nossa Constituição (1988), e pode não ser o criador do caos, mas, conforme apontam as estatísticas que este trabalho se propôs apurar, enfrenta um judiciário caótico todos os dias, além dos desafios que ameaçam o futuro da sua profissão.

Diante das dificuldades enfrentadas pelos advogados no judiciário, a solução principal e mais óbvia parece ser a desjudicialização das demandas sociais que representa.

Considerando os múltiplos meios de desjudicialização e a limitação da extensão deste artigo, foi dado enfoque na arbitragem, por sua similitude com o procedimento judicial, crescente popularidade e importância global e pela abertura que promove de um leque de oportunidades diversificadas de atuação para o profissional do Direito.

Partindo de uma investigação estatística de revisão bibliográfica das pesquisas e doutrinas sobre o tema, procurou-se descrever sinteticamente o caos na judicialização das demandas é apontar caminhos para um futuro mais promissor.

Para tanto, foi demonstrado e correlacionado o congestionamento da via judicial e a massificação da advocacia com a necessidade premente da desjudicialização, por meio da arbitragem, considerando o seu potencial como uma das respostas possíveis para os problemas correlacionados.

2 E disse o advogado: Haja caos; e houve caos.

A principal fonte oficial dos dados estatísticos sobre o Poder Judiciário nacional, o Relatório anual Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2021), apontou que, até o final de 2020, havia 75,4 milhões de processos, dos quais 17,6 milhões eram ações originárias, a serem julgados pelos 17.988 magistrados nacionais.

O Relatório revelou que cada julgador teria que julgar em média 6.321 processos, porém a média que deram conta de baixar foi de 1.643 processos.

Assim, os processos tramitam pelo tempo médio de até 8 anos e 7 meses.

No ano de 2020 a justiça brasileira teve um custo total de R\$ 100,06 bilhões de reais para os cofres públicos e ainda assim foi o menor valor gasto nos últimos quatro anos.

Em comparação, os gastos do governo brasileiro com segurança pública somaram R\$ 96,36 bilhões de reais, no mesmo, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP (2021), ou seja, R\$ 3,7 bilhões de reais a menos que o valor desembolsado com o judiciário.

Só as despesas com os Tribunais Superiores, de R\$ 3.901.065.081 (CNJ, 2021), já superam as despesas totais com o policiamento dos 26 estados da federação, de R\$ 2.440.017.531,26 (FBSP, 2021).

Para piorar a situação, o número de demandas não representa efetivo acesso à justiça, conforme aponta o Relatório do índice de acesso à justiça do CNJ (2021), que entre suas conclusões pontuou que: “De forma geral, a Justiça Militar obteve o mais alto índice de acesso à justiça (60,8%), seguido da Justiça Estadual (58,7%), Federal (58,4%), Tribunais Superiores (50,5%), Justiça do Trabalho (45,4%) e Justiça Eleitoral (44,3%).”, reconhecendo que em algumas áreas não se atingiu ainda nem a metade do caminho ideal a ser percorrido, revelando um judiciário que, como o somatório dos números vistos apontaram, além de congestionado, moroso e caro é ineficiente.

Se essa é a realidade caótica do judiciário, a carreira do advogado, que lida com ele diariamente, não parece estar em melhores condições.

Segundo o quadro institucional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (2022) em 15/06/2022 a advocacia brasileira contava com 1.284.468 profissionais inscritos.

Dados registrados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2022), no mesmo dia, estimavam a população brasileira em 214.731.099, o que equivaleria a aproximadamente 1 advogado para cada 167 brasileiros.

Para se ter uma ideia da expressividade do quantitativo de advogados brasileiros, de acordo com o Conselho Federal de Medicina – CFM (2022), o total de médicos no Brasil, até junho de 2022, era de 594.793, ou seja, 1 médico para cada 361 brasileiros.

Levando em conta o número de advogados e as 17,6 milhões de ações judiciais originárias de 2020, conforme os dados analisados do CNJ, cada advogado poderia ter ingressado com pouco mais de 13 ações no judiciário ao longo de todo o ano, desconsiderando que aqueles de maior prestígio no mercado e as grandes bancas jurídicas abocanham a maior fatia desse bolo, o que demonstra a inviabilidade de o advogado ser um mero judicializador de conflitos.

Essa concorrência tende a ser ainda mais acirrada, pois, a 11ª edição do Mapa do Ensino Superior no Brasil, do Instituto Semesp (2021), revelou que o curso de Direito tem se mantido como o de maior número de matriculados, contando com 744.030 alunos na rede privada, 17,6% dos alunos do ensino superior privado do Brasil são alunos do curso de Direito.

Daqueles que compõem esse percentual 235.490 são ingressantes, o que equivale a dizer que 15,5% dos alunos que ingressaram em um curso de nível superior, na rede privada do país, optaram pelo curso de Direito.

Na rede pública, o curso de Direito só perde para o curso de Pedagogia, que é o curso mais procurado, com 4,8% das matrículas, enquanto que o curso de Direito detêm 4,5% ou 87.274 matriculados, dos quais 19.377 são ingressos, o que equivale a 3,7% dos ingressantes no ensino superior público.

O Mapa apontou ainda, que de 2017 a 2020 o curso de direito tem se mantido como o primeiro da lista de cursos mais buscados na internet, apesar da taxa de evasão de 27,6%.

No Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior do Ministério da Educação - MEC (2022), constam 1.919 cursos de Direito em atividade no Brasil, dos quais somente 218 tem conceito 4 ou 5 no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade.

A OAB (2022) noticiou, na matéria intitulada “penas 10% dos cursos jurídicos no país são recomendados pela OAB”, que somente 192 cursos foram recomendados na 7ª edição do OAB Recomenda, de 16/03/2022, e que a média de aprovação no Exame de Ordem, necessário para o exercício da advocacia, gira em torno de 15% dos bacharéis inscritos, denotando a baixa qualidade da formação acadêmica ofertada para esses profissionais, que terão que driblar a competitividade crescente na advocacia.

Mesmo o baixo percentual de aprovados no Exame de Ordem já representa uma enxurrada de concorrentes injetados a cada quadrimestre no mercado da advocacia,

representando espécie de concorrência desleal, mão de obra sem experiência ou demanda de trabalho, que, pelas leis do mercado, se torna mal remunerada e, conseqüentemente, cada vez mais desqualificada, massificando o exercício profissional.

Os dados estatísticos mais recentes disponibilizados pela OAB (2021) são referentes ao XXXIII Exame de Ordem Unificado, aplicado no segundo quadrimestre de 2021, e apontam que, dos 150.044 inscritos em todo o Brasil, 50.014 foram aprovados, de forma que, somando esses números a números equivalentes das outras 2 provas quadrimestrais, facilmente teremos centenas de milhares de novos advogados a cada ano, engrossando o quadro de inscritos da instituição.

Esses dados são tão alarmantes que, contrariando a lógica arrecadatória, em que quanto mais advogados mais anuidades para a instituição e quanto mais inscritos, e reinscritos, no Exame de Ordem maior é a arrecadação da taxa de inscrição, a própria OAB vem tentando barrar a proliferação desordenada de cursos de Direito, que classificou como “estelionatos educacionais”, tanto que até já recorreu ao Supremo Tribunal Federal – STF, tentando, sem sucesso, impedir a liberação de novos cursos pelo MEC, que, só no mês de abril de 2020 autorizou 22 novos cursos de Graduação em Direito. (Migalhas, 2020).

Matéria do Jornal Folha de S. Paulo (2021), intitulada “Data folha: pesquisa inédita revela perfil econômico e de atuação da advocacia do país”, revelou que 62% ou 2/3 dos advogados atuam de forma autônoma, 27% em escritórios, 6% em órgãos públicos, 4% no departamento jurídico de empresas e 1% em outro tipo de profissão jurídica. A maioria dos advogados não se dedica exclusivamente a uma área do Direito, mas diversifica sua atuação visando algum retorno financeiro, em prejuízo da especialização necessária a proficiência profissional.

A maioria trabalha individualmente. A renda mensal média é de R\$ 5.855 mas, 44% auferem apenas R\$ 2.500, 26% de R\$ 2.500 a R\$ 5.000, 11% de R\$ 5.000 a R\$ 7.500 e 11% mais de R\$ 10 mil. A renda média de homens é de R\$ 6.948, já a das mulheres R\$ 4.966. Assim, somente 62% dos entrevistados tem a advocacia como principal fonte de renda.

Segundo o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE (2022), com base na sua Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos, o salário mínimo necessário é de R\$ 6.535,40, bem acima da renda da maioria dos advogados, que, como visto, gira em torno de R\$ 2.500.

Um simples cálculo nos permite chegar a conclusão de que, Após 5 anos de formação em um dos cursos de maior mensalidade, no valor médio de R\$1.217 (dado extraído do já mencionado Mapa do Ensino Superior no Brasil) um advogado, com esse salário típico de R\$ 2.500, teria que trabalhar por 2 anos e meio, revertendo integralmente o seu salário,

somente para cobrir os custos de sua formação com a instituição de ensino privado, que é, como visto, onde a maioria esmagadora dos advogados se formam, sem incluir nessa conta reajustes nas mensalidades, custos com deslocamento, compra de material didático e etc, demonstrando o estelionato educacional que vem sendo praticado, conforme apontado pela OAB.

Todos os dados apurados demonstram que seguir exclusivamente o caminho da judicialidade é inviável economicamente para a advocacia, além de prejudicial ao acesso à justiça e ao erário.

Neste sentido, Hill defende que:

Mostra-se, por fim, imperioso que a advocacia, que sói ser a ponte, por excelência, entre o jurisdicionado e os meandros de nosso sistema de justiça, conheça os novos mecanismos oferecidos pela desjudicialização, desbrave a seara extrajudicial e, assim, através do mapeamento da Justiça Multiportas, passe a oferecer ao seu cliente todos possíveis mecanismos adequados. (Hill, 2021, p. 404 e 405)

2. 1 E disse a Desjudicialização: Haja ordem; e houve ordem.

Hanthorne esclarece que:

“A desjudicialização é um movimento, uma proposta cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, que defende que o poder judiciário deve ser a última alternativa, e não a única, de modo que apenas a análise das questões que necessitem da outorga judicial caberá ao monopólio estatal; aos demais casos, caberão os métodos adequados de solução de conflitos. (Hanthorne, 2022, p. 21).

Hill (2021, p. 379), ao analisar criticamente o fenômeno da desjudicialização da solução dos conflitos no Brasil, leciona que o conceito de acesso à justiça evoluiu, deixando de ser visto como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, conforme previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, para incorporar a noção de Justiça Multiportas, presente no artigo 3º, do Código de Processo Civil de 2015, “mediante o compartilhamento do exercício da jurisdição entre diferentes núcleos decisórios”.

No mesmo sentido, Hanthorne (2022, p. 24), para quem: “O termo *tribunal multiportas* reafirma o entendimento de que o acesso à justiça precisa ser vislumbrado em uma dimensão social, com a construção de opções ao cidadão para a busca e/ou a salvaguarda de seus direitos.” e apresenta os métodos da negociação, conciliação,

mediação e arbitragem como forma adequada de solução dos conflitos, “para além do Poder Judiciário”.

Hanthorne (2022), ao discorrer sobre a resolução de conflitos pelos métodos consensuais como forma de atender a dimensão social do acesso à justiça, defende, ainda, a quebra do paradigma estatal de sua condição como “Estado-administrador” para a condição de “Estado-pacificador”, para se adequar a contemporaneidade social e interpretar o ordenamento jurídico segundo o neoconstitucionalismo, considerando que a nossa Lei Maior de 1988 fortaleceu os métodos consensuais de resolução de conflitos, surgindo, a partir daí, legislações, como, por exemplo, a Lei 9.307/96, que instituiu a arbitragem como forma alternativa a jurisdição estatal.

2.2 E viu a Desjudicialização que era boa a Arbitragem.

A arbitragem é um método milenar heterocompositivo de solução de conflitos, presente no contexto mundial e, inclusive, no ordenamento brasileiro, através do qual os conflitantes elegem, de comum acordo, uma terceira pessoa para a solução amigável e imparcial da controvérsia, sem a intervenção estatal.

Marinoni diz que teria surgido em razão da demora e do despreparo “do Estado para o julgamento de determinados conflitos ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais”. (Ferreira, 2018, p. 223 e 224)

Segundo Bacellar (2020, p. 9 e 10), as Ordenações portuguesas já previam a arbitragem no Brasil e a Constituição Imperial de 1824 foi a primeira a regulamentá-la, facultando-se as partes a nomeação de árbitros, nas causas cíveis e penais civilmente intentadas, para prolação de sentenças irrecorríveis, conforme convenção das partes. Em 1850 foi a vez do Código Comercial instituir a obrigatoriedade do juízo arbitral para determinadas causas. O Regulamento 37, do mesmo ano, facultou a arbitragem para as demais causas. Alterações legislativas ordinárias posteriores retiraram o caráter coativo da arbitragem e introduziram a decisão por equidade no instituto, que atualmente é regulamentado pela Lei 9.307/96 e suas alterações em 2014 e 2015, ano em que foi promulgado o atual Código de Processo Civil, que dela tratou com propriedade para: “(...) viabilizar soluções rápidas e eficazes de resolução de conflitos, respondendo assim não só a um clamor da sociedade pelo processo judicial célere, justo e efetivo, mas também à premente necessidade de diminuição da alta litigiosidade existente em nosso país.”.

Em apertada síntese e de acordo com a Lei 9.307/96 (1996), mediante convenção de arbitragem, qualquer pessoa, física ou jurídica (incluindo a administração pública), capaz de contratar, pode se valer da arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, tendo como critério de resolução o Direito ou a equidade (exceto, no último caso, quando envolver a administração pública), a critério das partes.

Qualquer pessoa capaz poderá ser nomeada como árbitro (inclusive mais de uma, desde que em número ímpar), e irá se submeter a deveres e impedimentos semelhantes aos dos magistrados, buscando sempre a conciliação, podendo conceder medida cautelar ou de urgência incidentalmente, valendo-se de carta arbitral para o órgão jurisdicional praticar ou determinar o ato que reputar necessário e proferindo sentença irrecurável, que constitui título executivo, a ser proferida no prazo de seis meses, se outro não houver sido estipulado pelas partes.

O procedimento arbitral segue o disposto pelas partes na convenção de arbitragem, instituindo-se a partir do aceite da nomeação pelos árbitros e interrompendo a prescrição, retroativamente “à data do requerimento de sua instauração”, sendo facultativa a assistência de advogado.

Domingues (2019) elenca entre as vantagens da arbitragem a possibilidade de o litígio ser julgado por especialista na matéria em questão, capaz de proferir solução mais adequada do que “à aplicação generalista do direito pelos magistrados”, e a brevidade, flexibilidade e confidencialidade do seu procedimento, porém ressalta que as mesmas características que se apresentam vantajosas em um contexto específico podem se tornar desvantajosas em outro, cabendo ao caso concreto determinar a forma para a solução mais adequada, prestigiando a habilidade técnica do operador de Direito para a avaliação e direcionamento da demanda.

Bacellar (2020), ao discorrer sobre a adequação do método de resolução de conflitos segundo as condições das pessoas e do objeto em litígio, defende a abertura de um grande leque para a arbitragem no Brasil, um “movimento de liberalização do domínio da arbitrabilidade”, chamado de “favor *arbitrandum*”, que transforma a arbitrabilidade gradativamente na regra, em lugar da inarbitrabilidade.

Kamel (2017) destaca a semelhança da arbitragem com o processo judicial, apesar de ser um método extrajudicial de solução de conflitos, bem como a força vinculante da sentença arbitral, que é obrigatória e pode ser executada coercitivamente através do judiciário.

A despeito da facultatividade do causídico na arbitragem, Ferreira (2018) esclarece a necessidade da presença deste profissional para a segurança das partes e o cumprimento dos princípios estabelecidos pela Lei de Arbitragem, defendendo a existência de pelo

menos quatro papéis para o advogado no processo arbitral: “advogado de parte”, “consultor de parte”, “consultor do órgão arbitral” e “árbitro”.

O Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr (2021) divulgou, na pesquisa “Arbitragem no Brasil”, a satisfação geral de 93% daqueles que atuam em processos arbitrais, dentre árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e de câmaras arbitrais entrevistados.

Já o conhecimento sobre a arbitragem de diversos atores importantes para a promoção do instituto tem deixado muito a desejar. Segundo os entrevistados apenas 36% dos departamentos jurídicos de empresas, 32% dos juízes, 20% dos advogados em geral e 13% dos estudantes de Direito teriam um conhecimento suficiente sobre o tema, apesar dos benefícios concretos da arbitragem apontados pela pesquisa, quais sejam: o caráter técnico e a qualidade das decisões; o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito, em comparação ao Judiciário; a possibilidade de indicar ou participar da escolha de um árbitro; a confidencialidade; a flexibilidade e informalidade do procedimento; a possibilidade de escolher a lei aplicável e o local da arbitragem; a independência e imparcialidade dos árbitros; a transparência do procedimento, em todas as suas fases; o menor custo do processo arbitral, comparado ao de um processo judicial; e a previsibilidade do conteúdo das decisões.

Entre os 79% dos entrevistados que reconheceram alguma desvantagem da arbitragem em relação ao processo judicial foram mencionados o custo da arbitragem; a ausência de publicidade das decisões; a ausência de recursos; a qualidade das decisões ou dos árbitros; dificuldades para a integração de terceiros à arbitragem; e, até mesmo, a flexibilidade e informalidade do procedimento, o que apenas ressalta a alternatividade e/ou a adequação da arbitragem de acordo com a natureza do conflito e não a substitutividade do processo judicial.

A Câmara de Comércio Internacional – ICC (2020), no documento Estatísticas de Resolução de Controvérsias 2020, divulgou novos recordes:

O Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI registrou elevação de casos, número de partes envolvidas e de árbitros nomeados, oriundos de 92 nacionalidades, que atuaram em 65 países, dentre os quais o Brasil se destacou, assumindo o 2º lugar no ranking mundial do número de partes em arbitragem.

O escritório brasileiro da secretaria da corte, estabelecido na cidade de São Paulo em 2017, também tem registrado números de destaque (125 casos de arbitragem, dos quais 32 casos envolvendo 38 entidades estaduais), sendo uma das dez cidades mais

selecionadas como local de arbitragem, e a quinta *lex contractus* mais frequentemente selecionada foi a brasileira.

O valor em disputa esteve entre US\$ 1 milhão e US\$ 30 milhões para mais de 50% dos processos ajuizados em 2020 e 50% dos processos pendentes até o final do mesmo ano. A duração média dos processos foi de 22 meses.

Os números demonstram um mercado aquecido, lucratividade promissora e resultados de qualidade com a arbitragem.

3 Considerações Finais

Foi brevemente demonstrado, em linhas bem gerais, o quanto a judicialização de todos os conflitos sociais é insustentável, seja do ponto de vista do acesso à justiça, principalmente quando entendido a partir de sua dimensão social, seja do ponto de vista econômico, tanto do erário como da advocacia.

Os conflitos, o judiciário, os advogados, todos reclamam alternativas para as suas demandas pessoais e idealmente devem encontrar caminhos comuns, já que enfrentam os mesmos problemas.

Assim, a arbitragem tornou-se uma ferramenta vital na gestão das demandas enfrentadas tanto pelo judiciário como pela advocacia.

Para o judiciário a arbitragem absorve parte das demandas de que seria o responsável e promove soluções mais adequadas para determinados conflitos, contribuindo com o seu desafogamento, economizando seus recursos e melhor satisfazendo sua finalidade de pacificação social.

Por seu turno, a identificação do advogado com o procedimento arbitral tende a ser mais orgânica, por sua semelhança com o processo judicial, do qual a arbitragem pode eventualmente se valer.

No procedimento arbitral ampliam-se os papéis que podem ser desempenhados pelo advogado em relação aquele exclusivo de representante da parte, que ocupa no processo judicial.

Ademais, a regulamentação legal da arbitragem, a arbitragem de Direito (inclusive única possível em face da administração pública), a possibilidade de escolha das regras de Direito aplicáveis a arbitragem, ou a opção pela aplicação dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais de comércio, a elaboração de cláusula compromissória, de sentenças e cartas arbitrais, a gestão de câmaras arbitrais, são algumas das características do instituto que exigem expertise técnica, dificilmente alcançadas por

outros profissionais que não sejam técnicos em Direito, de forma que estes devem investir na especialização e utilização da arbitragem.

Em um momento crítico da judicialidade nacional urge efetivar a abertura das múltiplas portas alternativas à resolução dos conflitos, partindo daquela que mais se parece com o processo judicial dominante e que atende a tendência da globalização do Direito.

Não cabe mais uma advocacia como mera reprodutora de ações judiciais porque, como diria Renato Russo, "o futuro não é mais como era antigamente" (Manfredini, 1986).

4 Referências Bibliográficas

Bacellar, R. P. (2020). Mediação e Arbitragem (1ª ed.). Curitiba, PR: Contentus.

Câmara de Comércio Internacional (2020). Estatísticas de Resolução de Controvérsias 2020. Recuperado de https://icc-switzerland.ch/images/2020statistics_icc_disputeresolution_895.pdf

Comitê Brasileiro de Arbitragem (2021). Arbitragem no Brasil. Recuperado de <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>

Conselho Federal de Medicina (2022). Número de médicos. Recuperado de <https://portal.cfm.org.br/numero-de-medicos/>

Conselho Nacional de Justiça (2021). Índice de acesso à justiça: Relatório. Recuperado de https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/04/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_29-4-2021.pdf

Conselho Nacional de Justiça (2021). Justiça em números 2021: Relatório Analítico. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2022). Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos. Recuperado de <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>

Domingues, P. M. (2019). Desconstrução da cultura do litígio. Uberlândia, MG: LAECC.

Ferreira, A. F. (2018). Comentários à lei de arbitragem (1ª ed.). São Paulo, SP: Cia do Ebook.

Folha de S. Paulo (2021). Data folha: pesquisa inédita revela perfil econômico e de atuação da advocacia do país. Recuperado de <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/datafolha-pesquisa-inedita-revela-perfil-economico-e-de-atuacao-da-advocacia-do-pais.shtml> utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsjus

Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021). Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021. Recuperado de <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>

Hanthorne, B. O. C. (2022). *Métodos consensuais de resolução de conflitos* (1ª ed.). Curitiba, PR: Intersaberes.

Hill, F. P. (2021). Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: Pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, (Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021), p. 379-408. Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701/36324>

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2022). *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Recuperado de https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock

Instituto Semesp (2022). *Mapa do Ensino Superior no Brasil*. Recuperado de <https://www.semesp.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Mapa-do-Ensino-SuperiorCompleto.pdf>

Kamel, A. Y. (2017). *Mediação e Arbitragem* (1ª ed.). Curitiba, PR: Intersaberes.

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (1996). Dispõe sobre a arbitragem. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

Migalhas (2020). *OAB vai ao Supremo para impedir novos cursos de Direito no país*. Recuperado de <https://www.migalhas.com.br/quentes/326466/oab-vai-ao-supremo-para-impedir-novos-cursos-de-direito-no-pais>

Ministério da Educação (2022). *Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior: Consulta Avançada*. Recuperado de <https://emec.mec.gov.br/>

Ordem dos Advogados do Brasil (2022). *Apenas 10% dos cursos jurídicos no país são recomendados pela OAB*. Recuperado de <https://www.oab.org.br/noticia/59572/apenas-10-dos-cursos-juridicos-no-pais-sao-recomendados-pela-oab?argumentoPesquisa=curs%20recomendados%20pela%20OAB>

Ordem dos Advogados do Brasil (2021). Dados Estatísticos: XXXIII Exame de Ordem Unificado. Recuperado de <https://examedeordem.oab.org.br/pdf/XXXIII%20EOU%20-%20Resumo%20por%20IES%20-%201F%20e%20reaproveitamento.pdf>

Ordem dos Advogados do Brasil (2022). Institucional: Quadro Da Advocacia. Recuperado de <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

Manfredini, R. J. (1986). Índios. In *Dois* [CD]. EMI.

O CONTRATO DE ESTÁGIO – APRENDER NA PRÁTICA

JOÃO FRANCISCO DA SILVA:
Mestrado na PUC/SP em Direito do Trabalho, Advogado militante na área trabalhista.

SUELY ESTER GITELMAN⁸¹

(coautora)

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar o quanto é importante o desenvolvimento de estágio como forma de ampliação dos conhecimentos obtidos em sala de aula com a prática da profissão escolhida, possibilitando ao estagiário uma formação mais completa e melhor colocação no mercado de trabalho. Nos preocupamos também em diferenciar o contrato de estágio com o contrato de trabalho formal, vez que não se confundem, sendo que a fraude na utilização do contrato de estágio, sem o cumprimento das exigências previstas na Lei, gera consequências jurídicas, inclusive com o reconhecimento de vínculo de emprego entre o estagiário e a concedente do estágio.

Palavras-chave: contrato de estágio; direitos e deveres do estagiário; fraude ao contrato de estágio.

Sumário. 1. Introdução. 2. Contrato de trabalho X Contrato de Estágio. 2.1. Natureza jurídica. 3. Direitos do estagiário. 3.1. Bolsa. 3.2. Recesso. 3.3. Seguro. 3.4. Auxílio transporte. 3.5. Saúde e segurança do trabalho. 3.6. Jornada de trabalho. 3.7. Outros direitos. 4. Deveres da parte concedente do estágio. 5. Agentes de integração. 6. Deveres da Instituição de Ensino. 7. Descumprimento do contrato de estágio. 7.1. Desvirtuamento, fraudes e consequências. 7.2. Jurisprudência. 8. Estagiários jurídicos. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar um estudo sobre o contrato de estágio no ensino do Direito no Brasil abordando todas as exigências legais para sua configuração e de que maneira o contrato de estágio pode contribuir para o ensino jurídico de qualidade.

A Lei nº 11.788/2008 trouxe inovações a esta relação jurídica, devendo ser observados os direitos e deveres das partes envolvidas, para que não se caracterize fraude.

⁸¹ Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Professora da Graduação e Pós-graduação na PUC/SP em Direito e Processo do Trabalho, Advogada militante.

Apesar de estar sob a influência do mercado de trabalho, o estágio também está ligado ao sistema de formação, sendo organizado segundo as regras que o estruturam em cada Instituição de Ensino, bem como Leis, Decretos e Normas (formais e informais) que o regulamentam.

O estágio é de grande importância ao aluno, seja ele no ensino médio, profissionalizante ou no ensino superior, pois se trata da melhor forma do aluno colocar em prática o que está aprendendo na teoria.

O estudante que faz estágio desde a sua formação poderá ter mais sucesso e oportunidade em encontrar emprego, uma vez que, conforme sabemos, o mundo não começa na formatura.

Ainda, ajuda o estudante a desvendar na prática sua futura profissão, permitindo-lhe escolher uma ou outra área dentro da sua formação acadêmica.

O estágio tem que ser inserido como uma atividade de caráter acadêmica, não podendo ser encarado como uma simples experiência de trabalho.

No curso de Direito podemos citar diversas áreas a serem descobertas pelos alunos durante o estágio, como, por exemplo, Direito Criminal, Cível, Trabalhista, Previdenciário, Tributário, dentre outros. Como é vasta a possibilidade de atuação, o estágio permitirá ao estudante a tornar-se um profissional mais qualificado e efetivo, notadamente se estiver dentro da área que escolheu.

É certo que o estagiário não é um empregado da empresa, pois ele não está ali para desempenhar função típica de empregado, mas sim, para desenvolver na prática o que está aprendendo em sala de aula.

É um grande erro pensar no estagiário como uma mão de obra barata a ser utilizada em prol da empresa, devendo o estágio ser devidamente fiscalizado durante todo o período, evitando seu desvirtuamento, sob pena de ser reconhecida a relação de emprego entre as partes envolvidas.

O contrato de estágio não pode oferecer margem para seu enquadramento como uma típica relação de emprego, ou ainda, ser um suporte para a primeira chance trabalhista, pois sua principal finalidade não é a produção, e sim, a educação.

A Lei do Estágio (Lei nº 11.788/2008) se comparada com a Lei anterior (Lei nº 6.494/1977) trouxe novas regras de segurança e condições de mitigar eventuais fraudes daquelas empresas que utilizavam da antiga norma como forma de enriquecer às custas de uma mão de obra técnica e barata.

Eventual desvirtuamento, decorrente de má aplicação da Lei, ou de qualquer tentativa de fraude ou desvio de conduta por parte da concedente, dará azo ao reconhecimento do vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho.

Se a concedente for órgão da Administração Pública, o vínculo não será reconhecido, por ausência de concurso público, exigência legal para a contratação, mas haverá condenação no pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, além do pagamento referente aos depósitos do FGTS, entre outros.

2. CONTRATO DE TRABALHO X CONTRATO DE ESTÁGIO

Primeiramente, cumpre-nos lembrar que nem toda a prestação de serviços desenvolve-se no âmbito de um contrato de trabalho e o estagiário de fato, não se enquadra em tal conceito, ou seja, apesar de prestar serviços não é considerado empregado nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Luciano Martinez cita que:

"A palavra 'estágio' provém do francês antigo *estage*, modernamente identificado como *étage*, cujas traduções para o português podem significar 'andar', 'nível', 'plataforma' ou 'classe'. Superar um estágio, portanto, significa subir um andar, avançar um nível dentro de uma estrutura qualquer."⁸²

O artigo 442 da CLT define o conceito de contrato de trabalho da seguinte forma: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego".

O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário, com habitualidade e *intuitu personae*.

⁸² Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 12ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 148, nota de rodapé 19.

Conforme o art. 3º da CLT, temos que: “Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Assim sendo, os requisitos para a configuração do contrato de trabalho são a continuidade (não eventualidade), a onerosidade, a pessoalidade e a subordinação.

A CLT aborda pontos primordiais a serem seguidos na relação de emprego, bem como a Lei nº 11.788/2008 é transparente perante os estagiários, para que não se confundam entre si.⁸³

O artigo 1º da Lei supracitada preceitua que: “O estágio é um ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, com o intuito de treinar, adequar e preparar o estudante para uma carreira profissional”.

Em outras palavras o estágio é o procedimento formativo, de cunho didático-pedagógico e articulado segundo projeto de planejamento e ensino institucional da instituição de ensino a qual o discente estiver matriculado, que visa permitir o complemento da sua formação, para que o estudante possa compreender na prática os ensinamentos teóricos recebidos em sua vida escolar.

Na lição de Luciano Martinez:

“A trajetória do conhecimento prático está indispensavelmente vinculada ao cumprimento do estágio porque ele proporciona o aprendizado de competências próprias da atividade profissional, a contextualização curricular e o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.”⁸⁴

O estágio é, portanto, considerado ato educativo escolar. É uma forma de integração entre o que a pessoa aprende na escola e aplica na prática da empresa.⁸⁵

83 Letícia Caroline Braga; Everaldo Da Silva; Wellington Lima Amorim. Descumprimento do contrato de estágio e a caracterização do vínculo empregatício. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, v. 20, n. 38, 2021, p. 62.

84 Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 12ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 148.

85 Sérgio Pinto Martins, Direito do Trabalho. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 184.

Mauro Mascaro Nascimento afirma que o estágio é fundamental para o desenvolvimento econômico-cultural de um país, principalmente a um país emergente como o Brasil, que envida todos os esforços possíveis para dar um salto de qualidade que tem como ponto de partida a sua preocupação com a educação voltada para a utilidade profissional e não apenas o conhecimento técnico. 86

Com isso, identificamos que o estágio é necessário para que o estudante seja futuramente um bom profissional, aprendendo a exercer sua atividade com louvor e para que sua formação acadêmica seja satisfatória.

Adalberto Martins ao comentar o art. 1º, § 2º da Lei em estudo, pondera que o estágio deve proporcionar a aquisição de habilidades próprias ao exercício de determinada profissão e também objetiva preparar o estudante para o trabalho e exercício da cidadania.⁸⁷

O estágio elenca todo o aprendizado necessário para uma carreira profissional, sendo assim, torna-se indispensável para que o profissional seja eficiente em suas funções.

Com o estágio, o estudante verifica na prática o que estudou em sala de aula tendo mais ferramentas para que se torne um profissional bem-sucedido, pois terá além da base acadêmica, o conhecimento de campo para seu trabalho no futuro após sua formação.

Note-se que o contrato de estágio ao mesmo tempo aproxima-se e diferencia-se dos outros contratos, principalmente em relação ao contrato de trabalho com o qual mantém sensíveis semelhanças.

Mas é exatamente pelo cunho educativo que não há reconhecimento de vínculo empregatício entre o estagiário e a concedente do estágio, sendo tal ponto explícito na Lei do Estágio, conforme segue:

“Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, **não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos: ...**” (grifos nossos)

Na lição de Carla Teresa Martins Romar:

86 Mauro Mascaro Nascimento. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 429

87 Adalberto Martins. Manual didático de direito do trabalho. 7ª ed. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 125.

“A figura do **estagiário** ocupa uma posição singular no universo das relações de trabalho, tendo em vista que sua prestação de serviço pode reunir todas as características da relação de emprego (pessoalidade, não eventualidade, subordinação e remuneração, esta última se o estágio for remunerado), mas, mesmo assim, **a relação jurídica existente entre ele e a parte concedente não é de emprego**, tendo em vista os objetivos educacionais que revestem a contratação. O **objetivo do estágio** é, essencialmente, **a complementação do ensino teórico** recebido nas escolas, com a experiência prática obtida no concedente do estágio.”⁸⁸(grifos no texto)

Portanto, observados os requisitos que analisaremos a seguir, tanto no estágio obrigatório como no não-obrigatório, mesmo estando presentes todos os requisitos elencados pelo art. 3º da CLT, não haverá o reconhecimento de vínculo empregatício.

Outrossim, constatando-se que as exigências legais não foram respeitadas, será considerado o contrato de estágio como fraudulento e conseqüentemente, pelas vias judiciais, poderá ser configurado o vínculo de emprego entre as partes.

Quanto aos seus requisitos, o contrato do estágio deve ser solene, tripartite, oneroso, de trato sucessivo, subordinativo e de atividade.

Ele é solene porque exige a forma escrita e a sua validade depende da existência do termo de compromisso (art. 3º, II da Lei nº 11.788/2008) a ser firmado trilateralmente, eis que envolve como sujeitos o educando, a parte concedente e a instituição de ensino.

Em caso de celebração com órgãos públicos, geralmente vem assinado pela empresa que intermediou a contratação, como o CIEE (Centro de Integração Empresa-Escola), além das partes citadas.

Neste caso, se declarado nulo o contrato firmado com a Administração Pública, não poderá ser reconhecido o vínculo de emprego, por ausência de concurso público.

⁸⁸ Carla Teresa Martins Romar. Direito do trabalho esquematizado. Coord. Pedro Lenza – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado®), p. 150.

É tripartite ou trilateral, porque como dito acima, demanda obrigações recíprocas para as três partes: o estudante; a instituição de ensino (arts. 7º e 8º, Lei nº 11.788/2008); e a organização concedente (art. 9º, do citado diploma legal).

O contrato de estágio pode ser oneroso ou não oneroso. A regra absoluta da onerosidade aplica-se inicialmente ao estágio obrigatório, conforme se depreende da primeira parte do *caput* do art. 12 da Lei do Estágio. Vale destacar que o estagiário não recebe salário, e sim bolsa auxílio.

Da mesma forma, eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracterizam vínculo empregatício.

Ainda, o dever de contratação de seguro contra acidentes pessoais em favor do estagiário, previsto no art. 9º, inciso IV da Lei, independentemente do fato deste ser sujeito de relação de estágio obrigatório ou não, não gera vínculo empregatício nos moldes previstos na CLT.

O trato sucessivo do contrato de estágio exige execução contínua, e materializa-se nas etapas de aprendizagem e demanda a frequência do estagiário. Trata-se de contrato que tem por objeto uma relação permanente, ou seja, não se exaure em atos transitórios, mas em atos que devem ser realizados em lapso temporal suficiente à materialização dos fins educativos previstos na proposta pedagógica da instituição de ensino.

O estagiário precisa ser acompanhado e avaliado conforme planejamento, apresentando uma regularidade em suas atividades escolares, frequentando a escola na qual deve participar das aulas e, comparecendo regularmente ao local onde desenvolve a sua experiência de estágio.

A subordinação ocorre em razão da dependência hierárquica atípica existente entre o aluno e as demais partes da relação de estágio. A instituição de ensino deve planejar e executar o programa de estágio, e juntamente com a instituição concedente, fazer com que o estagiário cumpra e desenvolva suas atividades.

Na relação de estágio, os poderes de direção e disciplinar são exercidos em colaboração pela instituição de ensino e a concedente. Ao estagiário cabe desenvolver as tarefas e cumprir as ordens que lhe são atribuídas, eis que o elemento subordinativo, embora presente no contrato de emprego e no contrato de estágio, não torna idênticas tais relações, já que o contrato de estágio possui um conteúdo educativo, tipicamente escolar.

O contrato de estágio possui finalidade predominantemente pedagógica, ainda que se trate de pacto de atividade, já que a sua execução demanda o dispêndio de trabalho pessoal do estagiário, que poderá envolver o trabalho técnico, manual ou intelectual, desde que seja uma atividade de preparação para o trabalho e que se correlacione com as finalidades do estágio, ou seja, o aprendizado deve ter correlação com a atividade profissional e a contextualização curricular.

A nova Lei do Estágio regulou a jornada de trabalho do estudante, conforme seu artigo 10, sendo de 04 horas diárias e 20 semanais para estudantes da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental. Já para os estudantes de nível superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular será de 06 horas diárias e 30 semanais

A carga horária poderá ser reduzida à metade, conforme dispõe o § 2º do referido artigo 10, se a verificação da aprendizagem se der por avaliações regulares, visando o bom desempenho do estudante em suas provas.

“§ 2º Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante.”

2.1. Natureza jurídica.

Na lição de Sergio Pinto Martins, analisar a natureza jurídica de um instituto é procurar enquadrá-lo na categoria a que pertence no ramo do direito. É verificar a essência do instituto analisado, no que ele consiste, inserindo-o no lugar a que pertence no ordenamento. 89

Por todo o arcabouço jurídico esmiuçado no item anterior, verificamos que o contrato de estágio tem natureza civil, pois é celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas. Não existe vínculo de emprego entre as partes, logo, não tem natureza de emprego, de

89 Sérgio Pinto Martins, *Estágio e relação de emprego*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. único, p. 29.

contrato de trabalho, salvo se houver o desvirtuamento do instituto, e neste caso será aplicado o Art. 9º da CLT reconhecendo-se o vínculo empregatício, que assim dispõe:

“Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

O contrato de estágio é de prestação de serviços, regulada por lei especial, a Lei nº 11.788/2008, como já mencionado anteriormente.

A natureza do contrato de estágio é de formação, de educação do estagiário, mas também compreende o aspecto do trabalho. É um contrato especial de formação profissional.

Outrossim, o reconhecimento de vínculo empregatício em caso de desvirtuamento ou fraude do estágio não ocorrerá quando o concedente é ente da Administração Pública direta ou indireta, conforme jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho:

OJ SDI-1 366, TST: “Ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula n. 363 do TST, se requeridas”.

Súmula n. 363- Contrato Nulo. Efeitos. “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

3. DIREITOS DO ESTAGIÁRIO

A premissa do contrato de estágio é que, cumpridas todas as exigências legais, não cria vínculo de emprego entre as partes, conforme art. 3º da lei em comento, já citado anteriormente.

Entre outros requisitos, faz jus o estagiário:

3.1. Bolsa

Estagiário não recebe salário, pois o art. 12 da Lei do Estágio dispõe que ele poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada. Para Sérgio Pinto Martins, a concessão de bolsa é obrigatória apenas na hipótese de estágio não obrigatório, pois a lei emprega a palavra *compulsória* para esse caso. No estágio obrigatório, a bolsa será facultativa. 90

Outrossim, diferentemente da relação de emprego, a bolsa recebida pelo estagiário não precisa ser calculada sobre o valor do salário mínimo, não estando a este índice atrelada.

3.2. Recesso

A lei em comento prevê, que se conceda o direito ao descanso anual remunerado para o estagiário, ainda que receba bolsa ou qualquer outra forma de contraprestação, não se caracterizando como férias conforme previsto na Constituição Federal e na CLT (arts. 129 a 148), razão pela qual não faz jus ao pagamento do adicional de 1/3 previsto no art. 7º, inc. XVII da CF.

Inclusive, o art. 13 da Lei do Estágio utiliza a denominação “recesso” e não férias, a ser gozado preferencialmente durante as férias escolares do estagiário. Férias são as usufruídas pelos empregados e com isso acarretam o pagamento do adicional de 1/3. Quanto ao recesso, não há previsão de pagamento do adicional.

Se o estágio for remunerado com bolsa, o recesso também será remunerado. Vale ressaltar que não há previsão legal para o pagamento do valor do recesso com acréscimo de 1/3 (um terço), previsto no art. 7º, inc. XVII da CF, conforme dito anteriormente.

3.3. Seguro

O Inciso IV do artigo 9º da Lei nº 11.788/2008, determina que é obrigação da parte que concede o estágio contratar, em favor do estagiário, seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com o valor de mercado. Não se trata, portanto, de faculdade, mas de direito do estagiário. Não se faz distinção entre estagiário obrigatório ou não

90 Sérgio Pinto Martins, Estágio e relação de emprego. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. Único, p. 35

obrigatório, em ambos os casos, haverá necessidade de ser feito o seguro contra acidentes pessoais em benefício do estagiário.

Isto porque já que o estudante não se enquadra na condição de empregado, não estando, no contrato de estágio, abrangido pelo INSS, o seguro contra acidentes pessoais preserva sua saúde e eventuais danos a que venha a sofrer.

Entretanto, conforme § 2º, art. 12, da Lei do Estágio, o estagiário pode inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral da Previdência Social, se for de seu interesse, e sendo maior de 16 anos, conforme previsão no inciso III do art. 11 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3048, de 06 de maio de 1999)

“Art.11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

§ 1º Podem filiar-se facultativamente, entre outros:

...

III - o estudante; ...”

3.4. Auxílio transporte

O estagiário terá direito ao auxílio-transporte (art. 12, *caput*). Cabe ressaltar que a lei fala em auxílio-transporte e não em vale-transporte, haja vista que ao estagiário não se aplicam as regras da Lei nº 7.418/1986, que institui o vale-transporte somente aos empregados.

Assim, não há que se falar em desconto de 6% do empregado do valor pago a título de auxílio-transporte.

O auxílio-transporte não tem natureza de contraprestação do trabalho, mas tão somente de ressarcimento pelo transporte utilizado pelo deslocamento feito pelo estagiário, para ir e voltar à empresa ou órgão para o qual está estagiando.

Ademais o auxílio-transporte será um valor que irá auxiliar o estagiário, não exatamente ressarcir integralmente o que ele gasta com o transporte.

A lei usa a palavra auxílio e não reembolso integral, em assim sendo, não é necessário ser integral o reembolso, mas algo para auxiliar o estagiário.

A melhor solução para cada caso é fixar as condições e o valor do auxílio-transporte no termo de compromisso.

3.5. Saúde e segurança no trabalho

O artigo 14 da Lei em comento determina que é direito do estagiário a saúde e segurança no trabalho. O artigo 196 da Constituição Federal diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, logo, também é um direito do estagiário.

A parte concedente do estágio deve observar as regras de segurança e medicina do trabalho em relação ao estagiário, devendo ser fornecido ao mesmo os equipamentos de proteção individual (EPI), quando necessário ao desenvolvimento de suas atividades na empresa.

3.6. Jornada de trabalho

Diferentemente da Lei anterior, que não regulava a carga horária de trabalho, pela nova Lei do estágio, passaram a ser quatro os tipos de jornadas de trabalho previstas para os estagiários. 91

a) Jornada ordinária: é aquela cumprida durante o período em que o estudante está frequentando as aulas normalmente. De acordo com o dispositivo legal, a jornada neste período fica limitada a 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) semanais.

b) Jornada diminuída: Já os estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos, a nova lei do estágio determina que a jornada máxima aceita é de 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais.

c) Jornada diminuída especial: é a jornada realizada pelo estudante no período de provas. O art. 10, § 2º determina que a carga horária pactuada para o estágio neste período

91 <https://www.migalhas.com.br/depeso/70695/nova-lei-dos-estagios--comentarios-as-novas-regras-para-a-contratacao-de-estagiarios-e-aprendizes>. Acesso em 20/06/2022.

deve ser reduzida, à metade, com a finalidade de garantir ao estudante um melhor desempenho.

d) Jornada expandida extraordinária. De acordo com o § 1º do Art. 10, o estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, desde que previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino, poderá ter jornada de até 40 horas semanais.

3.7. Outros Direitos

Além dos direitos acima citados, a concedente do estágio poderá conceder outros benefícios, como, por exemplo, alimentação, plano de saúde e odontológico, sem que fique desnatado o contrato de estágio, haja vista que a lista de vantagens é meramente exemplificativa.

4. DEVERES DA PARTE CONCEDENTE DO ESTÁGIO

São os seguintes os deveres da parte concedente do estágio, conforme art. 9º da Lei ora em estudo:

a) celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e educando, zelando por seu cumprimento. No que pertine a parte concedente, sua responsabilidade é ainda maior, uma vez que a falta do documento ou sua irregularidade, fará com que ele seja contestado na Justiça do Trabalho e, se constatada sua nulidade, o vínculo trabalhista se formará com a concedente, inclusive sendo responsabilizada pelos pagamentos decorrentes de tal condenação.

b) oferecer ao estagiário local apropriado para o desenvolvimento de suas atividades de aprendizagem. O contrato de estágio deve ser realizado em um local onde o estagiário possa desenvolver suas atividades práticas, voltadas para a sua área de estudos. De nada adianta o contrato de estágio se o local é inapropriado ou não oferece ao estagiário a possibilidade de aprender na prática.

c) indicar pessoa responsável, com formação na área de conhecimento em que o estágio está sendo desenvolvido, cuja função é orientar, monitorar e fiscalizar o estagiário. O estagiário, com já dito no decorrer deste trabalho, é um estudante, alguém que está em desenvolvimento, está tentando colocar em prática o que tem aprendido na instituição de ensino.

De nada adiantaria oferecer um estágio a um aluno sem que ele possa tirar dúvidas, fazer questionamentos, ou seja, sem que haja alguém para lhe orientar, ou até mesmo lhe advertir sobre os possíveis erros que venha a cometer.

Assim, a norma fixa como obrigatório que a concedente indique um responsável, que deverá pertencer a seu quadro de empregados, com a mesma formação na área de conhecimento do estagiário, e cada empregado poderá supervisionar apenas o máximo de 10 estagiários.⁹²

d) fazer a contratação de seguro contra acidentes pessoais em favor do estagiário. Sabemos que o ambiente de trabalho nem sempre é um local seguro, mesmo o estagiário não sendo empregado da empresa, ela deve zelar para que eventual infortúnio ocorrido dentro das suas instalações não prejudiquem o estagiário.

e) ao final do estágio, entregar ao estagiário o termo de realização do estágio, constando um resumo das atividades desenvolvidas no período. Nada mais justo e correto que ao término do estágio, e tendo o estudante cumprido todas as suas obrigações e tarefas, nos moldes estipulados pela concedente e pela instituição de ensino, que lhe seja fornecida a documentação pertinente, de modo que ele possa, não só demonstrar isso para a instituição de ensino, como também acrescentar isso em seu currículo de forma digna.

f) manter organizada a documentação do estágio e dos estagiários, para fins de fiscalização dos órgãos competentes. Como dito, a concedente poderá ser a maior prejudicada em caso de reconhecimento do vínculo de emprego entre ela e o estagiário. Manter organizada a documentação permite que a instituição de ensino, o ministério do trabalho ou até o Juiz do Trabalho, em eventual Reclamação trabalhista, possa reconhecer como válida a condição de estágio.

g) manter a instituição de ensino atualizada, enviando-lhe relatório semestral das atividades desenvolvidas pelo estagiário. Na mesma linha do item anterior, a concedente deve deixar a instituição de ensino ciente de tudo o que está ocorrendo no período de estágio. Eventuais faltas, atrasos, indisciplina, tarefas não realizadas, comprovação de matrícula ou ausência de frequência nas aulas devem ser comunicadas a instituição de ensino, para que juntas possam achar a melhor solução para cada caso.

⁹² Thais Mendonça Aleluia. Direito do Trabalho. 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2018, p. 195.

5. AGENTES DE INTEGRAÇÃO

Já o Art. 5º traz a figura dos agentes de integração, que têm como função identificar oportunidades de estágio, oferecer cadastro de estudantes e fornecer apoio administrativo.

A atuação dos agentes é opcional para a parte concedente, entretanto, caso opte por sua utilização é proibido qualquer tipo de cobrança valores ao estudante, em razão do serviço prestado.

Importante salientar que o § 3º do Art. 5º da Lei do Estágio indica que tais agentes são expressamente responsabilizados civilmente nas hipóteses de indicar estagiário para situações incompatíveis com sua programação curricular.⁹³

“§ 3º Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular.”

Em resumo, os agentes de integração são entidades que visam, principalmente, auxiliar no processo de aperfeiçoamento do estágio, contribuindo na busca de espaço no mercado de trabalho, aproximando, instituições de ensino, estudantes e empresas concedentes de estágio.

A título de exemplo podemos citar o Centro de Integração Empresa-Escola – **CIEE**⁹⁴ e a **AGIEL** - Agência de Integração Empresa Escola Ltda⁹⁵.

Para Amauri Mascaro Nascimento as agências de integração que aproxima o estudante da instituição em que pretende estagiar, não se confunde com a concedente, ou com a instituição de ensino, trata-se de relações jurídicas autônomas e independentes da primeira.⁹⁶

93 Thais Mendonça Aleluia. Direito do Trabalho. 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2018, p. 196

94 <https://portal.ciee.org.br/institucional/o-que-e-o-ciee/> acesso e 20/06/2022.

95 <https://www.agiel.com.br/site/> acesso em 20/06/2022.

96 Amauri Mascaro Nascimento. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 431

6. DEVERES DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO.

E o Art. 7º que elenca as obrigações da instituição de ensino, nos seguintes termos:

a) Avaliar as condições das instalações da parte concedente, de modo a verificar sua adequação à formação do estagiário. Apesar da parte concedente afirmar que o local onde o estágio será desenvolvido é adequando, tal responsabilidade também pertence a instituição de ensino, que não pode se furtar de avaliar o local do estágio, inclusive propondo mudanças, se for o caso, e eventualmente negar a realização do estágio se o local for inadequado.

b) Indicar professor orientador, com formação na área do conhecimento onde o estágio está sendo desenvolvido, o qual será responsável por acompanhar e avaliar as atividades do estagiário. A concedente deve nomear um responsável para acompanhar o estagiário em suas tarefas, como já dito no tópico anterior. Não seria diferente com a instituição de ensino, que deverá indicar um professor que também será o orientador do estagiário, quando houver dúvidas ou questionamentos a serem esclarecidos.

c) Exigir do estagiário a apresentação frequente, semestralmente, no mínimo, de relatório de suas atividades junto a parte concedente. O estagiário desenvolve suas atividades voltadas para sua área de formação, logo, exigir da concedente relatórios das atividades desenvolvidas permitirá que a instituição de ensino corrija eventuais desvios ou acrescente eventuais faltas, mantendo o foco do estágio apenas em sua área de formação.

d) Cumprir e fazer cumprir o Termo de Compromisso firmado entre as três partes, de modo que o estágio seja realizado de forma efetiva, com aproveitamento prático para o aluno. Cumprir o Termo de Compromisso é obrigação de todos os envolvidos. Ocorre que, ao final do curso, o estudante e ex-estagiário receberá o diploma com o nome da instituição de ensino que lhe concedeu o certificado, logo, é de seu interesse que o estágio e a formação do aluno seja a melhor possível, demonstrando ao mercado de trabalho que seus alunos são bem formados.

7. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Para Mauricio Godinho Delgado, o cumprimento do estágio, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que presidiu sua criação pelo Direito, sendo incorreto, irregular, trata-se de simples relação de emprego dissimulada.⁹⁷

O contrato de estágio deve estar atrelado ao princípio da vinculação pedagógica, desta forma, fica repugnada qualquer concepção que o desvirtue, como, por exemplo, instrumento para a distribuição de renda, artifício para se reduzir os custos de reprodução da força de trabalho ou mecanismo para a substituição de mão-de-obra barata e permanente.

O estágio deve estar vinculado de maneira predominante a uma finalidade pedagógica, e jamais a finalidade econômica, sendo certo que o acesso ao estágio, constitui um direito subjetivo do estudante.

Eventual desvirtuamento, decorrente de má aplicação da Lei, poderá desaguar no reconhecimento do vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho, em sede de Reclamação Trabalhista. ⁹⁸

Em assim sendo, os requisitos para o aluno ser estagiário não devem ser de ordem econômica, sendo ilegal o desvio de finalidade da figura do estágio e a conseqüente inobservância dos requisitos, por via de conseqüência poderá ocorrer o reconhecimento do liame de emprego entre o educando e a parte concedente.

7.1. Desvirtuamento, Fraude e Consequências

A Lei do Estágio traz o regramento para o desenvolvimento válido de tal modalidade contratual. Havendo o descumprimento das normas previstas em referida lei, a conseqüência será a aplicação do art. 9º da CLT, reconhecendo-se a fraude perpetrada.

Reconhecida a fraude, será determinado o reconhecimento do vínculo de emprego entre o estagiário e a parte concedente, gerando o pagamento de todas as verbas devidas no período reconhecido.

⁹⁷ Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4a ed. São Paulo/SP: Editora LTr, 2005. p. 324

⁹⁸ Adalberto Martins. Manual Didático de Direito do Trabalho. 2a ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2006, p. 126

A jurisprudência trabalhista, com base no art. 9º, da CLT, considera fraudulenta a “relação de estágio”, em que um estudante de determinada área é contratado para tarefas totalmente distintas de sua área de formação, em evidente desvio de finalidade do regime de estágio, nestes casos, portanto, o reconhecimento do vínculo de emprego e a condenação do empregador ao pagamento de todos os direitos trabalhistas e encargos sociais.

O princípio da primazia da realidade deve ser um dos principais critérios a ser observado pela Justiça do Trabalho ao aplicar a lei, de modo a saber se um determinado contrato de estágio possui desvio de finalidade.

Assim, compete ao julgador verificar, além dos ares de formalidade, os quais devem ser considerados inafastáveis pela legislação vigente, se o desenvolvimento da relação contratual representa uma fraude, ou seja, se a relação de estágio é um modo acobertado de relação empregatícia, onde o suposto estagiário dá cumprimento aos mesmos afazeres atribuídos aos outros empregados da empresa, nas mesmas condições de trabalho.

Como, por exemplo, cumpre a mesma jornada de trabalho, possui responsabilidades análogas, igual carga de trabalho e com tarefas que fogem ao escopo da área de formação do estudante.

O estagiário, ainda que seja reconhecido legalmente como sujeito de um contrato de estágio, ele não tem o direito de exigir a anotação da carteira de trabalho e previdência social (CTPS), entanto, poderá a parte concedente efetivar o registro do estágio na CTPS, não na área destinada aos Contratos de Trabalho, mas apenas nas páginas denominadas “anotações gerais” da Carteira.

Devem ser lançados dados importantes, como por exemplo, a identificação do curso e a Instituição de ensino a qual ele esteja vinculado, o nome da parte concedente do estágio, as datas de início e término do estágio, valendo lembrar que o prazo máximo do estágio é de 02 (dois) anos, salvo se o estagiário for deficiente.

É razoável que a CTPS seja anotada pela parte concedente do estágio, especialmente porque isso facilita a fiscalização, no sentido de identificar se o órgão concedente está anotando informações importantes relativas à saúde e segurança do trabalho, exames médicos realizados, gozo do recesso anual, o valor que está sendo pago referente a bolsa auxílio e eventuais reajustes, dentre outras informações.

7.2 Jurisprudência

No que pertine ao desvirtuamento de contrato de estágio podemos citar a seguinte jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, abaixo transcritos:

"(...) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. CONTRATO DE ESTÁGIO. PERÍODO DE 6/04/2008 A 5/04/2009. DESCARACTERIZAÇÃO. O art. 3º, § 1º, da Lei n. 11.788/2008, que regulamente o estágio dos estudantes, estabelece como requisito de validade do contrato de estágio que haja acompanhamento tanto pela instituição de ensino quanto pelo supervisor da parte concedente, "comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei". **O descumprimento de quaisquer desses requisitos descaracteriza o contrato de estágio e implica o reconhecimento do vínculo de emprego com a parte concedente do estágio (art. 3º, § 2º).** No caso, o Eg. Tribunal Regional entendeu que a "falta de documento comprovando o acompanhamento do estágio pela instituição de ensino, por si só, não é capaz de descaracterizar a relação de estágio firmada". **Referido fundamento não encontra amparo no texto expresso da lei. Descaracterizado o contrato de estágio impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada no período.** Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...)" (ARR - 338-57.2013.5.04.0009, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Julgamento: 27/03/2019, 6ª Turma, DEJT 05/04/2019 - g.n.)

CONTRATO DE ESTÁGIO. LEI N. 11.788/2008. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O estágio é atualmente regido pela Lei nº 11.788/2008, sendo que esta modalidade de contrato, em regra, não gera vínculo empregatício (art. 3º da Lei n. 11.788/2008). Com efeito, o legislador, ao instituir a possibilidade de contratação de estagiários sem vínculo de emprego, pretendeu proporcionar a estes experiências práticas, enquanto o empregador, ao mesmo tempo, é beneficiado com o trabalho prestado pelo estagiário. **Entretanto, em caso de desatendimento das formalidades constantes na referida**

lei, notadamente o desvirtuamento dos objetivos legais de permitir ganhos educacionais e profissionais ao estudante obreiro, desconfigura-se a relação de estágio. Uma vez comprovada a existência de irregularidades no contrato de estágio firmado entre as partes, **que importaram no desvirtuamento de sua finalidade**, é de rigor o afastamento da excludente prevista no art. 3º da Lei n. 11.788/2008. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento. (TRT2. Acórdão. Processo nº 1000068-09.2020.5.02.0241; Órgão Julgador: 12ª Turma. Relator (a): Maria Elizabeth Mostardo Nunes; Data do julgamento: 31/01/2022. Data de publicação: 31/01/2022 - g.n)

CONTRATO DE ESTÁGIO. INVALIDADE. **Verificando-se o desvirtuamento do estágio, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego** entre as partes. Apelo ao qual se dá provimento.

(TRT2. Acórdão. Processo nº 1000304-83.2020.5.02.0362; Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator (a): Rosana De Almeida Bueno; Data do julgamento: 29/04/2021. Data de publicação: 29/04/2021 - g.n)

DIREITO DO TRABALHO. NULIDADE DO CONTRATO DE ESTÁGIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. **A inobservância do disposto na Lei nº 11.788/2008 afasta o contrato de estágio** e implica no reconhecimento do vínculo de emprego ensejando o pagamento de parcelas salariais e rescisórias, mormente, se foi declarada a revelia da ré. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no aspecto.

(TRT2. Acórdão. Processo nº 1001548-46.2019.5.02.0018; Órgão Julgador: 17ª Turma. Relator (a): Carlos Roberto Husek;. Data do julgamento: 20200604. Data de publicação: 04/06/2020 - g.n)

Como pudemos ver, em caso de constatação de fraude na contratação do estagiário ou se houver desvirtuamento do estágio, descumprida a Lei do Estágio, comprovando-se que o estudante ativava-se como força de trabalho na empresa, na atividade empresarial, em sede de reclamação trabalhista, será reconhecido o vínculo de

emprego do estudante com a parte concedente do estágio, com sua condenação na anotação em CTPS e pagamento dos consectários legais devidos ao contrato de emprego.

É correta a jurisprudência segundo a qual para a configuração do estágio deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino, em conformidade com os currículos e programas, devendo ser punida a empresa concedente que desvirtua o contrato de estágio, como a declaração judicial de reconhecimento da relação de emprego, devendo a concedente arcar com todos os ônus, na qualidade de empregador. 99

8. ESTAGIÁRIOS JURÍDICOS

O Estatuto da Advocacia previsto na Lei nº 8.906/94 regula os pressupostos para que bacharéis e estagiários em direito se inscrevam nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A previsão legal dos estagiários jurídicos está no artigo 9º da referida Lei e dispõe que:

“Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:

I – preencher os requisitos mencionados nos incisos I, III, V, VI e VII do art.8º; II – ter sido admitido em estágio profissional de advocacia.

§1º O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.

§ 2º A inscrição do estagiário é feita no Conselho Seccional em cujo território se localize seu curso jurídico.

§ 3º O aluno de curso jurídico que exerça atividade incompatível com a advocacia pode frequentar o estágio ministrado pela respectiva

99 Amauri Mascaro Nascimento. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 432

instituição de ensino superior, para fins de aprendizagem, vedada a inscrição na OAB.

§ 4º O estágio profissional poderá ser cumprido por bacharel em Direito que queira se inscrever na Ordem.”

Sergio Pinto Martins referindo-se aos processos físicos, esclarece que o estagiário que não estiver inscrito na OAB não poderá assinar em conjunto com o advogado ou pegar os autos em carga, mesmo que esteja nos últimos 2 anos do curso de direito.¹⁰⁰

Com o advento da Lei nº 11.788/2008, não houve a revogação das disposições relacionadas ao estágio no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo leis distintas, com objetivos diversos: a primeira trazendo a regulação específica referente às questões de estágio e a segunda de um diploma com normas atinentes a profissão do advogado, que inclui também regramentos quanto ao estágio.

A relação de estágio é de total importância para que se evite a manutenção de estagiários em desacordo com a Lei que regulamenta seus contratos, o que caracteriza configuração de relação empregatícia, como já dito anteriormente.

Sergio Pinto Martins assevera que a Lei nº 11.788/2008 não revogou expressamente nenhum dispositivo da Lei n. 8.906/94.¹⁰¹

Já para Adalberto Martins, o estágio profissional de advocacia que tem disciplina específica na Lei 8.906/94 deve ser harmonizar com a lei de caráter geral (Lei do Estágio).¹⁰²

9. CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar as inovações trazidas pela Lei nº 11.788/2008, também conhecida como Lei do Estágio; tentamos abordar os direitos e obrigações na relação contratual, que deve envolver o estagiário, a parte concedente e a instituição de ensino.

100 Sérgio Pinto Martins. Estágio e relação de emprego. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 56

101 Ibidem p. 57

102 Adalberto Martins. Manual didático de direito do trabalho. 7ª ed. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 127.

Destacamos que o estagiário deve estar vinculado ao sistema de formação onde ele está matriculado, ou seja, junto à instituição de ensino, visto que o estágio é um ato educativo e não uma simples experiência de trabalho, não estando o estudante ali para oferecer mão de obra barata.

O contrato de trabalho possui similitudes com o contrato de estágio, entretanto, o contrato de trabalho está previsto expressamente na CLT em seu art. 442, já o contrato de estágio é de prestação de serviços, triangular, envolvendo o estagiário, a concedente e a instituição de ensino, é regulado por lei especial, a Lei nº 11.788/2008, e não gera vínculo de emprego entre o estagiário e a concedente, se obedecidos seus regramentos.

O contrato de estágio, por ser ato educativo escolar, é fundamental e necessário para que o estudante possa ter contato com o mundo real, colocando em prática o que está aprendendo na teoria junto a instituição de ensino, para que no futuro seja um profissional melhor.

O estágio é o primeiro passo em direção à conquista de um emprego, a possibilidade de uma iniciação profissional perante a qual se apresenta o recém-formado.

O estudante, no desenvolver do estágio, adquire seus primeiros conhecimentos práticos, conhece pessoas, cria relacionamentos profissionais que no futuro certamente serão de grande valia para o desempenho de sua profissão.

É importante frisar o objetivo pedagógico do estágio, podendo ser realizado em estabelecimento de ensino, na comunidade em geral, ou empresas públicas e privadas, as chamadas concedentes, sob responsabilidade e coordenação da instituição de ensino.

A lei do estágio é moderna, possui regras próprias e atualizadas em relação ao contrato de estágio, trazendo detalhes importantes, que não eram estabelecidas anteriormente, além de ser certamente mais complexa do que a Lei anterior (6.494/1977).

No total a referida lei possui 22 artigos, a lei anterior, a 6.494/1977, tinha apenas 8 artigos, sendo certo que referida lei evita a exploração do estudante pelo concedente ao desenvolver seu estágio.

Ressaltamos que o estágio, ao ser desenvolvido em observância ao que determina a lei não cria vínculo de emprego com o concedente, conforme seu artigo 3º, entretanto, se a norma não for observada, a jurisprudência é firme no sentido do reconhecimento do vínculo, com a condenação de todas as verbas daí decorrentes.

O contrato de estágio deve proporcionar o aprendizado na prática ao estagiário, sob pena de a Justiça do Trabalho reconhecer a existência de fraude no contrato de estágio, por estar em desacordo com a Lei n. 11.788/2008, e reconhecer o vínculo de emprego entre as partes estagiário e concedente, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT.

De se destacar que se o concedente for órgão da administração pública, ainda que reconhecida a nulidade no contrato de estágio por fraude ou desvio, não poderá ser declarado o vínculo, conforme orientação da OJ 366/TST e Súmula 363/TST.

Neste ponto, antes da edição da Lei n. 11.788/2008, havia muitos abusos por parte dos concedentes e era comum o desvirtuamento do estágio. A lei atual é mais rigorosa em relação aos requisitos para avaliação e validade do estágio, possui prazo máximo de duração e limite ao número de estagiários, estabelece direitos aos estudantes, jornada de trabalho, recesso, bolsa, seguro e auxílio-transporte.

Abordamos de forma bem singela a questão do Estagiário Jurídico previsto na Lei n. 8.906/1994, que regula especificamente os estagiários inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, e a lei do estágio não revogou as disposições da Lei n. 8.906/1994.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALELUIA, Thais Mendonça. Direito do Trabalho. 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2018.

BRAGA, Letícia Caroline; SILVA, Everaldo da; AMORIM, Wellington Lima. Descumprimento do contrato de estágio e a caracterização do vínculo empregatício. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, v. 20, n. 38, 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. Resumo de Direito do Trabalho. 2ª Edição, Editora Impetrus, Niterói, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4a ed. São Paulo/SP: Editora LTr, 2005. v. Único.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 12ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Adalberto. Manual Didático de Direito do Trabalho. 2a ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2006. v. Único

_____. Manual didático de direito do trabalho. 7ª ed. Leme-SP: Mizuno, 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. único

_____. Estágio e relação de emprego. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
v. Único

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v. Único

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. 14ª Edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2021.

ROCHA de Oliveira, Sidinei; PICCININI, Valmiria. Construção do Mercado de Estágios em Administração na cidade de Porto Alegre. Revista Pensamento Contemporâneo em Administração, v. 6, n. 4, 2012.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho esquematizado. Coord. Pedro Lenza – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado®).

Site: <https://portal.ciee.org.br/institucional/o-que-e-o-ciee/> acesso em 20/06/2022.

Site: <https://www.agiel.com.br/site/> acesso em 20/06/2022

Site: <https://www.migalhas.com.br/depeso/70695/nova-lei-dos-estagios--comentarios-as-novas-regras-para-a-contratacao-de-estagiarios-e-aprendizes>. Acesso em 20/06/2022

O PODER DE TRIBUTAR E AS ISENÇÕES HETERÔNOMAS

BRUNO MENDONÇA DIAS CARNEIRO:

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Maranhão - UNICEUMA; Pós-graduado pela União Brasileira de Faculdades – UNIBF

RESUMO: A Constituição Federal, ao definir o federalismo, atribui o poder de tributar de forma autônoma para cada um dos entes. Desta forma, cada um dos entes federados pode e deve instituir seus tributos, cujo poder decorre da competência tributária. Do poder de tributar, decorrem também outras atribuições, como o poder de instituir isenção tributária, afastando desta forma, a obrigação tributária principal. Neste, a norma constitucional, trouxe a vedação de um ente realizar isenção em tributo de competência de outro ente, todavia, traz algumas exceções caracterizadas como isenção heterônoma.

Palavras-chave: poder de tributar. Federalismo. Obrigação tributária. Isenção.

1.INTRODUÇÃO

Considerando que o Estado em sua função de administrar a sociedade necessita de receitas para cobrir as despesas oriundas de suas atividades políticas, fora necessário que a Constituição, como gênese do estado jurídico instaurado, atribuísse o poder de tributar.

No Brasil, em razão da peculiaridade do federalismo, o poder de tributar decorre das competências tributárias de cada um dos entes federados, que possuem autonomia administrativa, e desta, também decorre o poder de isentar de seus tributos, sendo vedado, portanto, a chamada isenção heterônoma, quando um ente isenta tributos de competência de outro ente.

Ocorre que, considerando que as normas constitucionais não são absolutas, o próprio texto constitucional traz algumas exceções, dentre elas o ISS Exportação, o ICMS Exportação, além da possibilidade de realizar isenções via tratado internacional, e nesta vereda definiu-se a temática deste artigo.

Para o desenvolvimento da presente investigação científica optou-se pelo método dedutivo, por meio de procedimentos histórico-comparativos, baseando-se, dentre outros, na pesquisa documental e bibliográfica de doutrinas, leis, artigos e decisões dos tribunais.

A proposta visa transcender conceitos jurídicos de federalismo e competência tributária, assim como do poder de tributar e da autonomia de cada um dos entes, colacionando também eventuais exceções constitucionais.

2. DESENVOLVIMENTO

O Estado enquanto um conjunto de instituições políticas e administrativas perante seu povo em um determinado território, tem a tributação, em uma espécie de contraprestação em face dos serviços oferecidos, como um dos principais meios de auferir receitas necessárias à despesa pública.

Para tanto, o modelo de estado atual, se utiliza do poder de tributar, autorizado pelo constituinte, decorrente da soberania estatal e da representação democrática pelos contribuintes, estabelecendo-se uma relação jurídico tributária compulsória e vinculada.

Ocorre que, a história nos mostra que em outros tempos não era assim, seja pela ausência de sistemática e de imposição, pois “para os povos primitivos a imperatividade da contraprestação individualizada advinha dos costumes e dos comportamentos prescritos, ainda que não escritos, entretanto aquiescidos por todos”¹⁰³.

Verifica-se da evolução do poder de tributar, o nascimento do Estado Fiscal, que se deu com o nascimento do estado moderno na Europa, passando a distinguir a fazenda pública da fazenda real, e após, com a constitucionalização da legalidade tributária, de origem na Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, evoluindo ao Estado Democrático de Direito, cuja representação se dá através dos governantes.¹⁰⁴

Como antecedentes históricos, cabe mencionar que o Estado Brasileiro, em sua primeira constituição, a Constituição Política do Império do Brasil¹⁰⁵, outorgada em 25 de março de 1824, estabeleceu um estado unitário, é dizer, um estado construído em torno de um poder político uno, resultando na unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, se contrapondo aos denominados estados compostos, marcados pela multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente¹⁰⁶.

¹⁰³ MELLO, Artur Guedes da Fonseca. *Tributação, Hipernomia e Medo: Quando o perdão se torna ofensa*. Florianópolis: emais editora, 2022, p. 27.

¹⁰⁴ Id., p. 40-44.

¹⁰⁵ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Planalto, 1823.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 98-99.

Contudo, conforme ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁰⁷, quando do surgimento da República Federativa do Brasil, em 1889, deu-se uma significativa mudança na forma de estado, tendo a Constituição Republicana de 1891 reconhecido a forma federativa de estado, entendida esta como a união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional.

Nas palavras do doutrinador, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, a existência da

“(...) organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais.”¹⁰⁸

O federalismo pátrio, cabe salientar, surge em um movimento doutrinariamente conceituado como centrífugo, no qual se verifica uma repartição de poder a partir do centro para as zonas periféricas, divergindo do modelo de federalismo norte-americano, cujo surgimento se deu em sentido contrário, da periferia para o centro, intitulado pela doutrina como centrípeto.

Note-se, todavia, que o federalismo original do estado brasileiro, influenciado pela tradição centralizadora monárquica, possuía contornos distintos daquele hodiernamente praticado, visto que construído sob a ótica da dualidade, em que a repartição de competências privativas entre os entes federados resulta na atuação de cada um em esferas distintas, separadas e independentes, sem observância de cooperação ou colaboração recíproca, próprias do federalismo de cooperação.¹⁰⁹

O federalismo de cooperação, contudo, veio a ser adotado, em decorrência da natural evolução da sociedade e da necessidade de expansão e otimização da estrutura estatal, na

¹⁰⁷ Id., p. 99.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p 468.

¹⁰⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 873.

Constituição de 1934¹¹⁰, na qual foram consignadas competências concorrentes entre a União e os estados, tal qual aquelas relativas à guarda da constituição e das leis, cuidados com a saúde e com assistência pública.

Lançadas as bases constitucionais, o federalismo de cooperação esteve presente nas demais constituições pátrias, ganhando destaque na Constituição da República Federativa de 1988¹¹¹, como forma de potencializar a atuação dos Entes Federativos em prol dos objetivos consagrados nesta, evidenciado pela existência de diferentes categorias de competências, distribuídas em exclusivas, privativas, concorrentes e comuns, conforme a escolha do poder constituinte.

O critério adotado pelo constituinte para fins de alocação dessas diferentes competências dentro do ordenamento constitucional, segundo posição prevalece na doutrina, foi o da prevalência ou preponderância do interesse envolvido, levando em consideração, portanto a abrangência nacional, regional ou local do bem jurídico tutelado.

Como consequência do aludido esquema de repartição de competência, restou nítido que o texto constitucional pretendeu a convivência da repartição vertical e a horizontal de competências.

A repartição vertical se dá nas hipóteses em que determinada matéria é inserida na competência de mais de um Ente Federativo, caso das competências comuns e concorrentes, previstas, respectivamente, nos artigos 23 e 24 da Constituição de 1988, que atraem uma atuação integrada de todos enquanto a horizontal tem vez quando a atuação de cada ente é delimitada de forma rígida pela norma sem espaço de interferências uns para com os outros, a exemplo da repartição de competências tributárias, estatuída no artigo 153 e seguintes da Lei Maior.

Nessa toada, o que se verifica é que o federalismo atualmente concebido, apesar de permitir certa intersecção na atuação das esferas de funcionamento estatal, resguarda a autonomia dos Entes Federativos, dotando-os de campos específicos de competência administrativa e legislativa¹¹².

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Planalto, 1934.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1987.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1196.

Dentro da concepção da autonomia do Ente Federativos, conforme alhures abordado, ganha relevo a repartição da competência tributária, cujas principais normas são traçadas no Capítulo I do Título VI da Constituição Republicana vigente.

Interessa, inicialmente, rememorar que o poder de tributar corresponde à “prerrogativa soberana do Estado de exigir os recursos de que necessita das pessoas que estão de alguma maneira sob seus domínios territoriais”¹¹³.

É, por conseguinte, tema inerente à existência do federalismo em sua concepção clássica, anteriormente tratada, como forma de governo em que, apesar da criação de um Estado Federal indissociável, manteve a preservação de autonomia administrativa, legislativa e tributária do Ente que integram a federação, pois a capacidade de financiar a estrutura da Administração Pública é diretamente afetada em caso de alargamento ou supressão das competências tributárias.

Necessário, ainda, que se destaque ter o texto constitucional se absterido de criar tributos, outorgando à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a competência para fazê-lo, sempre observadas as balizas trazidas na legislação complementar, eis que a Constituição Federal cuidou de estipular, em seu art. 146, III, a necessidade de edição de lei complementar para fins de estabelecer normas gerais.

E ao tratar das competências tributárias, verifica-se o poder de tributar de cada um dos entes federados, que através do exercício legislativo, ascenderão à norma ordinária as hipóteses de incidência em caráter abstrato, que ao realizar o juízo de subsunção¹¹⁴, identificando o fato ocorrido como o fato gerador, fazendo nascer a obrigação tributária.

A título exemplificativo, depreende-se do art. 153 da Constituição, o poder de tributar da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, e produtos industrializados. No artigo 155 e 156, verifica-se o poder de tributar dos Estados e Municípios, respectivamente, sobre propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e territorial urbana.

¹¹³ FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.293

¹¹⁴ FERRAZ, p. 290-294.

E do mesmo modo que os comandos constitucionais definem o poder de tributar, também descrevem determinadas limitações, para que o Estado não atue de forma arbitrária em face do contribuinte.

Dentre essas limitações, se revestem de grande relevância as chamadas imunidades, previstas de forma concentrada no art. 150, inciso VI da Carta Republicana, as quais obstem a incidência do poder de tributar em determinadas situações que, em abstrato, poderiam ser definidas pelo legislador infraconstitucional como hipóteses de incidência, e, por conseguinte, como fatos geradores da obrigação tributária.

Nos dizeres de Sacha Calmon Côelho¹¹⁵, a figura da imunidade é congênita à constituição, ocorrendo uma delimitação do campo tributável posto à disposição do ente tributante, é dizer, o constituinte promove uma verdadeira exclusão da possibilidade de atuar em detrimento do legislador derivado, implicando na inexistência de um fato gerador por absoluta incompatibilidade de previsão como tal no ordenamento jurídico.

É o que ocorre, por exemplo, na denominada imunidade recíproca, hipótese do art. 150, VI, "a", da CF, pela qual é vedado aos Entes Federativos instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros.

Conceito distinto é o de isenção, que corresponde a dispensa do pagamento do tributo expressa em lei, afastando-se a obrigação tributária principal, ainda que verificada a concretização do fato gerador. Neste caso, hipoteticamente seria devido o tributo, pois, instituído pelo Ente Federativo competente e realizada a subsunção do fato gerador à hipótese de incidência, contudo o Poder Estatal opta pela dispensa do pagamento, renunciando à receita dele proveniente.¹¹⁶

Neste íterim, importa registrar que as regras relativas à repartição de competência tributária, conforme tratado no presente trabalho, tem como uma das diretrizes a preservação do pacto federativo, assegurando a cada um dos Entes Federados a sua parcela intangível de autonomia, mediante a obtenção de receita para o funcionamento de sua estrutura.

¹¹⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **As imunidades genéricas**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; SIQUEIRA, Julio Homem de; BEDÊ JÚNIOR, Américo; FABRIZ, Dauri César; SIQUEIRA, Junio Graciano Homem de; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano (Coord.). **Limitações formais e materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 227-255.

¹¹⁶ Id., Ibid.

Disso decorre que, como regra, somente o Ente Público competente para instituição de determinado tributo tem competência para deliberar acerca da isenção, vez que suportará as consequências dessa renúncia de receita, caracterizando-se assim eventual isenção autônoma.

Ou seja, só pode isentar quem detém o poder de tributar, decorrente da competência constitucional tributária, caracterizando assim a isenção autonômica, que por silogismo, decorre da autonomia do ente, vedando, por conseguinte, as hipotéticas isenções heterônomas¹¹⁷, figura que se apresenta por meio da concessão de isenção por um Ente distinto daquele que detém a competência para instituição do tributo.

Nem sempre foi assim, pois, em um abreviadíssimo escorço histórico, Kiyoshi Harada¹¹⁸ ensina que a isenção heterônoma não é instituto inédito na ordem tributária pátria, noticiando, em seus estudos que, a Constituição de 1937, em seu art. 34, parágrafo único, tratava do tema, o qual também se encontra na Lei Básica de 1967 e na Emenda n. 01 de 1969, autorizando a União a conceder isenção sobre tributos de entes federativos para atender a relevante interesse social ou econômico nacional.

Todavia, no ordenamento jurídico atual, sob o pálio da Constituição de 1988, há vedação expressa. Anota-se, que nem mesmo a União, cuja competência envolve interesses não apenas federais, mas também nacionais, tem o poder de intervenção nesta autonomia dos demais entes.

Tanto é assim, que se extrai do art. 151, III, da Constituição, vedação expressa da União a instituição de isenções sobre tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o que corresponde ao impedimento constitucional da chamada isenção heterônoma.

Ocorre que, as normas constitucionais não são absolutas, podendo sofrer conformações e até mesmo limitações e restrições pelo legislador infraconstitucional, e também por outras normas constitucionais, conforme se verifica.

¹¹⁷ HARADA, Kiyoshi. Princípio da vedação às isenções heterônomas. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; SIQUEIRA, Julio Homem de; BEDÊ JÚNIOR, Américo; FABRIZ, Daury César; SIQUEIRA, Junio Graciano Homem de; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano (Coord.). Limitações formais e materiais ao poder de tributar. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 75-89.

¹¹⁸ Id., Ibid.

Inicialmente, que no art. 156, §3º, III, da Carta Política, ao dispor sobre os tributos de competência municipal, permitiu que a União, por meio de lei complementar, exclua da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza, as exportações de serviço ao exterior, cuja nomenclatura perfaz o ISS Exportação.

Note-se, que a própria redação legal revela que, em verdade, a Constituição não instituiu uma imunidade, por não ter retirado do campo do legislador constituído a possibilidade de instituir a tributação sobre serviços destinados ao exterior, mas tão somente estabeleceu um comando imperativo à União de conceder isenção sobre o imposto de competência municipal.

Ao regulamentar as normas gerais do imposto sobre serviço, com a edição da Lei Complementar Federal n. 116 de 2003, a União cumpriu o comando constitucional, determinando no art. 2º, inciso I, a não incidência do ISS Exportação.

Tal hipótese, portanto, se amolda com exatidão à figura da isenção heterônoma, não havendo divergências relevantes sobre a questão.

Outra disposição relativa à isenção heterônoma presente no texto constitucional é aquela da alínea "e" do inciso XII do §2º do art. 155, que da mesma forma, conferiu à lei complementar a possibilidade de excluir a incidência de impostos sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o ICMS, quando destinados ao exterior, o que, de igual modo caracteriza isenção.

Registra-se, que neste caso, a referida norma foi esvaziada, pois, suplantando maiores debates sobre o tema, em virtude da promulgação da Emenda Constitucional nº 42/2003, que deu nova redação ao inciso §, 2º, X, "a", do art. 155 da CF, fora afastada a incidência do ICMS sobre as operações que destinem mercadorias e serviços ao exterior, com comando constitucional direto, caracterizando neste caso o instituto da imunidade.

Aqui, diferentemente do que ocorre na isenção, o poder constituinte reformador retirou a possibilidade de exercício de competência dos Estado-Membros, criando nova imunidade tributária, ressaltando Luciano Ferraz¹¹⁹ que, essa imunidade em específico teve como escopo a desoneração das exportações, com o conseqüente incremento da

¹¹⁹ FERRAZ, p. 464.

competitividade dos produtos nacionais e favorecimento da formação de reservas cambiais.

Outra possibilidade que se aventa pela ordem constitucional atual, é aquela que decorre do art. 84, incisos VII e VIII em conjunto com art. 49, inciso I, que atribui competência ao Presidente da República as relações com os estados Estrangeiros, e com eles celebrar tratados internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional que resolverá de forma definitiva, que no âmbito tributário, tem recepção pela legislação infraconstitucional, notadamente nos artigos 96 e 98 do Código Tributário Nacional.

Nesta seara, com base na competência prevista no artigo 21, inciso I da Constituição, verifica-se a possibilidade da União promover a isenção de tributos de competência dos estados e municípios, por meio de tratados internacionais, sem contudo, afrontar o comando do artigo 151, inciso III, que veda a isenção heterônoma.

Isto porque, não obstante os entes federados possuírem autonomia, o instituto da soberania só é atribuído à República Federativa do Brasil, que neste caso é representada pelo Presidente da República, que também representa a União, mas não se confunde com aquela.

Ou seja, é necessário distinguir a atuação de Chefe de Estado para com aquela de Chefe de Governo, assim como é necessário diferenciar a pessoa jurídica de direito público internacional que é a República Federativa do Brasil, da pessoa jurídica de direito público interno, no caso a União, que integra a organização político-administrativa-constitucional brasileira¹²⁰. É o que Souto Maior Borges define como caráter bifronte da União, que atua hora como ente federado interno, sem qualquer superioridade hierárquica, e em outros momentos congregando toda a nação de forma soberana.¹²¹

Ademais, nos ensinamentos de Luciano Amaro, não há na Constituição, nem mesmo na vedação do art. 151, III, qualquer

¹²⁰ TORRES, Heleno. **Pluriritributação Internacional sobre a Renda das Empresas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 584-586.

¹²¹ BORGES, Jose Souto Maior. **Isenções em tratados internacionais de impostos dos Estados-membros e Municípios**. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org). **Direito Tributário: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.172.

“fundamento que sustente a inconstitucionalidade, na matéria em causa, de tratados internacionais que só a União tem autoridade para firmar, em nome do Estado brasileiro. Se a norma de um tratado afasta, reduz ou condiciona a aplicação de norma tributária estadual ou municipal, vale, pois, o preceito do tratado e não o da lei do Estado ou do Município.”¹²²

A Corte Constitucional brasileira tem entendimento nesse viés, como pode ser verificado no julgado¹²³ da lavra da Eminente Relatora, Ministra Carmen Lúcia:

“No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.”

Desta forma, torna-se cristalino que, nas isenções resultantes de tratados internacionais, não sendo firmado pela União, mas sim pela República Federativa do Brasil, não pode ser caracterizada como isenção heterônoma.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, conforme delimitação do tema acerca do poder de tributar autônomo de cada ente federado e das isenções heterônomas como exceção da regra que veda a União instituí-las, verificou-se que no atual ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se vigente apenas a isenção do ISS Exportação.

Isto porque, a isenção originária do ICMS exportação, teve seu conteúdo jurídico esvaziado pela Emenda Constitucional n. 42 de 2003, quando o referido benefício fora alçado à categoria de imunidade.

E ainda, não se admite na conceituação como isenção heterônoma, a hipótese do afastamento da obrigação tributária principal por meio de tratado internacional firmado

¹²² AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 178.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 229096 RS. Plenário, 16/08/2007.

pela União, pois nestes, quem firma o instrumento é a República Federativa do Brasil, que não se confunde com o ente federado de direito público interno.

Desta forma, reitera-se que a vedação às isenções heterônomas é a regra constitucional atual, com uma única exceção, qual seja, do ISS Exportação.

4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BORGES, Jose Souto Maior. **Isenções em tratados internacionais de impostos dos Estados-membros e Municípios**. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org). **Direito Tributário: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Planalto, 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1987. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Planalto, 1823. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acesso em: 02 fev. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Princípio da vedação às isenções heterônomas**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; et. all. **Limitações formais e materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MELLO, Artur Guedes da Fonseca. **Tributação, Hipernomia e Medo: Quando o perdão se torna ofensa.** Florianópolis: emais editora, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; et. all. **Limitações formais e materiais ao poder de tributar.** Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1196.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2016

TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A (IN)SUSCETIBILIDADE DE DENÚNCIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

CAMILLA ELLEN ARAGÃO COSTA:

Advogada inscrita na OAB/SE sob o nº 12.583, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) e militante na área Cível. Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em decisão paradigmática e que rompe jurisprudência consolidada, embora dividido especificamente quanto à hierarquia supralegal ou constitucional dos tratados de direitos humanos, convergiu no que se refere à sua primazia hierárquica em face da legislação ordinária do Estado brasileiro. Esse tratamento jurídico diferenciado, reconhecido e explícito na Carta de 1988 mediante regramento contido no parágrafo 2º do art. 5º, é reflexo do caráter especial que possuem as convenções de proteção aos direitos humanos; especificidade essa que se justifica por uma sensível razão: os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados tradicionais, "transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes" (PIOVESAN, 2012, 121) e se voltam à salvaguarda da dignidade da pessoa humana - valor ético-jurídico fundante do sistema constitucional. É exatamente nessa perspectiva que este trabalho, utilizando-se do método dedutivo, através de pesquisas sob o método exploratório-qualitativo e por meio da análise bibliográfico-documental, objetiva demonstrar que é da própria especificidade dos tratados de direitos humanos e consequente hierarquia constitucional daqueles, extraída do diálogo entre os parágrafos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, que se extrai a insuscetibilidade de sua denúncia.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tratados internacionais. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The Federal Court of Justice, when judging the Extraordinary Appeal nº 466.343, in a paradigmatic decision that breaks with consolidated case law, though being specifically divided regarding the supralegal or the constitutional hierarchy of human rights treaties, converged on their hierarchical primacy over Brazil's ordinary law. Such differentiated legal treatment, recognized and explicit in the Constitution of 1988 through article 5, paragraph 2, is the reflection of the special character conventions for the protection of human rights have; such specificity is justified by a sensitive reason: human rights treaties, contrary to traditional treaties, "transcend the mere reciprocal commitments among contracting States" (PIOVESAN, 2012, 121) and focus on safeguarding the dignity

of the human person – the founding ethical-legal value of the constitutional system. It is exactly in this perspective that this paper, using the deductive method, through researches under the exploratory-qualitative method, and through bibliographic-documentary analysis, aims to demonstrate that one draws the insusceptibility of denunciation of human rights treaties of their own specificity and consequent constitutional hierarchy, extracted from article 5, paragraphs 2 and 3, of the Constitution.

Key words: HumanRights. InternationalTreaties. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito Internacional e o Direito interno é, na lição de Portela (2015, p. 130), objeto de grande controvérsia no Brasil, especialmente pela relutância do legislador em regular expressamente a aplicação das normas internacionais no país, não oferecendo solução à problemática acerca do conflito entre as normas dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e as normas de produção doméstica, cabendo à doutrina e à jurisprudência se debruçar sobre o tema.

Assim, afere-se que, em 1977, o Supremo Tribunal Federal, após profunda inflexão sobre a matéria quando do julgamento do RE 80.004, assentou entendimento no sentido de que os tratados, incluindo-se os de proteção aos direitos humanos, têm status infraconstitucional, de forma que a legislação interna superveniente teria o condão de afetar tratado em vigor a ela anterior. Essa posição, contudo, não esteve imune a críticas, mostrando-se ainda mais insustentável no âmbito das convenções de proteção aos direitos humanos, devido a seu caráter especial, na medida em que, "diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano." (TRINDADE, 1999, p. 147).

Não por outra razão, a Constituição de 1988, de forma inédita, na qualidade de marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, consagrou tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos, ao prever, mediante regra contida no §2º do seu art. 5º, que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais".

O STF, entretanto, a despeito da referida inovação trazida pela Carta de 1988, mantivera a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, seriam equiparados hierarquicamente às leis ordinárias. Além dessa concepção, defendida pelo STF à época e que conferia aos tratados de direitos humanos posição equivalente às leis ordinárias, existiam algumas

outras concepções relativas à hierarquia desses tratados, pelo que o legislador constituinte derivado, buscando dar cabo à polêmica doutrinária e jurisprudencial instaurada acerca do tema, introduziu, mediante a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispondo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

O advento do §3º do art. 5º da Carta Magna, entretanto, não conferiu resposta à problemática concernente à condição dos pactos que versam sobre direitos humanos aprovados anteriormente à sua vigência e, portanto, fora dos parâmetros estabelecidos para fins de equiparação às emendas à Constituição, dando margem a ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, agora com novos contornos. Nesse âmbito, destaca-se julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 03 de dezembro de 2008, porquanto importou em significativa modificação de sua compreensão quanto ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, substituindo-a por dois entendimentos: o atualmente majoritário, de supralegalidade dos pactos relativos a direitos humanos, e o de sua constitucionalidade.

Nesta perspectiva, o propósito desse trabalho - ao revisitar o tema - é contribuir para a sedimentação do debate acerca das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais relativas à hierarquia dos tratados de direitos humanos e as suas respectivas implicações na (im)possibilidade de sua denúncia, estimulando reflexão que, mediante interpretação sistemática e teleológica do texto da Carta de 1988, conduza à alternativa hermenêutica mais afinada com o mandamento da maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, a força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e o primado da substância sob a forma.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS E SEU PROCESSO DE FORMAÇÃO

O tratado internacional, ensina-nos Rezek, conceitua-se como "todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público [Estados e Organizações Internacionais], e destinado a produzir efeitos jurídicos." (REZEK, 2013, p. 38).

Na definição de Louis Henkin (1983 apud PIOVESAN, 2012, p. 100), por sua vez:

O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional.

Na forma do que disciplina a Convenção de Viena de 1969, consoante dicção de seu art. 2º, 1, a,

'tratado' designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular.

Das definições em referência se extraem informações elementares sobre os tratados internacionais, destacando-se, em primeiro momento, a imprescindibilidade do consentimento entre as partes. Nesse sentido, entende Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012, p. 101) que

[...] a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção. Os tratados não podem criar obrigações para os Estados que neles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional. Como dispõe a Convenção de Viena: "Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Acrescenta o art. 27 da Convenção: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado". Consagra-se, assim, o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional.

Além do consentimento entre as partes como expressão, por excelência, dos tratados, existem outros dois elementos relativos à celebração de acordos internacionais que são intransponíveis e, portanto, merecem especial atenção: a forma e os sujeitos.

No que se refere à forma, tem-se que esta deverá necessariamente ser escrita, na medida em que, como bem assevera Francisco Rezek (REZEK, 2013, p. 41), a oralidade briga com a própria noção histórica de tratado, dizendo respeito, em regra, às normas consuetudinárias, as quais também consistem em fontes do direito internacional.

Ainda no que concerne à forma, em consonância com aquilo que restou estabelecido no art. 2º, 1, a, da Convenção de Viena de 1969, poderá o pacto consubstanciar-se em um ou mais instrumentos, o que significa que, além de seu texto principal, "pode haver outros documentos associados ao acordo, a exemplo de anexos e protocolos adicionais, úteis para regular ou esclarecer situações mais específicas ou de maior complexidade técnica." (PORTELA, 2015, p.86).

Os sujeitos, por sua vez, são as pessoas jurídicas de direito internacional público: os Estados soberanos, aos quais se equipara a Santa Fé, e as Organizações Internacionais.

Reunidos os três elementos suprarreferidos, passará a existir um tratado de direito internacional. A sistemática concernente ao exercício de sua celebração, por sua vez, como preceitua Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012, p. 103), é deixada a critério de cada Estado:

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se de mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado.

Segue:

[...] Vale dizer, não obstante a assinatura pelo órgão do Poder Executivo, a efetividade do tratado fica, via de regra, condicionada à sua aprovação pelo órgão legislativo e posterior ratificação pela autoridade do órgão executivo.

Daí se extrai que a assinatura do tratado, *per se*, não conduz à obrigatoriedade de sua observância pelo Estado pactuante.

Para tanto, imprescindível a sua ratificação, entendida essa como, em cotejo com a lição de Casella; Accioly; Silva (2012, p. 167), "o ato administrativo mediante o qual o chefe

de estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário”.

A ratificação, deve-se ressaltar, em observância às lições de Francisco Rezek (2013, p. 73), deve ser entendida como ato internacional e como ato de governo:

Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar - o que no léxico significa confirmar -, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixou pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto.

O fato é que, como assevera Piovesan (2012, p. 104), “a ratificação é ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno”. Ou, noutros termos, “a ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.” (PIOVESAN, 2012, p. 103).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, mediante regra contida nos artigos 84, VIII, e 49, I, consagra a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que “não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional.” (PIOVESAN, 2012, p. 104).

Isso porque o art. 84, VIII, da Carta Magna, determina que é competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao passo que o art. 49, I, da nossa Lei Maior, prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Os tratados internacionais, portanto,

demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. (PIOVESAN, 2012, p. 104).

Excetuam-se da imprescindibilidade de ratificação dos tratados para fins de produção de seus efeitos aqueles que não acarretem compromissos gravosos para o

Estado brasileiro, hipótese na qual, em cotejo com aquilo que determina o art. 49, I, do texto constitucional, não é necessário submeter o acordo à apreciação congressional.

Em regra, no entanto, é exigível para que um tratado produza efeitos jurídicos a celebração pelo representante do Poder Executivo, a aprovação pelo Congresso Nacional e, ainda, a posterior ratificação pelo Presidente da República.

Sobre essa sistemática, observa Louis Henkin (1983 apud PIOVESAN, 2012, p. 105-106):

Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘checks and balances’. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.

Observa-se, assim, que a vontade nacional, na lição de Francisco Rezek (2013), afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, em clara observância à descentralização de poder, assenta sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos: a vontade singular de qualquer deles é necessária, porém não suficiente; diferente sistemática, como se verá, é aquela alusiva à denúncia, ato pelo qual o Estado se desvincula de um tratado, desobrigando-se de cumprir os compromissos nele estabelecidos sem que isso enseje a possibilidade de responsabilização internacional.

Ultrapassados esses trâmites, com a consequente entrada em vigor do tratado, passa a ganhar relevo a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno que, na lição de Portela (2015, p. 130), é objeto de controvérsia no Brasil, especialmente pela relutância do legislador em regular expressamente a aplicação das normas internacionais no país, não oferecendo solução à problemática acerca do conflito entre as normas dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e as normas de produção doméstica.

Diante desse contexto, de ausência de estabelecimento de regras atinentes à matéria pelo poder constituinte brasileiro, coube à doutrina e à jurisprudência debruçar-se sobre o tema.

Assim, em 1977, o Supremo Tribunal Federal, após profunda inflexão sobre a matéria quando do julgamento do RE 80.004, assentou entendimento no sentido de que os

tratados têm status infraconstitucional, são equiparados à legislação ordinária doméstica e, na forma do que disciplina Portela (2015, p. 130), "em caso de conflitos com preceitos da mesma espécie, se submetem aos critérios cronológico e da especialidade, podendo ser derogados por normas mais novas ou especiais."

Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Francisco Rezek (2013, p.129):

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça - sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

E arremata (2013, p.130):

Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

A ementa do RHC 79785, por sua vez, sintetiza os fundamentos do entendimento majoritário acerca da hierarquia infraconstitucional dos atos internacionais no Brasil nos seguintes termos:

A Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, "b"). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001, p. 429).

Celso D. Albuquerque Mello (1998, p. 70), contudo, em entendimento contrário quanto à matéria, especificamente no que se refere à aplicação do critério *lex posterior derogat priori* no âmbito do conflito entre normas internacionais e normas internas, realça:

A tendência mais recente adotada no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004,

decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Essa decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

Seguindo o mesmo posicionamento, entende Flávia Piovesan (2012, p. 118/119) que

(...) o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional - os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2012), em atenção ao princípio da boa-fé, vigente no direito internacional, e àquilo que disciplina o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - que determina não poder o Estado-parte invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado -, sustenta que os tratados internacionais, excetuando-se aqueles que versam sobre direitos humanos, como se verá a seguir, têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal - posição intermediária, superior às leis internas em geral e inferior à Constituição da República.

3 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E INSUSCETIBILIDADE DE DENÚNCIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS NO BRASIL

Entende Cançado Trindade (1999) que a equiparação dos tratados à legislação ordinária infraconstitucional implica, em última análise, a própria negação do direito internacional e que, no âmbito dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos, mostra-se ainda mais claramente insustentável. Daí porque,

como assinala a jurisprudência internacional, os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. (TRINDADE, 1999, p. 147).

A excepcionalidade reservada às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, se justifica na medida em que a discussão que permeia o tratamento jurídico conferido àquelas, sobretudo em observância à prioridade que a Carta

Magna de 1988 atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana - valor ético-jurídico fundante do sistema constitucional -, requer especial atenção.

Não por outra razão, a Constituição de 1988, de forma inédita, na qualidade de marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, consagrou tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos, ao estabelecer ao fim da Declaração de Direitos por ela prevista que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Quanto à inovação trazida pela Carta de 1988 e inserta em seu art. 5º, §2º, defende Flávia Piovesan (2012, p. 108) que

[...] ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

E continua (2012, p. 108), aduzindo que:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Com efeito, outra não pode ser a leitura do expresso no parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88; através do referido preceito, caracterizado como cláusula constitucional aberta, o legislador originário abriu espaço à incorporação dos direitos e garantias previstos em tratados internacionais na ordem constitucional pátria, assumindo expressamente, por consectário lógico, o seu caráter constitucional.

Ainda, no dizer de Antônio Augusto Cançado Trindade (1988, p. 631):

Assim, a novidade do art.5º (2) da Constituição Federal de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Para Flávia Piovesan (2012), a interpretação acima, mediante a qual os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o universo dos direitos constitucionalmente previstos, é aquela que melhor se coaduna com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Isso porque

[...] todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais [...] Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, §2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos. (PIOVESAN, 2012, p. 115).

Entretanto, a despeito da referida inovação trazida pela Carta de 1988, ao prever a incorporação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais no "bloco de constitucionalidade", o STF mantivera a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, seriam equiparados hierarquicamente às leis ordinárias.

Além dessa concepção, defendida pelo STF à época e que conferia aos tratados de direitos humanos posição equivalente às leis ordinárias, e da concepção que defende o

status constitucional dos tratados de direitos humanos, existem outras duas correntes doutrinárias: uma delas afilia-se à hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, ao passo que a outra defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados em referência.

Foi nesse contexto que o legislador constituinte derivado, buscando dar cabo à polêmica doutrinária e jurisprudencial instaurada acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, introduziu, mediante a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição."

O advento do §3º do art. 5º da Carta Magna, entretanto, não conferiu resposta à problemática concernente à condição dos pactos que versam sobre direitos humanos aprovados anteriormente à sua vigência e, portanto, fora dos parâmetros estabelecidos para fins de equiparação às emendas à Constituição.

Por essa razão, o tema foi objeto de farta produção doutrinária e acirrado debate jurisprudencial, destacando-se aquele quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 03 de dezembro de 2008, porquanto importou em abandono da posição anteriormente defendida pelo STF, no sentido de que as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos equivaleriam às leis ordinárias, substituindo-a por dois entendimentos: o atualmente majoritário, de supralegalidade dos pactos relativos a direitos humanos, defendido, dentre outros, pelo Ministro Gilmar Mendes; o de sua constitucionalidade, vencido na oportunidade e defendido pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

Na ocasião, o STF, em decisão paradigmática e que rompe jurisprudência consolidada, embora dividido especificamente quanto à hierarquia supralegal ou constitucional dos tratados de direitos humanos, convergiu no que se refere à sua primazia hierárquica em face da legislação ordinária do Estado brasileiro, conferindo-lhes regime jurídico distinto daquele reservado aos tratados tradicionais.

Aqui, imprescindível transladar excertos do voto emblemático proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, defensor da tese de supralegalidade dos tratados de proteção aos direitos humanos, que, no supracitado julgamento, se sagrou vitoriosa:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

(...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese de legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relação do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (BRASIL, 2009, p. 11).

E conclui:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de 'supralegalidade' aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de 'supralegalidade'. (...) Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2009, p. 21).

Afere-se, portanto, que o entendimento que restou majoritário no STF quando do julgamento do RE 466.343 foi o de que os pactos ratificados anteriormente à vigência do §3º do art. 5º não poderiam ter *status* constitucional, mas tão somente supralegal - repita-se, posição intermediária, superior às leis internas em geral e inferior à Constituição da República.

Restou vencida a tese, defendida por este trabalho, de constitucionalidade dos tratados de proteção aos direitos humanos ratificados no Brasil, inclusive aqueles anteriores à vigência do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

Àqueles que defendem referida tese, perfilhando-se à parcela da doutrina, representada, fundamentalmente, por Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado

Trindade, a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos é extraída não apenas do diálogo entre os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, como também, e principalmente, do próprio conteúdo normativo de suas disposições: tratados de direitos humanos devem ser recepcionados em grau constitucional "por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional". (PIOVESAN, 2012, 139).

Essa é, na lição de Flávia Piovesan, a hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, mediante a qual, inspirada por uma lógica e racionalidade material, afirma-se o primado da substância sob a forma¹²⁴:

(...) por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade da pessoa humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. (PIOVESAN, 2012, p. 128).

Avançando no tema, imperiosa transcrição do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, mediante o qual reavalia seu próprio entendimento quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos, passando a abraçar a tese de sua constitucionalidade:

Após longa reflexão sobre o tema, (...) julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a

124 Para José Joaquim Gomes Canotilho: "A legitimidade material da Constituição não se basta com um "dar forma" ou "constituir" de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)". (Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74).

conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles vinculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de 'supralegalidade', como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (BRASIL, 2008, p. 19).

Segue:

(...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) - da 'prevalência dos direitos humanos' permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (BRASIL, 2008, p. 38-39).

E destaca:

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no §2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o 'iter' procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o §3º do art. 5º da Constituição. (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o §2º do art.5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua

integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. (BRASIL, 2008, p. 52-53).

Nessa mesma linha, realça Celso Lafer (2005, p. 16) que

o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

Ainda nesse sentido, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18.799, tendo como relator o Ministro José Delgado:

(...) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar que 'os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais'. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1º supradetermina, peremptoriamente, que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006, p. 1)

São, portanto, quatro os principais argumentos que subsidiam a tese de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil:

a) interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que

apontem agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do §3º do art. 5º aponta uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consoante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao §3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a "constitucionalização formal" dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil. (PIOVESAN, 2012, p. 129).

Corroborando com a tese de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, não se pode olvidar que todos aqueles ratificados anteriormente à vigência da Emenda n. 45/2004,

contaram com ampla maioria da Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não eram tampouco previsto. (PIOVESAN, 2012, p. 128).

Este é o cenário, portanto, seguindo a linha defendida por este trabalho: os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, à semelhança daqueles que obedecerem ao *iter* previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal, são normas formal e materialmente constitucionais. Aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, contudo, para hierarquia não só material, como também formalmente constitucional, dada a vigência do § 3º do art. 5º, impõe-se a observância à regra nele contida: *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal qual é a exigência para aprovação das emendas à Constituição, na forma do art. 60, § 2º da Carta.

Daí surgem duas categorias de tratados de proteção aos direitos humanos, na lição de Flávia Piovesan: a) os materialmente constitucionais; e b) os formal e materialmente constitucionais. Quanto à diversidade de regime jurídico que se aplica às referidas categorias, entende a doutrinadora que se "atém à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira do tratado." (PIOVESAN, 2012, p. 139).

Com efeito, a denúncia é o ato unilateral pelo qual o Estado se desvincula de um tratado, desobrigando-se de cumprir os compromissos nele estabelecidos sem que isso enseje a possibilidade de responsabilização internacional. No Brasil, na lição de Portela (2015, p. 120), "a denúncia ainda é ato privativo e discricionário do Presidente da República, materializado por meio de Decreto e que, portanto, não se encontra sujeito à autorização prévia ou referendo posterior do Congresso Nacional".

Ainda consoante as lições de Portela (2015), a denúncia é, portanto, ato do Presidente da República, cuja competência se infere da norma da Constituição Federal (art. 84, VII), que dispõe que "compete privativamente ao Presidente da República: I - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos."

Pois bem, introduzidas essas noções básicas acerca da denúncia, importa destacar, no que concerne às categorias de convenções de direitos humanos e à diversidade do regime jurídico a elas aplicável, que, segundo Flávia Piovesan (2012, p. 139)

(...) enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.

No que diz respeito à insuscetibilidade de denúncia dos tratados material e formalmente constitucionais, continua a referida doutrinadora (2012, p. 141-142):

Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isso porque os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular. (...) É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da "constitucionalização formal" do tratado no âmbito jurídico interno.

Especificamente em relação àqueles apenas materialmente constitucionais, e, em seu entendimento, suscetíveis de denúncia, suscita a imprescindibilidade de democratização do seu procedimento, de forma que se verifique, tal qual na sistemática

concernente à ratificação dos tratados internacionais, conjugação de atos do Legislativo e do Executivo:

Cabe considerar, todavia, que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato da ratificação. Isto é, se para ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento. Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo. (2012, p. 140).

Ainda nesse sentido, posiciona-se Cançado Trindade (1999, p. 144):

Por que a ratificação de um tratado de direitos humanos pelo Executivo - assim como de todos os tratados - está condicionada à prévia aprovação do mesmo Legislativo e sua denúncia não? Não atentaria isto contra o equilíbrio de poderes e a salvaguarda dos direitos em um Estado de Direito?

Esse trabalho, contudo, embora se afilie à premência da democratização do procedimento alusivo à denúncia dos tratados internacionais tradicionais, com a consequente exigibilidade da autorização congressional¹²⁵, perfilha entendimento diferente no que se refere às convenções de proteção aos direitos humanos, quer sejam materialmente constitucionais, quer sejam formal e materialmente constitucionais.

Daí porque, devido ao seu caráter especial dos tratados de direitos humanos, reconhecido pela Constituição Federal mediante a regra contida no §2º do art. 5º, entende-se que a discussão que permeia a denúncia no âmbito desses tratados transcende aquela referente à sua legitimação - Chefe do Poder Executivo ou ato conjugado dos Poderes Executivo e Legislativo - e se volta àquela relativa à sua insuscetibilidade, na medida em que é da própria possibilidade de sua denúncia que se evidencia violação à salvaguarda dos direitos em um Estado de Direito. Nesse sentido, vale transcrição da exortação de Portela sobre o tema:

Não obstante a notoriedade dos supramencionados autores no âmbito dos debates acadêmicos sobre direitos humanos no Brasil atual, e em vista do princípio da primazia dos direitos humanos nas

¹²⁵V. ADI 1625, relator Min. Maurício Corrêa (substituído pelo Ministro Eros Grau), na qual se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158da OIT.

relações internacionais, deve a possibilidade de denúncia ser vista de ângulo que privilegie o primado que a dignidade humana assumiu no contexto da política externa brasileira e dentro do universo jurídico pátrio.

Reitere-se: os tratados de direitos humanos, distinguindo-se dos tratados tradicionais, na lição de Flávia Piovesan (2012, p. 121), transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes e "objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados", advindo dessa especificidade a hierarquia constitucional conferida pela Carta de 1988 às convenções de proteção dos direitos humanos.

Referida especificidade, e, portanto, hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, por sua vez, como disciplina CançadoTrindade (1999, p. 34-35) e como não poderia deixar de ser

(...) tem incidência não só nas regras de interpretação dos mesmos, mas também em outras normas e procedimentos do direito dos tratados - a exemplo das atinentes à terminação dos tratados ou suspensão de sua operação, à denúncia dos tratados, e às reservas aos tratados, no presente contexto da proteção dos direitos humanos.

No que se refere às reservas, pontua:

O atual sistema de reservas, consagrado nas duas Convenções de Viena de 1969 e 1986, padece de insuficiência e falhas notórias, quando transposto ao domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não distingue entre os tratados de direitos humanos e os tratados clássicos, fazendo abstração da *jurisprudence constante* dos órgãos de supervisão internacional de direitos humanos, convergente ao ressaltar tal distinção. (...)Ora, se certos direitos fundamentais afiguram-se inderrogáveis (nos termos dos próprios tratados de direitos humanos), não admitindo portanto quaisquer derrogações que, por definição, são de caráter essencialmente temporário ou transitório, - com maior razão não deveriam admitir quaisquer reservas (...), incompatíveis com o objeto e propósito de referidos tratados. (TRINDADE, 1999, p. 155).

Ora, só é possível lograr coerência com o caráter especial dos tratados de direitos humanos e a hierarquia constitucional conferida àqueles - quer sejam materialmente constitucionais, quer sejam formal e materialmente constitucionais -destinando-se

semelhante entendimento - incompatibilidade com o objeto e propósito dos referidos tratados -, à possibilidade de sua denúncia.

Esse raciocínio advém da interpretação sistemática e teleológica do texto da Carta de 1988, notadamente em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, à natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, à força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e ao primado da substância sob a forma.

Ora, decorrência lógica da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos,

quer dos apenas materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, da CF/88), quer daqueles que o são material e formalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88); é que os direitos por eles introduzidos em nosso ordenamento jurídico constituirão cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, da Carta de 1988. (MORELLI, 2014, p. 21).

Partindo-se dessa premissa de impossibilidade de abolição dos direitos enunciados nos tratados de direitos humanos por emenda à Constituição, visto que resguardados pela cláusula pétrea prevista no art. 60, 4º, IV, da Carta, convém destacar, na lição de Valerio Mazzuoli (2000, p.118):

(...) que se nem mesmo pela via de emenda à Constituição existe a possibilidade de subtração dos direitos já incorporados na Carta Magna, muito menos se pode pensar em tal fato quando para o ato da denúncia, no direito brasileiro, exige-se, como tem demonstrado a prática diplomática a esse respeito, tão somente a vontade privativa do Chefe do Poder Executivo. A conclusão que se chega, então, é que o sistema brasileiro proíbe qualquer tipo de denúncia envolvendo tratados de proteção dos direitos humanos.

Não se pode olvidar, ainda, que, na forma do que disciplina Flávia Piovesan (2012, p. 139), "as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional".

A interpretação mais afinada com o mandamento da maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, tal qual consagrado pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, e com a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais,

inserta no art. 4º, II, da Carta Magna¹²⁶, é, portanto, aquela relativa à insuscetibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos, quer sejam materialmente constitucionais (nos termos do §2º do art. 5º), quer sejam material e formalmente constitucionais (§§2º e 3º do art. 5º).

Sobre o tema, imperiosa a lição de Portela (2007, p. 272):

(...) se a existência das cláusulas pétreas visa mormente a proteger, como reconhece a própria Flávia Piovesan, o núcleo duro da ordem constitucional, do qual fazem parte os direitos da pessoa, parece-nos óbvio que permitir que essa ordem seja alterada pelo ato da denúncia é violar o teor dessas cláusulas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, pag. 76) corrobora com esse entendimento:

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito das emendas constitucionais poderia residir no daí decorrente reforço do argumento - já corretamente sustentado com base no art. 5º, § 2º, da CF - de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valério de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, se adote uma exegese que privilegie a força normativa desses direitos), mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nesta seara.

Leandro Caletti (2007, p. 22), por sua vez, preceitua:

Efetivamente, ter-se-ia uma situação absurda: num primeiro momento, são incorporados a gama de direitos dos indivíduos direitos materialmente fundamentais, de matriz internacional, protegidos, inclusive, pelo manto de intangibilidade do artigo 60, parágrafo 4o, da Constituição Federal, e cuja aplicação seria imediata;

¹²⁶Art. 4º- A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II- prevalência dos direitos humanos;

numa situação seguinte, simplesmente, segundo a melhor conveniência para o chefe do Poder Executivo, tais direitos seriam arrancados e jogados de volta a arena internacional.

(...)

Essa postura, de se retirar mediante denúncia direitos materialmente fundamentais dos indivíduos, sem sombra de dúvidas, depõe contra o princípio orientador do Brasil na arena internacional, qual seja, o da prevalência dos direitos humanos.

Essa realidade – de impossibilidade de denúncia quanto ao tratado de direitos humanos já incorporado –, portanto, não é nova, não adveio a arena jurídica com a entrada em vigência da emenda a Constituição no 45/2004, tendo sua gênese, sim, no regime anterior a mutação constitucional, como sustentado. O que a emenda pode ter feito, e bem verdade, e reforçado, tão-somente, aqueles argumentos já robustos e insuperáveis.

Seguindo a interpretação acima exposta, afere-se que não se pode, *data venia*, corroborar com o entendimento relativo à possibilidade de denúncia de tratados de direitos humanos exclusivamente em virtude seu *quorum* de aprovação. Essa conclusão, contudo, não se atém à proteção dos direitos enunciados nesses tratados conferida pela cláusula pétrea do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Vai além. Daí porque, cumulativamente a isso, entende-se que a diferenciação proposta, quanto à (im)possibilidade de denúncia exclusivamente em razão da forma, vai de encontro à lógica material e não formal que deve imperar na hermenêutica emancipatória dos direitos humanos, em atenção às lições de Flávia Piovesan. Rememore-se:

À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. (PIOVESAN, 2012, p. 128).

Os diplomas internacionais de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, versam sobre a mesma matéria e têm o mesmo fim precípua: a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Não por outra razão referida diferenciação

(...) parece-nos um tratamento de lógica duvidosa no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e em vista da prevalência deste corpo normativo, já que estabelece regimes jurídicos diferentes para tratados que versam sobre o mesmo tema, abrindo a possibilidade de que o Estado se descomprometa com certos aspectos de proteção da pessoa, quando o princípio da prevalência dos direitos humanos exige que o Estado avance na garantia do primado da dignidade humana no mundo do qual faz parte. (PORTELA, 2007, p. 272)

Pelo que:

(...) entendemos que permitir a denúncia de alguns tratados de direitos humanos é, novamente, estabelecer um tratamento diferenciado dos direitos que se encontram consagrados nesses compromissos, novamente ferindo aquilo que Cançado Trindade chama de "concepção necessariamente integral" desses direitos, a qual tem como um de seus principais desdobramentos, cabe recordar, a vedação da divisão dos direitos humanos em categorias diferentes. (PORTELA, 2007, p. 273)

De todo o exposto, entende-se que a ausência de lastro formalmente constitucional no âmbito dos tratados de direitos humanos não pode representar óbice de natureza formal de relevância superior ao conteúdo material dos direitos aclamados e constitucionalmente consagrados, pelo que, com vistas a garantir a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, na lição de Portela (2007, p. 273), "entendemos que deve ser mantida a possibilidade de o Brasil denunciar um tratado, mas apenas para que este seja substituído por outro compromisso internacional que amplie a proteção da pessoa".

Essa é a conclusão que se extrai da interpretação teleológica do texto constitucional, pautada sobretudo pela natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais e pelo princípio basilar de nosso ordenamento político-jurídico de prevalência da dignidade da pessoa humana, em benefício último dos seres humanos protegidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, através de análise doutrinária e jurisprudencial - embora concisa devido à limitação intrínseca à extensão desse trabalho - é possível inferir que a tese de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos é a que melhor se harmoniza com os valores prestigiados pela Carta de 1988, em especial o da dignidade da pessoa humana, repita-se, valor fundante do sistema constitucional.

Da referida hierarquia constitucional, por sua vez, oriunda da inserção dos direitos enunciados nesses tratados no catálogo de direitos constitucionalmente plasmados e, ainda, do diálogo entre os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, duas asserções são extraíveis: a primeira delas se refere à incidência da proteção conferida pela cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, às reportadas convenções de proteção aos direitos humanos, e a segunda, decorrente daquela, diz respeito à insuscetibilidade de denúncia dessas convenções - quer sejam material e formalmente constitucionais ou apenas materialmente constitucionais -, excetuando-se tão somente a hipótese de denúncia para posterior substituição por outro compromisso internacional que venha a ampliar a proteção dos direitos humanos consagrados.

Essa é a conclusão mais afinada, também, com a lógica material e não formal que deve imperar no âmbito da proteção aos direitos humanos, e advém da interpretação sistemática e teleológica do texto da Carta de 1988, notadamente em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, à natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, à força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e ao primado da substância sob a forma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.

Acesso em: 09 set. 2018.

CASELLA; ACCIOLY; SILVA. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1388, 20 abr. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9754>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

MORELLI, Mânlio Souza. A não obrigatoriedade da filiação partidária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4115, 7 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32545>>. Acesso em: 05 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos e relações internacionais**. Campinas-SP: Agá Juris, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução da Assembléia da República n.º 67/2003. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969**. Viena. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/>>. Acesso em: 05 Out. 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados internacionais de direitos humanos: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) -Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre a Incorporação e a Hierarquia dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira, Especialmente em Face do Novo § 3º do Art. 5º da Constituição de 1988. **Revista de**

Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, p. 69-86, mai. 2007. ISSN 2238- 5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42121>>. Acesso em: 08 out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42121>.

STF. HABEAS CORPUS: HC nº 87.585-8 TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 26.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 06 out. 2018.

STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC nº 18.799 - RS (2005/0211458-7). Relator: Ministro José Delgado. DJ: 08.06.2006. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/74_RHC%2018799.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE nº 80.004 SE. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 29.12.1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 10 out. 2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE nº466.343-1 SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 05.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

A IMPOSSIBILIDADE DO USO DOS ELEMENTOS CONTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL VISANDO CONDENAÇÃO EM PLENÁRIO DO JÚRI

ÉRIKA SILVEIRA GUERREIRO: Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de Cuiabá – UNIC. Servidora Pública junto a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso.

Resumo: Este trabalho tem por finalidade demonstrar a impossibilidade do uso dos elementos contidos no inquérito policial, tanto para a decisão de pronúncia, quanto em Plenário do Tribunal do Júri visando condenação do réu. Para tanto, abordar-se-á os sistemas processuais penais que existem no país, com ênfase de repercussão no Tribunal do Júri, demonstrando, assim, que a utilização dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual e o uso destes em Plenário acabam maculando o devido respeito e aplicação do sistema acusatório, apontando a solução que se adegue ao Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada na elaboração do presente termo de conclusão de curso pautou-se, essencialmente, em pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Tribunal do Júri. Sistema Acusatório. Sistema inquisitório.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the impossibility of using the elements contained in the police investigation, both for the indictment decision, and in the Plenary of the Jury Court aiming at sentencing the defendant. In order to do so, the criminal procedural systems that exist in the country will be approached, with an emphasis on repercussions in the Jury Court, thus demonstrating that the use of information collected in the pre-procedural phase and their use in the Plenary end up tarnishing the due respect and application of the accusatory system, pointing out the solution that fits the Democratic State of Law. The methodology used in the elaboration of this course conclusion term was essentially based on bibliographic, documentary, legislative and jurisprudential research.

Keywords: Police Inquiry. Jury court. Accusatory System. Inquisitorial system

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. 2.1 Sistema Inquisitório. 2.2 Sistema Acusatório. 2.3 Sistema Brasileiro. 3 INQUÉRITO POLICIAL. 3.1 Natureza Jurídica. 3.2 Valoração. 4 O TRIBUNAL DO JÚRI. 4.1 Origem. 4.2 Composição. 4.3 Sistema de Valoração dos Jurados. 5 DA IMPOSSIBILIDADE DO USO DOS ELEMENTOS CONTIDOS

NO INQUÉRITO POLICIAL VISANDO CONDENAÇÃO NO PLENÁRIO DO JÚRI.
CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Embora adotado expressamente pelo Código de Processo Penal o sistema acusatório, a valoração das provas tanto na decisão de pronúncia quanto em Plenário do Júri ainda tem forte traço inquisitorial, sendo frequente o uso dos elementos informativos colhidos no inquérito policial.

Constatada essa situação, antes de adentrar na análise detalhada da produção de produção de provas envolvendo o Júri, é necessário trazer aspectos ligados aos direitos e garantias individuais, aos sistemas processuais penais pátrios e aquele que rege o processo penal brasileiro, qual seja, o sistema acusatório, o qual é mitigado quando usado para se chegar à condenação daquele indivíduo que responde a um crime doloso contra a vida e seus conexos.

Assim, não é de hoje que existe a discussão, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, se seria possível o uso do inquérito policial para fundamentar decisão de pronúncia e, notadamente, se é cabível uso dos elementos colhidos na fase pré-processual em Plenário do Júri visando condenação, tendo em vista o princípio da íntima convicção dos jurados e o sistema acusatório vigente em nosso país e estabelecido em nossa Constituição Federal de 1988.

Este trabalho visa refletir sobre o uso do inquérito policial ao longo de todo o rito do Tribunal do Júri, a partir do recebimento da denúncia, até decisão soberana dos jurados, para que possamos, finalmente, fazer valer o verdadeiro sistema acusatório.

Portanto, procura-se trazer soluções para que os direitos e garantias daquele que comete um crime doloso contra a vida possam ser respeitados, notadamente a plenitude de defesa que rege a persecução penal no Tribunal do Júri.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A variação estrutural do processo penal passa por profundas alterações e evoluções ao longo dos anos, de acordo com a ideologia predominante de sua época, que podem ser punitivista/autoritária ou libertária/democrática.

O sistema acusatório predominou até o século XII, sendo substituído, aos poucos, pelo sistema inquisitivo, tendo este prevalecido até século XVIII.¹²⁷

Em termos de Brasil, por termos passado por diversas fases políticas, já tivemos períodos em que houve predominância do sistema inquisitorial, com destaque para a época da ditadura militar, mas a Constituição Federal de 1988 fez surgir, como predominante, o sistema acusatório, apesar de parte da doutrina entender que hoje, o sistema vigente no país é o misto, já que na fase pré-processual temos relevância do modelo inquisitivo e, na fase judicial, do modelo acusatório.

2.1 Sistema Inquisitório

No período da alta idade média, a Igreja Católica passou a ser uma das instituições mais poderosas do mundo, assumindo o caráter político e ditando os rumos da Europa. Entretanto, o crescimento do comércio fez surgir no indivíduo medieval uma mudança de mentalidade, buscando refúgio em bens materiais e facilidades que a comercialização de produtos trazia.

A partir dessas mudanças, a Igreja Católica percebeu que foi perdendo o controle sobre a vida das pessoas, necessitando, portanto, retomar o domínio sobre a sociedade, além de manter o seu poder político. Assim, no meio deste contexto histórico, surge a Inquisição.

A Inquisição, como conhecemos hoje, não surgiu de um ato autônomo e imediato de algum governante, pois ela foi sendo construída aos poucos, através de vários atos realizado por inúmeros governantes, dentre os quais destaco o *ad abolendam*, ato que possibilitou com que os inquisidores perseguissem aos hereges, não necessitando mais de eventual *notitia criminis*, e a busca da verdade se tornou o seu lema.

Em tal período, não existia codificação para consulta do inquisitor (juiz) chegar á sua decisão, ou seja, não existia método predefinido. Assim, na Europa, foram surgindo orientações para servirem de base para o juiz, dentre esta destca-se "*O Malleus Maleficarum*" (1486), de Heinrich Kramer e James Sprenger, o mais conhecido dessas "legislações", trazendo a mulher como manifestação do diabo (bruxa).

127 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Págs. 40/41.

Pode-se dizer que o Processo Inquisitorial possui a mesma característica norteadora de todo o sistema, qual seja, a gestão da prova está centralizada no inquisidor, que investiga, acusa e decide, não necessariamente nesta ordem.

O réu (herege), neste sistema, é apenas objeto de prova e a confissão é a rainha delas, devendo ser alcançada a qualquer custo, mesmo com base na tortura¹²⁸, já que o objetivo central desse sistema é chegar-se à “verdade real”, independente dos meios.

Ademais, sabe-se que o sistema inquisitório, apesar de ultrapassado, ainda continua vigente e, ordenamentos jurídicos por todo o mundo, já que os sistemas processuais penais não são puros, havendo passagens inquisitoriais em boa parte dos Códigos de Processo Penal, inclusive no pátrio.

2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem-se como originado no Direito Grego, em que a persecução penal se desenvolveu com a participação direta do povo no exercício da acusação.

Entretanto, o problema desse sistema, na sua forma original, consistia que a acusação realizada pelos particulares era bastante falha, passando a exigir uma postura mais ativa por parte dos juízes, o que acabou acarretando o surgimento do sistema inquisitivo.

Com a Revolução Francesa e suas ideologias de valorização do homem e dos direitos e garantias fundamentais, o sistema inquisitivo perdeu força, dando espaço ao sistema acusatório, novamente. Todavia, os erros do passado não poderiam ser de novo cometidos e a acusação não poderia ficar nas mãos de particulares.

Assim, dividiu-se a persecução penal em duas fases diferentes, sendo que a responsabilidade pela acusação ficaria com o Estado, no entanto, por meio de um órgão distinto do juiz, fazendo surgir o Ministério Público.

Aury Lopes Jr., ao citar Carnelutti, explica que há uma ligação entre o sistema inquisitivo e o Ministério Público, pela necessidade de divisão das figuras da persecução

¹²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2012/09/introducao-aos-principios-gerais-o.html>>. Acesso em: 16 jun 2022.

penal. Nesse contexto, o parquet seria uma parte fabricada, que surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz.¹²⁹

Dentro desse sistema, o Ministério Público é parte no processo penal, sendo responsável pelo exercício de uma pretensão acusatória, enquanto a outra parte fica responsável pela defesa e, por fim, existe a figura do juiz imparcial.

A adoção do sistema acusatório exige o respeito e garantia da divisão da persecução penal em duas fases distintas (investigação e processo), concentrando as ações processuais (acusação, defesa e julgamento) em pessoas diversas, além de demandar a observância de outras características, tais como a postura do juiz que deve abster-se de participar da produção de provas, deixando essa função apenas para as partes (acusação e defesa), garantindo, assim, a imparcialidade do magistrado.

Logo, o sistema acusatório tem como uma de suas premissas a inércia judicial, mesmo diante de eventuais falhas oriundas da atividade acusatória e até mesmo defensiva, pois o Estado, assim como criou o Ministério Público, para mitigar os entraves decorrentes de uma acusação mal administrada, fez criar também a Defensoria Pública, que juntamente com a Ordem dos Advogado do Brasil, por exemplo, exercem o serviço de defesa, aquele de maneira pública e este de forma privada.

Frente ao exposto, podemos sintetizar as principais características de um sistema acusatório puro da seguinte forma: 1) distinção entre as atividades de acusar, defender e julgar; 2) a iniciativa probatória cabe exclusivamente às partes; 3) a figura do juiz deve se manter inerte e imparcial, sem qualquer participação na atividade probatória; 4) predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes do processo; 5) vigora a publicidade e a oralidade; 6) observância do contraditório e da ampla defesa; 7) inexistência de um sistema tarifado de provas, prevalecendo o livre convencimento motivado do julgador; 8) possibilidade de revisão das decisões por meio do duplo grau de jurisdição; 9) existência de coisa julgada; 10) o imputado deve ser tratado como sujeito de direito (desde a investigação criminal) e não como objeto de direito.

2.3 Sistema Processual Penal Brasileiro

¹²⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

A doutrina entende, majoritariamente, que o nosso sistema processual penal deveria ser classificado como misto, pois há prevalência de características inquisitórias na fase pré-processual (fase de inquérito) e de características acusatórias na fase processual.

Todavia, ousamos discordar dessa classificação imposta pela doutrina majoritária, pois o fato de haver duas fases, uma na qual as garantias fundamentais são reduzidas em prol da investigação (inquérito/fase pré-processual), e outra em que as garantias fundamentais supostamente prevalecem e são respeitadas (fase processual), não é critério suficiente para classificar o sistema processual brasileiro como misto.

Entendemos que não existem mais sistemas processuais puros, pois todos os sistemas são mistos. Logo, para que se possa classificar um sistema, é necessário analisá-lo sob o enfoque do seu princípio informador, basilar.

Se o princípio basilar for inquisitivo, ou seja, se a figura da acusação e da decisão estão nas mãos de uma única figura, estaremos diante de um sistema processual inquisitivo. No entanto, se o princípio informador for dispositivo (gestão das provas nas mãos da acusação e da defesa, sendo o juiz imparcial), estaremos diante de um sistema acusatório.

O sistema processual será classificado conforme a atuação do julgador na persecução penal, porque não basta a separação inicial de funções para que o sistema seja classificado. Ou seja, se o juiz tem conduta ativa no curso do processo, não é uma simples divisão inicial de funções ou o reconhecimento de que, de fato, há contraditório e publicidade na fase processual, para que o sistema seja acusatório.

Nesse sentido:

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório

desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.¹³⁰

Somente haverá imparcialidade quando o juiz estiver distante da colheita da prova. Magistrado que tem poderes instrutórios acaba tendo sua imparcialidade purgada.

Não se está dizendo que o juiz deva ser neutro, até porque isto é impossível, mas é necessário salientar que ele não poderia participar da produção das provas.

Desta forma, por mais que tenham havido alterações promovidas pela Lei nº. 13.964/19, notadamente introduzindo o art. 3-A131 no Código de Processo Penal, o qual expressa, literalmente, que nosso sistema processual penal é acusatório, na verdade e na prática, o processo penal brasileiro é inquisitório, pois o princípio informador é o inquisitivo, já que a gestão da prova continua nas mãos do juiz, que acaba atuando de maneira ativa e direta na produção probatória, já que a retromencionada lei não promoveu a revogação de uma série de dispositivos legais nesse sentido, não sendo suficiente apenas dizer o que disse.

3 INQUÉRITO POLICIAL

Algumas considerações sobre o inquérito policial deverão ser tratadas aqui, para podermos chegar ao ponto principal do presente trabalho.

O Inquérito Policial, que tem origem na Grécia Antiga, somente adentrou em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Lei nº 2.033, de 20/09/1871, regulamentada pelo Decreto nº 14.824, de 28/11/1871, em que o Estado assumiu para si a atribuição de investigar, delegando aos agentes públicos da polícia judiciária tal competência.

O art. 42, da Lei nº 2.033/1871, trazia a definição de tal instituto, da seguinte forma: "*O Inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o desenvolvimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito*".¹³²

130 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Pág. 29.

131 BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 jun 2022.

132 BRASIL. **Lei nº 2.033, DE 20 de Setembro de 1871.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm Acesso em: 19 jun 2022.

Diante desta definição, tem-se que o Inquérito Policial consiste em todo procedimento policial que visa obter elementos indispensáveis à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, subsidiando eventual inicial acusatória.

Pela conceituação exposta, a doutrina traça como características essenciais do inquérito policial as seguintes: formal, inquisitorial, sigiloso, discricionário, obrigatório (nas ações penais públicas) e indisponível.

Formalidade, pois, o Código de Processo Penal, em seu art. 9º, exige que as peças do inquérito sejam reduzidas a escrito ou datilografadas. Inquisitorial porque nele não há contraditório e nem ampla defesa, sendo tais postergados para a ação penal. Sigiloso para a melhor elucidação do fato, visando não frustrar o seu fim, qual seja, chegar aos indícios da autoria e prova da materialidade.

A discricionariedade reside na liberdade da autoridade policial em agir, para a apuração do fato criminoso, dentro dos limites da lei. Quanto à obrigatoriedade, ela somente existe nos crimes que se apura mediante ação penal pública, já que nestes a instauração do inquérito é obrigatória, tendo a autoridade policial o dever de instaurá-lo, de ofício, assim que tenha a notícia da prática da infração.

Por fim, ele é indisponível, pois, instaurado regularmente, não poderá a autoridade arquivá-lo, devendo prosseguir com a sua condução.

3.1 Natureza Jurídica do Inquérito Policial

A doutrina majoritária trata o inquérito policial como sendo um procedimento administrativo, de caráter informativo e preparatório para a ação penal, não existindo nele o contraditório.

Neste sentido, apesar de ser um mero procedimento administrativo, ou seja, com enfoque no direito administrativo, como há possibilidade de restrições as liberdades individuais do investigado, deve o inquérito ser analisado sob o enfoque também do direito processual penal constitucional.

Assim, como possui caráter inquisitório de um procedimento administrativo, neste momento não existindo o acusado, figurando ou não tão somente a figura do investigado, o contraditório fica postergado para a fase processual.

3.2 Valoração do Inquérito Policial

O valor probatório do Inquérito Policial é peculiar, pois a ele não se pode atribuir uma valoração tão especial, ao ponto de ser tão somente o elemento ensejador da

convicção do juiz, pois este procedimento administrativo, de caráter inquisitivo, tem o valor apenas informativo para a instauração da ação penal, já que nele não há contraditório.

O inquérito policial serve de base para a ação penal, tanto que acompanha a inicial acusatória para servir de base ao Judiciário admitir ou não o início do processo penal e, sendo recebida a ação penal, a partir daí serão iniciados os atos de instrução probatória.

Tal valor é corroborado pelo enunciado do art. 155, do Código de Processo Penal, que assim aduz:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹³³

Como se vê, o inquérito policial apenas fornece elementos informativos, que se prestam para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, ou seja, para subsidiar a propositura da inicial acusatória (ação penal/denúncia) e, assim, o juiz receber ou não a denúncia, além de poder subsidiar eventuais medidas cautelares ao longo da fase inquisitiva e processual.

Gustavo Henrique Badaró entende que:

Os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o juiz.¹³⁴

José Frederico Marques doutrina também no mesmo sentido, entendendo que *“em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”*.¹³⁵

Segundo Aury Lopes Jr., o inquérito também filtra e aporta as fontes de informações úteis, dizendo quem deve ser ouvido e não o que foi declarado, pois a

133 BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 jun 2022.

134 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. RT. São Paulo: 2015, p. 141

135 MARQUES, José Frederico. **Elementos de processo penal**. v. I Bookseller. Campinas. 1997. p, 194.

declaração válida como prova somente é aquela que é produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.¹³⁶

Somente em situações excepcionais, notadamente que a produção probatória foi impossível de ser realizada em juízo, pode ser transferida carga probatória aos atos do inquérito, conforme o incidente de produção antecipada de provas (art. 225, do Código de Processo Penal).

Para servir como prova, os atos investigativos devem ser produzidos na fase processual, com a presença do juiz e das partes (acusação e defesa), com a rígida observância das formalidades previstas na legislação pátria, sob pena de os fins justificarem os meios.

Apesar disso, a prática forense é bem diferente, pois é bem comum os magistrados do país fundamentarem suas decisões exclusivamente com elementos informativos colhidos durante a fase inquisitorial, fazendo com que as defesas levam às instâncias superiores a necessidade de correções de tais decisões.

Muito mais comum ainda é o uso das peças inquisitivas para fundamentar a decisão de pronúncia e levar o denunciado ao Tribunal do Júri, momento no qual o representante do Ministério Público, cotidianamente, também faz o uso das peças contidas no inquérito policial para sustentar a acusação, correndo o risco de os jurados condenarem com base somente no que consta no inquérito policial, o que será demonstrado, no presente trabalho, a sua impossibilidade.

4 O TRIBUNAL DO JÚRI

Neste tópico, traçarei um pouco do instituto do Tribunal do Júri, onde serão demonstradas algumas das suas especificidades, como a criação, funcionamento, composição e, finalmente, chegando até o ponto do sistema de valoração dos jurados e a impossibilidade de uso do Inquérito Policial no plenário do Júri.

4.1 Origem

O Tribunal do Júri remonta desde a Roma Antiga, mas teve seu surgimento no mundo moderno no ano 1.215, na Inglaterra, sendo disseminado na Europa após a Revolução Francesa, como forma de reação ao absolutismo monárquico.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Pág. 158.

No Brasil, por sua vez, o seu surgimento foi por volta de 1.822, quando foi sugerida a implantação ao Príncipe regente D. Pedro que, ao aceitá-la, criou os Juízes de Fato, que inicialmente teriam competência para julgar apenas crimes de imprensa. Com a promulgação da constituição do Império, o Tribunal do Júri adquiriu sua constitucionalidade, expressamente, possuindo daí em diante competência para julgar todos os crimes penais e ainda de fatos cíveis.

Todavia, apesar de constar no texto das constituintes anteriores apenas a indicação deste instituto, a atual, de forma mais robusta, traça a soberania do Tribunal do Júri, com previsão expressa no art. 5º, inciso XXXVIII:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe dar a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.¹³⁷

Pode-se aduzir que o Tribunal do Júri se consolidou no cenário nacional com a promulgação da Constituição de 1988, trazendo-o no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo também cláusula pétrea.¹³⁸

Assim, pode-se dizer que o Júri tanto é uma garantia ao devido processo legal para o julgamento dos autores de crimes dolosos contra a vida, além dos demais delitos conexos, na forma da lei, como é também um direito fundamental, consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, já que permite qualquer cidadão participar de um dos poderes da República.

4.2 Composição

No Brasil, o Tribunal do Júri, atualmente, é composto por um juiz togado e vinte e cinco cidadãos comuns, não sendo exigido destes cidadãos as mesmas obrigações

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 ago. 2022.

¹³⁸ Idem.

dos juízes togados, ressalvando a uma única exigência que é a idoneidade, competindo a estes cidadãos julgar crimes dolosos contra a vida.

Neste sentido, observa-se que a formação/composição do Tribunal do Júri não exige formação jurídica, o que é tema bastante delicado, pois um cidadão comum, sem qualquer conhecimento jurídico, pode interferir em questões mais agravantes, quais sejam, a liberdade ou não, a condenação ou não de um indivíduo acusado de cometer crime doloso contra a vida.

Desta maneira, a formação/composição do Tribunal do Júri em nossa Carta Magna atual, apesar de observar as supostas injustiças que seria de um julgamento por pessoas com técnica-jurídica para identificar a culpabilidade do delito, existem adeptos de que o julgamento por cidadãos comuns, acarretaria a insegurança jurídica nos julgamentos, tendo em vista que estes cidadãos não são detentores do conhecimento técnico, notadamente, por exemplo, a impossibilidade de condenação com base, exclusivamente, em elementos contidos no inquérito policial, conforme ditames elencados no art. 155, do Código de Processo Penal¹³⁹.

4.3 Sistema de Valoração dos Jurados

De acordo com o Código Processo Penal, mais especificadamente em seu artigo 482, os jurados serão somente questionados no Plenário do Júri, após os debates orais da acusação e da defesa, das matérias que versam os fatos da acusação e se o acusado deve ou não ser absolvido.

O posicionamento dos jurados nas decisões, portanto, é baseado com o que é debatido ao longo das sustentações orais das partes no Tribunal, o que demonstra que as provas expostas no Plenário do Júri são fundamentais para o convencimento dos jurados, os quais estão tomando conhecimento do processo somente naquele momento.

Diante disso, surge a indagação da eficácia do Tribunal do Júri, pois as decisões dos jurados são prolatadas com base somente no que é colocado nos debates das partes em plenário, não se podendo garantir, portanto, se a eventual condenação deu-se com base, exclusivamente, nos elementos contidos no inquérito policial e, assim, ocorrendo,

139 BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 jun 2022.

estaremos diante de uma condenação e privação da liberdade fundadas com base apenas nas peças inquisitivas, o que, reitero, é vedado.

5. DA IMPOSSIBILIDADE DO USO DOS ELEMENTOS CONTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL VISANDO CONDENAÇÃO NO PLENÁRIO DO JÚRI

Por toda digressão feita até aqui, necessário se faz agora garantir decisões justas no Tribunal do Júri, notadamente no que tange à impossibilidade de condenações com base em provas exclusivas do inquérito policial, já que como os jurados não fundamentam suas decisões, estas precisam ser prolatadas sem o risco de serem produzidas com base somente nos elementos colhidos na fase inquisitorial.

É bem comum o uso das provas exclusivas do inquérito policial ao longo dos debates em Plenário do Júri, notadamente por parte da acusação, que faz a releitura das peças inquisitivas, tais como depoimentos prestados pela vítima, policiais, testemunhas, e até do autor, muitas vezes até sem fazer menção às provas produzidas judicialmente, com contraditório e ampla defesa.

Desta feita, os elementos contidos no inquérito policial acabam interferindo no livre convencimento dos Jurados, pois além de não saberem as diferenças entre prova e elementos informativos contidos no inquérito, não sabem que a legislação pátria veda condenações com base exclusiva nestes, e, muitas vezes, suas decisões estão baseadas única e exclusivamente nas peças contidas no inquérito, não sendo justa, conseqüentemente, uma eventual condenação assim.

Assim ocorrendo, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, no caso do Júri, plenitude de defesa, acabam sendo mitigadas, assim como também o devido processo legal, pois o que foi usado para a condenação não passou pelo filtro destas, por isso a legislação veda situações como estas, o que no procedimento do Tribunal do Júri também deve ocorrer.

A utilização das peças contidas no inquérito, sem o crivo do contraditório, proporcionam ao nosso ordenamento jurídico uma instabilidade social e jurídica, pois o Tribunal do Júri, como dito alhures, é uma garantia ao indivíduo acusado de cometer crime doloso contra a vida e, assim sendo, todos os preceitos constitucionais, principalmente do contraditório, ampla defesa e devido processo legal devem ser respeitados e não mitigados.

A prova é um direito subjetivo constitucional assegurado através do princípio do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade processual e do contraditório, portanto, a inobservância destes institutos com a utilização de provas extrajudiciais no Plenário do Júri acarreta mácula ao devido processo legal, devendo ser respeitado os ditames do art. 155, do Código de Processo Penal.

Indo além, apesar de o mencionado artigo aduzir que é vedado ao juiz condenar com base exclusivamente em elementos contidos no inquérito, tal exposição acaba permitindo que o Poder Judiciário decida condenar usando não somente o inquérito, mas também provas produzidas ao longo da instrução, em juízo, fato este que, nos procedimentos comuns, com ao magistrado sentenciante se faz necessário fundamentar suas decisões, o controle destas, por parte das defesas e até da acusação é perfeitamente possível de ocorrer e caso haja condenação só com base em elementos do inquérito, certamente abre-se possibilidade de as partes recorrerem.

Entretanto, o problema se dá quando a literalidade do art. 155 do Código de Processo Penal é usado em Plenário do Júri, pois como os jurados não fundamentam suas decisões, se as peças do inquérito forem lidas pela acusação, visando a condenação, e o réu for condenado, como a defesa saberá que a decisão dos jurados foi com base somente em elementos contidos na fase inquisitorial?

É por isso que defendemos, na presente obra, a impossibilidade de leitura das peças contidas no inquérito policial, visando condenação, em plenário do Júri, para os jurados, pois isso ocorrendo e os jurados condenando, será impossível saber se esta condenação foi com base, exclusivamente, no inquérito, e visando evitar esta teratologia, é urgente a necessidade de proibição de leitura das peças pré-processuais em plenário.

Ou há, nos autos, provas suficientes para uma sentença condenatória, ou não havendo suficiência probatória para tanto deve-se operar a absolvição do acusado, em respeito ao princípio da presunção de inocência. Portanto, conclui-se pela impossibilidade de serem usados os elementos informativos contidos no inquérito policial no Tribunal do Júri visando condenação.

Nesse sentido, o doutrinador Aury Lopes Jr. assim também entende:

Ainda mais grave é a situação que se produz diariamente no Tribunal do Júri, em que os jurados julgam por livre convencimento, com base em qualquer elemento contido nos autos (incluindo-se nele o

inquérito), sem distinguir entre ato de investigação e ato de prova. A situação é ainda mais preocupante se considerarmos que na grande maioria dos julgamentos não é produzida nenhuma prova em plenário, mas apenas realizada a mera leitura de peças.¹⁴⁰

E, indo além, para que não se corra o risco de serem usadas as peças contidas na fase inquisitorial para condenação em plenário, a solução mais adequada ao caso seria no sentido de exclusão, física, de tais peças, antes da realização da sessão plenária, com exceção, logicamente, do corpo de delito e das demais provas técnicas e antecipadas.

Nesse sentido, a Lei nº. 13.964/19 previu a figura do juiz das garantias, que, de maneira resumida, tem como objetivos promover o controle de legalidade dos atos de investigação criminal e realizar juízo de admissibilidade da acusação, sendo que, caso a ação penal seja recebida, ter-se-á início o processo penal assumindo outro magistrado a responsabilidade jurisdicional sobre o caso e, conseqüentemente, o inquérito policial não será apensado aos autos do processo (ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado), conforme os ditames do art. 3º-C, §3º141, do Código de Processo Penal.

Outra saída para se evitar o risco de condenações com base, exclusivamente, em elementos contidos no inquérito policial seria uma reinterpretação do artigo 478 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I - a decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado. II - ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.”¹⁴²

140 LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018, pag. 166

141 BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 jun 2022.

142 Idem.

Analisando o mencionado artigo, mais precisamente o seu inciso I, entende-se que não se pode fazer o uso da pronúncia e das decisões posteriores que julgaram admissíveis a acusação como argumento de autoridade para firmar o convencimento de que a tese apresentada é irrefutável.

Assim, se é vedado que textos da decisão de pronúncia e das decisões posteriores que julgaram admissível que a acusação sejam utilizadas para fundamentar o pedido de condenação, tal proibição também deveria ser aplicada no que tange às leituras das peças do inquérito policial visando condenação, tanto por meio de uma reinterpretação de tal dispositivo, quanto por meio de inclusão de um novo inciso nesse sentido, pelo legislador.

Além disso, se o STF já decidiu que é vedado pronunciar um indivíduo com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase do inquérito policial ou em procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, com muito mais razão deveria ser proibido usar estes elementos no Plenário do Júri visando condenação.¹⁴³

Com a proibição da leitura do inquérito policial, portanto, não se correrá o risco de os jurados condenarem o réu com base em elementos contidos exclusivamente na peça inquisitiva, fazendo com que esta decisão com base somente em provas judiciais, evitando-se condenações injustas, sem lastro probatório mínimo, o que significa, portanto, justiça.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso dos elementos informativos do Inquérito Policial no Tribunal do Júri em nosso ordenamento jurídico é uma discussão a qual possui diversos questionamentos e posicionamentos, eis que, da forma que o Conselho de Sentença é composto/formado, não possui capacidade técnica de identificar as inconformidades probatórias exibidas no plenário do júri, o que acarretaria na desobediência dos princípios constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa.

Os princípios do direito processual penal são fundamentais para o nosso ordenamento, notadamente por servirem como balizas para orientar o sistema normativo, com destaque para os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Na

143 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº. 180144/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1108678719/inteiro-teor-1108678722>> Acesso em 19 jun 2022

análise do inquérito policial a luz da doutrina e jurisprudência, importa esclarecer que este instituto não passa de um mero elemento informativo, servindo como base para formulação da inicial acusatória, tanto que é vedado seu uso exclusivo para embasar condenações.

Apesar de o Tribunal do Júri ser formado democraticamente e ser também considerado um direito fundamental, deve-se ter o cuidado necessário com o uso dos elementos informativos contidos no inquérito policial em Plenário do Júri, justamente visando o respeito aos ditames do Contraditório e Ampla Defesa.

Logo, este trabalho mostrou que não se deve utilizar das provas extrajudiciais em Plenário do Tribunal do Júri, já que como estas não passaram pelo crivo/filtro do contraditório e da ampla defesa, não podem servir para condenar, e como os jurados são leigos e julgam com base no livre convencimento imotivado e sigiloso, para se evitar uma condenação com base exclusivamente nos elementos informativos do inquérito, ou se veda seu uso em plenário ou deve-se proceder com a extração destes dos autos, visando, portanto, o alcance de uma decisão mais próxima da justa possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. RT. São Paulo: 2015, p. 141.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.033, DE 20 de Setembro de 1871**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm Acesso em: 19 jun 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº. 180144/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1108678719/inteiro-teor-1108678722>>. Acesso em 19 jun 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Disponível em:

<<http://infodireito.blogspot.com/2012/09/introducao-aos-principios-gerais-o.html>>.
Acesso em: 16 jun 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15^a ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de processo penal**. v. I. Bookseller. Campinas, 1997.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ERICH ABRAÃO MULLER COSTA:

bacharel em direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF (ano 2016), advogado, pós-graduado em direito público e privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ (ano de 2019)

RESUMO: A partir da promulgação da Constituição de 1988 ocorreu uma mudança na forma de se efetivar as políticas públicas. Antes, elas eram realizadas apenas pelo Poder Executivo e Legislativo. Agora, o Poder Judiciário através da força normativa da Lei Maior, da eficácia e da importância dos direitos fundamentais e, principalmente, a importância dos princípios, este poder passa a efetivar as políticas públicas em razão, também, de uma omissão e até mesmo negligência por parte da Administração Pública.

Palavras-Chave: políticas públicas, poder judiciário, Constituição, direitos fundamentais e sociais, princípios.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ANÁLISE HISTÓRICA. 2. DOS PRINCÍPIOS. 2.1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2.2. DOS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS. 3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. 3.1. DO SURGIMENTO E DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.2. DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. 4. DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS APÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988. 4.1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 4.2. DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise do controle políticas públicas por parte do poder judiciário, principalmente após a promulgação da constituição de 1988, a denominada constituição cidadã. Este importante documento veio consolidar novas ideias, como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, bem como instruiu a Lei Maior com uma intensa força normativa.

Antes de adentrar no objeto da referente pesquisa é necessário fazer uma análise histórica, a fim de entender melhor o tema. Para tanto, busca-se as principais influências do direito brasileiro, quais sejam: o modelo europeu, através de França e Alemanha, e o modelo norte-americano. A partir disto, é feito um exame de como se originou e se montou cada um dos sistemas, bem como a forma como é realizado o controle das políticas públicas em cada país.

Além disso, é importante destacar a questão dos princípios, tanto os constitucionais, quanto os infraconstitucionais, em virtude da importância que estes possuem nas fundamentações das decisões que versam sobre o controle das políticas públicas. Neste compasso, serão apresentados casos concretos envolvendo o particular e o ente estatal, e como o STF vem decidindo a respeito do tema.

Não obstante ao caráter principiológico que existe o tema, deve ser feito um diagnóstico no que tange também aos direitos fundamentais e sociais que estão positivados na própria Lei Maior. Sendo assim, deve ser observada em primeiro lugar a evolução histórica dos direitos fundamentais e sociais, desde o seu surgimento no século XVIII até este século, bem como a eficácia dos mesmos no controle das políticas públicas.

Como um dos últimos pontos é necessário analisar o próprio controle de políticas públicas no Brasil atual. Para tanto, deve-se compreender o significado de políticas públicas, a forma como é realizado o controle e a questão do ativismo judicial, que vem sendo discutida não somente no poder executivo e legislativo, mas no próprio judiciário.

Ademais, é importante destacar que este exame é feito, principalmente, através de diversos julgados realizados pelo Supremo Tribunal Federal, embora ocorra um complementação através de diversos doutrinadores pátrios e estrangeiros que contribuem para uma melhor análise do tema.

1. ANÁLISE HISTÓRICA

O primeiro passo para entender o controle jurisdicional das políticas públicas passa por uma análise histórica, que deve ser compreendida com base em dois modelos: o europeu e o norte-americano.

Estes dois modelos serviram de base para a atual estrutura do estado brasileiro. Os europeus através do sistema de freios e contrapesos e com o acesso à justiça, enquanto os americanos influenciaram na questão forma de estado, o federalismo. Além disso, ambos trouxeram questões relevantes, como a questão dos princípios, que será discutida em tópico posterior e os direitos e garantias fundamentais, hoje presente no Artigo 5 da Carta Republicana.

Partindo disto, o modelo europeu inicia a partir de ideias advindas dos pensamentos iluministas e da Revolução Francesa. Através destes dois marcos, os Estados na Europa começam a sair do modelo absolutista e passam para o parlamentarismo e/ou presidencialismo, com o rei deposto ou como mera figura ilustrativa.

A mudança ocorrida no continente europeu ocorre pela busca dos direitos fundamentais, principalmente por aqueles setores abastados a época, como a burguesia e os camponeses, e por ideais de pensadores como Montesquieu que desenvolve a ideia do sistema de freios e contrapesos. Neste sentido, pontua de forma clara Heliana Maria Coutinho Hess quando afirma:

" O princípio da separação e controle entre as funções (poderes) do Estado e' tema de estudo nas teorias política e jurídica. A doutrina clássica de Montesquieu traça os contornos do controle político, das atividades do estado, balanceadas reciprocamente para não haver abusos e controle de limites de atuação."¹⁴⁴

A partir deste momento os países na Europa iniciam a fase embrionária do que viriam a ser após a segunda guerra mundial, com a formação de três poderes: executivo, legislativo e judiciário. Esta nova forma de organização permitiu uma melhor divisão das funções administrativas, bem como dos serviços prestados pelo Estado, que antes concentrava-se nas mãos do monarca.

No início do século XX após o surgimento de novos estados no continente europeu, com a evolução dos direitos humanos e com a necessidade de as nações garantirem aos seus povos os direitos fundamentais mais básicos, como os direitos trabalhistas, surge o novo tipo de Estado: o estado de direito. Esta nova forma de organização, que teve como principal idealizador Hans Kelsen, apesar de conceder uma maior divisão e autonomia aos poderes, acabou sendo deixada de lado logo após segunda guerra mundial, em virtude de ter sido o modelo utilizado para legitimar os regimes nazistas e fascistas.

A partir de meados do século XX com o fim do segundo grande conflito mundial ocorre o surgimento de novos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a criação da ONU, uma nova onda de acesso à justiça e o surgimento do neoconstitucionalismo que produzem uma nova concepção não apenas jurídica, mas social, econômica e política. Este novo passo permitiu que os países europeus, em grande maioria, pudessem fortalecer suas democracias e um melhor gerenciamento do Estado.

A mudança de paradigma consiste principalmente no surgimento do neoconstitucionalismo. Esta nova teoria permitiu que as Constituições, antes vistas com meros instrumentos políticos, agora possuindo força vinculante e normativa, fazendo com que ocorra uma restrição ao poder estatal, como ocorreu nos casos da constituição italiana de 1947 e a alemã de 1949, possibilitando a ocorrência da supremacia da constituição, com

144 http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216 - acessado em 01/06/2016

base no modelo americano, sobre as demais normas do direito. Neste sentido, Luís Roberto Barroso afirma:

“Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.”¹⁴⁵

Com o surgimento deste novo modelo, o poder judiciário além de alcançar um protagonismo, passando a ser muitas das vezes o último a analisar direitos e ratificando o que já vinha sendo adotado nos Estados Unidos desde o caso *marbury x madison*, que consiste no controle de constitucionalidade.

Na Europa atual, com ênfase nos casos da França e da Alemanha que influenciaram e continuam influenciando o constitucionalismo brasileiro, destacam-se algumas novas formas de controle. No caso francês, como salienta Barroso em sua obra¹⁴⁶, ocorreu uma reforma no ano de 2008, possibilitando que o Conselho Constitucional (órgão semelhante ao STF no Brasil) analisar após a entrada em vigor de uma lei a sua constitucionalidade, diminuindo assim os poderes de outros órgãos daquele país.

No caso alemão existe um tribunal constitucional que analisa de forma concentrada a constitucionalidade das leis que violem direitos fundamentais. Ademais, é comum que o Tribunal Federal Alemão tenha que julgar as chamadas “queixas constitucionais” que constituem violações aos direitos básicos por autoridades públicas, ou seja, não apenas leis, mas atos também, demonstrando a interferência do poder judiciário em outros poderes.

¹⁴⁵http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf - acessado em 01/06/2016

¹⁴⁶BARROSO, Luis Roberto - Curso de Direito Constitucional Contemporaneo– 3 edicao – pg. 55 - Editora Saraiva

A influência não vem apenas de países europeus, conforme exposto anteriormente. Os Estados Unidos serviram e ainda servem de modelo não só no que tange respeito as políticas públicas, mas às questões envolvendo, principalmente, controle de constitucionalidade, que não consiste em análise no presente momento, em razão de não ser objeto direto do presente estudo.

No caso norte-americano, cabe destacar, primeiramente, a promulgação da sua Lei Maior no ano de 1787, consistindo na primeira constituição escrita do mundo moderno, passando a ser um marco simbólico e o início do constitucionalismo. Este novo instrumento trazia consigo não apenas a forma de organização político-administrativa dos Estados Unidos, mas aquilo que foi conhecido como os direitos fundamentais de primeira geração, como liberdade, igualdade e o direito de propriedade, através da inspiração dos ideais iluministas, que também influenciaram o caso francês, conforme exposto anteriormente.

Ademais, outro fator determinante trazido pela constituição norte-americana foi a Suprema Corte, que já no ano de 1803 atuou de forma repressiva ao controlar determinados atos que não constituíam sua competência originária. Isto ocorreu em razão do caso *Marbury vs. Madison*¹⁴⁷, que proporcionou o surgimento do princípio da supremacia da constituição, bem como a possibilidade do judiciário zelar por ela, podendo realizar uma espécie de controle sobre os atos que emanam do Legislativo e do Executivo.

A partir do caso paradigma mencionado acima, a Suprema Corte atuou em diversos casos que envolviam questões sociais, principalmente a partir do século XX com o surgimento do estado de bem-estar social. Isto ocorreu das influências das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), em conjunto com os direitos fundamentais de segunda geração, que logo após a segunda guerra trouxeram os de terceira geração.

Neste sentido, por ser a Suprema Corte a guardiã e protetora da Constituição, esta deveria zelar pelo efetivo cumprimento não somente do que estava disposto no texto constitucional, mas dos seus valores e princípios. Esta nova forma de comportamento possibilitou o surgimento e construção de modernos entendimentos jurisprudenciais relacionados as políticas públicas, como por exemplo, no desenvolvimento do devido processo legal *substantivo*¹⁴⁸, que possibilitou ao órgão máximo do poder judiciário norte-americano um controle sobre a discricionariedade dos atos do Executivo e Legislativo, através de racionalidade e da razoabilidade, princípios que emanavam da Lei Maior dos Estados Unidos.

147BARROSO, Luis Roberto - Curso de Direito Constitucional Contemporâneo– 3ª edição – pg. 42 - Editora Saraiva

148 BARROSO, Luis Roberto - Curso de Direito Constitucional Contemporâneo– 3ª edição – pg. 43 - Editora Saraiva

Cabe ressaltar, que o modelo norte-americano possui uma diferenciação dos outros ordenamentos, como afirma Pedro Thomé de Arruda Neto¹⁴⁹, ao afirmar:

“Mais familiarizado com o instituto das políticas públicas está o Direito anglo-saxão, em especial o estadunidense, que trata as public policy(ies) com sindicabilidade judicial plena, decorrência direta de posição da doutrina publicista dos Estados Unidos da América (EUA), que enxerga as leis, por definição, como políticas públicas (Bucci, 2006). Quer nos parecer que, por força das peculiaridades do sistema da common law e da visão utilitarista e pragmática norte-americana, o instituto das políticas públicas floresceu nos estudos de direito público daquele país, que é o direito das agências e em que o Poder Judiciário exercita o controle jurisdicional, com fundamento no Federal Administrative Act (APA), de todos os atos das agências, reguladoras ou não reguladoras, responsáveis, por excelência, naquele regime legal peculiar, pela execução das políticas públicas estadunidenses.”

A partir disto fica claro como o modelo americano acabou influenciando no ordenamento jurídico brasileiro, não somente com questões envolvendo casos concretos decididos pela suprema corte norte-americana, mas através de novas teorias, interpretações e princípios que surgiram, principalmente ao longo do século XX. Esta nova formula pode ser denominada, principalmente, de neoconstitucionalismo, que possibilitou segundo Barroso¹⁵⁰: *“a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”*

No que tange ao modelo brasileiro, este possui suas particularidades e especificidades. Até o advento da Constituição de 1891, o poder e todas as leis emanavam ou dependiam da autorização do rei, já que a forma de governo era a monarquia. Com a nova Lei Maior, além da criação do Supremo Tribunal Federal houve uma maior autonomia e equilíbrio entre os três poderes, pautada na ideia de Montesquieu no que tange aos sistemas de freios e contrapesos, que já era adotado nos EUA desde o final do século XVIII e na Europa.

¹⁴⁹ NETO, Pedro Thome de Arruda – O abuso de poder judiciário e o controle jurisdicional das políticas publicas no Brasil contemporâneo - Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – n. 41, p.103– jul./dez. 2013

¹⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto - NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO – pg.6 http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf – acessado em 09/06/2016.

Durante o século XX até a promulgação da Constituição Cidadã, o Brasil embora tenha dividido os poderes e atribuído competências a cada um, não conseguiu equilibrá-los e muito menos garantir os direitos contidos nas leis. Isto decorre principalmente da questão política vivida pelo país neste intervalo de tempo, a qual será melhor explicitada logo abaixo.

No período aproximado de 100 (cem) anos, a partir da Constituição de 1891 até o ano de 1988, o Brasil passou por 30 anos de Ditaduras (Vargas e Civil-Militar), concentrando, assim, durante estes tempos grande parte do poder nas mãos do executivo, com um legislativo e judiciário praticamente inexistente devido ao enfraquecimento destes. No entanto, alguns direitos foram alcançados nestas fases de repressão, como o surgimento da justiça do trabalho e a criação da CLT, possibilitando uma proteção ao trabalhador e garantindo direitos básicos aos cidadãos, como férias e 13º salário.

Além disso, devido aos períodos conturbados, outros fatores foram determinantes para a dificuldade no controle das políticas públicas, conforme será exposto a seguir. Em primeiro lugar, as constituições que foram promulgadas neste intervalo de tempo não possuíam uma força normativa e nem mecanismos de controle, o que impossibilitava um efetivo cumprimento dos direitos individuais e sociais.

Ademais, como é sabido, as leis não conseguem acompanhar os avanços sociais, independente do país na qual seja feita uma análise. Contudo, no caso brasileiro isso ficou mais evidente ao se fazer uma análise comparativa com outras nações, como por exemplo os países europeus – no caso França e Alemanha – a partir do neoconstitucionalismo, já configuraram força normativa as suas Constituições logo após a 2ª Guerra Mundial, além de já implementarem direitos de terceira geração e proteção dos direitos humanos, enquanto isso só veio a ocorrer no Brasil ao final do século XX.

No final da década de 1980, já com o fim da ditadura e a promulgação da Constituição Cidadã, o Brasil passa para uma nova fase. A partir dela, a Lei Maior ganha normatividade, surgem um bloco extenso de direitos e garantias fundamentais, a fim de se distanciar dos tempos das ditaduras, assim como os direitos sociais. Ao mesmo tempo, passa a ocorrer um equilíbrio entre os poderes e mecanismos começam a ser criados para que o STF possa ser não apenas o guardião e último interprete da Carta Republicana, mas que possa exercer um controle sobre o ordenamento jurídico.

Sendo assim, o que se observa é um controle por parte do executivo até o final do século XX, já que passou uma boa parte deste tempo com um poder total. Contudo, este cenário sofre mudanças, as quais serão apresentadas em tópicos posteriores com um fortalecimento, principalmente, do poder judiciário que permitira um controle judicial.

2. DOS PRINCÍPIOS

A temática dos princípios é de grande relevância no ordenamento jurídico atual. No caso específico do controle jurisdicional de políticas possuem uma força ainda maior, pois muitas situações são resolvidas por estes instrumentos.

Os princípios consistem em modalidades que são extraídas não somente das normas constitucionais, mas de outros ramos do direito também. Segundo Gilmar Mendes em seu Curso de Direito Constitucional, esta ferramenta pode ser analisada da seguinte forma:

“Os princípios seriam padrões que expressam exigências de justiça. Os princípios teriam, ainda, virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. [...] Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os Standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo”.¹⁵¹

Cabe ressaltar que os princípios não possuíam a mesma importância de outras fontes do direito, como a analogia e os costumes, em momentos anteriores. Para tanto, basta verificar o art.4º da lei de introdução as normas do direito brasileiro e o art. 108 do CTN, que demonstram um papel secundário desta ferramenta.

Contudo, a partir de estudos elaborados por Dworkin e Alexy, os princípios acabam por separarem-se das regras, desconstituindo os ideais do positivismo, que era o pensamento predominante à época, passando a constituir nova forma de analisar e interpretar o direito, através do viés pós-positivista e neoconstitucional.

No caso do primeiro pensador, este via uma semelhança entre princípios e regras, embora aquele possua uma diferença, que consiste na ponderação e na dimensão / mensuração de cada um num determinado caso concreto. No caso do segundo, este define a temática da seguinte forma: *“Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização”¹⁵²*, ou seja, o seu grau de cumprimento será analisado a partir da ponderação, facilitando ainda mais no caso de conflitos entre dois princípios em razão de serem gerais e abstratos.

A partir destas novas teorias, este instrumento passará a ter uma força normativa de grande destaque, em virtude de serem gerais e abstratos, possibilitando não somente mais

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira – Curso de Direito Constitucional – 7 edicao – Ed. Saraiva – pg.81 – *apud* Canotilho, Direito Constitucional, cit., p.167.

¹⁵² Alexy, *Teoria de los derechos*, cit., p.86

uma forma de interpretar o direito, e principalmente as normas constitucionais, mas de facilitar a solução de casos concretos. Neste sentido, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam:

“O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se inclui a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”¹⁵³

Desta forma, para demonstrar a força e importância desta ferramenta, os próximos dois subtópicos versam sobre os princípios constitucionais e infraconstitucionais que rodeiam e intensificaram o controle judicial sobre as políticas públicas nos últimos tempos.

2.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais por serem derivados das normas existentes na Constituição possuem uma maior relevância, já que servem de referência e possuem força normativa. A partir disto, será feita uma análise sobre cada um, inclusive em casos concretos decididos pelo STF.

O primeiro princípio a ser analisado é o da força normativa da constituição. Este postulado pode ser compreendido a partir da obra idealizada por Konrad Hesse em que trata sobre o tema. O doutrinador alemão defende em sua obra, em um primeiro momento, a mudança de paradigma no que tange a Lei Maior, já que deixa de ser mero instrumento político, passando a ter caráter normativo, devendo suas regras ser cumpridas.

Ademais, o autor afirma ainda que as constituições devam acompanhar a realidade social. Isto significa dizer que elas não podem desacompanhar os avanços sociais e nem o próprio desenvolvimento político-econômico do país, possibilitando inclusive ao intérprete que realize através da mutação constitucional uma nova forma de interpretação da Lei Maior.

O novo olhar que foi dado às constituições de forma geral pelo doutrinador denota a mudança de pensamento ocorrida no século XX através do neoconstitucionalismo e do

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e o Papel dos Princípios. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 In LEITE, George Salomão. Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno de Normas Principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107

pós-positivismo. Estes novos campos da ciência jurídica possibilitaram uma maior efetividade e eficácia para as Constituições.

No caso do Brasil isso fica bem evidente, já que após décadas de ditadura militar o país necessitava de uma nova Constituição, a fim de possibilitar e fomentar um novo período democrático. Esta nova lei trouxe consigo uma nova forma de organização do Estado, bem como uma plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais e sociais, para que se pudessem atingir os anseios da nova ordem jurídico-política brasileira.

Uma última análise em relação ao princípio abordado é no que diz respeito ao seu uso na prática jurisprudencial do STF. Para tanto, remeto ao que foi julgado na ADPF 45/2004, demonstrando a força normativa, quando o ministro Celso de Mello afirma:

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.” 154

Outro princípio de suma relevância para entender o tema consiste na supremacia da Constituição. A partir deste dispositivo, a Lei Maior torna-se meio de validade para todo o ordenamento infraconstitucional, ou seja, caso ocorra qualquer divergência entre uma norma constitucional e outra norma que esteja fora do bloco de constitucionalidade, aquela vai prevalecer.

O novo princípio acima relatado também vai de acordo com o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, que traz a Constituição como norma de validade e de fundamento para todas as leis. Esta ideia, conforme já dito anteriormente, está intimamente ligada ao neoconstitucionalismo, que mostra um novo padrão para a Lei Maior e demonstra um novo papel das cortes constitucionais.

Este dispositivo fica evidente quando analisamos outro julgado do STF, também de autoria do ministro Celso de Mello, quando este afirma:

“É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que

154 <http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=controle+de+politic+publicas> – acessado em 14/06/2016

se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”¹⁵⁵

Um terceiro princípio a ser observado é o da dignidade da pessoa humana, que acabou sendo positivado na Carta Republicana de 1988 no artigo 1º, III, CF, consistindo em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A fim de que possa ser conceituado traz-se as palavras do Ilustre Professor Daniel Sarmento, que em sua obra define este dispositivo da seguinte forma:

“o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado”¹⁵⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana antes ser analisado do ponto de vista interno, deve ser remetido ao plano externo. Logo após a segunda guerra mundial com a criação da ONU e assinatura de diversos tratados e convenções internacionais, o que se busca é oferecer através deste fundamento condições semelhantes para todos os indivíduos, bem como de garantir meios e sustento para as populações, a fim de promover o desenvolvimento socioeconômico dos países e do mundo.

A partir da influência externa, inclusive com o Brasil sendo signatário de diversos documentos, como o pacto de São Jose da Costa Rica, que passam a colocar este princípio como base de todo o ordenamento jurídico. É a partir dele, que não somente as leis, mas as relações devem se pautar.

O “novo epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira”, conforme exposto por Sarmento traz inclusive uma nova forma de se visualizar e analisar o direito. Anteriormente pautado na questão política e patrimonial, agora coloca o ser humano

¹⁵⁵<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28supremacia+constituicao+a+dpf%29&base=baseAcordaos> – EMB .DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 598.212 PARANÁ – 25/03/2014 – acessado em 14/06/2016

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60

como centro das relações jurídicas fazendo com que ocorra uma despatrimonialização do direito, inclusive do direito privado.

Desta forma, fica evidente a importância de tal dispositivo. Para, além disso, é oportuno destacar a sua importância na prática, como foi o caso da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF de relatoria do ministro Ayres Britto, que julgou procedente a união de pessoas do mesmo sexo, pautado principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se verifica no seguinte trecho:

“Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação. Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, “considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109) Nesse contexto, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.”¹⁵⁷

Além dos três princípios mencionados anteriormente, há dois outros princípios que diversas vezes são confundidos pela própria doutrina e jurisprudência, quais sejam: a proporcionalidade e a razoabilidade. Apesar de possuírem certas semelhanças existem diferenças as quais serão mais bem explicitadas a seguir.

O princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha e está ligado a três elementos essenciais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da providencia legislativa, a fim de que seja alcançada a sua real e efetiva finalidade. No que tange a adequação, a medida serve para o fim ao qual ela busca, enquanto na necessidade a medida deve ter

¹⁵⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> - acessado em 15.06.2016

exigibilidade e, por fim a proporcionalidade em sentido estrito preceitua que o bônus da medida tem que ser proporcional ao ônus.

Merecem serem abordados ainda dois pontos: de onde deriva o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação no caso concreto. O dispositivo surge da cláusula geral do estado democrático de direito, que no caso brasileiro está previsto no artigo 1. No que diz respeito ao caso concreto, a ADPF 186/DF de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski que versa sobre as cotas nas universidades públicas, o princípio é abordado da seguinte forma no julgamento:

“As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição. [...]Mas, enfim, como temos que lidar com a nossa realidade, não posso deixar de concordar com eminente Relator em que a medida adotada pela universidade, no contexto, passa pelo teste do critério hermenêutico da proporcionalidade, porque é adequada, é necessária e tem peso axiológico suficiente para justificar as restrições que traz a certos direitos das outras etnias.”158

Cabe ressaltar que neste caso, especificamente, o pedido era para afastar as cotas, o que acabou sendo julgado improcedente, conforme destacado no texto acima.

Em contrapartida o princípio da razoabilidade surge nos Estados Unidos, visto que estaria contido implicitamente na 5 emenda do *Bill of Rights* da Constituição Americana de 1787. Este dispositivo está ligado ao bom senso. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito.

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia

158 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> – acessado dia 14/06/2016

com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

No campo prático isto pode ser observado na medida cautelar da ADI 855/PR, que versava sobre a comercialização de botijões de gás, e teve como relator, inicialmente, o ministro Sepúlveda Pertence, que afirmou:

"Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não locupletam as empresas distribuidoras de GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense".159

Finalizando o entendimento a respeito destes dois princípios analisados em conjunto, é necessário observar suas semelhanças. Além de estarem ligados a uma finalidade de se buscar a real finalidade, seja do procedimento legislativo seja dos atos emanados de autoridades administrativas, ambos correlacionam-se com o devido processo legal (Art. 5º, LIV,CF); razoável duração do processo e da celeridade processual (Art.5º, LXXVIII, CF).

Um dos últimos princípios constitucionais a ser analisado é o da vedação ao retrocesso. Embora ainda não esteja consolidado no país e muito menos na nossa jurisprudência, consiste em um dispositivo de suma importância para o tema em análise, visto que está ligado aos direitos fundamentais e sociais, bem como ao direito adquirido. Desse modo, Ingo Sarlet conceitua tal princípio da seguinte forma:

"(...)toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e

159 ADI-MC 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1-10-1993

o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não).” 160

No campo prático o STF ainda não analisou com mérito central a questão vedação ao retrocesso. Contudo, na ADI 3105 o ministro Celso de Mello tentou analisar o âmbito de incidência deste princípio da seguinte forma:

“(...) a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.”161

Por fim, no que tange aos princípios constitucionais, o último a ser analisado é o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, que possui previsão expressa no Artigo 5º, XXXV, CF. Este dispositivo denota que lei não poderá excluir a apreciação pelo poder judiciário de abuso ou lesão ao direito.

Desta forma, o que se pretende colocar é o judiciário como a última instância, caso as demais, como a administrativa, não consigam resolver o conflito. Este dispositivo pretendeu, inicialmente, retirar o poder que estava concentrado nas mãos do executivo antes da promulgação da CF/88. No entanto, com a efetividade concedida aos direitos e garantias fundamentais, este princípio passou a ser mais do que uma divisão equilibrada de poderes, pois transformou o poder judiciário em um verdadeiro garantidor de direitos e deveres e um solucionador de conflitos.

Na prática o presente princípio foi utilizado em outro caso emblemático sobre a questão de políticas públicas, que foi de aborto de fetos anencéfalos. Apesar de ser matéria de competência do poder legislativo, já que o correto seria haver uma lei sobre o tema, como nos outras duas hipóteses de aborto que possuem expressa previsão legal, o Pretório Excelso acabou por decidir a questão na ADPF 54/DF sob relatoria do Ministro Marco Aurelio, onde foi apresentada a seguinte tese no voto da Ministra Carmem Lucia:

160 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

161 Dentre outras, podemos apontar as seguintes decisões do STF em que o princípio da proibição do retrocesso teve relevância: ARE nº 745745 AgR/MG; ARE nº 727864 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014, DJe-223, 12-11-2014); ARE nº 639.337-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011); RE nº 398.041 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2006, Plenário, DJE de 19-12-2008).

*"É certo que, por inovadora, a questão judicialmente posta na presente arguição traz dificuldades. Mas é princípio constitucional o acesso à Justiça, afirmando-se em norma da Constituição da República que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV), a exprimir a ideia do direito à obtenção de uma resposta judicial segundo os ditames garantidores da ética justa segundo positivado no sistema vigente. Toda questão posta judicialmente à decisão haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. No caso dos autos, a ilicitude penal da prática – se a interpretação da norma penal conduzisse a tal conclusão – distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde. O Poder Judiciário não tem motivo nem direito de postergar decisão sobre o tema posto. Conforme advertiu MAURO CAPPELLETTI, "a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta" (El proceso como fenómeno social de massa. In: *Proceso, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: EJEA, 1974. p. 133-134)."162*

Assim, após esta breve análise dos princípios constitucionais com a aplicação inclusive nos casos concretos que envolvem o controle de políticas públicas, serão apresentados os princípios infraconstitucionais, que vão permear e servir de fundamentação para o controle do judiciário sobre o objeto da presente pesquisa.

2.2 PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS

Apesar de não possuírem a mesma relevância e estarem em plano hierárquico inferior, os princípios infraconstitucionais possuem grande importância para o controle das políticas públicas. Isto se deve ao fato de servirem como instrumento para fundamentar de forma contundente o controle que é realizado pelo poder judiciário.

Os princípios infraconstitucionais vão buscar seu fundamento em diversas fontes do direito. A primeira forma seria por meio de uma norma, que pode dividir-se em duas: interna e externa. No caso da primeira consiste em buscar sua validade através de algum dispositivo criado pelo legislador brasileiro dentro do rol previsto no Artigo 59, CF,

162 <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf> - acessado em 14/06/2016

enquanto norma externa seria aquela advinda de tratados e convenções internacionais as quais o Brasil seja signatário.

Outra forma de se criar os princípios infraconstitucionais é por meio da doutrina que através dos seus estudos e análise sobre o assunto cria um determinado princípio, ou então por meio jurisprudencial através de estudos concretos feitos pelos tribunais.

Sendo assim, o primeiro princípio a ser analisado é da humanidade. Este dispositivo pode ser conceituado como uma derivação da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado levar em conta que não pode colocar o indivíduo em situações degradantes como se fosse uma coisa. Por este motivo ele possui dois enfoques: um do ponto de vista externo e outro interno no que tange, principalmente, a questão do direito penal.

No que diz respeito ao ponto de vista externo, isto fica muito evidente em tratados e convenções internacionais, como no caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948), que trazem o homem como centro das relações, devendo sua imagem, integridade e dignidade serem mantidas de forma íntegra.

A partir desta concepção externa, o judiciário brasileiro vem utilizando este princípio, principalmente, para fundamentar questões que envolvem o direito penal. Isto vem sendo tratado com relação às penas, onde estas não podem ser consideradas como um sofrimento ou degradação do apenado, mas sim possuir caráter ressocializante.

Dentro desta temática vem sendo bastante discutido a questão do sistema carcerário no Brasil, que no momento encontra-se saturadíssimo e sem perspectiva de melhores. Neste sentido, os tribunais vêm atuando de positiva, e por muita das vezes substituindo o administrador público (executivo e legislativo), que seriam os sujeitos competentes para cuidar do assunto. Para tanto, basta analisar o que diz o ministro Luis Roberto Barroso na medida cautelar referente a ADPF 347/ DF ao afirmar:

“Mas a observação de todo pertinente de que a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a própria sociedade brasileira, pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo, simplesmente porque o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema. [...]Portanto, Presidente, não tenho nenhuma hesitação em sustentar aqui não apenas o

cabimento da ADPF, como também a legitimidade da atuação do Poder Judiciário nessa matéria.”¹⁶³

Além disso, podemos destacar o princípio da finalidade, que é oriundo do direito administrativo, onde a norma deve atender ao interesse público. Desta forma, o que se busca aqui é analisar se a lei ou os atos administrativos estão de acordo com a constituição e/ou com os princípios que regem a Administração Pública.

O referido princípio deriva da impessoalidade prevista no *caput* do artigo 37, CF, ou seja, o administrador público não pode se beneficiar ou beneficiar demais interessados ao editar um ato administrativo ou então a partir de uma lei. Neste sentido, cabe trazer interessante julgado realizado pelo STF, que teve como relator o ministro Celso de Mello:

“A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”¹⁶⁴

Embora não esteja expresso na presente ementa, o julgado anterior demonstra a transformação que o administrador público tentou realizar, a fim de modificar a interpretação da norma constitucional. Em determinados casos, inclusive, o administrador pode ser responsabilizado por atos que atentem contra a supremacia do interesse público e a eficácia da dos direitos fundamentais e sociais.

Além dos dois princípios tratados anteriormente, existe outro que ainda não vem sendo explorado em de forma contundente no STF, embora seja difundido na doutrina a certo tempo, que seria o princípio da proibição deficitária. A partir dele, tanto o poder executivo quanto o legislativo não poderiam ser omissos sob pena de interferência do

¹⁶³ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> – acessado em 15/06/2016

¹⁶⁴ (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO) <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923> – acessado em 15/06/2016

poder judiciário, que teria a função de garantir que os outros dois poderes executem os direitos fundamentais e sociais.

O que se busca aqui então é um comando positivo da administração pública, que deve atuar de forma respeitosa, protetiva, assecuratória e de promoção dos direitos sociais e fundamentais, visto que não pode atuar de forma omissiva. Sendo assim, o Pretório Excelso, utilizou-se deste princípio no RE 567.985/MT de relatoria do ministro Marco Aurélio, a fim de garantir um atendimento assistencial para idosos e deficientes nos termos do Artigo 203, V, CF, conforme se expõe a seguir:

“Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais (ver Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, em Curso de direito constitucional, 2007, p. 323).”¹⁶⁵

Por fim, o último princípio infraconstitucional a ser utilizado no controle de políticas públicas consiste no mínimo existencial, que é uma derivação da dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, III, CF. Este dispositivo diz que todo o indivíduo tem direito a um mínimo de prestações estatais, a fim de garantir que os seus direitos mais básicos.

Esta construção já se faz presente em diversos documentos internacionais, os quais inclusive o Brasil é signatário, e é bem difundida na doutrina pátria, embora ainda não esteja positivada. Contudo, os tribunais só vieram a se debruçar sobre o tema após uma decisão paradigmática do Tribunal Federal Alemão na década de 70, que entendeu a situação da seguinte forma:

“(...)certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A

¹⁶⁵<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567985&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> - acessado em 15.06.2016

comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”. 166

A partir do caso concreto e da influência que o modelo alemão exerce até hoje no direito brasileiro e no STF, não só o Pretório Excelso, mas diversos tribunais espalhados pelo país, a fim de garantirem o cumprimento dos direitos fundamentais e evitar a omissão legislativa e administrativa. Esta atuação pode ser melhor verificada no seguinte acórdão da Suprema Corte Brasileira:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO

166 <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial> - acessado em 15/06/2016 *apud* Cf. tradução livre de trecho extraído da decisão publicada em *BVerfGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133). – acessado em 15/06/2016

CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL."167

Assim, o que se quis demonstrar é um judiciário que intervém nas políticas públicas, a fim de garantir condições básicas e mais iguais para os cidadãos. Este tipo de controle tem sido pautado, em grande parte, pelo uso dos princípios, tanto dos constitucionais, conforme exposto em tópico anterior, quanto dos infraconstitucionais.

Apesar de não estarem no mesmo plano hierárquico, os princípios infraconstitucionais são de suma importância, pois além de servirem de base para a aplicação do caso concreto e fundamentação mais consistentes das decisões judiciais, vão proporcionar uma maior elasticidade e eficiência dos direitos fundamentais.

Assim, passa-se a análise destes direitos fundamentais que será exposta no tópico a seguir e que consiste em suma importância para ordenamento jurídico e a sociedade como um todo, já que são à base de tudo.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para entender o controle jurisdicional de políticas públicas é necessário, primeiramente, analisar a *ratio*, ou seja, o que leva o poder judiciário a realizar uma interferência em funções que pertence muitas das vezes ao poder executivo e legislativo. A fim de verificar esta justificativa, o presente tópico visa apresentar um panorama histórico com os direitos fundamentais de cada geração, bem como sua eficácia e utilização pelos tribunais no controle de políticas públicas.

Os direitos fundamentais e sociais constituem a base da Constituição e a partir deles derivam os demais. Para facilitar o raciocínio pegamos o seguinte exemplo: o direito a propriedade previsto no Artigo 5º, XXII, constitui um direito fundamental e ao garantir isto ao particular permite em seguida, por exemplo, que o Estado cobre um imposto sobre aquele bem. Isto evidencia a importância do tema, pois mostra a importância que possuem.

Assim, o que se verifica é que a Constituição é a norma jurídica central do nosso sistema e vincula tanto o particular quanto o ente público, e que possui como núcleo os

167 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos> – acessado em 15/06/2016.

direitos fundamentais. Esses direitos geram por parte do Estado um dever de prestar alguns tipos de serviços, os quais são denominados de políticas públicas.

A partir do momento em que a Administração Pública atua de forma omissa e sem garantir os direitos mais básicos para a sua população, é quando o poder judiciário acaba por atuar. Contudo, antes de analisarmos esta situação, é necessário explanar a respeito do surgimento e da evolução dos direitos fundamentais.

3.1 DO SURGIMENTO E DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem uma ligação intrínseca com o desenvolvimento do constitucionalismo, já que constitui o núcleo de todo o sistema. Isto fica evidente, principalmente, a partir do século XX com o neoconstitucionalismo. Entretanto, antes de chegar a este marco histórico, cabe abordar o seu surgimento e evolução.

O surgimento dos direitos fundamentais surge a partir do final do século XVII e início do século XVIII com os ideais iluministas. Os pensadores da época defendiam através das teorias contratualistas a primazia do indivíduo sobre o Estado, em razão de certos direitos já preexistentes da natureza humana.

O surgimento destas teorias acaba por influenciar diversos movimentos que surgiram no século XVIII, como a Revolução Francesa, que tem como pilar três direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. Além disso, temos a Independência dos EUA, que ao criar sua Constituição em 1776, traz uma série de direitos básicos como a liberdade, igualdade e o direito a propriedade. Este novo quadro fica evidente nas palavras de Norberto Bobbio ao afirmar:

"(...)a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna." 168

A mudança trazida por estes fatos proporciona o que é denominado de primeira geração dos direitos fundamentais. Como pode ser visto estes direitos são inerentes tão somente ao ser humano, como no caso da liberdade e igualdade, ou seja, o que se queria

168 Norberto Bobbio, A era dos direitos, Rio de Janeiro, 1992, p.4.

na época era uma abstenção por parte do Estado e uma conseqüente diminuição do seu poder sobre os indivíduos. Isto decorre do momento histórico, já que antes das revoluções e independências do século XVIII, o poder estava basicamente concentrado nas mãos dos monarcas (absolutismo), o que dificultava o interesse das demais camadas como a burguesia.

A primeira geração de direitos fundamentais, marcada por um não fazer do Estado, acaba dando lugar, a partir do final do século XIX, a segunda geração de direitos fundamentais. Esta nova fase surge com o grande desenvolvimento da indústria, do alto crescimento demográfico e da expansão desordenada das cidades, que vão ensejar uma obrigação de fazer por parte do Estado, que não pode atuar mais de omissa, mas sim ativa. Os direitos aqui mencionados já começam a atingir a coletividade, como direitos trabalhistas e a educação.

Contudo, esta geração não perdura por muito tempo, já que com ela vieram logo em seguida as grandes guerras mundiais e as crises econômicas. Com isso, surge a partir do início da segunda metade do século XX a terceira geração de direitos fundamentais pautada na coletividade ou em determinados grupos, que gera ao Estado uma obrigação de fazer e inclusive de criar mecanismos para aumentar a eficácia destes. O principal direito que se pode extrair desta nova fase é o da dignidade da pessoa humana, embora existam outros como à conservação do patrimônio histórico e cultural.

É oportuno ressaltar que a doutrina mais moderna vem defendendo a existência de novas gerações de direitos fundamentais. Paulo Bonavides, por exemplo, cita em sua obra a existência dos direitos de quarta geração, que seriam aqueles destinados a biotecnologia e à manipulação genética, já prevista em convenções internacionais. Além deste, alguns doutrinadores vem defendendo a tese de direitos de quinta geração, que consistem na busca do homem e da coletividade pela paz e a felicidade, a fim de criar uma sociedade mais justa e solidária.

O que fica evidente é que até hoje os direitos fundamentais das diferentes gerações se misturam e se fazem presentes, a fim de promover um melhor desenvolvimento e aplicação das leis. Para isso é necessário observar ainda a eficácia destes no momento atual.

3.2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No presente tópico será abordada a questão referente à importância da eficácia dos direitos fundamentais e sociais para a efetivação do controle de políticas públicas pela via judicial. Esta análise será feita a partir da apresentação de casos concretos julgados pelo

STF, que demonstram a forma como a corte constitucional do país vem atuando, a fim de fazer valer cumprir a Lei Maior.

Antes disso, é necessário realizar uma divisão para definirmos melhor sobre tema, já que o assunto deve ser discutido no âmbito do direito público e na relação do particular com o Estado. Sendo assim, cabe apontar que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser dividida em dois pontos: a eficácia horizontal e a eficácia vertical.

No caso da eficácia vertical ocorre uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre um particular e o Estado - esta que será abordado no presente tópico em razão, principalmente das omissões legislativas -, enquanto a eficácia horizontal, que só surgiu em meados do século XX na Alemanha permite a aplicação dos direitos fundamentais entre dois particulares.

A eficácia dos direitos fundamentais e sociais emana do próprio bloco a que fazem parte. Por estarem previstas na Constituição Federal, que prevalece sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, o Estado não poderia alegar a reserva do possível ou a omissão legislativa para não concretizar estes direitos, em virtude do próprio "contrato social" elaborado entre o particular e o ente público, a fim de que este garanta os direitos mais básicos. Desta forma, o Ilustre doutrinador Ingo Sarlet afirma:

*"(...)uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis."*¹⁶⁹

Demonstrada a eficácia dos direitos fundamentais e sociais passa-se a forma como isto é aplicada no campo prático. Para a verificação deste fenômeno é necessário a devida observância do que vem decidido o Pretório Excelso a respeito do tema, colacionando, assim, alguns julgados que comprovam a forma como este controle jurisdicional de políticas públicas é realizado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208,

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 318.

*IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento."170(grifo nosso)*

EMENTA: DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). DECISÃO: A parte recorrente, ao deduzir este apelo extremo, sustentou que o órgão judiciário de origem teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República. Entendo não assistir razão ao Estado do Rio de Janeiro, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o paciente impediria, se aceita, que ele, pessoa

170 (STF - RE: 594018 RJ, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360)

*destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a **organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as*

*prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. **Ve-se, desse modo, que, mais do que a simples posituação dos direitos sociais que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Poder Constituinte e Poder Popular, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros), recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito como o direito à saúde se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. **Cumpra assinalar, por necessário, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.** Todas essas*

considerações que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pela parte recorrente, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.): **“PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, ‘CAPUT’, E 196)– PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** *O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público,*

fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, eis que o acórdão recorrido está em harmonia com diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (CPC, art. 544, § 4º, II, "b", na redação dada pela Lei nº 12.322/2010). Publique-se. Brasília, 08 de março de 2016. Ministro CELSO DE MELLO Relator" 171

O que se verifica nos julgados acima, bem como naqueles já mencionados anteriormente na parte de princípios é a efetivação por parte do poder judiciário dos direitos fundamentais e sociais apresentados na Constituição Federal.

Além disso, é importante destacar alguns pontos: a partir dos julgados, percebe-se que o STF vem atuando na maioria das vezes em casos concretos, ou seja, este controle não é feito de forma majoritária pela via abstrata, através das ações de controle concentrado, o que pode levar certa demora na efetivação de determinados direitos.

Ademais, outro ponto relevante a ser mencionado é uma certa questão de humanização por parte do judiciário, que tem se indagado mais nas questões sociais. Isto decorre principalmente de algumas outras instituições que vem atuando do seu lado, como Ministério Público, Defensoria Pública e os Advogados, que permite ao poder judiciário também atuar desta forma.

Como terceiro e último ponto a ser destacado é a nova forma de se interpretar e visualizar o direito. Antes, através da ponderação entre os direitos, os julgadores atuavam numa perspectiva mais voltada para a separação de poderes, com uma intervenção mínima

171 (STF - ARE: 931070 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 08/03/2016, Data de Publicação: DJe-048 15/03/2016)

do judiciário, e fundamentando suas decisões, ainda, na questão da reserva do possível. Agora, a partir do neoconstitucionalismo e da importância e eficácia que possuem os direitos fundamentais, inclusive constituindo em cláusulas pétreas, o que tem prevalecido é a intervenção judicial, bem como a garantia por parte deste de possibilitar um mínimo existencial para qualquer cidadão.

Assim, através do explanado acima, é de se constatar que a eficácia dos direitos fundamentais e sociais oriundos da própria força normativa da Constituição permite um controle das políticas públicas pelo judiciário. Por outro lado, este controle permite também dar eficácia a estes direitos, já que uma decisão judicial possui efeito vinculante entre as partes e não pode ser descumprida, sob pena de multa ou até mesmo de prisão da autoridade competente.

4. DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 abre uma nova sistemática no ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente, a mesma não possuía uma força normativa intensa, já que era vista muitas das vezes como um mero instrumento político e ainda por cima o poder estava concentrado nas mãos do Executivo, em decorrência das diversas ditaduras que ocorreram no país ao longo do século XX.

Com a promulgação da constituição cidadã surgiu um moderno entendimento. Através das ideias pautadas no neoconstitucionalismo e no pós positivismo a Lei Maior ganha força normativa, os direitos fundamentais e sociais surgem como direitos básicos de qualquer cidadão, os quais o Estado deve assegurar, proteger e por vezes se abster de atuar. Além disso, outros mecanismos serão criados, como ações coletivas e de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de realizar um melhor provimento das garantias fundamentais e da aplicação da própria Carta Republicana.

A partir desta brevíssima explanação, o presente tópico pretende tratar do que seriam políticas públicas, não apenas o seu conceito, mas como ela é formada, a forma e os mecanismos deste tipo de controle e o ativismo judicial, em virtude da discussão das diversas intervenções realizadas pelo judiciário nos demais poderes. Esta análise será feita, principalmente, por meio de casos concretos julgados pelo STF.

4.1 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de conceituar o que são políticas públicas deve se destacar que esta expressão não é originária do mundo jurídico, mas sim da própria Administração Pública – aquela prevista no Artigo 37, *caput*, CF – que tem por função administrar não somente o seu interior (bens, funcionários, etc), mas atual em prol da sociedade também.

As políticas públicas por serem de competência da Administração Pública devem ser formuladas pelo poder legislativo e executivo. A estes cabem não somente a criação de leis, a fim de que os direitos fundamentais e sociais sejam garantidos, mas o controle sobre o orçamento, fiscalização e a aplicação da própria Constituição.

Ocorre que, como é sabido, não há receita suficiente para garantir o custeio de todos esses direitos, o que leva muita das vezes ao administrador a realizar uma determinada escolha em detrimentos de outras. Aliado a isso está questão que vem ocorrendo de forma contundente nos dias de hoje, que seria a má administração dos recursos públicos por parte daqueles que deveriam exercê-lo de forma eficiente e impessoal.

Desta forma, a Professora Ana Paula de Barcellos traz o seguinte conceito para as políticas públicas:

*“As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. O magistrado, por seu turno, estará sempre aplicando a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar de maneira que melhor realize os fins constitucionais. Ocorre que as decisões judiciais produzem, como regra, efeitos pontuais, entre as partes, e a legislação dependente de atos de execução para tornar-se realidade. **Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.”** 172 (grifo nosso)*

O que se percebe a partir do exposto são dois pontos: a forma de o Estado garantir e promover os direitos fundamentais e sociais é a partir das políticas públicas e a diferença na forma de se executar uma política pública. Isto decorre do legislador ter uma maior

172 Barcellos, Ana Paula de – Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas – Revista Diálogo Jurídico – publicado em 15/01/2007.

dificuldade, já que muita das vezes não depende somente dele, já que há toda uma burocracia e dependência de outros agentes, enquanto no caso do poder judiciário o caminho a ser percorrido é por vezes mais simples, em virtude da vinculação das decisões e em muitos casos tratar de casos concretos envolvendo um cidadão e o Estado, enquanto os demais poderes atuam de forma mais abstrata.

De todo modo, isto não retira a responsabilidade por parte da administração que por muita das vezes atua de forma omissa ou até mesmo negligente com relação às políticas públicas e ao próprio cumprimento da Constituição e das leis que edita. Desta forma, o judiciário acaba por atuar em diversas causas, a fim de fazer cumprir de forma direta ou indireta o que está previsto na Lei Maior e no ordenamento infraconstitucional através de algumas formas de controle, as quais serão vistas em tópico posterior.

4.2 DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A primeira questão que se debate a respeito do controle das políticas públicas por parte do judiciário é se este teria legitimidade para atuar controlando funções que não são típicas deste poder, bem como julgando e analisando atos que são de competência dos demais poderes. Para garantir o controle pelo poder judiciário é necessário ter em mente alguns pontos: o primeiro é que a própria Constituição – elaborada pelo poder legislativo – concedeu ao Supremo Tribunal Federal – órgão máximo do judiciário nacional – a defesa e a aplicação desta. Merece destaque ainda o direito fundamental de o cidadão recorrer ao poder judiciário no caso de lesão ou ameaça ao direito, que acaba constituindo cláusula pétrea (art.60, §4º, CF), ou seja, não pode de forma alguma ser modificado e constitui um dos núcleos essenciais da nossa Lei Maior. Por fim, a vinculação que as partes têm as decisões judiciais, que não podem deixar de cumpri-las e constituem a última oportunidade de ver garantido o seu direito, já que não se pode modificá-las.

Antes de se verificar os meios utilizados para efetuar este tipo de controle, é necessário observar os parâmetros que podem ser realizados, a fim de realizar este tipo de intervenção. A jurista Ana Paula de Barcellos¹⁷³ enumera três, quais sejam: o primeiro consiste em um critério objetivo previsto na própria Constituição, como por exemplo, o caso dos artigos 212 e 198, §2º, que determinam a forma como a União deve aplicar as receitas oriundas de impostos na saúde, onde o próprio judiciário pode verificar se tais recursos estão sendo efetivamente investidos.

O segundo parâmetro consiste ao resultado final esperado da atuação estatal, ou seja, se o Estado está cumprindo o mínimo, mas isso não garante uma educação de

¹⁷³ Barcellos, Ana Paula de – Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas – Revista Diálogo Jurídico – publicado em 15/01/2007.

qualidade para todos, por exemplo, outros recursos devem ser aplicados até que a meta seja alcançada. Por fim, o terceiro parâmetro é definir quais políticas públicas devem ser aplicadas, para que sejam eliminados àquelas que sejam ineficientes para a realização das metas constitucionais.

No que tange as formas que podem ser feitas o controle o ordenamento jurídico pátrio prevê duas hipóteses: concentrado e incidental. No caso da primeira o controle é feito por meio de ações constitucionais de controle abstrato, como ADI e ADPF, julgadas em primeira e única instância pelo STF e versam sobre casos de controle abstrato, que englobam um número de indivíduos indeterminados.

Por outro lado as ações de controle incidental são aquelas que envolvem na maioria sobre casos concretos, embora possam existir de controle abstrato, como ações coletivas previstas no artigo 82 e ss. do CDC e em leis próprias como a 7347/85. Nestes casos, a fim de que o Supremo analise cada caso é necessária a utilização do sistema recursal prevista no CPC ou no CPP por meio de Recurso Extraordinário ou Agravo em Recurso Extraordinário.

Neste sentido é preciso observar alguns julgados do STF a respeito do tema nas mais diversas formas, conforme se verifica a seguir:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DO PACIENTE DE DESLOCAMENTO PARA TRATAMENTO MÉDICO FORA DO SEU DOMICÍLIO. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Decisão: TRATA-SE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELA UNIÃO, MANEJADO COM ARRIMO NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL, CONTRA ACÓRDÃO ASSIM EMENTADO: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS. TRANSPORTE GRATUITO PARA DOENTES RENAIAS AOS CENTROS CLÍNICOS RÉUS QUE PRESTAM SERVIÇO DE DIÁLISE. CARÊNCIA DOS PACIENTES INCONTROVERSA. OTIMIZAÇÃO E CUMPRIMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. RELEVÂNCIA DA MEDIDA. IMPROVIMENTO."174

174 STF - RE: 815882 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/02/2015, Data de Publicação: DJe-038 27/02/2015

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010)– MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE –DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO A TEORIA DA RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES) CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) DOCTRINA PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 RTJ 175/1212-1213 RTJ 199/1219-1220) EXISTÊNCIA, NO CASO EM

EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO."175

Desta forma, o que se permite verificar a respeito não somente dos julgados apresentados acima, mas daqueles apresentados ao longo do presente artigo é a possibilidade do controle judicial das políticas públicas. Isto se deve ao fato de ser o poder judiciário o guardião das leis e principalmente da Constituição.

É de se observar ainda a importância que este poder vem obtendo nos últimos tempos em razão da facilidade ao acesso à justiça, seja através de instituições como Defensoria Pública, ou por outros meios como os juizados especiais, bem como devido à omissão e negligência do administrador público em fazer valer questões básicas elaboradas por ele mesmo, que não conseguem ser cumpridas. Ressalta-se, ainda, que embora o julgador não possa substituir os critérios do administrador, ele deve evitar o cometimento por parte deste de abusos, ilegalidades e desvios de finalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta claro que o controle de políticas públicas pelo poder judiciário é um meio legítimo de garantir a defesa e efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Além desta legitimidade pode-se falar no elemento político. Nos dias atuais, devidos aos inúmeros escândalos de corrupção e na própria omissão e negligência do Executivo e do Legislativo na execução de suas funções típicas, o Judiciário vem ganhando relevância, a fim de tentar ajustar não somente as políticas públicas, mas a própria política em si, para que esta possa se adequar as normas e valores constitucionais.

Ademais, existe ainda o fator legal. Este se pauta naquilo que já foi exposto anteriormente, como no caso da inafastabilidade do poder judiciário, na defesa deste no que tange a dignidade da pessoa humana, norma axiológica de todo o ordenamento jurídico segundo alguns doutrinadores e na proteção dos direitos e garantias fundamentais e sociais, que além de serem cláusulas pétreas, constituem núcleo essencial da Constituição.

Não obstante, em um Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput*, CF), a constituição estabelece um rol exemplificativo de direitos fundamentais aptos a assegurar uma existência mínima à população, garantindo-lhe o mínimo existencial para sobreviver. Ocorre que tais direitos, na maioria das vezes, não são efetivados ou são realizados de maneira insatisfatória e ineficiente, quando da consecução das políticas públicas necessárias à sua efetivação. Todavia, ante o caráter de juridicidade e normatividade dos

175 STF - ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

princípios constitucionais e infraconstitucionais, especialmente, aqueles referentes aos direitos básicos dos cidadãos, existe a possibilidade de ser exigido do poder público o pleno cumprimento das metas definidas na constituição, que é possui uma superioridade hierárquica e imperatividade sobre as demais normas do ordenamento.

Assim, seria uma afronta à Constituição a possibilidade de inércia ou a ineficiência da administração pública na efetivação de direitos necessários a assegurar as garantias mais básicas ao indivíduo. Por isso, o ordenamento jurídico atribui ao Poder Judiciário a legitimidade para reparar essas omissões do Poder Público.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – Curso de Direito Constitucional – 7 edição Revista e Atualizada – Editora Saraiva – São Paulo, 2012

BARROSO, Luís Roberto – Curso de Direito Constitucional – 3 edição – Editora Saraiva – São Paulo 2011

HESSE, KONRAD – A Força Normativa da Constituição – Tradução de Gilmar Mendes – SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR – PORTO ALEGRE / 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang – A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional – 11 edição – Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2012

Constituição da República Federativa do Brasil – 1988 - disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao

BARCELLOS, Ana Paula de – Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas – Artigo publicado Revista Diálogo Jurídico número 15 – janeiro / fevereiro / marco de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

NETO, Claudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Coordenadores). Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Editora Lumens Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216 - acessado em 01/06/2016

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf - acessado em 01/06/2016

NETO, Pedro Thome de Arruda – O abuso de poder judiciário e o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil contemporâneo - Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – n. 41, p.103– jul./dez. 2013

BARROSO, Luis Roberto - NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO em -
www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf – acessado em 09/06/2016.

Alexy, *Teoria de los derechos*, cit., p.86

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e o Papel dos Princípios. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
In LEITE, George Salomão. Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno de Normas Principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107

www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=controle+de+politicas+publicas – acessado em 14/06/2016

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28supremacia+constituicao+adpf%29&base=baseAcordaos – EMB .DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 598.212 PARANÁ – 25/03/2014 – acessado em 14/06/2016

www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633 - acessado em 15.06.2016

www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693 – acessado dia 14/06/2016

ADI-MC 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1-10-1993

SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino americano*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

www.s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf - acessado em 14/06/2016

www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665 – acessado em 15/06/2016

www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923 – acessado em 15/06/2016

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567985&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M - acessado em 15.06.2016

www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial - acessado em 15/06/2016 *apud* Cf. tradução livre de trecho extraído da decisão publicada em *BVerfGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAco rdaos – acessado em 15/06/2016.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, Rio de Janeiro, 1992, p.4.

STF - RE: 594018 RJ, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360 - acessado em 14.06.2016

STF - ARE: 931070 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 08/03/2016, Data de Publicação: DJe-048 15/03/2016

STF - RE: 815882 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/02/2015, Data de Publicação: DJe-038 27/02/2015

STF - ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

ATENUANTES DA CLEMÊNCIA. O FATOR RAÇA E A CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE COMO ATENUANTES GENÉRICAS

ANA CRISTINA MALTA DINIZ:
Advogada.

RESUMO: O presente artigo visa averiguar a possibilidade de se reconhecer o fator raça e a culpabilidade por vulnerabilidade como circunstâncias atenuantes genéricas, previstas no artigo 66 do Código Penal Brasileiro, que permite ao juiz reduzir a cominação penal imposta ao réu em face de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não haja previsão expressa em lei.

PALAVRAS-CHAVES: Atenuante genérica. Raça. Culpabilidade por vulnerabilidade. Seletividade.

1. Introdução

A individualização da pena – uma conquista do iluminismo- ganhou assento constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), constituindo uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial. 176

O cálculo da pena obedece a um critério trifásico de Nelson Hungria, nos termos do artigo 68 do Código Penal: a pena-base deve ser encontrada analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; a pena provisória, a partir da apreciação das circunstâncias legais, que são as atenuantes e as agravantes; e finalmente, a pena definitiva, a partir da análise das causas de diminuição e de aumento.

Em relação às atenuantes, o legislador estabeleceu uma classificação em duas classes: a) as atenuantes taxativas do artigo 65 do Código Penal; b) as atenuantes genéricas em que a pena poderá ser reduzida pelo juiz quando houver uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66 do Código Penal). Com base nesse último dispositivo, dotado de indeterminação e abertura, as atenuantes inominadas são também denominadas de atenuantes “de clemência”.

Assim, as atenuantes genéricas constituem uma verdadeira efetivação do princípio da individualização da pena, suscetíveis de abarcarem diversas situações concretas não previstas no rol do artigo 65. Nesse sentido, merece destaque a possibilidade do reconhecimento do fator racial como atenuante de clemência.

176 BITENCOURT, Cezar roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

2. A pena intermediária e as críticas à súmula 231 do STJ

Encontrada a pena-base (1ª fase do critério trifásico), deve o magistrado apreciar as atenuantes e agravantes para cominar a pena intermediária (2ª fase do critério trifásico).

As circunstâncias agravantes e atenuantes são dados que não alteram o crime (tipo penal básico), mas sim a pena. Estão previstas nos artigos 61 a 66 do CP e somente serão aplicadas se não forem utilizadas como elementares do crime ou como forma qualificada (qualificadoras e causas de aumento de pena) ou privilegiada (privilegiadoras e causas de diminuição). 177

O Código Penal não estabelece sobre o montante do aumento de cada agravante ou da redução de cada atenuante. Deve ser apreciado pelo juiz que fica adstrito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A jurisprudência dos Tribunais Superior (STF e STJ)¹⁷⁸ firmou entendimento no sentido de que é razoável a redução de pena no patamar de 1/6 para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida e valorada.

Salienta-se que pode haver compensação entre uma circunstância agravante com outra atenuante, contanto que uma não seja preponderante em relação a outra. Registre-se que, nessa segunda fase, de acordo com o entendimento sumulado nº231 do Superior Tribunal de Justiça “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Essa orientação do Superior Tribunal de Justiça merece críticas, pois, não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária aquém do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia).¹⁷⁹

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

(...)o grande fundamento para se admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de

177 AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal. Parte Geral. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

178 STF: HC 69392/SP, HC 73484-7. STJ: AgRg no AREsp n. 2.125.837/RJ.

179 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória. Ademais, o texto atual do Código Penal (Lei nº 7.209/84) não apresenta qualquer empecilho que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena (base, provisória ou definitiva) inferior ao mínimo cominado ao tipo penal. Desejamos registrar, no entanto, que, a despeito de continuarmos respeitando essa orientação, acompanhamos o entendimento que sustenta a possibilidade de as circunstâncias atenuantes poderem trazer a pena aplicada para aquém do mínimo legal, especialmente quando, in concreto, existam causas de aumento. (BITENCOURT, Cezar roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P.617)

Por fim, quando houver duas qualificadoras, uma deverá ser valorada como tal e a outra deverá ser considerada como agravante genérica, desde que prevista expressamente tal circunstância, caso contrário deverá ser avaliada como circunstância judicial.

3. Atenuante inominada da coculpabilidade e a culpabilidade por vulnerabilidade

Nos termos do artigo 66 do Código Penal, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. A título de exemplo, pode ser citado o caso da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade.

A coculpabilidade parte da ideia de que a sociedade, muitas vezes é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora, criando condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente, contribuindo, portanto, para o delito. Essa postura da sociedade deve ser em parte compensada, arcando com parcela da reprovação.¹⁸⁰

Assim, a Teoria da coculpabilidade é uma espécie de corresponsabilidade social (do Estado) quanto à criminalidade, na medida em que, estabelecidos determinados direitos e garantias pela Constituição Federal, deveriam estes ser concretizados na vida de todos os cidadãos. Não concretizados tais direitos, deve a reprovabilidade da conduta criminosa dos cidadãos aos quais não foram oferecidas condições plenas de desenvolvimento pessoal ser mitigada, pois a culpa pela formação desses agentes criminosos seria em parte do Estado, aplicando-se a atenuante genérica do art. 66 do CP.

¹⁸⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 426.

A tese da coculpabilidade depende da verificação, no caso concreto, de elementos que demonstrem que o Estado tenha deixado de prestar a devida assistência ao acusado.¹⁸¹

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça¹⁸², que é possível, a depender do caso concreto, que o juiz reconheça a teoria da coculpabilidade como sendo uma atenuante genérica de pena prevista no artigo 66 do Código Penal.

Elogiada no início, atualmente a teoria da coculpabilidade sofre severas críticas. Isso porque, parte da premissa de que a pobreza é causa do delito; pode conduzir à redução de garantias quando se trata de processar o rico; continua ignorando a seletividade do poder punitivo. ¹⁸³

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina preferem a teoria da vulnerabilidade:

Quem conta com alta vulnerabilidade (de sofrer a incidência do Direito penal), e esse é caso de quem não tem instrução, nem status, nem condições de “pagar advogado”, nem família, nem diploma etc., teria a sua culpabilidade reduzida (todas essas circunstâncias levariam a uma diminuição de pena). Ao contrário, aquele que desfruta de baixa vulnerabilidade (quem conta com status, boa educação, diploma, etc.) teria mais intensa culpabilidade”.(apud CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 427).

A culpabilidade por vulnerabilidade, por sua vez, relaciona-se com o conceito de criminalização secundária: as pessoas selecionadas pelo sistema penal passam a ser rotuladas como delinquentes, havendo sua exposição pública pelos meios de comunicação social, o que contribui para a preconceituosa construção de um estereótipo, associado à classe social, etnia, idade, gênero e aparência estética.

Entende-se, portanto, que a criminalização secundária promove uma concretização do programa punitivo criado pelo Poder Legislativo. Esse programa é muito extenso e as agências de criminalização, como a polícia e o Poder Judiciário, têm condições limitadas

181 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de reconhecimento da coculpabilidade como atenuante genérica.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1819020b02e926785cf3be594d957696>>. Acesso em: 08/09/2022

182 STJ. 5ª Turma. HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017.

183 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 426.

de cumpri-lo. Por isso, o poder punitivo é exercido principalmente sobre pessoas previamente escolhidas em face de suas fraquezas, com base em critérios de seletividade e vulnerabilidade, a exemplo de moradores de rua, prostitutas e usuários de drogas. Os mais favorecidos, portanto, se distanciam da criminalização secundária.

Esse estereótipo, por sua vez, passa a ser o principal critério seletivo na criminalização secundária, o que justifica a existência de certa uniformidade estética da população carcerária, representada por caracteres que foram considerados pelo determinismo biológico como causas do delito, quando, em verdade, seriam causas da criminalização. Observe-se, porém a possibilidade de virem a se tornar causas do delito na hipótese em que a pessoa assumir o papel vinculado ao estereótipo, comportamento esse denominado de desvio secundário ou efeito reprodutor da criminalização. 184

Essa seleção, conforme a doutrina de Zaffaroni, é proveniente de circunstâncias conjunturais variáveis. Ou seja, são diversos os fatores que determinam a seleção criminalizante. A empreitada é sempre orientada por empresários morais, que podem ser um jornalista, um político populista ou, por exemplo, um Delegado de Polícia em busca de poder. São estes atores que fortalecem o senso comum a respeito da necessidade de urgentes medidas punitivas. São os empresários morais os responsáveis por difundir a ideia de que os crimes grosseiros, cometidos por pessoas com baixo poder aquisitivo, são os únicos crimes que acontecem, e que tais indivíduos são os únicos criminosos, ignorando, por completo, a existência da cifra oculta e da criminalidade do colarinho branco. 185

Desta feita, tornam-se mais vulneráveis à criminalização secundária pessoas cujas características se enquadrem nos estereótipos criminais, que apenas consigam efetuar crimes grosseiros de fácil detecção ou que tenha assumido o papel inerente a seu estereótipo. Ressalte-se que a vulnerabilidade ao poder punitivo será proporcional à maior ou menor correspondência com o estereótipo. Por outro lado, pessoas que não se enquadrem no estereótipo precisarão fazer um esforço considerável para se submeter ao risco criminalizante, havendo sua criminalização em razão de um comportamento grotesco ou trágico.186

Sendo assim, a vulnerabilidade pode ser considerada pelo magistrado como atenuante de clemência, quando essa situação mostrar-se evidente nos autos. Trata-se de uma circunstância que privilegia o princípio constitucional da individualização da pena,

184 OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019. p.196.

185 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** – primeiro volume. 4ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro.2011, p. 44.

186 ZAFFARONI et al, 2015, p.50 *apud* OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019. p.196

transformando o direito penal em um instrumento mais adequado à realidade social brasileira.

4. O fator raça como atenuante

A discriminação racial é um meio de operação normal de uma organização que pode ser entendida como uma *ordem racial*. Essa expressão designa um tipo de funcionamento social no qual sistemas como a cultura, a política e a economia operam a partir de processos racializados. A raça determina a forma como esses sistemas sociais operam e como eles organizam aspectos centrais da vida social; a discriminação racial se torna um aspecto pervasivo da realidade. Uma sociedade que opera como uma ordem racial classifica grupos humanos em grupos raciais, o que será utilizado para atribuir um status social privilegiado a certas pessoas e um status social subordinado a outras. Os que pertencem ao primeiro grupo terão acesso privilegiado a oportunidades e recursos, enquanto os que pertencem ao segundo são impedidos de exercer a cidadania de forma plena porque são sempre discriminados.¹⁸⁷

No campo do direito, o antirracismo assumiu tanto a forma de militância jurídica nos tribunais a fim de garantir a cidadania aos grupos minoritários, como também a de produção intelectual, cujo objetivo foi forjar teorias que questionassem o racismo inscrito nas doutrinas e na metodologia de ensino do direito. Há vários exemplos de como as contradições do sistema jurídico foram utilizadas de forma estratégica, não apenas pelos juristas, mas também pelas pessoas que foram e ainda são sistematicamente prejudicadas pelo sistema.¹⁸⁸

No âmbito do direito penal a temática do racismo foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁹ quando da análise da ilegalidade de uma busca pessoal fundada na cor da pele. Na oportunidade, o Ministro Sebastião Reis Júnior consignou que a *"cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente"*. Em seu voto, prossegue o Ministro Sebastião Reis *"não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele"*.

O sistema carcerário brasileiro tem cor. Essa é uma consideração, que infelizmente não pode ser vista como absurda, já que ao avaliar as condições humanas, em que a

187 MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p.555.

188 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2021, p.148.

189 STJ. HC 660903. Julgado em 14/09/2021.

população negra foi submetida, será fácil perceber que, essa se encontra em grande vulnerabilidade social. Durante o pós-escravidão, a população negra brasileira, foi jogada a esmo, ficando a margem da sociedade, que via o ideal de “perfeição”, algo similar ao perfil europeu. Dessa forma, não houve nem um espaço para o negro, e nem para o indígena, no que tange a “evolução” da sociedade brasileira.¹⁹⁰

Não se pode mais ignorar o fato do racismo institucional, e ter a ignobilidade de não perceber os efeitos disso, dentro da nossa sociedade. Cabe tanto ao poder público, quanto ao restante da sociedade brasileira, um verdadeiro combate ao racismo, e uma verdadeira garantia de equidade e de humanização das minorias que se encontram em vulnerabilidade social. Só dessa maneira, será possível retirar a população negra da sombra da criminalidade.¹⁹¹

No XII Congresso Nacional de Defensores Públicos, a Defensora Pública do Estado do Rio De Janeiro Renata Tavares apresentou a tese premiada com o 3º lugar em que propõe a aplicação da atenuante genérica da raça como instrumento de denúncia e combate ao racismo no sistema de Justiça Criminal. Confira-se:

Nesta conjuntura, todos têm responsabilidades, mas a Defensoria, por ser instrumento e expressão do Regime Democrático, tem sua responsabilidade reforçada! Primeiro, precisa deixar de ser branca pois, só enegrecendo vai entender melhor o que é racismo neste país. A este processo dá-se o nome de “letramento racial”, é olhar o mundo com os olhares do oprimido e, a partir daí, traçar suas estratégias. A consequência do processo é o reconhecimento de sua branquitude como um espaço de poder e de privilegio histórico e, por outro lado, uma tomada de posição em favor do oprimido. Os Defensores Públicos, por sua vez, **além da obrigação pessoal de passar pelo processo de “letramento racial” podem fazer um uso da atenuante genérica da raça, com base nos argumentos desenvolvidos pela Comissão Interamericana de Direitos**

190 SOUZA, Raphael Lisboa de. **A questão racial e o sistema prisional brasileiro** (breve histórico sobre a marginalização do negro). Publicado em 30.07.2014 por Paula Libence. Disponível em: <https://escrevivencia.wordpress.com/2014/07/30/a-questao-racial-e-o-sistema-prisional-brasileiro-breve-historico-sobre-a-marginalizacao-do-negro/>. Acesso em 08 set 2022.

191 *Ibid.*

Humanos, para introduzir juridicamente a questão racional que tanto condiciona o processo penal brasileiro”. 192 (Grifou-se).

Desse modo, como estabelece Renata Tavares em seu artigo “é obrigação dos Estados que conformam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de erradicar todo tipo de discriminação racial, adotando, inclusive, medidas de ação afirmativa, ou seja, que colocam uma pessoa em situação de desvantagem, numa situação de privilégio, toda pessoa negra que reponde a processo penal no Brasil, deveria ter, pelo simples fato de ser negra, sua pena, por esse motivo, atenuada.”

5. Conclusão

Ante o exposto, restou demonstrado que é imperioso reconhecer a aplicabilidade das atenuantes genéricas da vulnerabilidade social e do fator racial na segunda fase de dosimetria, pois trata-se de efetiva concretização do princípio constitucional da individualização da pena, promovendo um aperfeiçoamento e uma adequação do nosso Sistema de Justiça Criminal à realidade social, sobretudo, diante de um Estado omissivo que, além não garantir condições mínimas de sobrevivência à população, é permeado por um racismo institucional.

Desse modo, o reconhecimento das atenuantes de clemência conduziria a aplicação de um direito penal mais equânime, pois não se revela justo apenas o agente arcar com uma responsabilidade que não é exclusivamente sua. É necessária, ainda, a adoção de uma política antirracista no âmbito do Poder Judiciário, reconhecendo essas circunstâncias supralegais como causas relevantes que devem atenuar a pena.

Embora ainda não tenham uma previsão expressa em lei, a atuação do Poder Judiciário poderia inspirar uma futura alteração do Código Penal pelo legislador infraconstitucional, incluindo, o quanto antes, a vulnerabilidade social e a raça entre as atenuantes expressamente previstas no art. 65 do Código Penal, fulminando, de uma vez por todas, qualquer dúvida existente quanto aplicabilidade dessas circunstâncias atenuantes da pena no caso concreto.

6. Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2021, p.148.

192 COSTA, Renata Tavares da. O que fazer com minha branquitude. *In*: PASSADOROLE, Bruno de Almeida et al (organizadores). **A faixa verde no júri 3**: reflexões teóricas e práticas de defesa. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p.221.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal**. Parte Geral. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de reconhecimento da coculpabilidade como atenuante genérica**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1819020b02e926785cf3be594d957696>>. Acesso em: 07/09/2022

COSTA, Renata Tavares da. O que fazer com minha branquitude. *In*: PASSADOROLE, Bruno de Almeida et al (organizadores). **A faixa verde no júri 3**: reflexões teóricas e práticas de defesa. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p.555.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SOUZA, Raphael Lisboa de. **A questão racial e o sistema prisional brasileiro** (breve histórico sobre a marginalização do negro). Publicado em 30.07.2014 por Paula Libence. Disponível em: <https://escrevivencia.wordpress.com/2014/07/30/a-questao-racial-e-o-sistema-prisional-brasileiro-breve-historico-sobre-a-marginalizacao-do-negro/>. Acesso em 08 set 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** – primeiro volume. 4ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro.2011.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: NOÇÕES JURÍDICAS, ALCANCE E EFICÁCIA.

ELISA ROCHA TEIXEIRA NETTO: Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

RESUMO: O artigo busca analisar aspectos gerais do instituto da imunidade tributária, através da explanação acerca de sua noção jurídica, bem como da sua diferenciação com outros institutos, como a isenção e a não-incidência. Além disso, há o estudo dos alcances e das limitações da imunidade tributária, bem como da sua eficácia.

PALAVRAS-CHAVES: não-incidência, imunidade, Constituição Federal; imunidade recíproca.

1.INTRODUÇÃO

O artigo pretende analisar, de forma sintética e sistematizada, o tema das imunidades tributárias no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a identificar os principais pontos iniciais da matéria. O poder constituinte originário previu hipóteses de imunidades subjetivas, como por exemplo, a conferida aos partidos políticos, e as imunidades objetivas, como a que trata de livros e periódicos. Todavia, antes do estudo das hipóteses de imunidade tributária, faz-se necessário o entendimento acerca da sua noção jurídica, bem como do seu alcance e de suas limitações, conforme se fará a seguir.

2.NOÇÃO JURÍDICA

As imunidades tributárias são uma limitação ao poder de tributar, ao lado dos princípios constitucionais tributários. É uma hipótese de incompetência absoluta do ente federativo, já que ele não pode instituir o tributo em determinadas situações, isto é, o tributo se quer pode ser criado. É feita a delimitação, também chamada de restrição da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes. Logo, tem como fonte a Constituição Federal, já que suas hipóteses estão previstas somente nela e por sua expressa determinação. Para Ricardo Alexandre¹⁹³, a imunidade trata-se de uma não incidência constitucionalmente qualificada, segundo o qual, sintetiza o autor que:

"É uma hipótese de não incidência quem que a própria Constituição delimita a competência do ente federativo, impedindo-o de definir determinadas situações como hipóteses de incidência de tributo.

¹⁹³ Alexandre, Ricardo. Direito Tributário – 11ª Ed, ver. Atual. e ampl. – Salvador – Ed. Juspodivm, 2017. p. 201.

Neste caso, o próprio desenho das competências tributárias fica redefinido de forma a obstar a própria atividade legislativa da pessoa tributante”.

Dessa forma, a imunidade atua no plano da definição da competência tributária, visto que se limita o próprio poder do ente de criar o tributo.

Ademais, segundo Alexandre Mazza¹⁹⁴, a natureza jurídica das imunidades é dúplíce por ser ao mesmo tempo uma limitação constitucional ao poder de tributar e uma garantia fundamental do contribuinte.

3.DISTINÇÃO COM INSENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA

A isenção tem natureza jurídica de exclusão do crédito tributário (art. 175, I CTN) e segundo o entendimento clássico e encapado pelo STF é a dispensa do pagamento de um tributo devido.

Difere-se da imunidade por operar no campo do exercício da competência tributária, ou seja, o ente seria competente para tributar aquela determinada hipótese ou pessoa, mas acaba não exercendo sua competência. Explica-se: a imunidade atua na própria delimitação da competência, no âmbito do poder de tributar, enquanto que, na isenção a competência tributária não é exercida em sua plenitude, por uma opção do ente. Além disso, a fonte das isenções são as leis, sendo a regra geral que seja usada o mesmo tipo de lei para criação dos tributos. Então, a regra é a isenção ser feita por meio de Lei Ordinária. No entanto, para o tributo criado por meio de Lei Complementar, a isenção deve ser dada por Lei Complementar, guardando relação com o princípio da simetria. Ademais, também é possível isenções através de convênios, como o que ocorre com o ICMS e também por meio de tratados, como ocorreu em relação ao GATT.

Já em relação a não incidência, essa tem relação com a delimitação do fato gerador. Na hora em que a lei cria o tributo e prevê os fatos geradores, o que nela não estiver previsto será hipótese de não incidência (caso de exercício parcial da competência tributária). Trata-se de mera decorrência lógica da enumeração legal das hipóteses de incidência: por exclusão, o que não está legalmente indicado como sendo tributável configura uma hipótese de não incidência¹⁹⁵. Exemplo disso é no caso do ISS, em que a Lei Complementar estabelece uma lista de serviços dizendo sobre quais o Município poderá tributar. Supondo que determinado serviço não esteja na lista do ISS, teríamos uma

¹⁹⁴ Mazza, Alexandre Manual de direito tributário – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018, p. 344.

¹⁹⁵ Macho Segundo, Hugo de Brito. Manual de Direito Tributário – 10. Ed., rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas: 2018.

hipótese uma não incidência. É o caso também de itens da lista (serviços) vetados pelo Presidente, conforme já pacificado o entendimento pelo STF.

Neste mesmo sentido, Ricardo Alexandre¹⁹⁶ aduz que também ocorre a não incidência quando o ente, podendo instituir o tributo sobre todos os fatos geradores possíveis (caso do ITCMD), só institui no caso de transmissão onerosa de bens imóveis, deixando os bem móveis de fora. Como regra, a fonte é as leis, pois o que ficar de fora das hipóteses de incidência será caso de não incidência.

4. ALCANCE E LIMITAÇÕES

Uma questão que surge em relação ao tema é se a Constituição do Estado pode prever uma hipótese de imunidade tributária que não esteja na Constituição Federal, ou seja, a Constituição Estadual pode ser fonte de imunidades tributárias, inovando o que está na Carta Maior. Prevalece o entendimento que não. Isso porque a imunidade limita o poder de tributar, devendo, portanto, ser algo uniforme para toda a República, ou seja, comum a todos os entes federativos. A imunidade é uma limitação do poder de tributar, que é expressão da soberania estatal e essa só pode ser limitada pela Constituição Federal. A Constituição Estadual limitaria a autonomia. Todavia, destaca-se que Ricardo Lobo Torres¹⁹⁷ entende que as imunidades implícitas poderiam ser previstas nas Constituições Estaduais, uma vez que possuem fundamento nas próprias condições de liberdade.

Ademais, ressalta-se que há uma imunidade que não está prevista na Constituição Federal, mas sim no art. 32 da Convenção de Viena, que trata da imunidade para IPTU e Taxas de Fiscalização (com base no poder de polícia) incidente sobre imóveis utilizados por consulados e embaixadas. Poderia surgir a seguinte indagação: Por qual razão é considerado imunidade, já que há tratados que prevêm isenções? Há relação com a teoria da reciprocidade entre os Estados Nacionais, pois esta norma não está ligada a política fiscal. A imunidade visa proteger algo fundamental, assegurar direitos, garantias e liberdades.

Em relação à vigência das imunidades, questiona-se se o benefício pode ser suprimido/revogado por norma posterior, isto é, se poderia uma Emenda à Constituição suprimir uma das imunidades. O entendimento do STF¹⁹⁸ é que todas as imunidades tributárias são cláusulas pétreas, por defenderem direitos fundamentais e liberdades. Há

¹⁹⁶ Alexandre, Ricardo. Direito Tributário – 11ª Ed, ver. Atual. e ampl. – Salvador – Ed. Juspodivm, 2017.

¹⁹⁷ Torres, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário – 18ª Edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁹⁸ ADIN 939-7

relação das imunidades tributárias com os direitos fundamentais, uma vez que se trata de garantia individual do contribuinte. Então, se a Emenda Constitucional for tendente a abolir uma imunidade, ela será inconstitucional. Logo, não pode ser revogada a imunidade já prevista.

Outra discussão é em relação ao alcance das imunidades sobre as obrigações acessórias, isto é, aquela decorrente da legislação tributária e que tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, §2º CTN). Em síntese: a entidade imune precisa cumprir as obrigações acessórias, como por exemplo, emitir nota fiscal, se inscrever no Fisco Estadual ou Municipal como contribuinte? O prof. Ricardo Lobo Torres¹⁹⁹ defendia que na imunidade não haveria necessidade de cumprir as obrigações acessórias. Para ele, não faz sentido ter uma limitação ao poder de tributar (não poder criar o tributo) e exigir o cumprimento de obrigações acessórias do ente, assim, estando-se diante de uma imunidade nenhuma obrigação acessória deveria ser cumprida. Todavia, essa posição não prevaleceu no STF²⁰⁰. Logo, segundo a Corte Brasileira, o ente imune precisa cumprir as obrigações acessórias.

5. EFICÁCIA

No que diz respeito aos efeitos do reconhecimento de uma decisão acerca da imunidade, entende-se que tal decisão tem natureza declaratória. Portanto, os efeitos são retroativos até a data do momento em que a entidade comprovou o preenchimento dos requisitos (caso tenha) ou, caso não tenha (imunidade automática), o efeito retroage até a data da Constituição de 1988 (eficácia é *ex tunc*).

Na prática, muitas vezes a entidade pede o reconhecimento da imunidade, para que haja uma anulação dos lançamentos e a repetição do tributo que foi pago, mas cada tipo de ação tem um prazo prescricional diferente, o que significa dizer que nem tudo que foi pago indevidamente será restituído. Quando se está diante de uma ação declaratória pura, o STJ²⁰¹ entende que a ação é imprescritível, logo, a entidade pode pedir a qualquer momento o reconhecimento da imunidade. Todavia, quando a idéia é anular os lançamentos, o STJ²⁰² pacificou que o prazo prescricional é de 5 anos (ação anulatória tributária), contados da notificação do lançamento. Esse prazo não está no CTN, mas no Decreto 20.910/32. Já o pedido de repetição de indébito tem outro prazo prescricional,

¹⁹⁹ Torres, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário – 18ª Edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁰⁰ RE 250.844 e ARE 709.980

²⁰¹ Informativo 170/STJ.

²⁰² EDcl no REsp 894.981/RJ.

que é de 5 anos também. Tal prazo está no art. 168, do CTN e tem como termo inicial a data do pagamento do tributo.

O STJ, no entanto, tem acórdãos especificamente para imunidade, entendendo que, quando se ajuíza demanda com pedidos cumulados, o pedido da anulação e da repetição de indébito não deveriam ser contados como a regra geral, porque ele entende, com base na *teoria da actio nata*, que só depois que se reconhece a imunidade é que efetivamente o tributo se torna indevido e a idéia da repetição de indébito é, justamente, pedir a restituição de tributo indevido. Nesse caso, o prazo das outras ações só começará a contar do trânsito em julgado da ação que reconheceu a imunidade. Não se trata de posicionamento pacífico, mas há acórdãos nesse sentido.

Por fim, importante ressaltar que, apesar das principais imunidades previstas na seção “Das limitações ao poder de tributar” versarem sobre impostos, é possível haver imunidade sobre variados tributos²⁰³.

6. CONCLUSÃO

As imunidades tributárias possuem grande relevo no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que, conforme explanado no trabalho, é entendido como cláusula pétrea pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um direito fundamental do contribuinte em não ser tributado, em hipóteses em que a Constituição Federal veda até mesmo a criação do tributo. Assim, qualquer ato do poder reformador, por meio de emendas constitucionais, que possam suprimir as imunidades já previstas na Carta Maior deve ser repellido.

Por fim, destaca-se que o artigo buscou a análise de aspectos iniciais, mas não menos importantes, do instituto da imunidade tributária, já que são fundamentais tais conhecimentos teóricos para a compreensão dos casos concretos.

7. REFERÊNCIAS:

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário – 11^a Ed, ver. Atual. e ampl. – Salvador – Ed. Juspodivm, 2017.

MACHO SEGUNDO, Hugo de Brito. Manual de Direito Tributário – 10. Ed., rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas: 2018.

MAZZA, Alexandre Manual de direito tributário – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018.

²⁰³ Sabbag, Eduardo Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 370.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário – 18ª Edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

O TRABALHO INFANTIL E A EXPLORAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MEIO ARTÍSTICO

JOÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR:

Graduado em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional da Lapa FAEL); Graduando em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

RESUMO: O trabalho infantil é aquele realizado por crianças com até 12 anos incompletos e adolescentes entre 12 e 18 anos. O trabalho infantil abrange inúmeras vertentes, mas também possui incidência no âmbito artístico o que merece a análise. Tem-se como objetivo geral apresentar as proibições e autorizações de apresentações dos menores em redes televisivas. O objetivo específico do presente trabalho é realizar um breve histórico sobre o que é trabalho, as evoluções trabalhistas, analisando eventuais prejuízos aos menores advindos dessas responsabilidades atribuídas a estes pelos próprios pais, bem como, averiguar meios e condutas capazes de promover o melhor interesse da criança. O tipo da pesquisa é exploratório, método dialético, revisão bibliográfica. O tema é de grande relevância social, cabe aos magistrados analisarem minuciosamente os casos fazendo um equilíbrio e melhor avaliação sobre os direitos e deveres familiares, para que não lesione o futuro dos menores.

Palavras-chave: Trabalho infantil. Autorizações. Redes Televisivas. Estatuto da Criança e Adolescente.

ABSTRACT: Child labor is that carried out by children up to 12 years old and adolescents between 12 and 18 years old. Child labor condensed strands, but it also has contact in the artistic sphere which deserves analysis. The general objective is to present as prohibitions and authorizations for the presentation of minors on television networks. The specific objective of the present work is to make a brief history of what work is, such as labor developments, analyzing changes to minors arising from these responsibilities attributed to these own parents, as well as investigating means and behaviors capable of promoting the best interest of the child. The type of research is exploratory, dialectical method, bibliographic review. The theme is that of a large social enterprise, it is up to the magistrates

to analyze the cases thoroughly, making a balance and better assessment of family rights and duties, so that it does not harm the future of minors.

Keywords: Child labor. Authorizations. Television networks. Statute of Children and Adolescents.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho infantil é aquele em que a criança é inserida no mercado de trabalho precocemente, seja no trabalho pesado, como em fazenda, vendas em comércios, também em redes televisivas e rádios. A princípio o trabalho infantil artístico é apreciado pela sociedade por bons olhos, sem entender o quão prejudicial essa exposição possa ser.

Todo trabalho infantil é proibido aos menores de 18 anos, no entanto, há exceções para os casos de menor aprendiz a partir dos 14, com intuito de aprendizado e de maior facilidade para a inserção dos jovens no mercado, com a regularização da modalidade à luz da legislação trabalhista e estatuto da criança.

A problemática quanto aos danos psíquicos, físicos, e o amadurecimento precoce da criança quando assumem responsabilidades de artistas quando menores.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar que há proibição legal ao trabalho infantil em nossa Constituição Federal, também na convenção 182 da OIT- Organização Internacional do Trabalho e também no próprio ECA- Estatuto da Criança e Adolescente, sendo essa lei, pois, mau aplicada, devido ao número crescente de casos do trabalho infantil que já não é problema só de um país, já sendo considerado um sério problema global.

No entanto, na Convenção 138 da OIT, em seu artigo 8º traz a ressalva de que caso haja permissão individual concedida por autoridade competente, para que a criança possa participar em apresentações artísticas (OIT, 1973). Devendo ser limitada as horas e prescrevendo as condições em que poderá ser realizado.

Tem-se como objetivos específicos realizar um breve histórico sobre o que é trabalho, trabalho na modalidade infantil artística, bem como descrever os danos sofridos a criança que consegue autorização para trabalhar, a fama e o sucesso e descrever os sérios problemas que surgem quando há essa intervenção na infância e adolescência, sejam danos psíquicos, como também danos sociais e escolares.

Desenvolve-se a presente pesquisa a partir do emprego do método dialética, pois faz uso do movimento, usando argumentos sobre determinado fato e contra argumentos. A abordagem será qualitativa e havendo por procedimento a pesquisa bibliográfica.

Portanto, os pais devem agir e permitir/proibir esse trabalho, e as autorizações devem ser bem avaliadas criteriosamente, sempre observando o melhor interesse para a criança ou adolescente, afim de que não tenha problemas emocionais em sua formação.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE TRABALHO

Na lição de Leite (2018), o conceito de trabalho relaciona-se a outras ciências como Filosofia, Sociologia, História e Direito. O trabalho ocorre desde o início da evolução humana e provavelmente continuará enquanto existir pessoas na terra. Sob a ótica clássica, há a modalidade de serviço independente e a dependente, ou seja, uma autônoma e outra subordinada.

O serviço autônomo é aquele em que a pessoa trabalha por conta própria, sendo na verdade seu próprio chefe, e o serviço subordinado é aquele em que há um chefe, um patrão de quem recebe ordens.

O direito ao trabalho é uma das garantias fundamentais sociais, consta explicitamente no artigo 6º da Constituição Federal:

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).

Artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil garante a ordem econômica e financeira garantindo o direito ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência, busca de pleno emprego (BRASIL, 1988). Também no artigo 193 da Constituição Federal diz que a base da ordem social é o trabalho, tendo como objetivo o bem estar e igualdade social (BRASIL, 1988). O trabalho é reconhecido também internacionalmente, tendo como fundamento o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantindo os direitos fundamentais das pessoas, livre escolha de emprego, direito ao trabalho e a condições justas e proteção contra o desemprego (ONU, 1948).

No intuito de preservar mais as relações de trabalho, temos o princípio da proteção, que para Leite (2018) é o princípio que visa amenizar a desigualdade que há entre empregado e empregador, trazendo mais segurança e promovendo igualdade entre eles. Podemos ver exemplo deste princípio no artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que fala que a alteração dos contratos de trabalho só pode ser feita por mútuo consentimento, e que não traga malefícios ao empregado, sob pena de nulidade.

Lenza (2019, p. 2047) acredita que “[...] deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*”. Ou seja, é a impossibilidade de desconstruir direitos já construídos, pois os direitos fundamentais e os benefícios adquiridos não podem ser suprimidos pelo Estado. Pois em outras épocas, os direitos das pessoas não eram respeitados, como no tempo da escravidão.

Cavalcante e Jorge Neto (2019) afirmam que a partir de 1530 foi adotado no Brasil o regime da escravidão, sendo no início com os indígenas, e depois com os negros trazidos da África. Esta época o trabalho não trazia dignidade ao homem, pois os escravos eram considerados coisa qualquer, sem direito algum, sem salário, sem direito de ir vir, sem condições de vida digna e que somente com a Lei Áurea promulgada em 13/05/1888 ocorreu à abolição da escravidão no Brasil.

Um dos marcos históricos da evolução trabalhista foi a Revolução Industrial, que foi a época de desenvolvimento de técnicas de produção, transformações econômicas e sociais, pois as pessoas deixaram o trabalho artesanal para trabalhar com maquinário, no entanto eram explorados.

No entendimento de Cavalcante e Jorge Neto (2019) a Revolução Industrial foi a modificação social, econômica surgidas na sociedade a partir do século XVIII, foi uma época de invenções industriais, criações de máquinas, afirmação que o avanço tecnológico propiciaria uma melhor forma de trabalho e um maior desenvolvimento econômico, melhor atribuição social de função e emprego a cada grupo de pessoas.

Entretanto os trabalhadores tinham que prestar serviço muitas horas por dia, até mulheres e crianças eram submetidas à exploração do trabalho por conta de sua mão de obra, sendo com salário baixo, péssimas condições de trabalho, alguns tinham que dormir no local de trabalho em lugares extremamente desconfortáveis e ainda tinham que exercer suas funções até 18 horas por dia se necessário. Sendo de fato a única diferença do trabalho “livre” e a da época da escravidão seria o pagamento de um péssimo salário.

Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 68) afirmam que:

Registros históricos demonstram a existência de vários relatos de intermináveis horas de trabalho, chegando às vezes ao limite de 18 horas diárias, sem haver a distinção entre o trabalho das mulheres, das crianças e dos homens. Era frequente os trabalhadores dormirem nas próprias fábricas em condições péssimas; há relatos de castigos físicos se a produção não atingisse os limites estabelecidos pelo patrão. De fato, a única diferenciação existente entre o trabalho “livre” na Revolução Industrial e o escravo é o pagamento dos salários (parcos valores).

Os abusos e explorações das mãos de obra dos trabalhadores foram tantas, que eles se uniram e reivindicaram uma legislação que trouxesse segurança e proteção a eles, surgindo a partir daí o princípio da proteção e o Direito do Trabalho.

Para Cavalcante e Jorge Neto (2019) os explorados exigiram melhores condições de trabalho, que houvesse mais segurança a eles, higiene, regulação do trabalho do menor, salário mínimo descente. Fizeram surgir as primeiras associações trabalhistas que defendiam os direitos individuais e coletivos. Passado alguns anos, o Estado então percebeu que havia muita desigualdade entre empregado e empregador, constatando então que precisava intervir criando leis e mecanismos, instituindo salário mínimo de horário de jornada.

Com todas as reivindicações feitas, até mesmo com a regulação do trabalho do menor, ainda é comum em determinadas regiões a existência irregular do trabalho infantil, mesmo sendo vedada por lei. Custódio, Dias e Reis (2014, p. 20) dizem que “[...] ainda há um número elevado de crianças trabalhadoras no Brasil, em diversas áreas, como na agricultura, nos lixões, como vendedores ambulantes, no âmbito doméstico, entre muitas outras atividades”.

No entanto, essa necessidade está em desacordo com o nosso ordenamento jurídico, pois o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro sobre a proibição ao trabalho do menor de 14 anos (BRASIL, 1990). Sabe-se que o trabalho é o principal auxílio no sustento dos brasileiros, mas infelizmente vivemos uma época difícil, o desemprego e a falta de oportunidade têm assombrado diversas famílias, que acabam ficando em uma situação delicada, por consequência os filhos precisam ajudar no

mantimento, para que não falte comida na mesa e não comprometa a subsistência destes.

3. TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil, desde a época da revolução industrial era comum, os menores eram explorados juntos com os demais trabalhadores, mulheres, homens. A necessidade que se encontravam faziam com que eles se submetessem a qualquer oportunidade de emprego com intuito de ter alguma renda, ainda que baixa, excessiva jornada de trabalho, péssimas condições de trabalho.

Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 68) dizem que:

A Revolução Industrial adota novas técnicas de trabalho humano, sujeitando-se o trabalhador a uma série de disciplinas externas e submetido a horários de trabalho arbitrários e desgastantes. Nessa época, havia grandes excedentes de mão de obra, o que leva a uma série de dificuldades para os trabalhadores. O aviltamento das condições de vida é patente: miséria de grandes camadas da população, excessivas jornadas de trabalho, a exploração desumana do trabalho do menor e da mulher, baixos salários, a falta de regulamentação das relações de trabalho, as péssimas condições de trabalho etc.

Como era algo habitual e desregulado, a prática foi reiterada, entretanto houve várias regulamentações acerca desta modalidade de emprego. O Governo do Getúlio Vargas, a partir de 1930 fez importantes mudanças trabalhistas.

No ponto de vista de Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 96), no Governo de Getúlio Vargas foi quando oficializou o Direito do Trabalho, passando a ter aceitação a intervenção estatal para regularizar as relações trabalhistas, regularização da sindicalização, reforma da legislação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, horário de trabalho no comércio, regula as condições de trabalho das mulheres na indústria e comércio, estabelece criação de Carteira Profissional.

Com o Decreto Lei 5.452 de 01/05/1943 foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas e sancionada pelo então presidente Getúlio, a qual reuniu na legislação direito coletivo, direito individual e direito processual do trabalho. Tendo sido alterada na Constituição Federal 1988, logo após na reforma trabalhista de 2017, trazendo melhorias

aos empregadores e empregados e regulando melhor suas relações. Nesta última trazendo mais novidades, como intervalo intrajornada, parcela de férias em até três vezes, jornada intermitente, demissão em acordo.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em seu artigo 403 diz que é proibido o trabalho do menor de dezesseis anos, exceto no caso de menor aprendiz a partir dos quatorze (BRASIL, 1943). Também a Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 60 que afirma ser proibido qualquer trabalho ao menor de quatorze anos, exceto no caso de menor aprendiz (BRASIL, 1990). Sendo pois a vedação ao trabalho do menor regulamentada em nosso ordenamento jurídico.

Maria e Souza (2017, p. 03) dizem que:

O trabalho infantil é toda atividade de cunho econômico ou não, desenvolvida por crianças ou adolescentes que não possuem a idade mínima para o trabalho aferida pela Constituição Federal de 1988. De acordo com a Constituição Federal, o trabalho é permitido para maiores de 16 anos, desde que não seja perigoso, insalubre ou penoso e aos maiores de 14 anos na condição de aprendiz.

É uma prática ilegal com a devida previsão em nossa Constituição Federal de 1988 no artigo 7º inciso XXXIII diz que “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1988).

Assim, é notável que em nosso ordenamento jurídico que há proibição do trabalho do menor, exceto nos casos de menor aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos, mas, trabalho noturno, perigoso ou insalubre fica vedado ao menor de 18 anos sem que haja exceção.

No Estatuto da Criança e Adolescente Lei nº 8.069/90 com a previsão no artigo 60 dispõe que “é proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz” (BRASIL, 1990), o que corrobora com a previsão constitucional.

Ainda, a Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 403 confirma que “É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos” (BRASIL, 1943). Nesse sentido esta modalidade de

emprego é pode ser prejudicial aos menores, podendo acarretar problemas físicos e psicológicos, e ainda dificultando o acesso aos seus direitos, que é uma infância digna e segura como está previsto no artigo 227 da Constituição de 1988 o princípio da prioridade absoluta:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Os danos no desenvolvimento da criança podem ser comprometidos, e é comum que a população em geral não entende isso, pensam que somente serviços braçais prejudicam a saúde física ou psicológica, mas quando são assumidas certas responsabilidades e se tem pouca idade há interferência na inocência da criança, nas suas fantasias, pois são transformados em mini adultos, devido as obrigações atribuídas a eles.

Maria e Souza (2017, p.02) afirmam que:

As consequências do trabalho infantil são inúmeras, acarretando déficit no desenvolvimento da criança e do adolescente, fazendo com que se perca o sentido lúdico de ser criança, transformando-as em mini adultos, com responsabilidades, pesos e obrigações.

Aos menores é necessária uma vida tranquila, cheia de brincadeiras com amigos e familiares, passeios divertidos, inocência, boa educação. Quando esse ciclo é interrompido acaba gerando a eles problemas futuros, tornando eles futuros adultos frustrados e infelizes, pois tiveram base educacional ruim devido às responsabilidades atribuídas precocemente.

Maria e Souza (2017, p.11) dizem que:

Quando a criança se volta para o mundo do trabalho, muitas vezes abandonando a escola, ou não a usufruindo

de maneira intensa, tendo em vista o desgaste e cansaço fruto do trabalho, essa identidade de ser criança vai se perdendo, causando confusões sobre os espaços que ocupa.

Em nosso ordenamento jurídico criança e adolescente são definidos através da idade, como consta na Lei nº 8069/90, artigo 2º “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

Sabemos que a imagem e a segurança destes devem ser acima de tudo resguardadas e preservadas, no entanto quando são submetidos ao trabalho esse direito é lesado. No artigo 4º da Lei nº 8069/90 consta que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

O trabalho infantil no meio artístico vem ganhando cada vez mais cenário, devido a facilidade em atingir bastante público e gerar mais lucro para emissoras de TVs e Rádios. Tem sido aceito pela sociedade porque acabam percebendo somente a pureza e delicadeza dos pequenos se apresentando, mas esquecem de observar que por detrás de cada encenação há horas de dedicação, sono perdido, menos tempo para brincadeiras, horário de sono e momentos em família.

O artigo 405, § 3º, regula locais onde são considerados prejudiciais a moral do menor, dentre elas, na alínea “a” diz que: “a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;” (BRASIL, 1943). O serviço atribuído ao menor nas emissoras e redes televisivas podem atingir a sua moral e sua integridade. Por isso, é necessária a autorização judicial mediante avaliação específica de cada caso observando as peculiaridades do local, natureza do espetáculo, e a regular fiscalização dos Órgãos Competentes, conforme previsto no artigo 149 do Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990).

Em determinadas situações e regiões do país, a família não tem muita opção a não ser aceitar que seus filhos trabalhem para colaborar com o mantimento necessário da casa, pois é imprescindível que haja alimentação digna, vestimentas e educação.

Maria e Souza (2017, p. 05) afirmam que:

De fato, sabe-se que “salta aos olhos” a perspectiva da família pelo trabalho artístico do filho, que pode vir a ser famoso e “ajudar” a família, que por vezes é pobre. É uma expectativa de mudança de vida e os pais se veem nesse universo de possibilidades. Não compreendem que essa perspectiva, pode não vir a ser real, causando-lhes frustração e ainda mais aos filhos, que embarcaram na euforia dos pais.

A fama que eles conseguem obter com o trabalho é uma das coisas mais prejudiciais, porque suas aparições em locais públicos e comuns a idade, como um parquinho de diversões, circo, e etc., causam alvoroços e atrapalham a diversão e o lazer que poderia ser obtido ali.

Também há comparação das crianças famosas com as não famosas, comportamento, aparência, a cobrança é maior, pois para aparecerem na Televisão deve se mostrar quase perfeita, como aquela pessoa que precisa sempre saber de tudo, que precisa estar de cabelos bem penteados, terá que ser a mais inteligente de sua classe, e deverá usar sempre as melhores roupas. São exigências que nem sempre poderão ser cumpridas, pois o tempo utilizado para decorar textos de uma novela por exemplo, tomará o tempo que a criança poderia estar estudando, cuidando de sua beleza e brincando.

Maria e Souza (2017) consideram que as consequências são inúmeras, sendo o próprio desenvolvimento da criança, como também a relação ao assédio dos fãs, que pode vir atrapalhar o desenvolvimento psicológico e social da criança. E que mesmo tendo vários requisitos para as autorizações judiciais, elas não conseguem impedir que os efeitos negativos as atinjam.

Por isso é necessária uma avaliação minuciosa para cada permissão e autorização concedida pelo órgão competente, pois a responsabilidade sob o menor pode ser maior do que ele consiga. E é dever de toda a sociedade prezar pelo bom futuro das crianças.

Temos alguns casos brasileiros que ganham muito destaque, apesar de correrem sob segredo de justiça por envolver menor e a sua intimidade. A Emissora de TV SBT é a mais frequente com esses problemas e polêmicas, porque envolvem em vários programas crianças para tentar agraciar o público, além de perguntas e comentários constrangedores aos menores durante apresentação ao vivo.

4. CASO EMBLEMÁTICO DE CONHECIMENTO PÚBLICO

O caso de maior repercussão foi da atriz mirim Maísa, que iniciou sua carreira no SBT com apenas 4 anos de idade, obteve autorização judicial para fazer aparições nos programas e novelas. No entanto esta autorização foi cassada algumas vezes, por ter ferido a imagem da criança.

Em algumas aparições de Maísa no programa do Silvio Santos, ela foi constrangida pelo apresentador e plateia, já chorou, pois foi intencionalmente assustada quando vestiram um menino de monstro para colocar medo nela, foi chamada de medrosa pelo então chefe e pelo pessoal da plateia. Ainda por cima, chegou a bater a cabeça na câmera.

Com esses atos abusivos, o Ministério Público Federal entrou com ação civil pública contra o SBT, pois a autorização da então menor era apenas para apresentar o programa "Bom dia e Cia", no entanto ela já estava participando de outros programas voltados a público adulto, e com isso foi havendo constrangimentos.

A Justiça tentou resguardar e proteger a infância desta criança, no entanto não houve apoio e compreensão por parte da família e da sociedade. Custódio, Dias e Reis (2014) dizem que Maísa iniciou sua carreira antes dos 5 anos de idade, sendo exposta publicamente, tendo crise de choros ao vivo em debates com seu patrão, e mesmo o Ministério Público tentando intervir e conseguido a cassação da licença por parte da Vara da Infância e Juventude de Osasco- SP, a família, no entanto lamentou tal decisão, sendo perceptível o quanto a mídia influencia o imaginário da população brasileira.

Sabe-se que a criança tem direito a personalidade desde a sua concepção, no artigo 2º do Código Civil, diz que: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002). Ou seja, desde a concepção a criança tem seus direitos resguardados, direito a imagem, direito a saúde.

O artigo 11 do Código Civil, afirma que os “direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002). O presente texto diz que o direito da personalidade é intransmissível, ou seja, o direito a imagem da criança é dela, não é dos seus pais ou outros responsáveis.

A utilização da imagem do menor pode ser através de campanhas publicitárias, fotografias, novelas, series e filmes, entretenimento, programa educacional ou cultural.

Cardin e Guerra (2014, p. 09) consideram que:

A utilização da imagem pode se dar de diversas formas, por exemplo, por campanhas publicitárias, fotografias, como meio de informação para descrever situações reais e interpretações, comentários, ou para entretenimento, assumindo finalidades artísticas, educacionais e culturais.

No entanto é responsabilidade dos pais prezar pelo bem estar do seu filho, pois eles são considerados incapazes civilmente até os 16 anos de idade, conforme consta no artigo 3º do Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo também dever do Judiciário cumprir e exigir com rigor os direitos dos menores, e não deixar que este sofra qualquer lesão ou prejuízo quando for concedida a autorização judicial para apresentações artísticas, podendo a autorização ser cassada a qualquer momento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do trabalho é oriundo de conquistas sociais como salário mais digno, horário de trabalho razoável, intervalo para descanso e/ou almoço, e também a regulamentação para a inserção de jovens e adolescentes no mercado de trabalho, no caso de menor aprendiz que é a excepcionalidade da vedação ao trabalho infantil.

Entretanto, apesar da devida regulamentação e requisitos para que crianças e adolescente exerçam alguma atividade, há lugares onde a sociedade aceita o trabalho do menor mesmo havendo proibição legal, como podemos perceber no estudo realizado levando em consideração a realidade de crianças que trabalham em fazendas, chácaras, pescarias, comércios e outros.

Tal prática impõe o amadurecimento precoce, que é um grande problema, porque para uma criança assumir a responsabilidade de um adulto pode ser agressivo às suas particularidades, pois acaba sendo uma fase perdida, trazendo ameaça à saúde devido à

má formação de personalidade, o que faz com que a pessoa tenha a infância interrompida na transição até a fase adulta.

No caso do trabalho artístico nem sempre é percebido como algo prejudicial ao menor, por isso há possibilidade de fazê-lo, obtendo a devida autorização judicial. No entanto, a exposição midiática causa invasão à privacidade à vida pessoal e familiar do menor, problemas no ambiente escolar, tanto como assédio dos fãs, além da pressão psicológica para sempre estar nos padrões de beleza exigidos pela sociedade.

Portanto, é necessária uma maior fiscalização nos casos em que são autorizados judicialmente, para que os direitos das crianças não sejam lesados, ser um ator mirim é uma imensa responsabilidade, decorar textos, estar sempre bem vestido e arrumado, ter boa oralidade, treinos e ensaios para ter uma boa encenação. Isso tudo requer tempo e esforço, o que pode prejudicar a vida escolar e pessoal do menor.

É necessário propagandear as formas de fiscalização, do mesmo modo as políticas públicas voltadas à extinção do trabalho infantil. Tendo em vista ser claramente notável o prejuízo que este trabalho trás ao menor, devido a grande exposição da imagem da criança.

Desta maneira, conclui-se que o alvará judicial que permita o trabalho infantil, artístico ou não, está em desacordo com a nossa Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, apresentando que necessitam de tratamento especial à proteção e prioridade absoluta.

Entende-se que a família, a sociedade e o Estado devem zelar para que as crianças e adolescentes não sejam colocadas em lugares e situações que não sejam adequadas às condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, pois elas devem ser protegidas e terem o direito de viver sua infância. Pois resguardando a infância deles, estamos contribuindo com melhorias para o futuro do país, com futuros adultos melhores psicologicamente, fisicamente e intelectualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 01 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. **Da utilização da imagem da criança em produções artísticas e publicitárias.** Maringá: UNICESUMAR, 2014.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzete da Silva. **Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas.** Curitiba: Multideia, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARIA, Patricia Luciano; SOUZA, Ismael Francisco. **O trabalho infantil artístico no brasil contemporâneo:** as autorizações judiciais para o trabalho frente o princípio da proteção integral. Santa Catarina: UNESC, 2017.

OIT. **Convenção nº 138.** Idade mínima de admissão ao emprego. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

OIT. **Convenção nº 182.** Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. 1990. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 set. 2022.

OS DESAFIOS E CONQUISTAS DA IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO FAMILIAR EM PORTO ALEGRE/RS

PAULA DOS SANTOS BREGAGNOL:

Advogada, membro da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/RS e discente do curso de Pós-Graduação de Direito da Criança e do Adolescente na Faculdade Superior do Ministério Público/RS, Porto Alegre.

RESUMO: Os desafios e as conquistas da implementação do Serviço de Acolhimento Familiar em Porto Alegre/RS é tema deste estudo, com o objetivo de trazer uma análise crítica, considerando desde os processos iniciais com a atuação da sociedade civil, passando pela elaboração da Lei Municipal, assim o seu desenvolvimento na prática. Para tanto, a metodologia utilizada foi o método indutivo qualitativo quanto à abordagem, com caráter exploratório. Quanto aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa de campo, por meio de entrevista realizada à coordenadora do Serviço de Acolhimento Familiar de Porto Alegre (SAF). Em relação aos procedimentos técnicos, opta-se pela escolha do método etnográfico e pesquisa bibliográfica, assim como pela pesquisa documental. Por meio deste artigo busca-se, além de reconhecer os desafios e conquistas do serviço de acolhimento familiar, refletir sobre a dificuldade em avançar bem como os pontos nos quais se é necessário fazer uma mudança tanto na prática quanto de cultura interna nos parâmetros institucionais. Dentre os resultados obtidos, entende-se pela necessidade de fazer escolhas diferentes, tais como o investimento, principalmente do Município em políticas públicas direcionadas ao acolhimento familiar, através de sua participação ativa. Entretanto, para isso, será necessário a tomada de medidas na sua reestruturação interna. Assim como a importância da corresponsabilização de toda a rede de proteção das crianças e adolescentes.

Palavras-chaves: Acolhimento Familiar. Institucionalização. Porto Alegre. Implantação. Desafios. Conquistas.

ABSTRACT: This article is about the challenges and achievements of implantation the Foster Care in Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brazil. This study aims to provide an critical analysis, considering from the initial process with the action of civil society, for the elaboration of the Municipal Law, as well as all process of the implementation. Therefore, the methodological proposal is based on the inductive qualitative as approach, eith an exploratory character. The technical procedure is fiel research, through an interview with

the Foster Care Coordinator in Porto Alegre/RS. The technical procedure is ethnographic method and bibliographic research, as well as documental research. This article has the aims of recognize the challenges and achievements about the Foster Care on the Municipality, to reflect about the difficulty to moving forward and, also, about the points that it's necessary to make a big change both in practice and in internal culture of institucional parameters. Among the results obtained, it's understood the need to make diferente choices, such as investment, mainly by the Municipality in public policies aimed at family reception, through it's active participation, however, for this it will be necessary to take urgente measures in the internal restructuring. As well as the importance of co-responsibility of the entire network for the protection of children and adolescents.

Keywords; Foster care. Institutionalization. Porto Alegre. Implementation. Challenges. Achievements.

1. INTRODUÇÃO

Com a disposição da Lei nº 8.069/90, art. 19, §1º, art. 34, §1º e art. 88, VI, a implantação do acolhimento familiar em todo país trouxe a oportunidade das crianças e adolescentes terem uma família do coração, da visibilidade do afeto nas relações familiares e da necessidade da quebra paradigmática da cultura da institucionalização. Neste sentido, viu-se a imprescindibilidade da implantação dessa modalidade de acolhimento em Porto Alegre/RS, questão na qual tratar-se-á este artigo.

O presente trabalho se delimita a discutir as conquistas e desafios da implementação do acolhimento familiar na Capital, a fim de responder quais os entraves que necessitam de maior atenção para que o acolhimento familiar possa crescer. Nesta perspectiva, os objetivos específicos são: refletir e desconstruir sobre a cultura da institucionalização na Capital, demonstrar os benefícios do acolhimento familiar em relação ao institucional, apresentar alternativas para o auxílio na implementação do acolhimento familiar, tendo como exemplo o que já vem sendo estudado no Brasil e internacionalmente e, por fim, compreender e destacar os desafios e obstáculos que impedem o Poder Público em investir no acolhimento familiar. Assim, a intenção deste artigo é trazer à tona a realidade da institucionalização de Porto Alegre/RS para que se possa entender quais são as medidas necessárias a serem realizadas nos próximos anos.

A escolha em dar continuidade nesse tema, o qual a autora estuda desde sua graduação, sendo o assunto de seu trabalho de conclusão de curso, deu-se em razão do entendimento que cada criança/adolescente é a esperança de um futuro melhor e que em cada uma delas, que hoje se encontra institucionalizada, há um coração que espera

por uma família que possam acolhê-las, compreendê-las e lhe dar afeto, até que possam retornar para suas famílias de origem, ou se não for possível, encontrar uma família substituta. Além da compreensão da importância da convivência familiar e comunitária e do afeto nos laços familiares.

Dessa maneira, partiu-se de uma abordagem da narrativa histórica da institucionalização, trazendo como questionamento o status *quo* institucional, bem como o desenvolvimento da visão das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e, assim, a necessidade e priorização do acolhimento familiar como solução alternativa à velha cultura da institucionalização. Após, apresenta-se sobre o processo de implementação do Serviço de Acolhimento Familiar em Porto Alegre/RS através de entrevista com a coordenadora, Suzana Morais Pellegrini, no qual são referidas as principais conquistas e desafios. Nesta perspectiva, expõe-se uma breve análise da legislação municipal nº 12.520/19, refletindo-se sobre a necessidade de iniciativa e atuação da co-responsabilização do Ministério Público, Judiciário e, principalmente, Poder Executivo Municipal na Capital, momento em que pode-se compreender melhor sobre a urgência da priorização do investimento nessa política pública, a qual é preferencial ao acolhimento institucional, como disposto em Legislação Federal.

E, por fim, são expostos os métodos de auxílio para o melhor desenvolvimento do acolhimento familiar em Porto Alegre/RS, ao modo que se possa contar com a participação ativa do Poder Público Municipal e, especialmente, da Secretaria Municipal da Assistência Social, a fim de que, paulatinamente, assim como em outros Estados, as crianças e adolescentes hoje institucionalizadas por anos, sem referência de uma família, sem um cuidado especializado, possam ser vistas com este olhar e cuidado que o acolhimento familiar é capaz de oferecer. Dessa forma estaremos, também, respeitando o direito à convivência familiar e comunitária disposta no art. 227 da CF (Constituição Federal) e art. 19, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como os acordos internacionais.

2. A RUPTURA PARADIGMÁTICA DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL AO ACOLHIMENTO FAMILIAR

O direito à convivência familiar e comunitária garante que toda criança e adolescente possua o direito de ser criado e educado em um ambiente familiar e comunitário seguro e saudável, a fim de garantir o seu desenvolvimento em todos os níveis. No entanto, sabe-se que na prática não acontece exatamente assim, principalmente em virtude das infrações históricas e da visão distorcida que se tinha da criança como um adulto em miniatura, bem como da visão assistencialista das Casas de Misericórdias, períodos nos quais os direitos das crianças e adolescentes não eram respeitados e sequer reconhecidos.

Conforme Rizzini (et al., 2006), atualmente, as principais causas de afastamento da família de origem são violações de direitos da criança, como violência familiar, negligência, abuso físico e emocional, exploração sexual ou trabalho infantil, além da ineficácia ou falta de políticas públicas necessárias e de suporte à família, dificuldades de gerar renda e de inserção no mercado de trabalho, bem como a insuficiência de creches e escolas públicas em horário integral para que os pais possam trabalhar. Portanto, percebe-se que o afastamento das crianças e adolescentes de suas famílias no Brasil se configura por uma falta de garantia ao acesso aos direitos básicos dos cidadãos, bem como uma reflexão da desigualdade socioeconômica.

Desta forma, o acolhimento institucional apenas se justificaria pelo conceito da Doutrina da Proteção Integral, ou seja, como forma de defesa, de amparo às crianças e adolescentes e às famílias nas situações acima descritas, com foco na reintegração familiar e na transitoriedade, através de um trabalho especializado e articulado em rede pelas equipes técnicas. Isso tudo com o objetivo de fortalecer e reestabelecer a convivência familiar e comunitária, preferencialmente em suas famílias de origem.

Contudo, evidentemente, a institucionalização de crianças e adolescentes foi normalizada no pólo oposto, de forma na qual não há foco na reintegração familiar, bem como os infantes passam anos de suas vidas neste ambiente que propicia a fragilidade de criação de vínculos duradouros.

Sendo assim, conforme se verifica em muitos estados e municípios do Brasil, tal como em Porto Alegre/RS, objeto de estudo do presente trabalho, o acolhimento institucional vem sendo utilizado como uma rota de fuga para as questões em que o Poder Público prefere se omitir ao invés de se sensibilizar e mobilizar-se diante do cenário atual, propondo e investindo em políticas públicas necessárias.

Nesse sentido, importante trazer atenção à realidade da institucionalização das crianças e adolescentes e, mais especificamente, na Capital, a fim de questionar se o Poder Executivo Municipal e, todos nós, defensores dos direitos das crianças e dos adolescentes: estamos realmente pensando nelas ou, mais uma vez, está se mascarando a situação e os problemas que precisam ser enfrentados diante do impasse da desinstitucionalização no Brasil.

2.1 A CULTURA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM DISCREPÂNCIA COM O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A institucionalização de crianças e adolescentes é uma prática enraizada há séculos não somente no Brasil, mas em outros países como Estados Unidos, França, Portugal e Inglaterra. Segundo Ariès (1981), esta prática se tornou aceitável a partir do

século XVII, quando as crianças começaram a serem educadas nas escolas, a fim de aprender um ofício.

Em relação ao Brasil, Bento (2010) explica que o abandono de crianças e adolescentes possui raízes na colonização portuguesa em razão da catequização dos índios nativos pelos jesuítas, separando-os de suas famílias, dando origem, assim, às primeiras instituições de acolhimento.

Contudo, foi a partir do século XVII que as famílias com melhores condições econômicas começaram a enviar seus filhos para as escolas internas com fins educacionais (KREUZ, 2012). Por outro lado, as genitoras com poucas condições financeiras deixavam seus filhos sob cuidados de amas de leite, nas portas de igrejas, hospitais ou nas praças e ruas, o que passou a preocupar as autoridades em razão do aumento de abandono dos bebês pelo país (MARCÍLIO, 2009). Observa-se, assim, que o abandono de crianças é um fenômeno praticado ao longo da história da humanidade, percebido em diferentes séculos e civilizações.

Ainda, ao longo da história do Brasil, principalmente durante o período colonial ocorreram mudanças importantes em relação às instituições de acolhimento, especialmente em razão do surgimento das primeiras rodas dos expostos, em Salvador/BA, bem como no Rio de Janeiro/RJ, nos anos de 1726 e 1738 (COSTA, 2012; KREUZ, 2012). Esse foi um período marcado pela visão assistencialista e caritativa à infância pelas Santas Casas de Misericórdia.

Portanto, verifica-se que a prática de institucionalização de crianças e adolescentes passou a ser um costume pela sociedade e uma atividade decorrente do Estado na tentativa de não se envolver nos cuidados e proteção obrigatórios aos infantes, deixando com que a Igreja Católica tomasse frente à proteção dos infantes, o que, em verdade, deveria ser preocupação do Sistema Governamental.

Foi então, a partir da Constituição Federal de 1988 (art. 227), que o direito à convivência familiar e comunitária passou a ser garantido às crianças e adolescentes no Brasil, bem como com a mudança paradigmática do pensamento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em desenvolvimento peculiar. Assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção dos Direitos da Criança (1989) e, em decorrência destes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

A partir de 1990, tem-se um período marcado pela proteção integral à infância e juventude, voltado a uma visão mais humanizada. Nesse contexto, passa-se a repensar sobre a institucionalização de crianças e adolescentes, sendo estabelecida a

excepcionalidade e a temporariedade dessa prática, conforme o art. 101, parágrafo único, do ECA.

Tais fatores se solidificaram após a realização da pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), em 2004, na qual revelou que o tempo mínimo e a excepcionalidade do acolhimento institucional vinha sendo descumprido em grande parte das instituições, de forma a violar o direito à convivência familiar e comunitária, bem como a manutenção prioritária na família de origem (SILVA, 2004).

Os dados acima citados apenas evidenciam a história da cultura da institucionalização, a qual normalizou a prática de retirar crianças e adolescentes de suas casas e entregar às instituições por longo período de tempo, causando sérios danos às crianças e adolescentes, principalmente no plano emocional, em razão da falta de criação contínua de vínculos e afeto bem como pela transferência de responsabilidade, conforme leciona Kreuz (2012, p. 54):

[...] Essas crianças vivem num **círculo de perdas, separações e abandonos**, com evidentes consequências negativas para o seu desenvolvimento. **Os vínculos são sempre temporários, frágeis, instáveis, inclusive com os demais acolhidos. Alguns saem, retornando para as famílias, encaminhados para famílias substitutas, enquanto outros permanecem, quando não ficam transitando entre uma instituição e outra.**

Ademais, com passar do tempo e com o desenvolvimento da sociedade, da visão de família e das crianças e adolescentes, as políticas se modificaram. No século XVII, por exemplo, acreditava-se que, ao institucionalizar a criança, haveria uma forma mais rápida de aprendizado e disciplina, o que hoje não acredita-se mais. A Educação Infantil foi reconceitualizada, pois a própria pedagogia e a base de ensino nas escolas passou a ser percebida de forma diferente (FULLY, VEIGA, 2012). Assim como seus direitos passaram a serem reconhecidos, a criança passou a ser vista não mais como um objeto de providências, mas como um sujeito de direitos privilegiados, que possui desejos, necessidades e um tratamento diferenciado. Ao mesmo tempo, as famílias mudaram seus conceitos e seu comportamento, passando a entender, cada vez mais, a importância do desenvolvimento do afeto nas relações familiares (KREUZ, 2012).

Sendo assim, fato é que os conceitos de educação e de família se modernizaram, o que se aplicava no período assistencialista, aquela visão de mundo, hoje não há mais sentido de ser, pois não funciona, assim como a prática enraizada da cultura da institucionalização que permeia a mesma base.

Dessa forma, em contraponto a essa cultura, como solução alternativa através de um olhar mais humanizado, o ECA normatizou o acolhimento familiar que se baseia em um acolhimento no qual a criança ou adolescente será cuidado a partir de suas especificidades, através de uma família acolhedora cadastrada no serviço de acolhimento familiar de sua cidade pelo período de até dois anos, conforme definido em lei.

2.2 O ACOLHIMENTO FAMILIAR COMO UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA

A partir do advento da Lei 12.010/09, o acolhimento familiar foi estabelecido como preferencial ao acolhimento institucional a fim de que seja garantido o direito à convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes, bem como seu pleno desenvolvimento em todos os aspectos e, principalmente, no âmbito emocional, através do afeto, carinho, atenção e cuidado especializado.

Nesse sentido, percebe-se que o acolhimento familiar surgiu como uma solução alternativa ao acolhimento institucional, ou seja, à realidade do país no que tange à cultura da institucionalização de crianças e adolescentes (apresentada especialmente pela pesquisa do IPEA). Além disso, o acolhimento familiar apresenta-se como uma estratégia de retomar o que foi definido em lei: a atenção à reintegração familiar e ao direito à convivência familiar e comunitária através da criação de vínculos, o que não se tem com a institucionalização.

Por todos os elementos e justificativas apresentados, a situação das instituições, atualmente, não cumpre a sua razão de existir e nem mesmo vai ao encontro das necessidades das crianças e adolescentes acolhidos, isto é, ser uma medida de transição e de reintegração familiar através do cuidado e do olhar especializado com cada bebê, criança e adolescente, com cada ser humano.

Dessa forma, ao contrário do que se verifica na medida de acolhimento institucional, o acolhimento familiar, além de garantir o direito à convivência familiar e comunitária, se atenta à criação e fortalecimento de vínculos, bem como à elaboração do rompimento destes de forma saudável quando ocorre a saída da criança ou adolescente da família acolhedora para a família de origem ou adotiva (informação verbal)²⁰⁴. Além disso, os acolhidos aprendem como se desenvolver em família, como é ter uma relação familiar saudável, assim como associam e reconhecem o afeto – o que gera a ressocialização e inserção automática do jovem na sociedade, possuindo de forma integral mecanismos para sua conduta em meio social, pois ele passa a não se sentir mais excluído – o que não ocorre na institucionalização, que o exclui, disassocia da sociedade

²⁰⁴ Explicação fornecida pelo Dr. Robbert G. Gilligan (responsável pela implantação do acolhimento familiar na Irlanda) no II Encontro Online sobre Acolhimento Familiar – ENAFAM, realizado de 28 a 30 de setembro de 2021.

e segrega em mais uma camada. Essa camada, muitas vezes, traz consequências seríssimas, como a falta de identidade e empatia deste jovem, dessa criança ou adolescente que jamais teve uma “cultura familiar” e de afeto introjetada em sua vida, justamente pela falta de convívio.

Por tais razões, estar em acolhimento familiar ajuda as crianças e adolescentes a desenvolverem uma rede de apoio e conexões seguras que podem perdurar por toda a vida, auxiliando, também, no processo de educação e busca de emprego na vida adulta, a fim de que possam se estabilizarem e construir seu futuro de uma maneira mais justa.

3. UMA NARRATIVA DA IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO FAMILIAR EM PORTO ALEGRE/RS

A fim de trazer uma narrativa histórica sobre a implementação do Serviço de Acolhimento Familiar em Porto Alegre/RS, realizou-se uma entrevista à assistente social e coordenadora do SAF da Capital, Suzana Morais Pellegrini, em junho de 2021, a qual explicou que a partir da percepção e da necessidade de um olhar mais especializado para as crianças e adolescentes, se viu a imprescindibilidade da criação de um serviço de acolhimento familiar. Acrescenta, ainda, que essa movimentação se deu a partir de questionamentos de atuantes e incentivadores na causa da infância a partir da Comissão dos Direitos da Criança e Adolescente da OAB/RS e juventude para que o serviço tomasse forma.

Não obstante, nesse processo, em 2017, iniciou-se a elaboração de um projeto de lei para apresentar ao Poder Executivo Municipal, no qual a autora deste artigo teve a oportunidade de participar como ouvinte no período em que era estagiária do Juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude. Neste momento, o Magistrado juntou toda a equipe para a continuação da elaboração do projeto de lei e, após a formulação, se deu o encaminhamento para apresentação para o Prefeito da época.

Ainda, ressalta-se que nessas reuniões houve a participação de protagonistas, os quais foram mencionados na entrevista como os representantes da FASC, assim como pelo CMDCA (Conselho Municipal da Criança e do Adolescente), bem como pela participação do Ministério Público. Além dos órgãos mencionados, a coordenadora refere a relevância da atuação do Juizado da Infância e Juventude que vem sendo de extrema importância para as vinculações e capacitações das famílias acolhedoras, como para as divulgações através do TJRS, sendo destacado pela entrevistada que foi o meio de divulgação que mais captou famílias acolhedoras até o momento. E, por fim, o apoio do Poder Executivo na Câmara, o que culminou na elaboração e aprovação da Lei nº 12.520/19 pelo Prefeito em exercício no mandato.

De acordo com os relatos da Suzana, em razão do acolhimento familiar ser uma forma de política pública diferenciada, a qual oferece um cuidado de maior qualidade e referência para as crianças e adolescentes, por ter um custo menor para o Poder Público do que o acolhimento institucional, bem como pelo momento histórico da aprovação da Lei nº 12.010/09 e pela mobilização dos atores fundamentais citados acima, permitiu-se que houvesse o convencimento da Câmara.

Entretanto, ressalta-se que até a aprovação da Legislação, o projeto de lei ficou “aguardando em gaveta”, curiosamente, cerca de 1 ano, ainda que já fora evidenciado ser o melhor formato de acolhimento para criança e adolescente (informação verbal²⁰⁵; BREGAGNOL, 2018). Desta forma, em determinado momento, por pressão e por ser uma legislação que não mais poderia esperar, demonstrado os benefícios econômicos garantidos aos cofres municipais pela implantação do acolhimento familiar, o projeto de lei foi aprovado (informação verbal)²⁰⁶.

Desta forma, dando sequência à implementação, a partir de um edital público, a rede João Paulo II se dispôs a iniciar o SAF. Uma vez que a parceria foi assinada, em outubro de 2019, tendo o seu período de contratação e capacitação da equipe decorrida desde então, houve um período em que foi demarcado pela transição de trabalhadores na equipe técnica, em razão de diversos fatores, como licença à maternidade de praticamente toda a equipe, pandemia e entre outros fatores de instabilidade. Entretanto, a partir de janeiro de 2021, a equipe técnica passou a se consolidar, principalmente com o ingresso de Suzana como coordenadora obtendo carga horária exclusiva para o serviço de acolhimento familiar, sendo possível, assim, a realização de um trabalho mais especializado.

Neste sentido, verifica-se que um ponto de sucesso foi a coordenação exclusiva no SAF por parte de Suzana, pois este é um fator de extrema importância, sendo uma nova etapa da implementação. Assim como o apoio da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/RS que está ajudando junto à divulgação do serviço.

Além disso, em razão do serviço de acolhimento familiar ser uma modalidade de acolhimento totalmente fora dos padrões, Suzana acrescenta que é um trabalho artesanal, sendo necessário se atentar às especificidades de cada criança/adolescente, bem como trabalhar com a família acolhedora e família de origem ao mesmo tempo e, por isso, a importância do desenvolvimento de habilidades multidisciplinares dos funcionários. Nesse sentido, a coordenadora evidencia que é importante ter uma equipe fortalecida, com conhecimentos específicos e que se identifiquem com a causa. “Tudo isso torna o

²⁰⁵ Explicação fornecida por Armando Afonso Konzen, em novembro de 2021.

²⁰⁶ *Ibidem*.

SAF um trabalho muito delicado que não se consegue replicar tão fácil em virtude da necessidade de uma equipe técnica qualificada e especializada” (informação verbal)²⁰⁷.

Quanto aos principais objetivos, durante a entrevista, Suzana relata a importância de ampliar as formas de divulgação e a fidelização das famílias acolhedoras que já estão habilitadas. Ainda, a coordenadora acredita que o momento se dá em uma segunda fase da implementação pois, após o primeiro ano, buscam melhorar o que vem sendo construído frente aos aprendizados experienciados. Para uma nova etapa gostariam de um grupo maior, de fazer mais vivências e dinâmicas, inclusive nas capacitações.

Em relação ao número de famílias acolhedoras e acolhidos, desde janeiro de 2021 até janeiro de 2022, os dados colhidos de famílias habilitadas, inicialmente, foram 19, entretanto, 10 desse número já haviam sido desligadas e entre essas 10 famílias, metade não chegou a acolher e já desistiu de alguma forma, por isso a importância da seleção de famílias acolhedoras com perfil ao serviço, o que também está se aprendendo na prática. Atualmente, tem-se 11 famílias acolhedoras habilitadas e 6 crianças acolhidas. Já foram realizados 3 retornos à família de origem e 3 adoções.

Percebe-se, aqui, a realidade do trabalho da equipe técnica em relação à seleção e acompanhamento das famílias acolhedoras, acolhidos e família de origem, por isso a necessidade de um trabalho especializado, com dedicação de horas exclusivas ao serviço, um acolhimento que busca resolver os problemas intrínsecos ao invés de mascarar. Isso acontece pois há o foco na reintegração familiar, realizando os cuidados de forma especializada ao acolhido e, também da família de origem conjuntamente com toda a rede de proteção, e, exatamente por isso, torna-se mais difícil o retorno das crianças e adolescentes aos acolhimentos.

Ademais, no que tange às conquistas para os primeiros passos na prática, houve a elaboração e aprovação da legislação pertinente, a coordenação exclusiva do SAF a partir de 2021, fato que tem qualificado o processo de trabalho em todos os aspectos que envolvem o serviço e a percepção por todos que trabalham em conjunto, através das experiências vividas, da importância do acolhimento familiar na vida de cada criança.

Dentre as principais dificuldades, Suzana destaca que um dos motivos foi a pandemia COVID-19, fator que dificultou o processo de capacitação das famílias acolhedoras, bem como trouxe um desgaste maior das famílias pela necessidade de cuidado com os acolhidos por um período mais prolongado em suas rotinas, por não haver nenhum turno de folga. Outro desafio enfrentado é em relação às visitas assistidas,

²⁰⁷ Informação concedida por Suzana durante a entrevista, na sede do SAF, em junho de 2021.

as quais muitas famílias não permitiram em razão da pandemia, o que é imprescindível para sua participação no serviço.

Outrossim, observa-se que uma das maiores dificuldades, além da divulgação continuada, é o desconhecimento e o engajamento dessa política (a qual deveria ser uma política pública com previsão orçamentária) por grande parte da rede e da população em geral, e, principalmente, em relação ao Poder Executivo Municipal, gerenciado pela FASC, pois ainda temos a cultura da institucionalização muito enraizada na Capital.

Inclusive, destaca-se aqui a necessidade da informação direcionada ao público alvo, ou seja, famílias, rede socioassistencial, psicólogos, Poder Judiciário, Ministério Público e entre outros, porque, em um primeiro momento há de se concretizar a informação, pois neste período inicial as pessoas ainda não conhecem, muitas nunca ouviram falar sobre o acolhimento familiar e não tem acesso à isso. Após essa consolidação da informação e sensibilização do público alvo, vem o segundo passo que é a mobilização, ou seja, a divulgação a fim de que possa ser solidificado em uma nova cultura de pertencimento da sociedade para, assim, as pessoas poderem defender, também, a ideia da desinstitucionalização, tendo como figura central o poder do afeto nas relações contemporâneas, a fim de que o acolhimento familiar possa se tornar cada vez uma causa maior à sociedade. E, para que estes objetivos possam se consolidar e se fortalecerem de forma mais ampla, é necessário a atuação do Município, da Secretaria Municipal da Assistência Social, por meio de incentivos, políticas públicas e verba orçamentária voltada ao acolhimento familiar, sendo um fator de suma importância no Município de Cascavel, o qual pode ser considerado uma referência para Porto Alegre/RS (BREGAGNOL, 2018).

Isto posto, verifica-se que dentre os principais desafios, além da necessidade de divulgação e de disseminação de informações corretas em relação ao acolhimento familiar, se tem a falta de incentivo e de apoio do Poder Executivo Municipal, Estadual e Federal, bem como o próprio status *quo* institucional acomodado.

Outrossim, observa-se que a implantação do SAF em Porto Alegre/RS se deu pela vontade de atores da sociedade civil, os quais perceberam a importância do acolhimento familiar, bem como pela percepção do menor custo dessa modalidade de acolhimento em detrimento ao institucional pelo Poder Executivo Municipal. Todavia, apesar da importância desse primeiro passo para o Serviço ter acontecido - a aprovação da Lei - importante destacar que este é só o início, o Poder Executivo Municipal deve compreender que seu papel não se esgota aqui. Pelo contrário, é dever dessa esfera de poder dar continuidade também, através de investimentos no acolhimento familiar por meio de políticas públicas a fim de que hajam mais conveniamentos, incentivos fiscais e do repasse de verba obrigatória, vinculando a atuação da Secretaria Municipal da Assistência Social ao SAF de uma forma mais ativa.

Portanto, importante dar ênfase à efetivação desses direitos através das políticas públicas, sendo necessário um conjunto articulado de ações com envolvimento de co-responsabilidades do Estado, da família e da sociedade, como bem estabelecido no PNCFC (CONANDA, 2006).

Dessa forma, para que o acolhimento familiar realmente avance precisamos, paulatinamente, desconstruindo a cultura da institucionalização, da posse e da busca pela adoção - com a dificuldade de compreensão do vínculo temporário - necessitamos realocar equipes técnicas e investir em capacitações dessas equipes, bem como das famílias acolhedoras. E para que isso aconteça precisamos unir as co-responsabilidades do Poder Judiciário, Ministério Público, advogados atuantes e especialistas na infância, assistentes sociais, psicólogos, equipes técnicas da rede, Conselhos Tutelares e da Criança, enfim, todos que trabalhem em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes a fim de que haja um chamamento de todas as esferas de Poder objetivando uma maior mobilização e sensibilização da sociedade em geral.

3.1 UMA BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

O acolhimento familiar em Porto Alegre/RS foi aprovado e instituído pela Lei nº 12.520, em 20 de março de 2019, após diversas reuniões e encontros realizados no 2º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS no ano de 2018²⁰⁸.

Nesse sentido, salienta-se que a aprovação da Lei nº 12.520/19 permitiu o início da implantação do acolhimento familiar em Porto Alegre/RS, o que significa um importante passo para a disseminação desta modalidade de acolhimento, bem como para a desconstrução da cultura da institucionalização.

Dessa forma, através de uma breve análise sobre a legislação pertinente, verifica-se que houve uma autorização pelo Legislativo para o Poder Executivo, pela FASC para cumprir os programas de acolhimento familiar, ou seja, para que sejam realizados os conveniamentos das organizações governamentais e não-governamentais a fim de dar início aos acolhimentos familiares. Para que assim, gradativamente, possa haver a substituição da cultura de institucionalização para um novo olhar do acolhimento familiar.

Entretanto, sabe-se que, para que isso possa se tornar realidade no Município serão necessários investimentos, ajustes e atenção redobrada. E neste contexto, atenta-se para a necessidade da gestão municipal ater-se em políticas públicas voltadas para o acolhimento familiar, a qual se caracteriza pela sua concretude, através de metas,

²⁰⁸ Art. 1º da referida legislação, assegura-se que “Fica instituído, no Município de Porto Alegre, o Programa Família Acolhedora, a ser executado de acordo com as disposições previstas nesta Lei”.

planejamento e financiamento de recursos orçamentários, ou seja, de previsão orçamentária da Secretaria Municipal de Assistência Social, bem como da iniciativa e governança dessa esfera de Poder.

Contudo, esta é uma realidade que necessita de mais atenção, o que já se pode verificar diante da falta de informações de previsão orçamentária, metas de contratação e ampliação de vagas para o acolhimento familiar em Porto Alegre em 2022, dados que possuem a obrigatoriedade de serem de fácil acesso público. Entretanto, verifica-se que não há qualquer referência sobre a modalidade de acolhimento familiar no site da FASC²⁰⁹.

Portanto, o desafio está exatamente no cumprimento dessa autorização através de política pública pela gestão do Poder Executivo Municipal pela FASC, com a previsão orçamentária dos recursos necessários, conforme disposto no PNCFC e art. 34, caput, §1º, §4º e art. 260, §1º, ambos do ECA.

3.2 MÉTODOS DE AUXÍLIO AO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO FAMILIAR DE PORTO ALEGRE/RS PARA UMA MAIOR ADESÃO

Conforme visto, o acolhimento familiar é uma modalidade de acolhimento que vem sendo desenvolvido paulatinamente no Brasil, como na experiência de Porto Alegre/RS, mas que precisa de maior atenção de todas as esferas de Poder e, principalmente, do Poder Executivo. Neste sentido, há modelos internacionais em que podemos nos espelhar, como o da Irlanda.

De acordo com Gilligan (informação verbal)²¹⁰, existem países que já possuem acolhimento familiar há muito tempo e um segundo grupo de países que, de algum modo, chama-se de novos convertidos ao acolhimento familiar – os quais recentemente confiavam em instituições maiores e mudaram seu olhar, como a Irlanda. Esse segundo grupo é relevante para países que estão tentando essa mudança agora e, por isso, segundo o professor, a experiência pode ser mais relevante para o Brasil.

No caso da Irlanda, em um período aproximado de 30 anos, dos anos 70 até os anos 2000, seu sistema que era dominado por acolhimento institucional foi transformado, sendo atualmente liderado pelo acolhimento familiar com 91% das crianças em famílias acolhedoras (lembrando que a Irlanda é uma ilha pequena). Ainda, Gilligan (informação

²⁰⁹ Confere-se em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/fasc/default.php?p_secao=140.

²¹⁰ Explicação fornecida pelo Dr. Robbert G. Gilligan (responsável pela implantação do acolhimento familiar na Irlanda) no II Encontro Online sobre Acolhimento Familiar – ENAFAM, realizado de 28 a 30 de setembro de 2021.

verbal)²¹¹ discorre sobre os principais motivos que levaram a mudança, tais como, a atuação do Governo que passou a ser mais ativo e a favor do acolhimento familiar; a Igreja Católica, que lidera quase todas as instituições, começou a mudar a sua cultura e a sua forma de pensar, se afastando um pouco da instituição e incluindo o cuidado com as crianças e adolescentes; a criação de um “novo exército” de assistentes sociais fazendo com que essas políticas acontecessem; o número de pessoas ativistas e favoráveis ao trabalho do acolhimento familiar – psicólogos, assistentes sociais, advogados, juízes, todos que acreditavam –, sendo destacado como fator importante para conseguir criar a conscientização social; o papel da mídia, o suporte e apoio público, em razão da importância da informação chegar ao povo da maneira correta; e, por último, mas essencial, as histórias de sucesso das famílias acolhedoras.

Além disso, conforme Kreuz e Cabral (informação verbal)²¹² e como visto, um dos maiores desafios do acolhimento familiar no Brasil é a falta do entendimento do que é e como funciona a modalidade, bem como seus benefícios e a falta de engajamento dos operadores da justiça, governo e uma parte da assistência social. Dessa forma, de acordo com os estudos e os debates já realizados sobre o assunto, observa-se que as dificuldades mencionadas em Porto Alegre, tais como, o desconhecimento do serviço e a falta de engajamento do Poder Público quando há troca de gestão, não são únicas da Capital Gaúcha, mas um panorama geral em grande parte das capitais brasileiras.

Nesse sentido, trazendo para a implementação em Porto Alegre/RS, a fim de consolidar o acolhimento familiar, compreende-se como importante a verificação de algumas orientações, como a sensibilização, articulação e o envolvimento contínuo de toda rede de proteção, incluindo Ministério Público e Judiciário, Poder Executivo Municipal, assistentes sociais, psicólogos, CREAS, CRAS, CAPS, Ação Rua, Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, podendo, por exemplo, serem promovidos encontros, como seminários, workshops e congressos com toda a rede de proteção da criança e do adolescente, momento em que deverão ser apresentados os benefícios e as experiências do acolhimento familiar; divulgações em reuniões com líderes comunitários, como presidentes de bairros, em reuniões religiosas, em salas de espera de unidades básicas de saúde e entre outros espaços nos quais haja possibilidade de encontrar pessoas com disponibilidade e perfil de família acolhedora; se utilizar da narrativa compartilhada das famílias acolhedoras como casos de sucesso com objetivo de maior sensibilização da sociedade para que se conheça a diferença que o acolhimento familiar traz na vida de cada criança e adolescente; premiar e incentivar os municípios por optarem por esse

²¹¹ Ibidem.

²¹² Explicação fornecida pelos palestrantes Sérgio Kreuz e Cláudia Cabral no II Encontro Online sobre Acolhimento Familiar – ENAFAM, realizado de 28 a 30 de setembro de 2021.

modelo; oferecer incentivos fiscais às famílias acolhedoras (como desconto no IPTU); o apoio e suporte do Estado no sentido de oferecer recursos para a captação de subsídios financeiros porque, muitas vezes, o Município possui essa dificuldade, a fim de que se construa um sistema de apoio e fortalecimento para o acolhimento familiar; a necessidade de haver estratégias, planos de ação e metas para que todos possam ir numa mesma direção e capacitar os profissionais do serviço social e psicólogos para que se alinhem com o trabalho com as famílias acolhedoras.

Outro fator importante e de grande impacto está ligado à necessidade de reestruturação dos funcionários que trabalham em grandes instituições, contudo, neste ponto, para uma melhor gestão e ordenamento dessa política pública prioritária, sugere-se um estudo interno da FASC em concomitância com órgãos superiores para analisar a necessidade de reorganização dos trabalhadores na execução do acolhimento, ou seja, o realocamento de funções, execuções e tarefas para dentro do acolhimento familiar, de forma que haja o aproveitamento dos recursos humanos e o investimento no acolhimento familiar ao invés do acolhimento institucional. Além disso, propõe-se o redirecionamento das metas para que sejam estruturadas ao acolhimento familiar, como por exemplo, previsão orçamentária para ampliação de vagas, além de metas de contratação para 2022 e anos seguintes, que devem estarem previstas neste sentido e a realização de parceria com OSCs (Organizações da Sociedade Civil), a fim de que o serviço se solidifique e seja direcionado como política pública importante que é. Ainda assim, outro ponto a ser mencionado e revisado é a importância da necessidade de um Plano na Secretaria Municipal da Assistência Social, pois uma das grandes dificuldades enfrentadas nas implantações dos acolhimentos familiares no Brasil é a descontinuidade pela troca de gestão, como já referido.

Ademais, conforme a Recomendação nº 82/2021 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), com o objetivo de fortalecer o acompanhamento do cofinanciamento federal ao serviço de acolhimento familiar assim como o fortalecimento do próprio serviço, há orientação aos Membros do Ministério Público Estadual e Federal de: (I) ampliação do diálogo interinstitucional com as Secretarias de Assistência Social, Conselhos de Assistência Social e Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente, a fim de solidificar o controle das políticas públicas municipais; (II) verificação da existência de planos municipais de convivência familiar e comunitária (seguindo o parâmetro o PNCFC) e, caso não haja, deverá o promotor da localidade mover esforços para que seja providenciado; (III) atuar em rede atentando para a possibilidade de financiamento do serviço com os valores do FIA (ECA, art. 160, §2º ECA e Resolução Conanda 137/2010, art. 15); (IV) acompanhar o cofinanciamento federal aos serviços de acolhimento familiar e institucional e entre outros.

Sendo assim, ao analisar e compreender a importância do papel de cada esfera de Poder para a consolidação e desenvolvimento do acolhimento familiar na Capital, ressalta-se a importância da co-responsabilização de todas as esferas de Poder, com um único objetivo: dar ênfase ao acolhimento familiar em Porto Alegre/RS como prioridade, a fim de que se tenha a continuidade de um serviço bem planejado pois, ao entender que “é uma política pública como exercício da cidadania e não como caridade” (informação verbal)²¹³, se modifica a mentalidade de toda uma sociedade .

Por fim, destaca-se a relevância dos operadores terem convicção, acreditarem no acolhimento familiar e em seus benefícios, bem como no seu sucesso, investindo seu esforço em cada caso, como a rede João Paulo II vem fazendo, pois é um serviço a ser construído a longo prazo que necessita de paciência e dedicação contínua. Afinal, uma mudança de cultura acontece paulatinamente, sendo esta a proposta que a visão e a gestão do acolhimento familiar vem propor às famílias, ao Estado e à sociedade em geral, através do afeto nas relações familiares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os estudos realizados, visualizou-se a necessidade da implantação do acolhimento familiar em Porto Alegre/RS em razão da compreensão da situação das crianças e adolescentes em acolhimento institucional (cultura da institucionalização), bem como das pesquisas que já vem sendo desenvolvidas no país, o que se deu através da elaboração e aprovação da Lei nº 12.520/19, em parceria com atores da sociedade civil.

Ao realizar este estudo, foi possível observar importantes conquistas desse processo, como o trabalho especializado, inclusive com carga horária exclusiva da coordenação apenas para o Serviço em razão da qualidade e demanda, além do processo de reintegração familiar e as adoções já feitas, no quais as crianças, em torno de menos de 1 ano de acolhimento familiar, foram reintegradas ou adotadas, havendo um trabalho intenso com família de origem, o que, infelizmente, se torna mais difícil no processo do acolhimento institucional pela demanda e visão assistencialista que é apresentada. E, o mais importante, esses bebês e crianças tiveram a oportunidade de serem olhados e atendidos com outros olhos, outra percepção, através do afeto, da amorosidade e responsabilidade que as famílias acolhedoras e a equipe técnica vem oferecer.

Em relação aos desafios, constatou-se, principalmente, a falta de engajamento do Poder Público Municipal, o qual autorizou, por meio da referida legislação, o início dos conveniamentos de programas para a realização do acolhimento familiar na Cidade,

²¹³ Explicação fornecida por Matilde Luna no II Encontro Online sobre Acolhimento Familiar – ENAFAM, realizado de 28 a 30 de setembro de 2021.

porém há necessidade de dar continuidade conjuntamente com o Poder Judiciário, Ministério Público e parceiros para que o acolhimento familiar possa crescer. É neste sentido que percebe-se como sugestão o investimento em política pública, através do direcionamento e reestruturação interna de funcionários da FASC para o acolhimento familiar, bem como o fortalecimento da gestão envolvida na questão, a fim de que haja previsão orçamentária, metas de contratação e ampliação de vagas. Isto é, repensar, refletir na modalidade de acolhimento institucional que hoje é investida no Município e redirecionar a visão para o acolhimento familiar, o qual possui, comprovadamente, maior custo benefício do que o primeiro. A questão é: por quê ainda não se faz?

A resposta está na dificuldade de ruptura do sistema de institucionalização enraizado na Capital que, há mais de 500 anos, entende o acolhimento institucional por um lugar seguro para proteger os filhos das famílias que estão à margem da sociedade. Famílias, as quais, em verdade, necessitam urgentemente de políticas públicas, de um olhar e um trabalho diferenciado, especializado do Estado e dos trabalhadores da área da infância e juventude, condições que o acolhimento familiar vem proporcionar.

Por fim, a elaboração do presente artigo não possui o objetivo de culminar com os estudos sobre o acolhimento familiar na Capital, pelo contrário, busca-se demonstrar a necessidade de atenção do Poder Público, profissionais do direito, assistência social, psicologia e toda rede de proteção para a temática que está apenas em fase inicial de implementação.

Sendo assim, compreende-se que o assunto merece novos estudos, especialmente quanto aos dados quantitativos e qualitativos referente à reestruturação interna da FASC para o desenvolvimento e fortalecimento de uma equipe técnica capacitada.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da infância e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

BENTO, Rilma. **A história de vida de crianças e adolescentes como mediadora de reintegração no contexto familiar**. 174 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BREGAGNOL, Paula dos Santos. **Acolhimento Familiar:** a experiência do Programa Famílias Acolhedoras de Cascavel/PR como base para a implantação em Porto Alegre/RS. 2018. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://biblioteca.fmp.edu.br/pergamum/vinculos/000000/00000084.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

CONANDA. **Plano nacional de promoção, proteção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.** Presidência da República, Brasília, DF, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação n. 82/2021 CNMP.** Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-82-2021R.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais:** da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FULLY, Viviane Moretto da Silva; VEIGA, Georgea Suppo Prado. Educação infantil: da visão assistencialista à educacional. **Interfaces da Educação**, Paranaíba, MS, v.2, n.6, p.86-94, 2012. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/>. Acesso em 01 jan. 2022.

IPEA. **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília, 13 de abril de 2005.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A criança abandonada na história de Portugal e do Brasil. *In*: VENANCIO, Renato Pinto (Org.). **História social da infância no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

MORAIS, Suzana Pellegrini. **Entrevista pessoal concedida a Paula dos Santos Bregagnol. Porto Alegre, RS, jun., 2021.** [Entrevista realizada na sede do Serviço de Acolhimento Familiar – concedida para a realização desse artigo].

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente:** direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

PORTO ALEGRE. **Lei nº 12.510 de 20 de março de 2019.** Institui o Programa Família Acolhedora no Município de Porto Alegre. Porto Alegre, RS, 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2019/1252/12520/lei-ordinaria-n-12520-2019-institui-o-programa-familia-acolhedora-no-municipio-de-porto-alegre>. Acesso em: 08 jun. 2021.

RIZZINI, Irene et al (Coord.). **Acolhendo crianças e adolescentes:** experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária:** os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

A COMPLEXIDADE DA SUCESSÃO DE BENS SITUADOS NO EXTERIOR

ANA CRISTINA MALTA DINIZ:
Advogada.

RESUMO: Apesar de ser um tema bastante consagrado no âmbito do direito, seu grau de importância e complexidade justificam as discussões doutrinárias e por quem atua nessa área, visto que além da percepção das regras internas também se entrelaça com regras de Direito Internacional Privado. Quando uma pessoa morre e deixa bens no Brasil e no exterior, na maioria das vezes não sabe o que fazer, várias são as dúvidas. A mais comum refere-se ao local para abertura do inventário, se deve ser feito apenas no Brasil ou em todos os países onde se encontram os bens e nesse caso qual lei será aplicada. Outro questionamento é sobre a divisão de bens, como proceder para que os herdeiros recebam a mesma quota-parte? O principal objetivo deste trabalho é levar, de forma simples, informações aos brasileiros que estão por investir seu patrimônio em outros países, ou àqueles que pensam em estabelecer domicílio fora do Brasil. É importante compreender como seu patrimônio se comportará em caso de sucessão. Um planejamento sucessório pode ser a estratégia adequada para facilitar a partilha de bens entre os herdeiros, de forma a evitar contratempos ou dificuldades que possam surgir quando for aberta a sucessão.

PALAVRAS-CHAVES: Sucessão. Bens no exterior. Jurisdição. Pluralidade de Competências Sucessórias. Imposto de Transmissão *Causa Mortis*.

1. INTRODUÇÃO

O livro referente ao Direito das Sucessões é o último do CC/2002, assim como ocorria com o Código de 1916. E não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer codificação que se diga valorizadora da vida civil da pessoa humana.²¹⁴ O objeto do direito das sucessões diz respeito exclusivamente às relações patrimoniais do autor da herança. Somente elas serão estudadas por esse ramo do direito, pois as relações existenciais extinguem-se com a morte do titular.

Aberta a sucessão (o que se dá com a morte), transmite-se automaticamente a posse e a propriedade de todos os bens que compõem o espólio. A isso se convencionou chamar de *droit de saisine* ou *regra de saisine*. Não se confunde, portanto, a abertura da sucessão (a morte) com a abertura do inventário.

²¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

O patrimônio do *de cuius* – o que inclui os seus ativos e passivos – comporá uma massa indivisa, que receberá o nome de espólio. Ele não tem personalidade jurídica, mas a lei lhe atribui capacidade de ser parte. A finalidade do inventário é a apuração do acervo de bens, direitos e obrigações da massa, a identificação dos herdeiros e da parte correspondente a cada um para eu, recolhidos os tributos, os bens possam ser partilhados entre eles. 215 No entanto, havendo bens no Brasil e em outros países o processo torna-se bastante complexo.

2. DA SUCESSÃO DE BENS SITUADOS NO EXTERIOR

Substancialmente o Direito das Sucessões é tratado no Código Civil para bens situados em território brasileiro. Temos também a aplicabilidade de outros preceitos legais, como por exemplo, a Lei nº 6.858/80 muito utilizada quando se trata apenas de levantamento de fundo de garantia, diferenças salariais e algumas contas bancárias, não havendo outros bens. Nesse caso o procedimento é simples e rápido bastando uma petição por parte do sucessor.

Estimativa do Ministério das Relações Exteriores aponta que aproximadamente 4.2 milhões de brasileiros vivem no exterior²¹⁶. Muitos países, como Portugal, por exemplo, oferecem condições atrativas fazendo com que famílias se desloquem e transfiram seu patrimônio para o estrangeiro, o que se torna um desafio para as sucessões hereditárias, principalmente em razão do conflito de legislação com os outros países e da forma de tributação.

Seria lógico pensar que a lei aplicada para decidir a sucessão *causa mortis* seria aquela do país em que domiciliado o *de cuius*, conforme preceitua o art. 10 do Decreto-Lei nº 4.657/42. No entanto, o Brasil não tem competência para o inventário e a partilha de bens situados em outros países, pois, de acordo com o artigo 23, II, do CPC/15, a jurisdição brasileira é exclusiva quanto aos bens situados no Brasil, sem qualquer interferência da justiça estrangeira nesta seara.

Essa regra tem sido flexibilizada pelo Superior Tribunal de Justiça quando a decisão estrangeira cumpre a última vontade manifestada pelo *de cuius* e transmite bens localizados no território nacional aos herdeiros indicados no testamento. Confira-se:

215 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

216 MOREIRA, Assis. **Número de brasileiros morando no exterior nunca foi tão grande como agora**. Valor Econômico. Genebra. 03/09/22. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/09/03/numero-de-brasileiros-morando-no-externo-nunca-foi-tao-grande-como-agora.ghtml>.

Homologação de Sentença Estrangeira. Partilha De Bens Imóveis Situados No Brasil. Sentença Homologada. Ratificação De Vontade Última Registrada Em Testamento. Citação Comprovada. Concordância Expressa Dos Requeridos. Ausência De Impugnação Posterior. Caráter Definitivo Do Julgado. Art. 89 Do Código De Processo Civil E Art. 12 Da Lei De Introdução Ao Código Civil. Ofensa. Inexistência. Precedentes. Pedido De Homologação Deferido. I – O requisito da citação válida ou revelia decretada restou devidamente cumprido, pois os então requeridos foram comprovadamente cientificados da ação, não promovendo impugnação, ou, sequer, comparecendo ao juízo. O próprio decisum foi intitulado ‘Sentença Declaratória à Revelia’. II – O feito caracterizou-se pela a inexistência de litígio, comprovada, primeiramente, pelo não comparecimento dos ora requeridos ao processo e não impugnação do pleito, bem como pela anuência expressa ao conteúdo do decisum e consequente não interposição de recurso face à sentença que aqui se pretende homologar. III – A anuência dos ora requeridos em relação ao decidido pela sentença homologanda, além da não interposição de recurso, confere natureza jurídica equivalente à do trânsito em julgado, para os fins perseguidos no presente feito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que compete exclusivamente à Justiça brasileira decidir sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil. **V – Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. Precedentes. VI – Na hipótese dos autos, não há que se falar em ofensa ao art. 89 do Código de Processo Civil, tampouco ao art. 12, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, posto que os bens situados no Brasil tiveram a sua transmissão ao primeiro requerente prevista no testamento deixado por Thomas B. Honsen e confirmada pela sentença homologanda, a qual tão somente ratificou a vontade última do testador, bem como a dos ora requeridos, o que ficou claramente evidenciado em razão da não impugnação ao decisum alienígena. VII – Pedido de homologação deferido”.** (STJ

– SEC: 1304 US 2005/0153253-6, Corte Especial, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgado em 19/12/2007). (Grifou-se).

Sendo a Sucessão aberta no Brasil, havendo bens deixados no exterior, a Justiça brasileira compreende que não possui competência para processar inventário e partilha desses bens situados fora do território nacional, daí a necessidade da abertura de inventário em cada país. Esse é o princípio da pluralidade de juízos sucessórios adotado pela jurisprudência pátria. Desse modo, quando um brasileiro falece deixando bens em outro país, aplica-se a legislação do país onde os bens estão situados. Essa pluralidade de competências sucessórias gera uma complexidade no que tange à tramitação do processo e à divisão de bens.

A rigor o que está fora do Brasil não é contabilizado para fins de legítima. No sentido de minimizar essas questões, o Superior Tribunal de Justiça e alguns Tribunais do País, percebendo que houve privilégio de certos herdeiros em detrimento de outros, violando preceitos da legislação brasileira sucessória, concedem uma compensação considerando os bens existentes no exterior.

Outra situação é quando há bens deixados no país por falecidos estrangeiros e a abertura do inventário é feita no Brasil. Nesse caso juiz deve escolher, em benefício do cônjuge ou filho brasileiro, a lei mais favorável de acordo com o art. 10, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Escolher significa eventualmente que o juiz competente para o inventário no Brasil irá aplicar o direito estrangeiro. O art.14 do Decreto-Lei nº 4.657/42 preceitua, implicitamente, que o juiz deve conhecer a legislação de outros países, princípio expresso no brocardo latino *iura novit curia*, ou seja, o "juiz conhece o direito".

Mas se o juiz desconhecer a lei estrangeira pode oferecer oportunidade à parte que sustenta algum benefício, com fundamento no direito estrangeiro, trazer a conhecimento. Isso se justifica no sentido de proteger o cônjuge e os filhos brasileiros de eventuais discriminações existentes na lei estrangeira que viesse a reger a sucessão em virtude da nacionalidade do último domicílio do *de cuius*. A aplicação da lei brasileira é subsidiária, isto é, será aplicada somente quando se mostrar mais favorável à lei estrangeira na sucessão.

Casos em que a lei brasileira pode ser mais favorável:

- a) se pela lei do domicílio do falecido não existe sucessão legítima, ou seja, não se resguarda porcentagem dos bens para os herdeiros necessários;
- b) havendo uma maior liberdade de testar na lei estrangeira, comprometendo-se, a legítima;
- c) não sendo o cônjuge ou companheiro considerado herdeiro, como no Brasil;

d) e se a lei estrangeira favorecer alguns herdeiros em detrimento de outros.

Percebemos que, no mundo globalizado, as sucessões hereditárias com elementos internacionais são mais frequentes, surgindo então a necessidade de acordos internacionais. Como exemplo temos o Regulamento (UE) nº 650/2012217, em vigor desde agosto de 2015, que visa facilitar as transmissões sucessórias transnacionais na Europa, cada vez mais frequentes na União Europeia.

Esta legislação assegura a coerência no momento da transmissão hereditária, aplicando-se à sucessão transnacional uma única lei, por uma única autoridade. Normalmente, para regular a sucessão considera-se a lei do país em que o falecido tinha residência habitual no momento do óbito, permitindo que ao autor da herança a escolha da lei que regulará a sua sucessão. Há um fortalecimento do Direito Internacional como fonte de uma Justiça mais célere e menos burocrática.

Sobre a incidência (ou não) de Imposto de Transmissão *Causa Mortis* (ITCMD) de bem situado fora do Brasil, a Constituição da República, no art.155, determina que tais bens estão sujeitos à tributação, mas seria necessária, ainda, a criação de uma Lei Complementar de Competência da União - que nunca foi editada.

Muitos entes federativos, entre eles o estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual n. 10.705/00, inciso II, alínea "b218", determinaram nas respectivas legislações que o ITCMD seria exigido nas transmissões por doação, tendo o doador domicílio ou residência no exterior, e também nas transmissões causa mortis havendo bens localizados no exterior onde o *de cuius* era residente ou domiciliado ou caso o inventário tenha sido processado no exterior.

Em decorrência disso, inúmeras ações foram propostas, até que em 20/04/2021 o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional essa cobrança, ficando, portanto, os Estados proibidos de fazê-la. A não tributação sobre heranças no exterior de residentes no Brasil é, nesse momento, uma grande oportunidade de planejamento familiar e sucessório e ratifica a necessidade de investidores brasileiros considerarem a internacionalização do patrimônio como uma medida de proteção ao seu legado financeiro e uma forma de economizar na transferência do patrimônio aos herdeiros.

217 NUCALIS, Eme. **Testamento, Sucessão na Europa e Certificado Sucessório Europeu**. Mundo Notarial. 03.05.2017. Disponível em <http://mundonotarial.org/blog/?p=3186>. Acesso em 05.09.22.

218 SÃO PAULO. Lei nº 10.705. 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>. Acesso em 04 set 2022.

No entanto, em Junho do corrente ano (2022), o Supremo Tribunal Federal estipulou um prazo de doze meses para o Congresso Nacional editar a Lei Complementar que estabelecerá normas gerais e definidoras do tributo sobre doações e heranças provenientes do exterior. Por isso, àqueles que pretendem fazer doações de bens e direitos devem realizar tais doações antes da edição da referida Lei Complementar, que deve ocorrer até junho de 2023.²¹⁹

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, a resolução das questões patrimoniais quando há bens em múltiplos países suscita questões jurídicas complexas. Visando evitar litígios que consomem tempo, dinheiro e energia dos herdeiros, é extremamente aconselhável realizar um planejamento sucessório estruturado para organizar a divisão patrimonial, valendo-se de mecanismos como *holdings*, testamentos e *trusts*.

4. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ARAÚJO, Nádia de; SPITZ Lídia; NORONHA, Carolina. **Sucessão com bens no exterior: por onde começar?** Revista Consultor Jurídico: 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/opiniao-sucessao-bens-exterior-onde-comecar>. Acesso em 07 set 2022.

BRASIL. Lei 6.858. 24 de novembro de 1980. Dispõe sobre o Pagamento, aos Dependentes ou Sucessores, de Valores Não Recebidos em Vida pelos Respectivos Titulares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6858.htm. Acesso em 04 set 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657. 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em 04 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF fixa prazo de 12 meses para Congresso regulamentar cobrança de imposto sobre doação e herança no exterior**. 07.06.22. Disponível em:

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF fixa prazo de 12 meses para Congresso regulamentar cobrança de imposto sobre doação e herança no exterior**. 07.06.22. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488471&ori=1> Acesso em 05 de set de 2022.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488471&ori=1> Acesso em 05 de set de 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADEIRA, Samira Tanus. **Sucessão de bens situados no exterior: quais leis devem ser aplicadas?** Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo: 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2020/08/03/artigo-sucessao-de-bens-situados-no-exterior-quais-leis-devem-ser-aplicadas-por-samira-tanus-madeira/>. Acesso em 05 set 2022.

MOREIRA, Assis. **Número de brasileiros morando no exterior nunca foi tão grande como agora.** Valor Econômico. Genebra. 03/09/22. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/09/03/numero-de-brasileiros-morando-no-exterior-nunca-foi-tao-grande-como-agora.ghtml>.

NUCALIS, Eme. **Testamento, Sucessão na Europa e Certificado Sucessório Europeu.** Mundo Notarial. 03.05.2017. Disponível em <http://mundonotarial.org/blog/?p=3186>. Acesso em 05.09.22.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha.** 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SÃO PAULO. Lei nº 10.705. 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>. Acesso em 04 set 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES FRENTE AO TRÁFICO HUMANO

CINDY CALDAS LIMA SILVA: Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Conciliadora Judicial na 5ª Vara de Família do TJRJ situada na Comarca de Nova Iguaçu/RJ, Estagiária de Direito pelo Tribunal de Justiça, Pós Graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Legale.

RESUMO: O trabalho científico versa sobre o tráfico de crianças e adolescentes, as modalidades de delitos implícitas no tráfico, a eficácia da legislação pertinente, bem como os julgamentos e decisões dos tribunais nacionais e internacionais acerca do tema. No decorrer do trabalho científico pode-se verificar a avaliação do delito mediante o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como a legislação nacional e os protocolos internacionais encaram o delito supracitado. A prevenção e o combate não funcionam de forma eficiente, tendo em vista a carência por parte da legislação nacional e internacional pertinente. Dessa forma é essencial que a população esteja consciente sobre o delito e uma força frente ao combate do tráfico de pessoas.

PALAVRAS CHAVES: Tráfico. De. Crianças. E. Adolescentes.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Tráfico de pessoas; 2.1. Migração X Tráfico de pessoas; 2.2. Tráfico nacional e internacional de crianças e adolescentes; 2.3. Modalidades implícitas no tráfico de crianças e adolescentes; 2.3.1. Adoção irregular; 2.3.2. Exploração sexual comercial; 2.3.3. Trabalho Escravo/Forçado; 2.3.4. Casamento servil; 2.3.5. Prática de delitos; 2.3.6 Mendicância; 2.3.7. Venda e tráfico de órgãos e tecidos; 2.4. Legislação acerca do tráfico de crianças e adolescentes; 2.4.1. Constituição Federal e o Estatuto da criança e do adolescente; 2.4.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 2.4.3. Princípio Superior da Criança e do Adolescente; 2.5. Tribunal Internacional Frente ao Tráfico de Crianças e Adolescentes. 2.6. Combate ao tráfico de Crianças e Adolescentes; 3. Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de crianças e adolescentes é um crime de difícil percepção que tem como consequência diversas vítimas, que se encontra em posição de vulnerabilidade ferindo extremamente os direitos essenciais ao ser humano. Estima-se que aproximadamente 50 mil pessoas são traficadas anualmente em diversas localidades e para múltiplas funções. Vale salientar que a maior parte das vítimas são do sexo feminino.

A presente pesquisa versa sobre a análise e conscientização acerca do tráfico de crianças e adolescentes uma vez que estes são vítimas extremamente vulneráveis em comparação aos adultos, merecendo assim proteção especial. Valendo destacar que o menor ainda se encontra em formação, necessitando de assistência especializada que vise acima de tudo o melhor interesse destes. Sendo assim, será feita análise do conceito do delito, tratando de forma objetiva e sistemática aspectos relacionados ao direito da criança e do adolescente, analisando também a normatização acerca do delito.

Inicialmente será analisada brevemente a conceituação e evolução histórica do tráfico de pessoas priorizando especialmente o tráfico de crianças e adolescentes, tratando desta forma das modalidades implícitas no delito inicial, bem como as questões relacionadas ao tráfico interno e internacional.

Ao discorrer da pesquisa serão abordadas as legislações pertinentes ao tema, trazendo também decisões dos tribunais nacionais e internacionais, bem como as normas correlacionadas ao tema, além de uma breve conceituação acerca do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por fim, serão abordadas as políticas de prevenção, conscientização acerca do tráfico de pessoas, bem como o tráfico de crianças e adolescentes, na qual serão analisados projetos, políticas e os planos nacionais. Bem como as medidas de combate e enfrentamento no âmbito nacional acerca do delito em questão.

2. TRÁFICO DE PESSOAS

A comercialização de seres humanos se faz presente desde a antiguidade aos tempos atuais. Pode-se destacar durante a antiguidade e a idade moderna vários relatos de comercialização de seres humanos para as diversas finalidades.

Na antiguidade a escravidão era geográfica, o local onde residiam eram tomados e as pessoas que residiam neste local eram escravizadas independentemente de sua cor ou de como eram. A escravidão surge com a necessidade de mão de obra causadas pela aquisição de extensão de novas terras. As condições de vida dos escravos eram extremamente precárias, o direito de ser humano era extremamente violado.²²⁰

Na Idade Moderna a escravidão passou de uma simples mão de obra para um tráfico comercial de pessoas, passando a ser um dos tipos de comércio mais importantes

²²⁰FREIRE, Eric Vinicius Campos. *Direitos Humanos*, 2019, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53911/o-trabalho-escravo-uma-analise-do-conceito-juridico-da-antiguidade-at-a-contemporaneidade>. Acesso em 01/05/2021

sendo este altamente lucrativo e importante para a economia não apenas local, mas em diversas partes do mundo. A escravidão Africana era extremamente abusiva e agressiva, os africanos eram tirados a força de suas terras e misturadas com outras pessoas de diversas etnias, sem ter o mínimo conhecimento lingüístico, culturais ou geográficos do local para onde estava sendo enviado, violando significativamente a dignidade de ser humano.

Apesar de ter sido abolido pela lei Áurea o direito de manter outra pessoa ao seu domínio como sua propriedade, na prática a violação dos direitos bem como a escravidão continua ocorrendo com muita frequência e trazendo altos lucros para os envolvidos podendo dizer que "este é o 3º mais lucrativo, perdendo apenas para o tráfico de drogas em primeiro lugar e em segundo para tráfico de armas."²²¹ Pode-se verificar tais relatos segundo COELHO, em seu trabalho sistema brasileiro de combate ao tráfico de pessoas:

Embora o escravismo e todas as situações acima retratadas tenham deixado de existir de forma lícita, a camada escusa da sociedade continua utilizando dessas práticas para os mais diversos fins, do trabalho escravo à remoção de órgãos. Para isso, precisam deslocar pessoas às mais diversas localidades, submetendo-as a situações de total desrespeito à dignidade humana. Isso, por alto, é o tráfico de pessoas.²²² (COELHO, 2019, P.5)

O que atualmente se entende por tráfico de pessoas só ganhou tal destaque após extenso esforço internacional. Inicialmente a preocupação era apenas pela proteção das mulheres Européias, devido ao tráfico de Escravas Brancas, que teve como resultado a Convenção Internacional para a repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, em 1910.²²³ Logo após, em 1921, complementou-a assim sendo Convenção Internacional para a Repressão do tráfico de mulheres e crianças. Em 1933, complementou-se ainda mais, tornando-se a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores. Em 1947, inovou-se para o Protocolo de emenda a convenção internacional para a repressão do tráfico de mulheres e crianças. Por fim em 1949 o protocolo final para a repressão ao tráfico de pessoas e do Lenocínio. Acabou finalizado que qualquer que para satisfazer as paixões de outrem, aplicasse, induzisse ou descaminhasse para fins de prostituição outra pessoa, ainda que esta estivesse consciente ou houvesse a exploração

²²¹SIQUEIRA, Priscila. 2013, p. 26. *apud*

²²²COELHO. Ucas Stropp. Trabalho científico: *Sistema Brasileiro de Combate ao Tráfico de Pessoas*, 2019.

²²³BRASIL. Protocolo de Emenda da Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, N°370, de 1910.

da prostituição mesmo esta consentindo seria punido, responsáveis e pessoas financiasse uma casa de prostituição também seria punido.

O tráfico de pessoas não é relatado com muita frequência, então para o cálculo de dados torna-se de insuficientes fontes. Conforme a Pesquisa da ENAFRON, geralmente as vítimas de tráfico de pessoas não se vêem como a vítima, não realizando denúncias. Também há casos de pessoas presas em locais desconhecidos não havendo possibilidade de realização de denúncias. Contudo, significa dizer que os números relatados dos casos são extremamente inferiores à quantidade real de vítimas. Conforme dispõe a pesquisa da ANAFRON:

A Delegada da Polícia Federal em Porto Alegre/RS (RS Entrevista 4), por sua vez, explica que se trata de um crime subnotificado devido ao fato das pessoas traficadas raramente formalizarem denúncias: em primeiro lugar, as mesmas não se consideram vítimas; em segundo lugar, na medida em que seus interesses econômicos são atendidos, tendem a ver o explorador como um aliado. A Secretaria de Polícia Civil Publicado Acre (AC Entrevista 16) deu muita ênfase à ausência de denúncias por parte das famílias e das vítimas, acentuando a falta de informações que poderiam colaborar com as investigações e, conseqüentemente, com a repressão ao tráfico de pessoas.²²⁴

Quanto às características das pessoas traficadas não são possíveis delimitar, porém todas as possíveis vítimas possuem vulnerabilidade como qualidade em comum, assim sendo mulheres, crianças e adolescentes as maiores e mais frequentes vítimas. As mulheres geralmente são traficadas para fins de exploração sexual, já os homens para trabalho escravo. Crianças e adolescentes também estão em grande escala, para as mais diversas finalidades, desde exploração sexual, trabalhos escravos, adoção irregular, casamento servil, remoção e venda de órgãos, dentre outras. Conforme pesquisa realizada pela SINAN.²²⁵

2.1 MIGRAÇÃO X TRÁFICO DE PESSOAS

A migração é um grande problema frente ao tráfico de pessoas, mesmo não havendo relação direta com o tráfico, ainda assim apresenta problemas, principalmente por estar relacionado à deslocação de uma pessoa de um determinado local a outro. Devendo

²²⁴ BRASIL. Escritório das nações unidas sobre drogas e crime, internacional centre for migrationpolicydevelopment. Pesquisa fornecida por ENAFRON: Diagnóstico Sobre o Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, em 2013. Pg. 93

²²⁵SINAN. *Dados do Ministério da Saúde*, cuja fonte é o Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

diferenciá-los de acordo com o propósito de cada um, o tráfico de pessoas visa à violação dos direitos de ser humano e principalmente o direito a liberdade, enquanto a migração ocorre de forma espontânea, não havendo inicialmente a violação dos respectivos direitos.

Conforme o descrito, o primeiro desde a concepção visa a exploração da vítima, enquanto o segundo inicialmente se dá por vontade própria e somente após o seu início ocorre a exploração. Valendo ressaltar segundo dispõe Feitoza, "O processo se dá através de agências "legais", que mantêm seus esforços no processo da exportação, bem como nos documentos e meios necessários para a consumação do ato, ao chegar ao destino a vítima encontra realidade diferente da prometida, perdendo seu direito a liberdade tendo seus documentos retidos pelo traficante ou até mesmo são vendidas para terceiros.²²⁶(FEITOZA, 2015, p.16). Ou seja, a exploração no caso da migração se dá quando a vítima visa melhores condições de vida e migram de forma voluntária até o destino planejado, porém ao chegar lá encara uma realidade viciosa.

Diversos países visando reduzir ou até mesmo extinguir o tráfico humano impossibilitam e apresentam resistência quanto a entrada e saída dos imigrantes, ferindo inclusive o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.²²⁷ O que inicialmente visa a diminuição de casos do tráfico, devido a extrema rigidez acaba por influenciar no aumento do delito, tendo em vista principalmente que as pessoas que anteriormente visava migrar de forma legal, agora passa a se ancorar em agências ilegais que ampara e proporciona a entrada segura de diversas pessoas nos respectivos países.

Vale destacar por fim que a Organização das Nações Unidas, a Organização para a cooperação e o Desenvolvimento Econômico, A organização internacional para as Migrações, a Organização das Nações Unidas para a Educação, ciência e cultura, a Organização Internacional do trabalho e o conselho da Europa, segundo dispõe RAMOS, Natália²²⁸, vem enfrentando muitos desafios com a migração na atualidade.

2.2 TRÁFICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O tráfico de seres humanos embora não diferencie as vítimas quanto a idade ou sexo, e ainda assim o tráfico de mulheres seja recorrente, é importante dizer que o tráfico internacional de menores vem se destacando diariamente, por se tratar de pessoas extremamente vulneráveis e de fácil acesso aos aliciadores. Podendo ser observado que o

²²⁶FEITOZA, A. P. A. Pesquisa Científica: *Tráfico de Crianças e Adolescentes sob a ótica do direito nacional e Internacional*. 2015.

²²⁷ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Art. 13, inciso 2, de 10 de dezembro de 1948

²²⁸RAMOS, Natália. Universidade Aberta Lisboa. *Migração, tráfico de pessoas e trabalho doméstico*. 2014.

Estado visa a proteção integral do menor por estes não serem absolutamente capazes e passíveis de resistência.

O tráfico de menores encontra amparo no decreto nº2.740 de 1998, também nominado convenção internacional sobre o tráfico internacional de menores, na qual o seu artigo 2º²²⁹ traz que menor é toda pessoa com menos de 18 (dezoito) anos de idade, o tráfico destes é a subtração, transferência ou retenção com finalidade lucrativa através da prática de determinadas modalidades, sem o consentimento ou mediante vício no consentimento do menor ou de seus responsáveis.

Segundo Damásio, (2003, p.139), “o tráfico de menores é o acordo mútuo entre a locomoção e a exploração que caracteriza o tráfico, não importando o momento que ocorre ou qual tipo de exploração à criança é submetida”. Ou seja, é a locomoção das crianças de um determinado local para o outro, a exploração nele contida, é uma fase que ocorre durante ou após esse processo. A locomoção pode se dá livremente com a autorização do responsável ou mediante coação.

O tráfico interno é o agenciamento, aliciamento, recrutamento, o transporte, a transferência, a compra, o alojamento, e acolhimento de pessoas sob ameaça, coação ou a exploração dentro da fronteira. Sendo este tão importante quanto o tráfico internacional. Por ocorrer dentro do país o procedimento é mais simplificada, muita das vezes dispensando passagem, visto e acomodação, os aliciadores podem utilizar seus próprios bem para a prática do delito.

O Tráfico de pessoas visando o turismo sexual vem crescendo grandemente no território nacional, a demanda de meninas mais novas vem crescendo significativamente.²³⁰ Outra modalidade é o tráfico de crianças e adolescentes para a prática de atividades criminosas, sendo inclusive “mulas” que atravessam as fronteiras com pequenas porções de entorpecentes, segundo dispõe FEITOZA. ²³¹ Na qual crianças e adolescentes são traficados e coagidos a prática de delitos, sem que suas vontades sejam respeitadas.

²²⁹México. Decreto Nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Estabelece a convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores. Expedida na Cidade do México, promulgada em 18 mar. 1994.

²³⁰BRASIL. Pesquisa Tráfico de Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual no estado da Bahia. Realização: Instituto Winrock Internacional. Apoio: OAK Foundation; Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado da Bahia e OIT – Organização Internacional do Trabalho, 10/2008 apud SIQUEIRA, Priscila. op. cit., p. 30.

²³¹FEITOZA. Ana Paula de Assis. Pesquisa Científica. *Tráfico de Crianças e Adolescentes sob a ótica do direito nacional e Internacional*. 2015.

2.3 MODALIDADES DE EXPLORAÇÃO RELACIONADAS AO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O tráfico de menores pode ocorrer de diversas formas, sob diversas modalidades, tais como a exploração sexual comercial, o trabalho escravo, a adoção irregular, venda e remoção de órgãos e tecidos, entre outras. Em alguns casos o crime ocorre mediante a autorização dos responsáveis legais outras em forma de coação ou fraude. Merece destaque e uma explicação mais apuradas algumas dessas modalidades, como se pode verificar nos sub tópicos a seguir:

2.3.1 Adoção Irregular

Na década de 80 e 90 no Brasil, houve diversos relatos de adoção internacional, na qual não era legalmente fiscalizado por não ser uma preocupação recorrente. A adoção ganhou uma atenção especial quando o deputado Frances Leon informar que apenas 1000 das 4000 crianças que foram adotadas permaneciam vivas. (FEITOZA, 2015, p.26). Ocorreram vários escândalos desde então, até que a convenção de Haia se apresentou, mediante 17 sessões e adotou então uma amplificação da convenção de 1.965/93, que se refere à proteção da criança e do adolescente e assim fixou que nas causas de adoção internacional sempre prevalecerá o melhor interesse do menor e principalmente a segurança de seus direitos fundamentais. O objetivo primordial da convenção é a luta contra lucros indevidos referentes a adoção irregular.

Em 1990 no âmbito nacional o ECA estava sendo promulgado, garantindo direitos e tratando sobre delitos contra a criança e adolescentes e a adoção internacional. O estatuto certos requisitos acerca da adoção externa, assim como a caracterização da inserção do menor ordinariamente na família brasileira residentes no Brasil, quando residentes no exterior priorizar a adoção a famílias Brasileiras do determinado país ao adotante residente no âmbito internacional. Visando o melhor interesse do menor, para a finalização do processo de adoção é preciso preencher todos os requisitos e seguir corretamente os meios legais. (FEITOZA, 2015, p.27/28). A punição para aquele que retirar o menor do Brasil para levá-lo ao exterior com intuito de obter lucro ou negligenciando os respaldos legais, está previsto no artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo destacar ainda que a pena é reclusão de quatro a seis anos além de multa.

A adoção de forma ilegal ocorre geralmente através de esquema criminoso que aliciam e seqüestram os menores nos hospitais, nas ruas, saída de escolas, cursos. O aliciamento ocorre após o nascimento do bebê os aliciadores ficam próximos sondando a estrutura familiar, bem como as condições da vitima, as mais vulneráveis e carentes são os alvos, também há casos em que informantes fazem parte da equipe do hospital e quando surge um possível alvo ou alguma criança abandonada elas fazendo contato com o aliciador que por sua vez finalizam o seu trabalho de aliciamento ou rapto de

determinada criança. “Também há relatos de crianças que foram raptadas, seqüestradas enquanto saía da escola, ou brincava nas ruas, os aliciadores observam a rotina da família e rondam a criança, quando surge uma brecha oportuna exercem com excelência o tráfico do menor.” (FEITOZA, 2015, p.28). A documentação geralmente é providenciada por profissionais infiltrados nos respectivos órgãos que possuem ligação com o trafico.

Vale salientar que muitas das adoções irregulares têm como intuito disfarçar a pratica de outros crimes bem como as futuras explorações deste menor, tais como de cunho sexual, para promover o trabalho forçado, para extração de órgãos e tecidos, dentre outras finalidades. Tornando assim a adoção irregular uma atividade meio para uma exploração final.

Vale dizer que na maioria dos casos de crianças traficadas na finalidade de adoção internacional irregular ocorre por meio do transporte definitivo da criança para o exterior, devendo dizer ainda que os responsáveis recebam uma contraprestação pela venda da criança aos aliciadores.

2.3.2 Exploração Sexual Comercial

Por muito tempo o sexo era visto como um tabu para a sociedade. Com o passar do tempo a igreja deixa de ser a reguladora do sexo e esses traços passam para o Estado. Mediante as transformações, a chegada da política bem como a economia, começa a surgir às práticas sexuais visando lucro, o sexo que antes era visto como algo terrível passa a ser um negócio lucrativo, atraindo o crime organizado e o comercio ilegal.

Mesmo visando o controle e a redução do tráfico de pessoas, a prostituição não pode ser controlada ou impedida, tendo em vista que infringe o direito a liberdade e livre locomoção garantida pelo rol dos direitos e garantias fundamentais, na qual o ser humano pode fazer o que bem pretender. Segundo o MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) a prostituição é lícita quando praticada por maior de idade em todo o território nacional.

O abuso sexual merece destaque assim como a exploração sexual, tendo em vista que ambos ocorrem com o intuito de satisfação sexual com a utilização do corpo do menor. O abuso ocorre geralmente por pessoas de confiança, mediante chantagem, coação física ou psicológica. A exploração é o abuso sexual do menor visando lucro, a intenção é a satisfação sexual de terceiros mediante prévio pagamento aos responsáveis. Devendo inclusive conscientizar que só há vitimas da exploração, pois há “compradores”. A exploração incrimina os compradores da mesma forma que os responsáveis pelos lucros.

O tráfico de mulheres visando a exploração sexual conforme relatório sobre o tráfico de Pessoas, 2018, e citado por COELHO, constituem-se 58% de casos no mundo e

59% na América do Sul. Na Europa correspondem a 60% de casos de exploração sexual, sendo as vítimas 68% mulheres e 26% meninas. Homens e meninos configuram em 6% dos casos. 232

No Brasil, o tráfico para fins de exploração sexual tem como vítimas mulheres e meninas em situações de vulnerabilidade e hipossuficiência. O principal mercado de mulheres brasileiras envolvidas com prostituição, se localiza na Espanha, chegando a 7 mil casos sendo estes análogos ao trabalho escravo.²³³ Segundo a cartilha da DPU, o tráfico de pessoas visando a exploração sexual é apontado como:

A exploração sexual comercial ocorre tanto nos casos voluntário no mercado do sexo como o ingresso involuntário. O primeiro, tem por característica de trabalho forçado, com a servidão por dívida, a retenção de documentos, cerceamento de liberdade etc. É a forma mais comum de tráfico de pessoas no Brasil, atingindo principalmente mulheres na faixa etária entre 20-29 anos e crianças entre 10-14 anos.²³⁴

Há relatos de cobrança por parte das vítimas para o deslocamento para o local de exploração. Assim sendo as vítimas ficam obrigadas a trabalharem para pagar também por isso. Para a ADEH, a relação da vítima e os aliciadores é um contrato de trabalho onde as vítimas devem cumprir o contrato. Assim como expõe a própria ADEH:

Destaque em Santa Catarina vai para o relato da Associação em Defesa dos Direitos Homossexuais (ADEH; SC Entrevista 3), Há intermediários que auxiliam no deslocamento e que cobram pelo 'auxílio' aproximadamente 15 mil reais; e que no país de destino, uma terceira pessoa recebe estas imigrantes e retém seus passaportes enquanto a dívida do 'auxílio' não for paga, situação que, sim, configuraria o tráfico de pessoas.²³⁵

232COELHO, Ucas Stropp. *Sistema Brasileiro de Combate ao Tráfico de Pessoas*, 2019.

233REPÓRTER BRASIL, Prostitutas brasileiras chegam a 7 mil na Espanha, afirma pesquisadora Waldimeiry Corrêa. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2010/10/prostitutas-brasileiras-chegam-a7-mil-na-espanha-afirma-pesquisadora/>. Acesso em: 17 de março de 2021.

234BRASIL. Defensoria Pública da União. *Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: cartilha de Orientação*. Brasília: DPU, 2015. Pg. 15

235BRASIL; Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime; Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime; international centre for migration policy development. *Pesquisa ENAFRON: Diagnóstico Sobre o Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2013. Pg. 139

No âmbito interno do tráfico de pessoas, crianças são vendidas pelos próprios pais para a exploração sexual, em alguns casos a venda é feita para círculos de prostituição em diversos lugares. Podendo-se observar segundo pesquisa da ANAFRON que a maior das causas é a vulnerabilidade da vítima. Na maioria das vezes são áreas pobres, com pouco recurso e a prostituição é utilizada como o sustento básico. Já os criminosos que praticam o crime previsto no artigo 149-A CP, encontra facilidade quanto ao deslocamento nas fronteiras entre os países.

O turismo sexual bem como a pornografia infantil ganha espaço e se desenvolvem facilmente tendo em vista os avanços tecnológicos e a facilidade e não detecção encontrada, por exemplo, na internet. Os “consumidores” encontram vastas alternativas bem como enorme satisfação. Quanto ao turismo sexual este seria estimulado como uma atividade turística na qual faz parte de determinado local, estimulado inclusive por lugares renomados como por exemplos clubes e restaurantes. Já a pornografia infantil merece vinculação tendo em vista que menores são vendidos freqüentemente por redes de comercialização de crianças situada através da internet.

O tráfico de pessoas dificilmente é controlado, pois o Estado foca seus esforços no controle de locomoção das pessoas entre os países. A partir do conhecimento do fator gerador e que influencia significativamente o trafico de pessoas, deveria ser investido em promoção de programas da supressão propriamente do delito e não o direito de liberdade das vitimas.

A tipificação penal para a exploração sexual se encontra presente no artigo 228 do Código Penal²³⁶, que embora o ato de se prostituir não seja configurado como crime, o legislador se preocupou com o comercio e a exploração sexual. O artigo supracitado trás a idéia de induzimento a outra pessoa quanto a prática da prostituição bem como para a exploração sexual e a impedir o abandono deste. Dificultar seria impedir ou criar obstáculos para que a pessoa deixe praticar determinados atos, não dando alternativas a vítima. A penalização para a prática deste delito é de 2 a 5 anos. Se for praticada por pessoas qualificadas no rol do §1º ocorre a majoração da pena para 3 a 8 anos de reclusão. Se for aplicado no rol do §2º a pena majora para 4 a 10 anos além da pena correspondente a violência. Vale destacar que se a conduta foi realizada visando lucro também é aplicável multa.

2.3.3 Trabalho escravo/forçado

²³⁶BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 228. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

O trabalho escravo é a segunda maior modalidade do tráfico de Pessoas. Os maiores riscos para o aliciamento é de homens jovens entre 20 a 40 anos, não alfabetizados, hipossuficientes e extremamente vulneráveis. O perfil supracitado refere-se a homens vitima de trabalhos voltados à escravidão no âmbito da agricultura e construção civil Brasileiras. Vale destacar que segundo a OIT, 40% das vitimas são meninos espalhados em diversas partes do mundo, vivendo em situações precárias.

A principal diferença entre trabalho escravo e o trabalho forçado, o primeiro é o trabalho mediante a privação de sua liberdade, seus documentos geralmente são apreendidos, as vitimas chegam ao local com absurdas dividas imposta pelos próprios aliciadores e responsáveis, sem falar nas ameaças que estes sofrem. Já este último, digo trabalho forçado a vítima tem liberdade de ir e vir, o problema está nas condições de trabalho desumanas e degradantes. As vítimas acabam sofrendo inúmeras ameaças e abusos, o trabalho realizado é exclusivamente para o pagamento de dívidas e mediante a coação como a retenção de documentos, violências físicas, morais e psicológicas, tortura, homicídios de pessoas que desesperadamente tentam fugir.

Dentre essa modalidade há também o recrutamento de menino para integrar Clube de futebol, o olheiro com seu poder de convencimento vai a residência da criança, convence seus responsáveis de que será uma oportunidade imperdível para a criança, tendo em vista os altos lucros que virão como retorno, a melhoria na qualidade de vida, o problema surge quando a criança chega ao destino e não é nada do que foi prometido, essas crianças tem seus direitos violados, trabalham em péssimas condições. Assim como retrata pesquisa do MTE, ao referir-se "aos meninos da Coréia do Sul vitimas da exploração causada por clubes de futebol em Piraquara, região de Curitiba". (Ministério do Trabalho do Paraná, apud Ministério da Justiça, p. 157)²³⁷ É valido supor que as vitimas deste delito possuem restrições dos seus direitos bem como a retenção de seus documentos pessoais.

A tipificação penal para o crime de trabalho escravo está prevista no artigo 149 do código penal²³⁸, que em seu contexto trás a redução da pessoa a trabalho análogo ao escravo, significando dizer que a liberdade da pessoa é reprimida de certa forma que a pessoa fica totalmente sujeita a vontade da outra. A pena é de reclusão de 2 a 8 anos, além da pena correspondente a violência. No caso de crime cometido contra menores de 18 anos ou a pessoa por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem a pena é aumentada em metade.

2.3.4 Casamento servil

²³⁷BRASIL. Ministério da Justiça. Ministério do Trabalho do Paraná, apud Ministério da Justiça, p. 157.

²³⁸BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 149. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

A prática do casamento servil ocorre com frequência em lugares menos desenvolvidos. Os fatores relevantes para o delito são a cultura e a economia principalmente, tendo em vista que a prática do delito é comum em diversas comunidades e localizações. Segundo a ONU “estima-se que dentre as vítimas dessa modalidade de crime são meninas menores de 18 anos de idade, localizadas em diversos lugares, tais como 46% destas no Sul da Ásia; 38% na África Subsaariana; 29% na América Latina e no Caribe; 18% no Oriente Médio e no Norte da África. Além de ser praticado comumente na Europa e na América do Sul.” (ONU Brasil)²³⁹ Ou seja, é válido supor que é uma prática recorrente em locais com menor desenvolvimento econômico e social, grande parte das vítimas do casamento servil são meninas entregues por sua própria família.

O casamento servil ocorre quando uma pessoa é oferecida a outra em casamento sem que valha seu consentimento, opiniões ou direito de escolha. Configura-se também casamento servil aqueles nas quais as vítimas migram para o exterior para se casar com estrangeiro, porém ao chegar ao destino as vítimas são forçadas a servidão doméstica, exploração sexual, proibidas de manter contato com outras pessoas. O casamento em si é caracterizado pelo engano, quando há o consentimento da outra parte estas são enviadas para as respectivas famílias e se imaginam em uma boa relação conjugal, mas ao chegar no local à realidade é diferente. Vale ressaltar a existência de relatos nas quais as vítimas foram vendidas a escravidão ou exploração a prostituição. “São mulheres que caíram no golpe do casamento com estrangeiros. Elas foram levadas por seus ‘maridos’ para o exterior e vendidas a terceiros, para cuidar de pessoas idosas e doentes, ou obrigadas a se prostituir.”²⁴⁰

O casamento por si só não se configura crime, porém as práticas que ocorrem em consonância com o casamento estas sim são delituosas, tais como a exploração sexual e o trabalho análogo a escravidão.

2.3.5 Prática de delitos

Essa modalidade ocorre quando alguém transporta ou acolhe criança e adolescente com intuito de coagi-lo a prática de crimes como, por exemplo, o tráfico de drogas, tráfico de armas, furtos, dentre outros crimes. Ocorre também quando um

²³⁹BRASIL. ONU Brasil. *Casamento infantil forçado é realidade análoga à escravidão em todo o mundo, alertam Especialistas em Direitos Humanos da ONU*. Publicado em 11/10/2012. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/casamento-infantil-forcado-e-realidade-analog-a-escravidao-em-todo-o-mundo-alertam-especialistas-em-direitos-humanos-da-onu/>

²⁴⁰BRASIL. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,em-ms-policia-tentacombater-o-casamento-servil,174523>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

traficante pratica o tráfico de crianças como meio do objetivo final, há relatos de pessoas que se utilizam o tráfico de pessoas para a retirada de órgãos das crianças e a inserção de drogas dentro do corpo destas, com a intenção de transportar e evitar detecção. Há ainda relatos de pessoas que ainda vivas são obrigadas a engolir drogas e transportar estas dentro de seu corpo até o destino projetado.

Há a prática de mendicância implícita nesta modalidade caracterizando-se pela prática de pedir dinheiro a estranhos alegando que se encontra em situação de extrema pobreza bem como a prestação de pequenos serviços como lavar carro no sinal ou até mesmo apresentações nas ruas. A modalidade do tráfico de pessoas se enquadra na mendicância quando ocorre o transporte de determinada criança ou adolescente ou até mesmo adulto as fronteiras na intenção de coagi-los a prática de mendicância, impedindo e retirando do menor o direito à liberdade e recolhendo os frutos da atividade realizada por este menor em parte ou integralmente.

O delito aqui exposto é o da coação para a prática de outros delitos, está previsto no artigo 22 do código penal e tem por conseqüência excluir a culpabilidade da vítima na prática do delito. Em breves explicações a coação moral ocorre quando a pessoa não pode manifestar sua livre vontade, mas se manifesta de forma viciada, sendo forçada por outro a prática do delito. É punido o autor da coação ou da ordem.

2.3.6 Venda e tráfico de órgãos e tecidos

Segundo a UNODC241 “em seu relatório Global acerca do tráfico de humanos visando venda e remoção de órgãos o percentual de casos identificados entre 16 países participantes é de 2%.” Ainda que o tráfico visando a venda e remoção de órgãos e tecidos seja de suma importância para as organizações internacionais, para outros muitos este crime é considerado apenas um mito. A escassez de dados acerca do tema dificulta significativamente a coleta de informações e políticas de enfrentamento e combate ao tráfico de pessoas para essa finalidade.

É um crime dificilmente detectável, os receptores, colaboradores e aliciadores se enxergam como beneficiados ao findar a exploração, exceto a vítima que inclusive é coagido, têm a violação de seu corpo com a remoção de órgãos ou tecidos e tem sua vida exposta ao perigo. Os profissionais bem como os aliciadores recebem muito bem por esse trabalho. Para a consumação do crime é necessário o não consentimento da vítima ou a presença de vício no consentimento. É necessária a coerção da vítima para o cumprimento do delito.

241MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Pesquisa ENAFRON - Diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteira. Ministério da Justiça, 2013, p. 96.

Vale destacar que muitas crianças são traficadas para a finalidade de venda e remoção de órgãos e tecidos. “Merece ainda mais destaque os relatos referentes a casas de engorda na qual recebem crianças e mantém estas presas até que surja alguém pedido órgãos compatíveis com esta, porém muitas dessas denúncias não foram comprovadas” (FEITOZA, p.30).²⁴² Ou seja, As crianças são presas em depósitos como produtos a serem colocados a exposição, esperando o momento oportuno para que lhes sejam violadas e haja a remoção de seus órgãos.

A venda e tráfico de órgãos são trazidos pelo legislador através da LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997²⁴³, em seu artigo 15 pode-se verificar a punição para a venda e compra de órgãos e tecidos ou parte do corpo humano, devendo destacar que responde também quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação, a pena supracitada é fixada em reclusão de 3 a 20 anos e 200 a 365 dias multa.

2.4 LEGISLAÇÃO ACERCA DO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O tráfico de pessoas começou a ser configurado na legislação nacional através do código penal republicano, na qual tratava diretamente sobre o tráfico de prostituição, no título I, capítulo em que descrevia também o lenocínio. Através do decreto 4.269 de 1921²⁴⁴ torna-se o delito de tráfico de mulheres inafiançável. O Código Penal de 1940²⁴⁵ trouxe a tipificação do tráfico de pessoas através do artigo 231, capítulo V, na qual versava sobre crime de lenocínio e do tráfico de mulheres, elencados crimes contra os costumes. A lei 11.106/05²⁴⁶ alterou o texto legal do tipo penal em questão e acrescentou o artigo 231-A, que trazia o tráfico de pessoas interno. A lei 12.015/09²⁴⁷ alterou o título VI da

242 FEITOZA, Ana Paula de Assis. Pesquisa Científica. *Tráfico de Crianças e Adolescentes sob a ótica do direito nacional e Internacional*. 2015.

243 BRASIL. Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 31/05/2021

244 BRASIL. Decreto-lei nº 4.269 de 1921. Artigo 10. Câmara Legislativa. Pesquisa em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html>. Acesso: 31/05/2021

245 BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 231. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

246 BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm. Acesso em 31/05/2021

247 BRASIL. Lei Nº 12.015/09, de 7 de agosto de 2009. Artigo 231 e 231-A. Diário Oficial da União, Pesquisa em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=%E2%80%9CViola%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20mediante%20fraude&text=Ter%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%20ou%20praticar,a%206%20\(seis\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=%E2%80%9CViola%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20mediante%20fraude&text=Ter%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%20ou%20praticar,a%206%20(seis)%20anos). Acesso em: 31/05/2021

parte especial do Código Penal Nacional que versava sobre crimes contra costumes, trouxe em seu contexto a alteração ao crime de tráfico de mulheres para o tráfico de pessoas. Com a nova alteração “pessoas” passa para seu singular, já que a conduta pode ser praticada contra apenas uma vítima já sendo qualificado como delito. O termo intermediar foi substituído por agenciar, ou seja, incorre na mesma pena quem além de agenciar, aliciar ou comprar pessoas, sendo punido também aquele que transportá-la, transferi-la ou alojá-la desde que tenha conhecimento da situação.

A lei 12.015/09 também alterou a redação do artigo 231-A na qual passa a versar sobre tráfico interno de pessoas. A intenção inicial era proporcionar as mesmas assistências quanto ao tráfico internacional de pessoas, porém a pena foi alterada, passando a ser reclusão de 2 a 6 anos. Vale destacar ainda, na antiga sistemática do CP, a vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos eram amparada pelo artigo 231, sendo configurada a forma qualificada, havendo assim a punição de 4 a 10 anos de reclusão. A vítima com idade igual ou inferior a 14 anos era tutelado ao lenocínio em sua forma qualificada, a majorante prescrita no artigo 231, §2º, inciso I deve ser aplicada se dando pela maior vulnerabilidade da criança prejudicando o desenvolvimento da formação de sua identidade além do fato de uma criança por ser mais fraca psicologicamente, fisicamente e até emocionalmente não possuindo condições de oferecer resistência a um adulto.

Os delitos contidos no artigo 231 e 231-A do Código penal foram revogados pela lei nº 13.344 de 2016²⁴⁸, passando o tráfico de pessoas constar através do artigo 149-A do Código Penal, a principal diferença entre ambos os artigos é que anteriormente antes da revogação destes o tráfico de pessoas tinha como bem jurídico tutelado a “dignidade sexual”, enquanto na nova definição do artigo 149-A trazido pela lei 13.344/16 o bem jurídico é a “liberdade individual”. A nova lei não pune apenas violências sexuais como novas modalidades implícitas no tráfico como o trabalho escravo, remoção de órgãos/tecidos, diversos tipos de servidão, adoção ilegal e a exploração sexual. A penalização é reclusão de 4 a 8 anos e multa. Havendo majoração da pena de um terço a metade nos casos de crimes cometidos por funcionário público no exercício de sua função, contra crianças e adolescentes, idosos, pessoas portadoras de deficiência, agente que possui algum parentesco com a vítima, quando a vítima for tirada do território nacional.

No Estatuto da Criança e do Adolescente não há disciplina que aborde diretamente do tráfico internacional de criança e adolescentes, todavia encontra amparo vítimas no delito no contexto do artigo 239, que versa sobre a “promoção ou auxílio a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena - reclusão de

248 BRASIL. Lei Nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Artigo 149-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso: 31/05/2021

quatro a seis anos, e multa.²⁴⁹ Por se tratar de um crime comum este pode ser praticado por qualquer pessoa, como é formal seu resultado independe quanto ao dano causado a vítima, podendo ser escolhido qualquer meio para a prática do delito, a consumação se dá no momento em que há perigo abstrato a vítima. Se prioriza a integridade física, psíquica e moral do menor e de sua família assim prescrita no artigo 17 do ECA. E elemento subjetivo do delito é o dolo em enviar, transportar a criança para o exterior, não sendo necessário o envio efetivo, tendo em vista que a tentativa é cabível. A pena para este delito é reclusão de 4 a 6 anos e multa. Se houver emprego de violência, fraude ou grave ameaça há aumento de pena de 6 a 8 anos de reclusão, além de pena correspondente a violência. Possui natureza incondicionada e é julgada pela justiça federal, respeitando o disposto no artigo 109, V da Constituição Federal.

O artigo 238²⁵⁰ é considerado tanto um tráfico interno quanto internacional. Sendo praticados pelos genitores visando vantagem com a entrega do filho. A principal diferença entre este artigo e o 239 do mesmo estatuto está que neste último há o impedimento da entrada e saída do menor sem a observância das formalidades legais ou visando lucro do menor. Enquanto no primeiro há a proteção quanto ao exercício familiar impedindo a entrega do menor sob a tutela do genitor.

O artigo 245 do Código Penal²⁵¹ versa sobre a proteção advinda da família do menor, os sujeitos ativos do delito são os genitores, o crime ocorre com a entrega do filho menor a pessoa cuja companhia pode trazer prejuízos e perigo moral ou material ao menor de 18 anos. É cabível tentativa, o elemento subjetivo é o dolo. A pena é detenção de 1 a 2 anos. Se houver a obtenção de lucro vale destacar ainda que há a majoração da pena de 1 a 4 anos de reclusão.

A proteção integral da criança está elencada no artigo 1º do ECA e tem como fundamento principal a priorização quanto ao melhor interesse da criança e do adolescente. Tendo em vista que a criança e o adolescente têm a necessidade de serem protegidos quanto a inviolabilidade de seus direitos. Quando não for possível a proteção

²⁴⁹BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei de Nº 8.069, De 13 de julho de 1990. Artigo 239. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 jul. 1990.

²⁵⁰ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei de Nº 8.069, De 13 de julho de 1990. Artigo 238. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 jul. 1990.

²⁵¹ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 245. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

da criança e do adolescente por meio do ECA deverá ser aplicado o Código Penal quando lhes couber.

2.4.1 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Este foi o ponto de partida para a idealização do princípio do interesse superior dos crimes. Visava definir um tratamento justo, o melhor interesse para a criança, como todos são diferentes na medida de sua desigualdade os tratamentos assim também devem ser. Este princípio gira em torno do bem estar da criança devendo ser considerada todas as condições inerentes a isso, tais como o ambiente social, econômico, familiar, religioso, cultural não violando em hipótese nenhuma seus direitos.

Contudo esse princípio assim como a proteção integral deve ser aplicado visando a punição efetiva dos crimes contra crianças e adolescentes. Devendo sempre analisar as medidas a serem tomadas quanto à punição, repressão e assistência a criança como vítima de delitos.

2.5 TRIBUNAL INTERNACIONAL FRENTE AO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Muito embora tenha como fundamento a tradução da convenção de Haia em se tratando de seqüestro internacional de crianças, este não se refere ao seqüestro conhecido no Código Penal Brasileiro, se trata do deslocamento da criança ou adolescente ao exterior e a retenção dessa criança em determinado local mediante força ou fraude.

A convenção de Haia trás em seu artigo 1º o retorno da criança que tenha saído forçada ou ilegalmente tirada do Estado de origem. Vale dizer que a aplicação da convenção cessa quando a criança completa 16 anos, tendo em vista que ao se tornar relativamente capaz começa ter discernimento e capacidade civil. Segundo o artigo 6º da convenção cada Estado tem a obrigação de cumprir as obrigações trazidas pelo tratado. Em seu artigo 16 nota-se a questão relacionada à busca e apreensão e ao regresso da criança ao país de origem, a vedação contida no artigo supracitado não é absoluta, o regresso da criança pode ser negado por ser considerado inadequado o regresso desta ou tendo se passado tempo razoável, fazendo com que a criança já tenha se adaptado ao país. O artigo 13 trás causas de excludentes de retorno, tais como se houver a comprovação que o Responsável Legal que tinha o dever que cuidar da criança não o fez, deixando de exercer seu direito de guarda e concordou com a transferência ou retenção da criança, não será obrigada o retorno desta. Se houver riscos graves psíquica, moral,

física a criança não lhes será obrigatório o retorno. Quando a criança completar idade razoável e se opor a retornar, também não lhes será obrigatório o retorno.²⁵²

Como supracitado no parágrafo anterior, o que prevalece é o melhor interesse da criança e do adolescente, frente aos casos de seqüestro internacional do menor, vale destacar ainda a jurisprudência REsp 900262/RJ253, findada pela relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, terceira Turma, Julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro REORI ALBINO ZAVASCKI, primeira turma, julgado em 4/9/2008, DJe 18/9/2008), na qual rejeita o retorno do menor tendo em vista que este já se adaptou ao país em que atualmente reside, assim como dispõe o artigo 12 da Convenção. Vale também destacar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – Apelação/ Remessa necessária APL 5000677-65.2016.4.04.7200 SC 5000677-65.2016.4.04.7200254, na qual trás a exceção de não retorno do menor, com respaldo no artigo 13, b, da convenção e fundamento no princípio superior interesse da criança.

Vale destacar também o tratado na jurisprudência do STJ – Sentença Estrangeira contestada: SEC 274 EX 2012/0203913-5255 – que trás em seu conteste questões referentes a adoção a brasileira, Outro caso que merece destaque é o STJ – Resp 1095381 PE 2008/0227650-0256 – trata de 3 crianças de apenas 1 ano encontradas em situações degradantes e sem ter sido alimentadas a dias, as crianças estava sob o cuidado do denunciado que não tinha a guarda legal das crianças, juntamente com estas foram encontradas passagens aéreas internacionais e um processo de guarda que corria na 3ª vara de Menores na comarca de Jabão dos Guararapes, o recurso requerido pelo denunciado em prol de sua defesa foi indeferido e o processo segue seu curso.

2.6 COMBATE AO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Não há plano de enfrentamento específico quanto ao tráfico de criança e adolescente, porém podem-se encontrar outros planos e formas de enfrentamento, correlacionadas com as modalidades do delito inicial, bem como a violação dos direitos

²⁵² *Convenção* Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de *Adoção Internacional*, concluída na *Haia*, em 29 de maio de 1993.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial de número 954.877 Santa Catarina. Julgado em 4/9/2008

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/ Remessa necessária de número 5000677-65.2016.4.04.7200.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira de número SEC 274 EX 2012/0203913-5.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de nº 2008/0227650-0.

humanos. Contudo, as formas de enfrentamento do tráfico se desdobram em mais de uma.

Uma das formas é a política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, também nominado Decreto nº 5.948 de outubro de 2006. Elaborada por representantes do Poder Executivo, Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT) também havendo a participação de organizações não-governamentais, órgãos de governo, técnicos e especialistas. O objetivo do plano nacional é a prevenção do tráfico, a repressão do crime e a responsabilização dos envolvidos bem como atenção especial às vítimas. O plano é subdividido em três eixos, que se desenvolvem da seguinte forma: A prevenção ao tráfico de pessoas (que tem como objetivo a diminuição da vulnerabilidade de certos grupos sociais deste delito); Atenção às Vítimas (assegura o tratamento justo, seguro e não-discriminatório das vítimas, a reinserção social, adequada assistência consular, proteção especial e acesso à justiça); Repressão ao Tráfico de Pessoas e a Responsabilização de seus autores (visa em ações de fiscalização, controle e investigação, considerando os aspectos penais e trabalhistas, nacionais e internacionais desse crime).²⁵⁷ A PNETP cuida desde a prevenção ao auxílio as vítimas do delito do tráfico de pessoas bem como a responsabilização do autor dos autores do delito, juntamente com o auxílio de órgãos especializados e com profissionais capacitados que integram o corpo do projeto.

A PNETP traz em seu primeiro capítulo as disposições gerais (assegurando o conceito de tráfico de pessoas semelhante ao protocolo adicional a convenção das Nações Unidas, bem como sua definição no âmbito nacional e internacional), em seu segundo capítulo (traz os princípios norteadores da PNETP, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, a não-discriminação, proteção e assistência integral às vítimas, promoção e garantia aos direitos humanos e de cidadania, o respeito aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, entre outros); as diretrizes Gerais (trazendo as diretrizes da política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas) e específicas (Que versam sobre a prevenção ao tráfico de pessoas). Em seu terceiro capítulo traz as ações na qual será desenvolvida pelos respectivos órgãos e entidades públicos.²⁵⁸ O decreto nº 5.948 de outubro de 2006, em sua estrutura traz definições do delito em questão, em seu desenvolver demonstra os princípios e diretrizes a ser seguido priorizando sempre a dignidade da pessoa humana, seu objetivo primordial é a prevenção do delito, o

257 BRASIL. Pesquisa em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em: 31/05/2021

258 BRASIL. Decreto nº 5.948 de outubro de 2006. Pesquisa: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%205948&text=DECRETO%20N%C2%BA%205.948%2C%20DE%2026,ao%20Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas%20%2D%20PNETP. Acesso em: 30/05/2021.

fortalecimentos estatal juntamente com diversas esferas governamentais visando sempre à repressão e prevenção e sempre amparando as vítimas de forma humanizada.

O plano nacional de enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes surgiu com a necessidade de ações com o objetivo de erradicação a exploração sexual infantil de crianças e adolescentes. O plano nacional de 2000 tornou-se referência oferecendo estruturação de políticas, programas e serviços metodológicos visando o enfrentamento à violência sexual, composto por 6 eixos estratégicos que, sendo eles: A análise da situação (que visa conhecer a situação por meio de levantamento de dados e pesquisas intensivas); A Mobilização e Articulação (que visa fortalecer articulações nacionais e locais de combate pela eliminação da violência sexual, envolvendo fóruns, conselhos e comissões); A defesa e Responsabilização (que visa atualizar a legislação acerca dos crimes sexuais bem como combater a impunidade); Atendimento (garantir o atendimento especializado a menores vítimas de violência sexual e suas famílias através de profissionais altamente capacitados); Prevenção (Visa assegurar ações preventivas de educacional e auto-defensiva contra violência sexual); Protagonismo Infantojuvenil (que promove a participação ativa do menor na defesa e proteção de seus direitos).²⁵⁹ O plano nacional, tem como objetivo primordial erradicar as violências sexuais contra crianças e adolescentes visando a prevenção, participação do menor em campanhas educacionais visando prevenir a vulnerabilidade destes, dar assistência a vítimas e seus familiares, manter atualizados dados e pesquisas intensivas acerca do delito, tornar a legislação pertinente sempre atualizada acerca do tema em questão. Devendo destacar que a violência sexual pode ter relação ou não com o tráfico de pessoas.

A política nacional de direitos humanos possui 25 diretrizes que visa a proteção e garantia dos direitos do ser humano. Na qual a 13ª diretriz, mais especificamente no objetivo VI versa sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas (na qual prioriza o monitoramento, tem objetivo principal em reduzir a vulnerabilidade das possíveis vítimas).²⁶⁰ O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 que versa sobre a política nacional de direitos humanos na 13ª diretriz tem o objetivo principal em além de prevenir o tráfico, a redução de vulnerabilidade das possíveis vítimas do delito em questão, tornando sempre acessível campanhas e projetos que estimulem a participação da sociedade. Implementando ações de combate e prevenção ao delito, bem como

259 BRASIL. Plano de Enfrentamento da violência sexual contra Crianças e Adolescentes. Pesquisa em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sedh/08_2013_pnevsca.pdf. Acesso em: 30/05/2021.

260 BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Pesquisa: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 31/05/2021.

desenvolver metodologias para capacitação de profissionais que auxiliarão no combate e prevenção ao tráfico de crianças e adolescentes.

3.CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa científica é possível verificar que o tráfico de pessoas ocorre de diversas formas e modalidades. Podendo qualquer pessoa ser vítima do delito, dependendo da finalidade. Entretanto, vale salientar que a maioria das vítimas do delito são mulheres e menores de 18 anos. A presente pesquisa traz em seu contexto especialmente o conceito abrangente acerca das modalidades implícitas no delito inicial, tais como a exploração sexual, o trabalho forçado/escravo, o casamento servil, adoção irregular, bem como venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano.

A conceituação do delito foi extremamente necessária para que se notasse a preocupação no âmbito nacional e internacional acerca do tráfico de pessoas e o bem-estar das vítimas. Podendo verificar que na prática as normas de enfrentamento são falhas e insuficientes. Vale destacar que as políticas de enfrentamento e combate se preocupam fortemente com a atenção e o cuidado com as vítimas do delito, se preocupando em ampliar os dados referentes às vítimas do delito. A ampliação da tipificação do tráfico no âmbito nacional foi essencial tendo em vista que passou a ampliar outras modalidades do delito do tráfico de pessoas.

Observa-se, todavia, que embora a legislação nacional tipifique as modalidades e puna com reclusão os autores do delito, ainda assim as vítimas se encontram em desvantagem, principalmente as crianças e os adolescentes, tendo em vista que embora haja o plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas e a violência sexual contra crianças e adolescentes, não há na prática uma política que tenha como prioridade a assistência especializada aos menores vítimas do tráfico. Carecendo portanto de um atendimento especializado a prestação de assistência psíquica, moral e física as vítimas do delito, tornando estes extremamente desamparados tendo em vista que ainda estão imaturos fisicamente, moralmente e psiquicamente.

Contudo, conclui-se que o tráfico de pessoas é um delito silencioso que acarreta em inúmeras vítimas, para as mais diversas finalidades, devendo destacar, portanto que vítimas mais frequentes segundo dados são mulheres e meninas. A legislação nacional pune o agente e os participantes do tráfico em questão. Porém, não há uma política de conscientização, enfrentamento e combate especializados no tráfico de crianças e adolescentes, pois embora haja política específica tráfico de pessoas e a violência sexual contra crianças e adolescentes não há um cuidado especializado aos menores vítimas do tráfico de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIA

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 149. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 228. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 231. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 245. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Art. 13, inciso 2, de 10 de dezembro de 1948.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.269 de 1921. Artigo 10. Câmara Legislativa. Pesquisa em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html>. Acesso: 31/05/2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.948 de outubro de 2006. Pesquisa: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%205948&text=DECRETO%20N%C2%BA%205.948%2C%20DE%206,ao%20Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas%20%2D%20PNETP. Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Pesquisa: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: cartilha de Orientação. Brasília: DPU, 2015. Pg. 15

BRASIL; Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime; Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime; international centre for migration policy development. Pesquisa ENAFRON: Diagnóstico Sobre o Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2013. Pg. 139

BRASIL. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,em-ms-policia-tentacombater-o-casamento-servil,174523>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Escritório das nações unidas sobre drogas e crime, internacional centre for migrationpolicydevelopment. Pesquisa fornecida por ENAFRON: Diagnóstico Sobre o Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, em 2013. Pg. 93

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei de N° 8.069, De 13 de julho de 1990. Artigo 238. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 jul. 1990.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei de N° 8.069, De 13 de julho de 1990. Artigo 239. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm . Acesso em: 31/05/2021

BRASIL. Lei nº11.106, de 28 de Março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm. Acesso em 31/05/2021

BRASIL. Lei Nº12.015/09 , de 7 de agosto de 2009. Artigo 231 e 231-A. Diário Oficial da União, Pesquisa em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=%E2%80%9CViola%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20mediante%20fraude&text=Ter%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%20ou%20praticar,%206%20\(seis\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=%E2%80%9CViola%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20mediante%20fraude&text=Ter%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%20ou%20praticar,%206%20(seis)%20anos). Acesso em: 31/05/2021

BRASIL. Lei Nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Artigo 149-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso: 31/05/2021

BRASIL. Ministério da Justiça. Ministério do Trabalho do Paraná, apud Ministério da Justiça, p. 157.

BRASIL. ONU Brasil. *Casamento infantil forçado é realidade análoga à escravidão em todo o mundo, alertam Especialistas em Direitos Humanos da ONU*. Publicado em 11/10/2012. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/casamento-infantil-forcado-e-realidade-analog-a-escravidao-em-todo-o-mundo-alertam-especialistas-em-direitos-humanos-da-onu/>

BRASIL. Pesquisa em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em: 31/05/2021

BRASIL. Pesquisa Tráfico de Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual no estado da Bahia. Realização: Instituto Winrock Internacional. Apoio: OAK Foundation;

Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado da Bahia e OIT – Organização Internacional do Trabalho, 10/2008 apud SIQUEIRA, Priscila. op. cit., p. 30.

BRASIL. Plano de Enfrentamento da violência sexual contra Crianças e Adolescentes. Pesquisa em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sedh/08_2013_pnevsca.pdf. Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. Protocolo de Emenda da Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, N°370, de 1910.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de n° 2008/0227650-0.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira de número SEC 274 EX 2012/0203913-5.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial de número 954.877 Santa Catarina. Julgado em 4/9/2008

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação/ Remessa necessária de número 5000677-65.2016.4.04.7200.

COELHO. Ucas S. Trabalho científico: *Sistema Brasileiro de Combate ao Tráfico de Pessoas*, 2019.

FEITOZA. A. P. A. Pesquisa Científica: *Tráfico de Crianças e Adolescentes sob a ótica do direito nacional e Internacional*. 2015.

FREIRE, Eric Vinicius Campos. *Direitos Humanos*, 2019, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53911/o-trabalho-escravo-uma-analise-do-conceito-juridico-da-antiguidade-at-a-contemporaneidade>. Acesso em 01/05/2021.

HAIA. *Convenção* Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de *Adoção Internacional*, concluída na *Haia*, em 29 de maio de 1993.

MÉXICO. Decreto N° 2.740 de 20 de agosto de 1998. Estabelece a convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores. Expedida na Cidade do México, promulgada em 18 mar. 1994.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Pesquisa ENAFRON - Diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteira. Ministério da Justiça, 2013, p. 96.

RAMOS, Natália. Universidade Aberta Lisboa. *Migração, tráfico de pessoas e trabalho doméstico*. 2014.

REPÓRTER BRASIL, Prostitutas brasileiras chegam a 7 mil na Espanha, afirma pesquisadora Waldimeiry Corrêa. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2010/10/prostitutas-brasileiras-chegam-a7-mil-na-espanha-afirma-pesquisadora/>. Acesso em: 17 de março de 2021.

SINAN. *Dados do Ministério da Saúde*, cuja fonte é o Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

SIQUEIRA, Priscila. 2013, p. 26. *apud*

PRO COMPETITIONE COMO PRINCÍPIO REGENTE DA JUSTIÇA DESPORTIVA

JOÃO LUIZ REZENDE NASCIMENTO

LUIZ CAETANO DE SALLES

(orientador)

RESUMO: O objeto da presente produção científica é o princípio *pro competitione*, abordando sua essência e importância na interpretação e aplicação do Código Brasileiro de Justiça Desportiva aos casos concretos decididos pela Justiça Desportiva. O desenvolvimento deste trabalho consistiu em uma pesquisa acadêmico-científica bibliográfica e a interpretação das informações obtidas foi feita com utilização do método indutivo/dedutivo.

Palavras-chave: Direito desportivo. *Pro competitione*. Justiça Desportiva. Princípios.

1. INTRODUÇÃO

Há no Direito como um todo e em seus vários ramos um leque de princípios que têm várias funções no mundo jurídico, pois servem de referência para o legislador no ato de confeccionar a norma (função informadora dos princípios), atuam como fonte supletiva da lei em caso de lacuna (função normativa) e orientam o aplicador da norma ao caso concreto levado por meio do exercício do direito de ação ao conhecimento da função jurisdicional do Estado (função interpretativa).

No Direito Desportivo e, especificamente, na Justiça Desportiva – a menina dos olhos desse ramo do Direito – há um rol de 18 princípios listados no art. 2º do Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD (BRASIL, 2010), os quais deverão “sem prejuízo de outros”, ser observados na interpretação e aplicação desse diploma legal no julgamento de casos pela Justiça Desportiva por meio de seus órgãos e instâncias judicantes.

Há que se ressaltar que o CBJD é um diploma legal de natureza material e processual, uma vez que contém dispositivos tipificadores das infrações disciplinares desportivas e suas respectivas sanções ao lado do detalhamento dos ritos processuais no âmbito da Justiça Desportiva, conforme SALLES & BORGES (2018).

Além dos clássicos princípios do direito, como por exemplo, o *due process of law*, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade e da razoabilidade, encontram-se presentes no mencionado dispositivo do CBJD, 4 princípios específicos do processo jus-desportivo: *fair play*, tipicidade desportiva, independência e *pro competitione*, que é o objeto de estudo desta pesquisa.

2. Princípio *Pro competitione*

A expressão latina *pro competitione* traz consigo a ideia de algo favorável à prevalência, continuidade e estabilidade das competições esportivas, orientando o julgador da Justiça Desportiva a decidir, em princípio, pela manutenção do resultado da competição desportiva objeto do caso concreto sob análise no processo jus-desportivo.

Ademais, sendo a competição um dos objetivos do esporte, deve ela se sobrepor aos interesses individuais, evidenciando assim, a importância do princípio *pro competitione*, evitando-se a dilação indevida do processo desportivo. (FERREIRA, 2022)

A aplicação deste princípio no processo jus-desportivo visa afastar manobras que objetivem deslocar da arena desportiva para os órgãos da justiça o resultado de uma competição desportiva, evitando-se assim substituir o *jogo jogado pelo jogo julgado*, como se afirma no mundo do Direito Desportivo.

Do modo popular: “jogo se ganha no campo”.

A aplicação do princípio *pro competitione* não ocorre, entretanto, como regra absoluta e inflexível, pois o julgador necessita avaliar a incidência de outros princípios no caso concreto sob julgamento. É oportuno entender que “os princípios se relacionam de tal modo, que não se pode desvalidar ou anular um princípio em detrimento de outro.” (SCHMITT, 2018). Nesse diapasão, frequentemente um princípio estará relacionado a outro de forma complementar, como ocorre com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e o próprio princípio *pro competitione*.

Nem sempre, contudo, o princípio *pro competitione* pautará as decisões jus-desportivas, pois se a infração objeto do julgamento for excessiva ou inaceitável, terá o julgador amparo jus-filosófico para rejeitar a aplicação deste princípio e, como exceção, alterar o resultado de uma competição.

Considere-se, por exemplo, que uma equipe desportiva escale um jogador que deveria estar cumprindo uma suspensão determinada pela Justiça Desportiva e venha a ganhar a competição em decorrência da *performance* daquele atleta. Se o julgador se deixasse levar pela mecânica aplicação do princípio *pro competitione*, o resultado da competição deveria ser mantido, mas com essa decisão a Justiça Desportiva estaria se colocando em descrédito, uma vez que estaria validando um resultado obtido através de conduta de descumprimento de decisão dela própria, transmitindo, com isso, a ideia de que ela seria ineficaz e que seus julgamentos não produziram, em consequência, nenhum efeito pedagógico no seu público-alvo.

Uma situação parecida com o que foi exposto aconteceu na última rodada do Campeonato Brasileiro de futebol, onde a não aplicação do princípio *pro competitione* foi necessária para a efetividade da justiça, como se transcreve abaixo:

“A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) puniu a Portuguesa pela escalação irregular do jogador Héverton na última rodada do Campeonato Brasileiro, contra o Grêmio, no dia 8 de dezembro. O time perdeu, assim, quatro pontos na classificação final do torneio (48 para 44 pontos). Como consequência, o time paulista caiu da 12ª para 17ª posição na classificação final e foi rebaixado para a série B do torneio nacional.” (Consultor Jurídico, 2013)

O caso relatado é um exemplo de que as decisões tomadas pela Justiça Desportiva podem ter um grande impacto para as partes envolvidas, tais como o rebaixamento de uma equipe, a perda de uma medalha ou a suspensão de um atleta por um longo tempo, que poderão acarretar prejuízos financeiros na carreira do atleta ou a perda de patrocínios para a entidade de prática desportiva, entre outros diversos aspectos negativos.

3. CONCLUSÃO

Foi possível a partir da pesquisa acadêmico-científica bibliográfica realizada compreender por diversos referenciais como a Justiça Desportiva aplica em seus julgamentos os princípios do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, destacando-se entre eles o princípio *pro competitione*, o qual preza pela prevalência, continuidade e estabilidade das competições desportivas, contribuindo, assim, para **evitar que se substitua o jogo jogado pelo jogo julgado**.

Embora o princípio *pro competitione* tenha ares de regente do processo jus-desportivo, a sua aplicação ocorre de maneira harmônica com os demais princípios, notadamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dependendo da gravidade da infração disciplinar objeto do julgamento, pode a Justiça Desportiva afastar a incidência deste princípio e alterar o resultado da competição.

A continuidade da realização desta pesquisa poderá levar a um amplo levantamento de casos em que foi aplicado ou deixado de aplicar o princípio *pro competitione* acompanhados de uma análise crítica do acerto/desacerto das decisões tomadas nos casos concretos apreciados pelos vários órgãos componentes da Justiça Desportiva.

REFERÊNCIAS:

Brasil. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva/IBDD** - Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. — São Paulo: IOB, 2010.

Consultor Jurídico. **STJD pune portuguesa pela escalação irregular de atleta**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-16/stjd-pune-portuguesa-escalacao-irregular-atleta-time-rebaixado>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

FERREIRA, Gabriel. **DIREITO CONSTITUCIONAL AO ESPORTE E A PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/97361/direito-constitucional-ao-esporte-e-a-previsao-no-ordenamento-juridico-brasileiro#footnote-5>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

SALLES, Luiz Caetano; BORGES, Isabela Cristina Ferreira. **Justiça desportiva: organização, funcionamento e suas atribuições**. Disponível em: <<https://luizcaetanosalles.jusbrasil.com.br/artigos/555280106/justica-desportiva-organizacao-funcionamento-e-suas-atribuicoes>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SCHMITT, Paulo Marcos. **Regime jurídico e princípios do direito desportivo**. Disponível em: < <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/regime-jur%C3%ADdico-e-princ%C3%ADpios-do-direito-desportivo>>. Acesso em 19 ago. 2022.

OS DESAFIOS DO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

JOÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR:

Graduado em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional da Lapa FAEL; Graduando em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

RESUMO: Este estudo objetiva relatar sobre o procedimento de adoção. Inicialmente buscamos discorrer sobre a seletividade que ocorre no processo de adoção. Logo após, estabelecemos as considerações pertinentes a importância do Estado em todo o processo, que tem o dever de proteger e garantir o bem-estar dos menores. A metodologia empregada foi a de pesquisa qualitativa, realizada por meio do método dedutivo hipotético e procedimento técnico bibliográfico. A seletividade e a burocracia no momento da adoção tem tornado o processo muito mais longo e desgastante. O Estado é responsável pela guarda das crianças e adolescentes, por isso deve estar sempre atento para garantir sua proteção e melhor qualidade de vida. Deve haver igualdade em todo o processo, sem favorecimentos em detrimento de um ou outro, seja qual for o motivo. O direito de estar inserido em um ambiente familiar pertence a todos sem distinção de qualquer natureza.

Palavras-chave: Adoção. Processo de adoção. Seletividade. Proteção do Estado.

ABSTRACT: This study aims to report on the adoption procedure. Initially we seek to discuss the selectivity that occurs in the adoption process. Soon after, we establish the pertinent considerations and the importance of the State in the whole process, which has the duty to protect and guarantee the well-being of minors. The methodology used was qualitative research, carried out through the hypothetical deductive method and technical bibliographic procedure. The selectivity and bureaucracy at the time of adoption has made the process much longer and more exhausting. The State is responsible for the custody of children and adolescents, so it must always be attentive to ensure their protection and better quality of life. There must be equality throughout the process, without favoring one or the other, whatever the reason. The right to be part of a family environment belongs to everyone without distinction of any kind.

Keywords: Adoption. Adoption process. Selectivity. State protection.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do tema “desafios do processo de adoção” busca analisar os desafios que são enfrentados tanto pelos pretensos pais, como para os futuros filhos, através de pesquisas bibliográficas e informações de sites oficiais que tratam do referido assunto. Surge em justificativa da necessidade de compreender os adotantes, em especial os da cidade de Palmas/TO, do quão importante é garantir a todas as crianças uma família, um lar, uma estrutura adequada para a sua

formação humana, sem oposições a adoção por critérios de idade do adotando, valorizando a dignidade humana em todas as suas acepções.

Ao estudarmos mais a fundo sobre o tema supracitado, compreendemos que a maioria dos pais buscam adotar crianças com idades não superiores à três anos. Isso se dá por diversas razões, tais quais, ensinar desde cedo como deverá ser sua educação, deveres, comportamentos, postura religiosa, entre outros. Com isso, crianças com faixas etárias diferentes das desejadas, são rejeitadas e deixadas nos abrigos até completarem a maioridade.

Mas não é somente a idade que interfere nesse paradigma, mas também questões como, deficiência física ou mental, cor da pele, fisionomia e muitas outras. Crianças brancas, visto o cenário atual em que vivemos tendem a ter uma maior probabilidade de serem adotadas, devido ao preconceito que muitos pais tem por crianças negras. Essa discriminação nos acompanha desde a escravidão e tem se propagado até os dias de hoje, por isso essas crianças acabam tendo muito mais restrição em relação às outras.

Crianças com alguma deficiência física ou mental, na maioria das vezes são descartadas. As grandes maiorias dos pretensos pais buscam por perfis ideais, e daí que surge a necessidade de programas especializados, com pessoas qualificadas para lidarem com tais conflitos. Programas de apoio às famílias, com psicólogos, assistentes sociais, psicopedagogos e tantos outros profissionais habilitados a tratarem dessas questões.

Esse tema é importante para o curso de direito porque viabiliza um estudo amparado por vários ramos, como o direito da criança e do adolescente, considerando ainda que seja de extrema importância para todos, pois, entender esse contexto voltado aos jovens que necessitam de adoção, pode demonstrar as mudanças que se avizinham e assim orientar aqueles que desejam adotar um jovem garantindo-lhe um lar. A tendência é que se presencie uma ação efetiva ou fim do impasse como é hoje.

A motivação deste tema deu-se devido à fase de efervescência por qual passa um terço da sociedade brasileira nas áreas: política, social, moral, familiar e principalmente no que se referem aos direitos da criança e do adolescente com foco nos jovens adotados, situação a qual estes se encontram recentemente.

A justificativa deste trabalho dá-se pelo processo de adoção em colocar sempre a criança como sujeito principal, não fazendo entre elas, distinção de qualquer natureza, como escolha em razão de idade, cor, parentesco com outras crianças ou fisionomia.

2. SELETIVIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Se entende necessário, incentivar a prática de adoção de crianças maiores de 3 (três) anos, bem como aquelas que sejam irmãos (parentes consanguíneos colaterais de 2º grau). Nesse sentido, é preciso orientar os possíveis adotantes e apresentar-lhes a realidade e a necessidade de serem feitas adoções com futuros adotados de todas as idades.

Isso tudo faz com que a opinião da sociedade, no geral, seja dividida com relação à necessidade e precisão prestados à pais adotantes. Ademais, pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do adolescente (lei 8.069 de 1990) e pela Lei de adoção (lei nº 13.509/2017), toda criança precisa estar em uma família, para que possa se desenvolver saudavelmente, do ponto de vista psicológico e cognitivo, já que necessita das referências oferecidas por uma configuração familiar.

A constituição federal da república, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe sobre a dignidade da pessoa humana a qual é tida como um dos preceitos fundamentais mais importantes no ordenamento jurídico. Trata-se de valor constitucional e moral que deve ser o basilar entre todos os tipos de relações, visto que cada pessoa tem valor inigualável e de suma importância para toda sociedade e principalmente para a família. Mas para que tal direito seja garantido, se faz necessário que todos sejam tratados da mesma forma, sem qualquer tipo de distinção.

É com esse pensamento que ao longo dos anos busca-se reprimir essa seletividade no momento da adoção. Entendendo que cada criança tem suas peculiaridades e que o diferencial é que as fazem serem especiais. A sociedade atual está muito acostumada a manter padrões, o que faz com que nos tornemos pessoas sem empatia umas com as outras e assim não conseguimos enxergar o verdadeiro sentido da vida, que é o amor.

3. IMPORTÂNCIA DO ESTADO NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Para a boa e digna relação, destaca-se a importância das entidades classistas nesse processo de proteção e garantia. A família é a base da sociedade e deve receber o máximo de apoio do Estado de acordo com a norma constitucional trazida pelo art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Por conseguinte preceitua o artigo 227 da Carta Magna:

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.

Nesse sentido, a concretização da proteção do Estado se faz necessária, ao levarmos em considerando o quantitativo de crianças e adolescentes que não estão inseridas no âmbito familiar e que dessa forma precisam de uma tenção especial por parte do Estado democrático ao qual estamos inseridos.

É sabido que essas crianças e adolescentes vivem em abrigos públicos e recebem apoio do judiciário, como as varas da infância e juventude, assim como de profissionais qualificados para cuidarem desses seres tão vulneráveis, porém há muito o que se feito para melhorar esse cenário.

A burocracia tem sido um grande empecilho no momento da adoção, atrasando muitos processos e estendendo ainda mais a longa espera da tão sonhada família. Tanto as crianças, como os pais, ficam ansiosos para enfim formarem uma família, mas diante de tantas dificuldades enfrentadas pelo caminho, se encontram frustrados e sem esperança que um dia consigam viver juntos.

Vale destacar que o tema da adoção no Brasil é desafiador e com muitas dimensões, tanto jurídicas como sociais como podemos observar por meio da análise dos dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), que é administrados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo os dados existem aproximadamente 5.500 crianças que se encontram em condições de serem adotadas, por outro lado existem também quase 30 mil famílias que se encontram na lista de espera do CNA para realizarem a adoção de crianças.

O Brasil tem 44 mil crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos, segundo o CNCA — em fevereiro do ano passado, eram 37 mil. Se há tantas pessoas dispostas a acolher uma criança sem família, por que o número de meninas e - meninos do cadastro não para de crescer? (SENADO, 2020, s;p.)

Compreender essa questão e avaliar os pros e contra temos que considerar a avaliação do próprio CNJ, que indica com uma resposta a existência de uma discrepância apontada entre o perfil da maioria das crianças que se encontra no cadastro para adoção e o perfil indicado para filho, ou filha, que se está no imaginado por aqueles que aguardam na fila da adoção.

“Nacionalmente, verifica-se que o perfil das crianças e adolescentes cadastrados no CNA é destoante quando comparado ao perfil das crianças pretendidas, fato que reveste a questão como de grande complexidade”, admite o CNJ no documento Encontros e Desencontros da Adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção, de outubro de 2012. (SENADO, 2020, s.p.).

O CNA em 2008 com o principal objetivo dar mais rapidez e transparência aos processos de adoção que analisou nos três anos seguintes, 3.015 adoções no Brasil. Nesse período tinha uma média de quase três por dia.

Segundo a análise dos perfis do CNA que indica como falsa a crença comum de que o maior obstáculo às adoções no Brasil é a questão racial. Conforme as informações obtidas,

Cerca de um terço (32,36%) dos pretendentes só aceita crianças brancas, que representam exatamente três em cada dez das cadastradas. Por esse viés, portanto, não existiria dificuldades.

Até porque quase 100% das famílias se dispõem a acolher crianças negras ou pardas, que são duas em cada três do cadastro. Além disso, nada menos que 38,72% se declaram indiferentes em relação à raça do futuro filho ou filha. (SENADO, 2020, s.p.)

Ocorre que a incompatibilidade difícil de ser superada está no fato de que apenas um em cada quatro pretendentes, ou seja, (25,63%) se propõe a adotar crianças com quatro anos ou mais. Em destaque que há uma dificuldade para a adoção tardia para crianças nessa faixa etária. Acrescenta-se a isso que apenas 4,1% dos que estão no cadastro do CNJ à espera de uma família têm menos de 4 anos. Por isso, cada dia que a criança passa nos abrigos afasta a sua chance de encontrar uma família e, por conseguinte um novo lar. Outro ponto importante é que é inferior a 1% o índice de pessoas prontas a adotar adolescentes (acima de 11 anos), que por sua vez respondem por dois terços do total de cadastrados pelo CNJ. Os entraves são muitos e com implicações para a saída de crianças e adolescentes das instituições de acolhimento. Segundo as estatísticas do CNJ,

é a baixa disposição dos pretendentes (17,51%) para adotar mais de uma criança ao mesmo tempo, ou para receber irmãos (18,98%). Entre os aptos à adoção do CNA, 76,87% possuem irmãos e a metade desses tem irmãos também à espera de uma família na listagem nacional. Como os juizados de Infância e Adolescência dificilmente decidem pela separação de irmãos que foram destituídos das famílias biológicas, as chances de um par (ou número maior) de irmãos achar um novo lar é muito pequena. (SENADO, 2020, s.p)

É importante ressaltar o papel do Estado na normatização da adoção de crianças e adolescentes, pois essa ação se deu a partir da Constituição Federal de 1988, que além de garantia de direitos sociais também equiparou, para quaisquer efeitos os filhos de qualquer natureza, inclusive os adotivos.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, todas as adoções passaram-se a se chamar adoção plena.

O ECA, em seu artigo 41, atribui ao adotado o status de filho, e assim dispõe: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direito e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".

Para realizar esse procedimento é há necessidade de ser sempre judicial, vedada a iniciativa por procuração. A adoção está prevista no ECA, em seu artigo 39 e seguintes, com o objetivo

fundamental de apoiar de dar o suporte legal ao adotado à família do adotante e, com afastamento em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável.

Após a finalização dos requisitos exigidos no Estatuto, o ingresso na família do adotante é completo. O importante é que o adotante junto com a criança ou o adolescente possibilite e viva outra condição de existência, e propiciando todas as condições para o adotado se sinta amado e protegido na nova família.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração todo o contexto, concluímos que, seguindo todos os pontos relevantes durante o desenvolvimento do processo devemos acima de tudo, prezar pela segurança, saúde física e psicológica do adotado garantindo aos menores todos os direitos que lhes pertencem, garantidos pelo ECA (Estatuto da Criança e Adolescente), Constituição Federal, lei de adoção (12.010/09) e demais princípios constitucionais. Não é cabível qualquer manifestação de discriminação por parte dos pretensos pais, uma vez que todos devem ser sujeitos de direitos e deveres de forma igualitária, não devendo haver entre eles distinção de qualquer natureza.

Muitos dos adotados permanecem nos abrigos até atingirem a maioridade civil em virtude da seletividade que ocorre durante o processo. A adoção tardia não é algo que acontece raramente, pelo contrário, tem sido cada vez mais frequente, enquanto isso, as crianças que são rejeitadas e menosprezadas ficam a mercê de um sistema que não intervém para aplicar medidas que reparem tal situação. É preciso e necessário que os pais se conscientizem da importância de adotar sem qualquer tipo de discriminação.

Em contrapartida, de nada adiantará se o Estado também não intervir garantindo a aplicação de medidas essenciais para que haja a mudança desse cenário. Políticas públicas que resolvam, palestra de conscientização, profissionais qualificados para auxiliar os pretensos pais e os futuros filhos e assim garantir um lar saudável e feliz. Atualmente é grande o número de crianças e adolescentes que aguardam por um lar, por uma família, porém se frustram com a demora do processo, a burocracia, o despreparo do Estado e a discriminação de pretensos pais, que em sua grande maioria buscam por perfis específicos e acabam por frustrarem as expectativas de quem já está a tanto tempo esperando para ser amado em um meio familiar. Portanto, entendemos que a adoção não se trata apenas de um ato jurídico, mas sim um ato de amor, carinho, parceria, proximidade entre a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-61/adocao-no-contexto-social-brasileiro/em-11.06.2020>.

Lei 12.010/2009 – Lei de Adoção. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm< acesso em: 11 jun. 2020.

Senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.consulta em 11.06.2020.

TIPICIDADE PENAL

ELISA ROCHA TEIXEIRA NETTO:

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a tipicidade penal, presente no substrato do fato típico dos crimes, ao lado da conduta, do resultado e do nexos causal. Dentro de seu estudo, se optou por pormenorizar as espécies de tipicidade – material e formal, além da tipicidade conglobante, adotada por parte da doutrina. Por último, há a análise da teoria da imputação objetiva e suas principais características.

PALAVRAS-CHAVES: tipicidade formal. Tipicidade material. Tipicidade conglobante. Imputação objetiva.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, deve-se atentar que infração penal é gênero, que comporta as espécies crime e contravenção penal. Dentre os conceitos apresentados de crime pela doutrina, o que é adotado pela doutrina pátria é o conceito analítico, estratificado ou operacional, formado pelo fato típico, ilícito e culpável. Assim, para ser considerado crime e, conseqüentemente, para que se possa submeter o indivíduo a pena, é necessário que se tenha esses três elementos.

O fato típico é composto por conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. O presente trabalho busca analisar o último substrato, ou seja, a tipicidade. Mas antes disso, faz-se necessário uma breve síntese sobre os demais elementos.

A conduta deve ser humana voluntária, corporal e externa, caracterizada por uma ação ou omissão, sendo a tercia finalista que prevalece na conduta (todo comportamento voluntário é dirigido a uma finalidade). Em relação ao resultado, há o resultado jurídico/normativo produzido por todos os delitos e o resultado naturalístico, que é a modificação no mundo exterior em razão da conduta humana, ausente no caso de crimes formais. Já o nexos causal, é a relação de causalidade, ou seja, o liame entre conduta e resultado, tendo o Código Penal adotado, como regra, a teoria dos equivalentes causais (*conditio sine qua non* – art. 13, *caput*), que dispõe que tudo o que der causa ao resultado conduz ao nexos causal.

2. TIPLICIDADE FORMAL

A tipicidade, objeto do trabalho em tela, se divide em formal e material, não bastando que a conduta do agente se adéqüe abstratamente ao tipo, pois o direito penal sofre uma intervenção mínima, em razão do caráter subsidiário do Direito Penal. Modernamente, Zaffaroni²⁶¹ diz que além da tipicidade formal, é necessário existir a tipicidade conglobante (juízo de valor). Muitos autores preferem, ao invés de tipicidade conglobante, falar em tipicidade material, que também leva a um juízo de valor.

Há tipicidade formal quando a conduta do agente se adéqua abstratamente ao previsto no tipo. É composto pelo elemento objetivo do tipo, ou seja, aquele que não tem necessidade de valoração, o denominado elemento normativo, que são aqueles que necessariamente conduzem a um juízo de valor e o elemento subjetivo, que é o dolo (valoração da finalidade) ou culpa. Alguns tipos penais exigem o elemento subjetivo especial do injusto/do tipo, chamado de ultra intenção, ou seja, um *plus* na intenção do indivíduo, um *animus* extra. A doutrina os divide em delitos de intenção e delitos de tendência. A diferença entre eles é que nos delitos de intenção, esse elemento subjetivo especial vem expressamente previsto, enquanto que nos delitos de tendência, essa ultra intenção não está prevista no tipo, mas ela é exigida pela doutrina e pela jurisprudência para a caracterização da infração penal.

Pode-se citar como exemplo de delito de intenção o feminicídio, em que o tipo penal exige a motivação do gênero e como exemplo de delito de tendência, os crimes contra honra – deve haver o *animus difamandi, injuriandi ou caluniandi* por parte do ofensor. O delito de intenção pode ser de resultado cortado ou forçado - o resultado naturalístico é dispensável para a caracterização, mas caso ele aconteça, se dará por força do comportamento da própria vítima (ex: extorsão) - e o delito mutilado de dois atos – o resultado naturalístico também é dispensável para a consumação da infração, mas caso ele aconteça, ele ocorrerá em razão do comportamento do próprio agente, o que levará a mais de infração criminosa (ex: associação criminosa).

3. TIPICIDADE CONGLOBANTE

Para Zaffaroni²⁶², a tipicidade formal não basta, devendo-se buscar a tipicidade conglobante, que comporta dois elementos: a lesividade e a possibilidade de se imputar o resultado/ lesão como obra própria do agente. Assim, a tipicidade formal não é suficiente, devendo ser realizado um juízo de valor, observando se há a lesividade e se o resultado foi fruto do agente. Tal lesividade ocorrerá quando o comportamento atingir de forma efetiva

²⁶¹ Zaffaroni, Raúl Eugenio. Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁶² Zaffaroni, Raúl Eugenio. Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

o bem penalmente tutelado. Esse conceito é feito por exclusão, pois ele diz em quais hipóteses em que iremos afastar essa lesividade.

Para o referido autor, não haverá lesividade quando houver insignificância ou bagatela; quando o Estado impuser ou fomentar um determinado comportamento e quando há o consentimento do titular do direito. Para os que adotam a tipicidade conglobante, como Zaffaroni e o Rodrigo Roig²⁶³, a natureza jurídica da bagatela ou insignificância é causa excludente da tipicidade conglobante (atipicidade conglobante por ausência de lesividade). Isso porque entendem que não é razoável o Estado vedar e ao mesmo impor ou fomentar o comportamento – é necessário uma conduta antinormativa, para não gerar uma antinomia de normas penais e, conseqüentemente, uma insegurança jurídica.

A teoria da tipicidade conglobante acaba por gerar o esvaziamento das causas excludentes da ilicitude, pois antecipa duas hipóteses que afastam a ilicitude: o estrito cumprimento do dever legal e o regular exercício de um direito.

Ademais, o consentimento válido afasta a tipicidade, já que não é razoável, o próprio titular consentir e o Estado punir. O consentimento válido pressupõe a capacidade do agente, devendo ser livre e consciente, que o bem tutelado seja disponível e que o consentimento seja anterior ou concomitante a prática da infração penal.

Já em relação à possibilidade de se imputar o resultado/ lesão como obra própria do agente, é necessário analisar se, na hora da conduta, o agente tinha domínio em relação ao resultado. Isso porque se há domínio, pode-se falar em tipicidade conglobante. Um exemplo seria o caso em que um sobrinho, que é herdeiro único do seu tio, compra uma passagem aérea e ele reza para que o avião caia e o avião cai – ele não tem domínio do resultado, logo, não se pode imputar o resultado como obra do agente. O resultado é atribuído ao acaso.

4. TIPICIDADE MATERIAL:

Para que se possa observá-la e, conseqüentemente, se falar em fato típico é necessário que haja relevância jurídica da conduta. O STF e STJ falam da insignificância ou bagatela atrelada à irrelevância jurídica da conduta.

Quando se fala em tipicidade material, é importante a análise da teoria da imputação objetiva. O fundamento da imputação objetiva é o princípio da *ultima ratio*, uma vez que

²⁶³ Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

tais critérios materiais vão surgir e reservar a aplicação do direito penal aos casos de efetiva necessidade.

O tipo penal é complexo, pois possui uma parte objetiva e outra subjetiva. Antes de analisar a intenção do indivíduo, deve-se analisar objetivamente o tipo penal (se há conduta, resultado e relação de causalidade entre eles). Todavia, deve-se ir além, devendo verificar se é razoável imputar aquele resultado objetivamente ao agente, mesmo que ele decorra da conduta do agente. Em síntese: mesmo que o resultado decorra do comportamento do agente, deve-se analisar se imputar esse resultado a ele é razoável. Afastando a possibilidade de imputação objetiva, há o afastamento da tipicidade.

Roxin²⁶⁴ divide a análise desses critérios em três. Em uma primeira etapa entende que deve ser observado se houve a criação de um risco não permitido, por meio de uma valoração do caso concreto. A segunda etapa consiste em observar se houve a realização de um risco não permitido. Para isso dois são os critérios importantes: a ausência de realização de perigo (é necessário se precisar quais os resultados que podem decorrer do comportamento agente) e o incremento do risco (para se imputar objetivamente o resultado ao agente, deve haver um incremento do risco, ou seja, um aumento do risco do resultado). Por fim, a terceira etapa seria verificar se o resultado tem alcance no tipo penal incriminador.

Já Jakobs²⁶⁵ analisa seus critérios baseado no comportamento social do agente, ou seja, o comportamento do indivíduo perante a sociedade. O primeiro critério para exemplificar essa idéia é o princípio da confiança. Não é razoável imputar objetivamente o resultado ao agente, se ele cumpre seu papel social em uma dada situação fática (a própria sociedade lhe permitiu praticar determinada conduta, não podendo ser responsabilizado por ela). Ao cumprir seu papel social, ele cria a confiança de que os demais integrantes da sociedade também cumpram o seu papel.

O segundo critério é o da proibição de regresso infinito, criado para mitigar efetivamente a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*condicio sine qua non*). Se o indivíduo cumpre o seu papel social e dessa conduta em sociedade há riscos naturais, não se pode, caso aconteça o resultado, imputá-lo objetivamente ao agente. A idéia apresentada por Jakobs é de que, ainda que se possa extrair o risco de resultado desse comportamento cumpridor do papel social permitido pela sociedade, não se pode imputar

²⁶⁴ Roxin, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Alemanha, 1992.

²⁶⁵ Jakobs, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

objetivamente o resultado ao agente. Os outros critérios seriam o consentimento e as ações de próprio risco.

Para Jakobs, se há o consentimento de uma vítima capaz, ocorre a atipicidade material da conduta, assim a natureza jurídica do consentimento, segundo o autor, é de causa excludente da tipicidade material. Já para Zafaroni é causa excludente da tipicidade conglobante, enquanto que para a maioria da doutrina, como por exemplo, para Bitencourt²⁶⁶ é causa excludente da ilicitude/ antijuridicidade. Por fim, as ações de próprio risco são hipóteses em que a vítima, titular do direito, se coloca numa situação que gera um risco inerente à atividade, por isso não seria objetivamente imputado o resultado ao agente.

5. CONCLUSÃO

Neste artigo se buscou detalhar a tipicidade penal, pertencente ao fato típico, primeiro elemento do conceito de crime, ao lado da culpabilidade e da ilicitude. Foi feita uma diferenciação entre a tipicidade formal e a tipicidade material, bem como a tipicidade conglobante adotada, sobretudo, por Zaffaroni. Ademais, foi analisada, de forma sucinta, a teoria da imputação objetiva, consistente em um conjunto de pressupostos jurídicos que condicionam a relação de imputação (atribuição) de um resultado jurídico (ou normativo) a um determinado comportamento (penalmente relevante)²⁶⁷.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTEFAM, André. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

ROXIN, Claus. Strafrecht – Allgemeiner Teil. Alemanha, 1992.

²⁶⁶ Bitencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral 1 – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

²⁶⁷ Estefam, André Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: A QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM LESÕES A INTERESSES METAINDIVIDUAIS

CAMILA PEREIRA BARRETO:
Advogada. Graduada em Direito pela UFAL. Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI).

Resumo: O princípio da reparação integral é a norma regente da responsabilidade civil, dependendo a sua efetividade, sobretudo em seu aspecto repressivo, do atendimento a essa máxima. Sob a ótica coletiva, há um grande percurso a ser percorrido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a fim de consagrar um direito à reparação efetiva. A intersecção entre tutela coletiva e responsabilidade civil não ocorre sem desafios particulares ao próprio caráter metaindividual do direito violado. Entretanto, também apresenta dificuldades similares à quantificação do dano extrapatrimonial individual para o operador da norma jurídica, diante da ausência de mensurabilidade em termos patrimoniais do bem violado, bem como da inexistência de parâmetros para a quantificação. Em decorrência da titularidade indeterminada, não é possível uma reparação voltada para as vítimas específicas, mas sim para toda a coletividade, utilizando os valores das indenizações a fim de reconstituir os bens lesados, bem como prevenir futuros danos a interesses difusos e coletivos. Portanto, a finalidade principal de recomposição e prevenção da reparação de danos extrapatrimoniais coletivos resta comprometida, colocando em risco a própria tutela coletiva como microsistema processual e material apto a proteger os interesses difusos e coletivos.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial coletivo; reparação integral; responsabilidade civil; tutela coletiva; recomposição.

Abstract: *The principle of integral reparation is the ruling norm for civil liability, depending its effectiveness of civic especially in its repressive aspect, reliant on the achievement of that ultimate goal. Under a collective lens, there is still a great way to go through regarding both the doctrine and the jurisprudence, in order to achieve an effective civil liability. The intersection of collective tutelage civil liability is not without its particular challenges to the own character of the violated right's meta-individuality. However, there are difficulties similar to the quantification of individual general damages for the normative operator, facing the absence of measurability in economic terms in regards to the violated right, and the absence of parameters of quantification. Since the ownership is indeterminate, it is not possible a recovery focused on isolated victims, only for all of community, with a fund that will use the value to reconstitute the damaged rights, as well as avoid future damages to collective rights. Therefore, the effectiveness of the reparation of collective general damages is compromised, putting at risk collective tutelage itself as a processual and*

material microsystem able to protect collective rights.

Keywords: *Collective general damages, integral reparation, civil liability, collective tutelage, reconstitution.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tecer algumas considerações sobre a nova dimensão da responsabilidade civil, sob uma perspectiva transindividual de reparação de danos, que atende às necessidades de uma sociedade moderna. Pretende-se, com uma breve análise dos instrumentos normativos da tutela coletiva, bem como à luz das contribuições da doutrina e jurisprudência para a matéria, analisar quais os desafios enfrentados para a adequada recomposição de valores metaindividuais, a partir da análise dos parâmetros utilizados para quantificar, em termos econômicos, o dano a interesses difusos e coletivos.

A responsabilidade civil é uma expressão do ordenamento jurídico enquanto pacificador das relações sociais, visando restaurar o equilíbrio em uma situação jurídica, violada em razão de um dano injusto. É inegável, portanto, que o princípio da reparação integral é uma verdadeira expressão da dignidade da pessoa humana, sobretudo no tocante à reparação de danos extrapatrimoniais, que, desprovidos de mensurabilidade, apresentam-se como verdadeira violação ao núcleo de direitos básicos do indivíduo.

Entretanto, o que poderíamos chamar de uma visão clássica da responsabilidade civil se mostrou insuficiente diante dos crescentes anseios da sociedade e de grupos peculiares nela contidos. Houve uma necessidade de reformular os conceitos tradicionais da responsabilidade civil a fim de criar mecanismos aptos a tutelar os interesses de grupos ou classes que, no prisma individual, sofriam com a inviabilidade das vias materiais e processuais fornecidas pelo direito.

As mudanças socioeconômicas ao longo do século XX fizeram com que a responsabilidade civil clássica sofresse transformações a fim de acompanhar a crescente necessidade de oferta de um novo modelo de tutela jurisdicional. Notadamente, o século XX foi marcado pelas lutas de classe voltadas para a conquista de direitos trabalhistas, sobretudo em decorrência da Revolução Industrial, que gerou jornadas de trabalho excessivas, tendo como consequência a criação e fortalecimento do direito do trabalho, a fim de proteger os trabalhadores contra os abusos cometidos pela classe patronal. É, dessa forma, que nasce a ideia de direito coletivo.

Temos uma figura para além dos polos “Estado” e “indivíduo”, sendo uma classe de direitos com características peculiares, próprio de uma categoria que surgiu com as modificações sociais do século XX. Assim, temos uma categoria que representa um

verdadeiro *tertium genus* na esfera de interesses passíveis de tutela jurisdicional²⁶⁸.

O traço marcante responsável por distinguir os direitos considerados “individuais” dos direitos metaindividuais é a sua titularidade. Temos direitos os quais são de todos e, simultaneamente, não pertencem a ninguém²⁶⁹. Essa ideia de interesse comum, que se sobressai aos interesses individuais que eventualmente possam com ele conflitar, define o direito coletivo em seu sentido amplo.

A reparação integral, nesses casos só terá seu conteúdo preenchido quando se reconhece a existência de direitos cuja titularidade recai sobre grupos de indivíduos que, independentemente de serem ou não determináveis, não podem dividir entre si o objeto do direito, sendo possível apenas sua satisfação integral.

Com a distinção entre interesses individuais e coletivos, é necessário reconhecer que, com a crescente constitucionalização de esferas jurídicas privadas, há uma superação da dicotomia entre direito público e privado. Há uma crescente incidência da intervenção estatal em interesses que, inicialmente, eram vistos sob um prisma individual, como o direito à propriedade, passando a existir sob um aspecto de proteção ao bem comum.

Nossa Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao instituir um espaço, em seu Capítulo I, Título II, intitulado “Dos direitos individuais e coletivos”, em que pese não tenha delimitado de maneira densa o âmbito de proteção desses direitos coletivos.

Uma menção de destaque aos direitos coletivos é feita na qualidade de “interesses coletivos”, no art. 129 da Magna Carta, atribuindo ao Ministério Público para a instauração de “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O dispositivo mencionado acima traz a base constitucional para a tutela coletiva, que deve ser compreendida como o microsistema material e processual voltado para a proteção de direitos metaindividuais. Entretanto, é por meio de dispositivos infraconstitucionais, como as Leis 4.717/1965 e 7.347/1985, que disciplinam a Ação Popular e Ação Civil Pública, respectivamente, que encontramos a origem normativa de uma incipiente tutela coletiva.

Posteriormente, a matéria foi densificada pelo Código de Defesa do Consumidor que, ao conceituar as espécies de direitos coletivos em seu art. 81, constituiu um grande avanço na construção da tutela coletiva, pois, como afirmou Kazuo Watanabe, “num certo

268 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 106.

269 VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, Curitiba, p. 33.

sentido, portanto, o conceito de 'coletivo' do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não-organizados [...]”²⁷⁰.

Contudo, é inegável o papel da Constituição Federal em tratar, ainda que de forma meramente tangencial, de direitos difusos e coletivos. Isso porque, como a norma máxima no ordenamento jurídico, o tratamento constitucional conferido à tutela coletiva permitiu que a doutrina e a jurisprudência delineassem os contornos dessa nova proteção conferida aos interesses transindividuais e, conseqüentemente, fosse adotado um novo prisma da responsabilidade civil, sob a ótica coletiva.

À vista dos aspectos da reparação de danos transindividuais, não há como duvidar que a feição individual e metaindividual da dignidade da pessoa humana se complementam de forma harmônica. O microsistema material e processual que compõe a tutela coletiva é organizado de forma que a via individual não inviabiliza nem compromete a via coletiva. Pelo contrário, a eficácia da responsabilidade civil ganha novas dimensões. Se, por um lado, é cabível a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais diante de um evento danoso, este mesmo evento pode afetar a coletividade, como parte igualmente legítima para pleitear sua reparação.

A metaindividualidade de direitos é inerente às diretrizes máximas adotadas pela Constituição Federal de 1988. Ao elencar a dignidade da pessoa humana como objetivo o qual delinea a nossa Magna Carta, temos um objetivo desprovido de contornos meramente individuais. Nesse sentido é a ponderação feita por Ingo Wolfgang Sarlet:

Pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos.²⁷¹

²⁷⁰ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 628.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52.

É na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento jurídico-normativo direto de diversas regras e, até mesmo, de determinados princípios em nosso ordenamento jurídico. A força desse princípio fundamental implica em tutelar a pessoa humana em seu aspecto individual e coletivo, pois apenas pela concretização de uma sociedade igualitária é que cada pessoa humana usufruirá de uma vida digna.

Portanto, devemos fazer uso de instrumentos jurídicos materiais e processuais aptos a promover a dignidade da pessoa humana em um aspecto coletivo, sem deixar de lado o indivíduo isoladamente considerado. Dessa forma, a chamada tutela coletiva apresenta-se como meio adequado para viabilizar esse objetivo.

De tal maneira, torna-se necessário rever os dogmas rígidos de um modelo de reparação voltado para o escopo individual. Não houve outra alternativa para a doutrina e jurisprudência senão reconhecer que esses direitos transindividuais merecem a proteção jurisdicional concedida pelo nosso ordenamento no âmbito individual, com o devido respeito às particularidades que a metaindividualidade do interesse jurídico protegido lhe confere. É assim que a doutrina e jurisprudência caminham, ainda que lentamente, para o reconhecimento dessa tutela diferenciada de interesses que, muitas vezes, afetam intimamente toda a sociedade.

1. Os danos extrapatrimoniais coletivos no ordenamento jurídico brasileiro

Nossa Magna Carta foi responsável por instituir a base para a admissibilidade de reparação do dano extrapatrimonial, da qual o dano moral é espécie, levando em consideração a existência dos chamados novos danos, que surgiram a partir desse novo modelo constitucional. Com base nisso, podemos dizer que a Constituição Federal apresenta uma verdadeira cláusula aberta, apta a ser utilizada como fundamento para o reconhecimento de danos que, embora atípicos, estando ausente uma previsão normativa expressa e específica, devem ser reconhecidos pela sua incidência nas relações interpessoais.

Já no campo infraconstitucional, nosso ordenamento jurídico, por meio do art. 186 do Código Civil de 2002, define que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, abrindo espaço para que toda a sistemática contida do artigo 927 ao artigo 954 do Código Civil seja aplicada no tocante à reparação de danos extrapatrimoniais, com as modificações cabíveis pertinentes à própria natureza do dano.

Essa cláusula aberta, ainda, nos permite chegar à conclusão lógica de que a legislação vigente estabelece um modelo aberto de proteção de interesses jurídicos, visando concretizar a máxima de proteção ao indivíduo. Ademais, pela forma como nossa

Constituição Federal está estruturada, com a previsão de direitos os quais só produzem efeitos de forma plena por meio de uma concretização a nível coletivo, podemos aferir que nosso sistema jurídico criou os pilares de uma proteção transindividual de direitos, que, com o auxílio da doutrina e jurisprudência, possibilitou um novo panorama de tutela jurídica.

Os interesses passíveis de tutela jurídica não podem ser preconcebidos por meio de um rol estático, excluindo da proteção estatal tudo que estivesse fora daquele leque. O Direito, como objeto social de regulamentação de condutas humanas, deve acompanhar as mudanças sofridas no plano fático do mundo. Assim, surgindo novos interesses jurídicos conforme eventos sociais aconteçam, deve o ordenamento jurídico oferecer um arcabouço normativo apto a concretizar aqueles interesses, sobretudo em um nível social.

Tais interesses de relevância social não serão sempre traduzíveis em termos econômicos, tampouco poderiam sê-lo. A partir do momento em que se reconhece um complexo inalienável e insuscetível de violação pertencente ao indivíduo, também se reconhece que tais valores podem existir perante determinados grupos, categoriais ou classes de pessoas, ou mesmo à sociedade coletivamente considerada.

Enquanto classicamente o bem comum é compreendido sob o óbice do controle estatal, se transmite no âmbito de direitos difusos e coletivos como um bem cuja titularidade é compartilhada pelos membros de determinada coletividade, traduzindo-se em uma concretização do princípio da solidariedade, sob uma lógica não proprietária, ao menos não no sentido tradicional de propriedade, relacionado a bens corpóreos, divisíveis e individuais²⁷².

Conceituado o termo “interesse coletivo” em seu aspecto amplo, cumpre destacar que a categoria descrita, como tantas outras na ciência jurídica, pode apresentar características próprias e circunstanciais, as quais permitem dividir o interesse coletivo *latto sensu* em três espécies distintas, a serem analisadas brevemente.

Tendo em vista a complementariedade entre as feições individual e coletiva da reparação do dano, os mecanismos processuais e materiais hábeis a garantir a tutela de interesses transindividuais, organizados em nosso ordenamento jurídico de forma que a tutela de direitos coletivos não inviabiliza a tutela de direitos individuais. Houve uma crescente preocupação do legislador infraconstitucional em garantir que os danos sofridos pela coletividade, em suas diversas configurações, fossem reparados, por meio de uma

272 GUILHERMINO, Everilda Brandão. As titularidades dos direitos difusos e seus impactos nas relações privadas: uma reflexão sobre as categorias jurídicas ligadas ao pertencimento. In **Revista Fórum de Direito Civil**. ano 7, n. 17, Belo Horizonte, Editora Fórum, p. 45-57, janeiro/abril, 2018, p. 47-49.

resposta eficaz do sistema jurídico. Com isso, a coletividade passa a poder reivindicar a tutela jurisdicional em campos que anteriormente só tinham espaço no âmbito individual, transcendendo, inclusive, o campo das reparações meramente patrimoniais

Evidentemente, o rol de valores coletivos não será nunca exaustivo. Trabalhamos com conceitos que, não custa ressaltar, são mutáveis no espaço-tempo. Assim, além daqueles constantes nos incisos do artigo 1º, I a III, da Lei 7.347/85, temos valores como a honra, tanto em seu aspecto objetivo (a reputação da coletividade) como subjetivo (a imagem que aquele grupo tem de si mesmo), além da dignidade nacional²⁷³. O primeiro destes dois exemplos tem especial relevo considerando a preocupação com a tutela de grupos de minorias como o povo indígena, quilombolas, pessoas com deficiência, negros e mulheres²⁷⁴. Todos estes, bem como outros valores, são passivos de tutela jurídica.

Seu fundamento normativo é retirado da Lei 7.347/1985, mais precisamente de seu artigo 1º, o qual prevê expressamente a reparação de danos morais a pessoas indeterminadas. Entretanto, não é apenas a Lei da Ação Civil Pública que compõe o arcabouço jurídico que embasa as condenações de reparação dessa natureza. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, incisos VI e VII prevê a reparação de “danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” e assegura aos consumidores o acesso aos órgãos pertinentes para reparação desses mesmos danos.

A existência de interesses extrapatrimoniais passíveis de reparação encontra resguardo, ainda, conforme já mencionamos, na dignidade da pessoa humana, bem como à proteção às lesões de natureza extrapatrimonial no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Dessa forma, devemos compreender a norma supracitada como uma cláusula

273 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.**

Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em 06.06.2018.

274 A palavra “minorias” deve ser compreendida sob o prisma de um grupo vulnerável em aspectos socioeconômicos, ainda que estejam em maior número populacional.

aberta, da qual podemos extrair a fundamentação jurídica para a tutela de interesses extrapatrimoniais.

A expressão “dano moral coletivo” não traduz adequadamente a amplitude da violação sofrida. Em primeiro lugar, a ideia de dano moral individual já é passível de críticas doutrinárias pelo fato de que a ideia de “moral” remete à dor ou ao sofrimento de natureza psíquica, classificando o dano por um resultado que, não necessariamente, irá se concretizar. O dano moral, como dito anteriormente, não é o sentimento de abalo sofrido pela pessoa humana, mas sim uma violação a um direito da personalidade. Por tal motivo, se reconhece que a pessoa jurídica pode sofrer o chamado dano moral, cabendo a ela, por expressa disposição no art. 52 do Código Civil, a proteção, com as devidas alterações, a certos aspectos da pessoa jurídica, embora não seja dotada, evidentemente, de sentimentos como uma pessoa natural. De tal maneira, a proteção conferida à pessoa jurídica dá-se por equiparação, por reconhecer-se a existência de um direito passível de tutela, ainda que não se possa conferir uma forma física a sua vítima.

Em segundo lugar, a ideia de “moral” remete à ideia de indivíduo. Consequentemente, remete também à ideia de pessoas determinadas ou determináveis, sendo um dos motivos para que uma parte da doutrina e a jurisprudência relutarem, por tanto tempo, em admitir a existência de danos dessa natureza.

Como restou demonstrado pela breve exposição anterior sobre a entrada dos direitos coletivos no direito pátrio, houve uma evolução no sistema jurídico brasileiro no sentido de recepcionar proteção especial a determinados interesses jurídicos, notadamente interesses no âmbito difuso e coletivo. Entretanto, o que convencionamos chamar de tutela coletiva ainda caminha timidamente, carecendo de uma atuação concreta por parte do legislador e do aplicador da norma jurídica.

A jurisprudência muito relutou em admitir essa proteção jurídica diferenciada para direitos metaindividuais, especialmente para reconhecer a incidência da responsabilidade civil diante de um dano extrapatrimonial a grupos ou categorias de pessoas. Uma das razões para tal fato reside na inexistência de previsão normativa suficiente e adequada sobre o tema, considerando que o que temos hoje em nosso ordenamento jurídico são institutos que foram criados para o dano individual e, sobretudo, patrimonial, sem equivalente para danos extrapatrimoniais difusos e coletivos.

Tomemos como parâmetro a disciplina dada pelo Código Civil acerca do arbitramento do valor da indenização. Há uma regra expressa, contida no artigo 944, que determina que a extensão do dano será o parâmetro utilizado para fixar o quantum indenizatório. Entretanto, os prejuízos efetivos e eventuais que a vítima tenha sofrido só comportam determinação econômica quando o dano tem natureza material. Em

consequência, os artigos seguintes, destacando-se os artigos 948 e 952, não comportam equivalência quando o prejuízo é de ordem extrapatrimonial.

2. A função punitiva na tutela de interesses extrapatrimoniais coletivos

Não há como afastar a importância de parâmetros para a fixação do valor indenizatório em ações cíveis, sobretudo quando tratamos de danos extrapatrimoniais coletivos. Isso porque há, na responsabilidade civil coletiva, uma inegável função punitiva da responsabilidade civil.

Enquanto na responsabilidade civil clássica e individual o interesse primordial é compensar o valor do dano sofrido, tomando as funções punitiva e preventiva papéis secundários, na responsabilidade civil coletiva, a ideia de punição-precaução se destaca diante da natureza da lesão, que muitas vezes não comporta reversão, bem como diante do interesse da sociedade de forma geral em impedir uma lesão daquela natureza.

A função compensatória, preponderante no dano extrapatrimonial individual é secundária no âmbito difuso e coletivo, por um motivo simples: Não é possível determinar a integralidade da lesão sofrida pela coletividade, em função da própria característica de direito transindividual. Dessa forma, o retorno ao status quo ante não é sempre viável. De fato, na maioria das lesões a interesses difusos e coletivos, é impossível. Não tratamos aqui da responsabilidade civil clássica, porque lidamos com interesses que, no desenvolvimento da teoria clássica do Direito de Danos, não haveriam de ser contemplados, pelo momento em se desenvolveu os parâmetros do Direito Civil, ou seja, um Direito voltado ao indivíduo, em que a ideia de solidariedade não se manifestava de forma significativa. Apenas com a constitucionalização do Direito Civil e com a quebra da divisão entre Direito Público e Direito Privado é que houve uma tendência a focar no aspecto macrosocial, como forma efetiva de tutela de direitos. E tal tutela só seria viável se a responsabilidade civil fosse além da compensação do dano, abrangendo também formas de repreensão e prevenção de condutas.

Assim, o que se visa na fixação de um montante pecuniário é sancionar a prática da conduta ilícita, que causou um dano a um valor fundamental da coletividade. A fixação de uma reparação pecuniária seria, ainda, dotada de uma função preventiva, a fim de desestimular a prática danosa²⁷⁵. A finalidade compensatória perde espaço, ainda, pela natureza indivisível do objeto em questão, bem como a indeterminabilidade dos sujeitos

²⁷⁵ CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. Dano moral coletivo e os serviços de transporte de passageiros. *In: Revista de Direito Privado*, v. 10, n.38, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 176-203, abr./jun., 2009, p. 189.

que se inserem no grupo afetado²⁷⁶.

Neste sentido, é apenas de forma secundária que há uma finalidade compensatória, que se constitui apenas indiretamente, razão que justifica a destinação do valor pecuniário para um fundo específico.

Entretanto, há autores que entendem que o dano moral não pode ser visto como dano punitivo, mesmo no aspecto transindividual, tendo em vista que desvirtuaria a função reparatória da indenização e, assim, não estaria presente um dos pressupostos da responsabilidade civil. Seguindo tal linha:

[...] o caráter punitivo do dano moral, em última análise, cria muito mais problemas do que soluções, incentivando decisões incompatíveis com o paradigma democrático, que muitas vezes, sob o pretexto da necessária atividade criativa do judiciário, passa a permitir decisões arbitrárias ou maquiadas²⁷⁷.

Entendemos que, inegavelmente, a função punitiva do Direito Civil deve ser admitida com bastante parcimônia, caso contrário haveria uma verdadeira substituição do Direito Penal. Contudo, nos parece que negar a incidência do caráter punitivo na responsabilidade civil não seria o melhor caminho, sendo importante considerar que a existência da função punitiva não desvincula a responsabilidade civil de seu caráter compensatório. Pelo contrário, ao se analisar uma nova função da responsabilidade civil, pretende-se estabelecer uma harmonia entre a figura da vítima e a figura da sociedade.

Fica evidente que prepondera na reparação do dano extrapatrimonial coletivo a finalidade punitiva ou de desestímulo da conduta, sendo tal finalidade um parâmetro a ser observado na fixação do montante reparatório. Trata-se de um importante fator para prevenir a reiteração do comportamento danoso pelo ofensor, ou que terceiros incorram no mesmo comportamento²⁷⁸.

Ademais, a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos tem uma função ainda preventiva, voltada para impedir o comportamento futuro. Nesse sentido, é aplicável

²⁷⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 160-161.

²⁷⁷ CRESPO, Leme Danilo; FORTUNA, Marcelo. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**, ano 18, n. 79. Recife: Revista dos Tribunais, p. 131-161, Jul., 2017, p. 149.

²⁷⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages** na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 62.

quando o agente ofensor exerça aquela atividade a qual deu causa a conduta danosa. Seria o caso em especial de pessoas jurídicas que atuam no mercado de consumo produzindo mercadorias. Pelo fato do desestímulo se ligar a um fato futuro, diferenciando-se, assim, da função punitiva (a qual é sempre voltada pelo fato já praticado pelo ofensor), as verbas pecuniárias reparatórias devem estar devidamente discriminadas⁴⁶. A função preventiva tem um papel social importante, sendo ressaltada por alguns autores, que veem no desestímulo o verdadeiro sentido da condenação a indenização por danos transindividuais coletivos. Compactua desse entendimento Amaury Júnior:

Admite-se a função punitiva, mas não como retribuição tailiônica ao ofensor, antes como medida salutar de reprimenda social que objetive o desestímulo (tanto do autor da ofensa quanto de terceiros) a práticas socialmente condenadas. Para além da punição, que busca satisfazer um sentimento egoístico que é próprio do ser humano, mas não deve marcar indelevelmente os atos de uma sociedade que prima pelo respeito à dignidade humana, mostra-se de todo apropriado conceber a indenização por dano moral coletivo como instrumento inibidor de condutas impróprias, aquelas que desrespeitam os valores éticos norteadores do sentimento coletivo de dignidade e solidariedade humana²⁷⁹.

A noção de risco, e, conseqüentemente, sua regulamentação, representa hoje um importante papel no âmbito da tutela de interesses transindividuais, tendo em vista que é a sua existência que enseja a proteção jurídica oferecida pelo sistema. Dessa forma, é crescente o campo da tutela que parte do ponto do risco, e não mais do dano ou do ato ilícito. Seguindo esse mesmo entendimento:

[...] a proteção do meio ambiente (e de modo semelhante a do consumidor), na ordem constitucional brasileira não se fundamenta nem na noção de dano ou em uma limitada leitura do ilícito, mas sim na de risco. O risco representa o próprio desconhecimento, a indisponibilidade, a insuficiência ou a incerteza sobre as bases de conhecimento associadas aos comportamentos ou atividades. Não é possível aferir-se sob essas condições a verossimilhança de dano ou de violação à regra jurídica. Há simplesmente um estado de risco e de indefinição cognitiva, que, por si só, já autoriza a instauração de

²⁷⁹ PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, ano 56, n. 86, jul./dez., 2012. Disponível em < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250> >. Acesso em 13/01/19.

processos de proteção²⁸⁰.

A tutela preventiva encontra respaldo legal na Lei n. 7.347 que, como dissemos anteriormente, estabelece várias diretrizes materiais e processuais no âmbito dos direitos difusos e coletivos. Vejamos o que determina a referida lei sobre o assunto:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei da Ação Civil Pública, de igual maneira, silencia no tocante aos critérios utilizados para estabelecer o quantum reparatório extrapatrimonial. Em seu silêncio, o instrumento normativo a ser utilizado deveria ser o Código Civil, mas, como supramencionado, o diploma normativo não traz solução para o problema.

Observa-se, portanto, que a tutela preventiva é plenamente cabível sob o óbice do microsistema processual coletivo. Não poderia ser diferente. Cada vez mais há um interesse da sociedade em evitar as condutas danosas, no lugar de enfrentar possíveis impactos irreparáveis a valores os quais não podem ser livremente reconstituídos, sendo insuficiente a mera reparação.

Ocorre que nem sempre a prevenção do dano será possível. Assim, restará, tão somente, minimizar o prejuízo sofrido. É por esse motivo que o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) prevê que “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. É apenas de maneira ideal que a tutela preventiva será possível. Na grande maioria das vezes, a judicialização se dá quando o direito já foi violado.

Assim, podemos dizer que o modelo brasileiro, que destina o valor das indenizações para um fundo de tutela dos bens lesados, possui, sobretudo, uma função social de destaque, predominante reconstitutiva de bens lesados, mas não é essa sua única prioridade²⁸¹, contando com uma visão preventiva da tutela transindividual. A recomposição é, de fato, preferível, mas há que se atentar para o fato de que, muitas vezes,

280 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 236-237.

281 CARNEIRO FILHO, Humberto João. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDDD. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15/01/19.

é também inviável. É por essa razão que a quantificação do dano guarda importante relevância para a proteção de interesses transindividuais.

3. Para a construção de parâmetros adequados à quantificação de danos extrapatrimoniais coletivos

Dentro das deficiências do atual modelo de tutela coletiva, destaca-se o fato de que não há critérios bem delineados em dispositivos legais que permitam construir um método para estabelecer o quantum reparatório. Assim, restou à doutrina e à jurisprudência estabelecer parâmetros de fixação. E isso apenas no plano individual, pois ao compararmos a fixação da indenização em litígios coletivos, nos deparamos com verdadeiras atrocidades jurídicas, estando ausentes quaisquer critérios que permitam chegar ao montante fixado pelo julgador.

Dessa forma, um dos maiores desafios modernos da tutela coletiva é a adequação da sua indenização, tanto sob o aspecto quantitativo, a fim de corresponder o montante reparatório a um valor razoável para a compensação devida do dano, quanto sob o aspecto finalístico, que será melhor abordado em tópico próprio.

Em face à ausência de critérios legais, a aplicação adequada da norma mostra-se um exercício delicado, que exige do julgador o emprego de métodos jurídicos os quais, ainda que não obedeçam uma fórmula infalível, devem estabelecer parâmetros mínimos, a fim de que em instâncias superiores o valor da indenização não seja reduzido significativamente sob a alegação de desproporcionalidade em relação à lesão, sob pena da reparação do dano perder seu propósito.

Chega-se à conclusão lógica, portanto, de que no tocante às lesões de natureza transindividual, faz-se necessário uma reaproximação entre o Direito Civil e o Direito Penal. Considere-se, inicialmente, que a função sancionatória é preponderante na reparação de danos sofridos a interesses difusos e coletivos. Afinal, estamos diante de lesões as quais não comportam expressão econômica, mas que, tendo em vista sua relevância social, necessitam de tratamento especial pelo nosso ordenamento jurídico, de forma a reprimir a conduta danosa, diante de seu alto grau de reprovabilidade, bem como prevenir futuras lesões de natureza similar.

Assim, o modelo mais adequado para fixação do quantum reparatório parece ser aquele que leva em consideração essas particularidades da lesão transindividual, ressaltando o caráter pedagógico da sanção. Nesse sentido, a utilização de elementos tipicamente empregados no Direito Penal nos parece ser o mais adequado para que a indenização, em tais casos, atinja seu propósito.

O arbitramento do dano extrapatrimonial encontrou um óbice em sua própria

natureza. Diante de um bem que não comporta quantificação em termos econômicos, os únicos critérios que se mostram adequados para determinar uma reparação pecuniária que melhor atenda o interesse violado são a proporcionalidade e a razoabilidade.

É no dano extrapatrimonial coletivo que encontramos uma maior junção dos ramos Civil e Penal do direito, superando uma velha dicotomia. Por essa razão é que a função preponderante na reparação de danos extrapatrimoniais de tal natureza é a função punitiva. Não se busca a mera compensação do ilícito civil. A gravidade da conduta praticada pelo agente ofensor foi de tal maneira gravosa que faz-se necessária uma sanção jurídica apta a responder ao ato ilícito.

Como bem delineado anteriormente, o Direito Penal é concebido como um ramo voltado para a tutela da sociedade, e não do mero indivíduo, este tradicionalmente tutelado pelo Direito Civil. Mas com a concepção de novos interesses que ultrapassam essa divisão clássica entre individual e coletivo, é nítida a aproximação do Direito Penal com o Direito Civil.

A superação dessa dicotomia e o caráter punitivo da sanção civil são elementos que devem ser levados em consideração pelo magistrado no arbitramento do quantum reparatório. Para tanto, a reparação não utilizará como parâmetro tão somente conceitos clássicos da responsabilidade civil, mas sim acrescentará princípios do direito penal.

A bem verdade, não poderia ser diferente. Afinal “as hipóteses sancionatórias das penas civis são ontologicamente incompatíveis com as regras inerentes às sanções reintegratórias de interesses privados”²⁸².

O direito aqui violado é, primordialmente, de relevância social. Ainda que a esfera individual seja afetada, o bem jurídico tutelado pertence a uma determinada coletividade. Portanto, a proporcionalidade e a razoabilidade são critérios adequados, mas demonstram-se insuficientes para estabelecer a reparação pecuniária.

Não se nega que o subjetivismo é inerente ao ser humano e, como julgador, o magistrado não está afastado de exercer um juízo de valor. Entretanto, proporcionalidade e razoabilidade não podem nem devem ser confundidas com permissão para o julgador decidir pautado em sua conveniência.

Pelo contrário. A ideia de proporcionalidade e razoabilidade impõem um dever de fundamentação, devendo o aplicador da norma demonstrar a adequação entre o resultado

282 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48

pretendido e o meio utilizado²⁸³.

Entretanto, no Brasil, ainda há uma inegável dificuldade do operador do direito em valer-se efetivamente da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação normativa, que são utilizados pelos magistrados mais pela força da autoridade retórica desses conceitos, sem haver uma articulação mínima entre os elementos do caso concreto e os conceitos normativos, nem um conhecimento mais profundo sobre o tema e a sua consequente utilização²⁸⁴. Dessa forma:

[...] não é raro encontrar decisões em cuja fundamentação flutua apenas uma ementa de outro julgado como 'motivo' ou 'justificação' de sua conclusão, sem qualquer menção sobre a sua coerência, pertinência, relação ou simples ligação com o caso em questão²⁸⁵.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não é diferente. Vemos diversas menções à proporcionalidade e razoabilidade, sem delinear de que maneira foram empregadas.

Classicamente, a referida Corte aplica o método bifásico de arbitramento para dano moral, consistindo em uma primeira fase em que se verificam os parâmetros jurisprudenciais utilizados até então, seguido de uma segunda fase destinada à apreciação do caso concreto, como podemos observar:

A reparação adequada do dano moral coletivo deve refletir sua função sancionatória e pedagógica, desestimulando o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, um ônus financeiro capaz de inviabilizar a continuidade da atividade empresarial exercida pelo fornecedor. Importante ressaltar, ademais, que a quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO,

²⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 115ss.

²⁸⁴ Sobre a argumentação de autoridade que predomina no discurso jurídico brasileiro, conferir RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 71ss.

²⁸⁵ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raíi M. S. de. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11, n. 37, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 185-218, jul./dez., 2017, p. 207.

Xisto Tiago de. Op. cit., p. 163-165). O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados. Em se tratando de dano moral individual, esta Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.473.393/SP - de minha relatoria -, adotou o mesmo entendimento da Terceira, no sentido da utilização de método bifásico para garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. (...) Nesse passo, suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, creio ser possível o emprego do referido método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo. Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo, consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado (REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016; REsp 1.250.582/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.04.2016, DJe 31.05.2016; REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24.03.2015, DJe 16.04.2015; e REsp 1.291.213/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30.08.2012, DJe 25.09.2012). Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto (conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de grande capacidade econômica; incontroverso proveito econômico no importe de mais de R\$ 90.000,00 - noventa mil reais - por programa; omissão apesar de sucessivos requerimentos do Ministério Público para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta; e significativa reprovabilidade social da lesão), considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), consoante estabelecido na origem²⁸⁶.

A ausência de critérios bem delineados que levaram a essa decisão ainda poderia

286 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1517973/PE 2015/0040755-0, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 16/11/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-1517973-pe-2015-0040755-0/inteiro-teor-549846399>>. Acesso em 20/11/18.

ser atribuída ao fato de que o STJ muito relutou em admitir a existência de danos extrapatrimoniais no âmbito de direitos difusos e coletivos, portanto, as particularidades dessas categorias jurídicas ainda são trabalhadas por nossas Cortes Superiores de forma incipiente. Contudo, isso não afasta a necessidade de se adotar critérios adequados para a fixação da prestação pecuniária pelo dano extrapatrimonial coletivo.

De tal sorte, a conclusão lógica é que alguns parâmetros devem ser utilizados pelo julgador, para impedir que, em instâncias superiores, o valor da indenização seja modificação. Isso porque, naturalmente, as instâncias superiores estão afastadas do resultado direto do dano.

Nesse sentido, entendemos que, dada a função punitiva do dano moral coletivo, podemos tomar como parâmetro o Código Penal para estabelecer um modelo adequado para fixar o montante reparatório. Mais especificamente, o art. 59 do Código Penal estabelece os aspectos subjetivos e objetivos que deverão ser levados em consideração pelo magistrado para o estabelecimento da pena. O referido dispositivo, em seu caput, estabelece:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Portanto, na esfera penal o legislador estabeleceu critérios bem delineados para a fixação da pena. Entretanto, o mesmo não se dá no âmbito civil no tocante à responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Embora o Código Civil determine os parâmetros objetivos para a fixação da indenização por danos patrimoniais, o dano moral ainda é tratado de maneira vaga e abstrata.

É de suma importância, então, que o valor fixado pelo juiz siga determinados parâmetros. Afinal de contas, a fixação de um valor desproporcional ao dano perde sua natureza reparatória, descaracterizando o instituto. Mas o magistrado precisa de elementos concretos para balizar sua decisão.

A quantificação será, evidentemente, sempre passível de questionamentos. Afinal, a valoração econômica de bens coletivos encontra desafios tanto de natureza prática quanto teórica. Temos um bem que não pode ser livremente transacionado, sendo impenhorável, inalienável e imprescritível.

Na verdade, a quantificação é uma forma de tutelar um bem, utilizando a via econômica. Como dito anteriormente, a imposição de obrigação de fazer ou não fazer não

será sempre viável ou mesmo será a solução mais adequada, mas ao deixar de estabelecer uma sanção para o comportamento danoso, não há reestabelecimento do equilíbrio social colocado em risco pelo dano.

Alguns doutrinadores buscaram estabelecer critérios a fim de quantificar o dano extrapatrimonial coletivo. No que diz respeito ao dano ambiental, buscou-se estabelecer metodologia para a valoração econômica, dividindo os métodos em dois grupos principais: Os métodos diretos vinculam-se a valores de mercado, incluindo-se neste grupo o método do preço líquido, o qual multiplica o preço líquido de mercado de recursos naturais pelas unidades físicas dos recursos, e também o método das mudanças na produtividade, em que se avalia as mudanças físicas na produção causadas pelos impactos ambientais.

Já os métodos indiretos são empregados diante da inexistência de um mercado real para este bem, utilizando-se avaliações subjetivas. Neste grupo, considera-se não só as características materiais, mas também os atributos incorpóreos, os “atributos ambientais”. Por sua vez, a valoração contingente determina o valor dos recursos naturais a partir das preferências dos consumidores²⁸⁷

Na mesma linha, Nelson Rosenvald divide os critérios a serem utilizados na fixação da reparação em atributos subjetivos e objetivos²⁸⁸, que deverão ser empregados quando o interesse tutelado ultrapassa o âmbito dos interesses privados, como é o caso em interesses transindividuais.

Há, primeiramente, no âmbito dos atributos subjetivos a gradação da culpa do agente. Embora a responsabilidade em danos extrapatrimoniais coletivos e difusos seja objetiva, essa gradação tem relevo ao passo que permite uma maior ou menor imputação à conduta do agente, devendo o mesmo responder de acordo juridicamente. Nesse sentido, a chamada “culpa grave” ou mesmo o “dolo” devem influir negativamente na valoração da conduta do agente.

A culpabilidade é, portanto, a primeira etapa a ser analisada pelo magistrado. Embora Rosenvald entenda que “havendo um ato ilícito culposos, decorrente de um comportamento negligente que eventualmente poderia suceder na vida de qualquer pessoa normalmente diligente e atenta, não há a necessidade do direito privado acionar

287 LEITE, José Rubens Morato; MELO, Jailson José de; PILATI, Luciana Cardoso Pilati; JAMUNDÁ, Woldemar. **Jurisprudência sobre dano moral ambiental**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1407&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 25/07/18.

288 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

mecanismos especiais de substância penal”²⁸⁹, somos forçados a discordar do entendimento do referido autor. Isso porque a responsabilidade em danos extrapatrimoniais difusos e coletivos é objetiva, dada a relevância social do direito violado, então a culpa leve ou a ausência de tal elemento subjetivo pode ser utilizado para valorar positivamente a conduta do agente, mas jamais para afastar o caráter punitivo da reparação.

A conduta social e a personalidade do agente não devem ser aqui consideradas pelo fato de que são intrínsecos ao sujeito ofensor, sem guardar relevância com o dano causado, ultrapassando o liame subjetivo entre causa e efeito. Já o comportamento da vítima, por outro lado, deve ser desconsiderado, pela transindividualidade característica do direito violado, não sendo possível, na maioria das vezes, precisar como determinados membros da coletividade contribuíram para aquele dano. Os antecedentes do ofensor, por sua vez, devem ser levados em consideração, sobretudo se a ofensa analisada não for a primeira dessa natureza cometida pelo agente.

No tocante aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, não há qualquer óbice para que seja feita uma valoração. Tomemos o mesmo exemplo da ementa transcrita acima, referente aos postos de combustível. O motivo da adulteração foi, evidentemente, o lucro. A ganância deverá, portanto, ser valorada negativamente. As circunstâncias do crime revelam que, além da adulteração por tempo indeterminado, houve comercialização de determinada marca de combustível no lugar de outra, em claro desrespeito às normas consumeristas. Por fim, as consequências foram que os consumidores pagaram alguns centavos a mais por litro de combustível, mas, coletivamente considerado, houve lucro exorbitante e desproporcional dos agentes infratores.

Em seguida, devemos nos ater à personalidade da pena, da qual decorre sua intransmissibilidade. Portanto, a sanção não pode nem deve ser afastada por cláusula contratual, para transferir o ônus do dever de reparar para terceiro. Se assim o fosse, estaria descaracterizada a própria natureza da sanção. Não será, de igual maneira, transferível aos herdeiros do agente, dado o caráter pessoal da sanção²⁹⁰.

Sobre isso, André de Carvalho Ramos afirma que “cabe ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, o fator de desestímulo que a indenização por dano

289 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50

290 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52.

moral acarreta”²⁹¹.

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar Filho leciona que “há que se obedecer, na fixação do *quantum debeat*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato”²⁹².

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo fazer uma breve análise dos desafios na adequada reparação de danos a interesses transindividuais, sobretudo em relação à quantificação do montante reparatório em casos de violações a interesses difusos e coletivos.

Embora não seja possível estabelecer uma regra, sob pena de reduzir o tema a uma visão demasiadamente reducionista, é importante estabelecer critérios para a quantificação do dano. Não se discute que há uma série de fatores intrínsecos e extrínsecos a lesão, mas não podemos manter o *status quo* da doutrina e da jurisprudência e deixar que a proporcionalidade e a razoabilidade sejam os únicos critérios adotados pelos magistrados.

Afinal, a ausência de precisão nos critérios para a fixação do dano extrapatrimonial coletivo faz com que haja o perigo de, em situações semelhantes, nos depararmos com soluções díspares. Sob pena de aplicar uma solução inadequada para uma mesma lesão jurídica, não há outra alternativa que não seja delinear critérios robustos para fixação do dano.

Isso representa um grande perigo para a segurança jurídica, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, que é o que o Brasil pretende ser. Assim, deve ser reconhecida a necessidade de critérios mínimos para a fixação da indenização.

Há que se ressaltar, ainda, que, uma vez fixada a indenização, mesmo em uma instância superior, dificilmente haverá alteração do valor fixado pelo magistrado em primeiro grau. É o entendimento do STJ que a Corte não pode rever os critérios utilizados pelo julgador a não ser diante de flagrante desproporcionalidade. Nesse sentido, cabe observar o julgado recente:

291 RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1998, p. 86.

292 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, 1994, p. 59.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA RESPONSABILIDADE CIVIL DA RECORRENTE. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) A alteração desse entendimento demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte. V. No que tange ao quantum indenizatório, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, fixou a indenização por danos morais coletivos em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), considerando "a atividade desenvolvida pela ré, o elevado número de infrações, a revelar conduta abusiva, e a ofensa a diversos direitos tutelados pela Constituição Federal, com inegáveis prejuízos à coletividade". Tal contexto não autoriza a redução pretendida, de maneira que não há como acolher a pretensão do recorrente, em face da Súmula 7/STJ. VI. Descabimento do Recurso Especial com base no dissídio jurisprudencial, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea a do permissivo constitucional, servem de justificativa quanto à sua alínea c. VII. Agravo interno improvido²⁹³.

A decisão é apenas uma das quais exemplifica que o Superior Tribunal de Justiça

293 BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1161016/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, 13/09/2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702162627 >. **Acesso** em 24 de jan. de 2019.

apenas revê as reparações quando encontram-se em um dos extremos: o montante exorbitante ou o montante irrisório. Portanto, a regra é que a quantificação seja mantida, salvo se representar verdadeira teratologia. Assim, dificilmente será mantida uma congruência entre as decisões relativas a danos de natureza semelhante.

De tal forma, cabe ao juiz tentar embasar a decisão em critérios seguros, não no sentido de fornecer um modelo inexorável, o qual não comporta exceções diante das particularidades do caso, mas sim de fornecer parâmetros flexíveis ao julgador a fim de garantir à coletividade uma reparação pecuniária que atenda ao interesse violado e sirva a seu papel de desestímulo à conduta do ofensor.

Portanto, é, não só adequado, como recomendável, a utilização das chamadas circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, a fim de balizar a fixação de uma indenização razoável, justa, e, principalmente, capaz de reparar o dano sofrido pela coletividade, ao mesmo tempo em que dissuade o agente de reincidir na conduta lesiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages*** na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, 1994.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1517973/PE 2015/0040755-0, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 16/11/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-1517973-pe-2015-0040755-0/inteiro-teor-549846399>>. Acesso em 20/11/18.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1161016/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, 13/09/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702162627>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDDD. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15/01/19.

CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. Dano moral coletivo e os serviços de transporte de passageiros. In: **Revista de Direito Privado**, v. 10, n.38, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 176-203, abr./jun., 2009.

CRESPO, Leme Danilo; FORTUNA, Marcelo. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**, ano 18, n. 79. Recife: Revista dos Tribunais, p. 131-161, Jul., 2017.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. As titularidades dos direitos difusos e seus impactos nas relações privadas: uma reflexão sobre as categorias jurídicas ligadas ao pertencimento. In **Revista Fórum de Direito Civil**. ano 7, n. 17, Belo Horizonte, Editora Fórum, p. 45-57, janeiro/abril, 2018.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. de. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11, n. 37, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 185-218, jul./dez., 2017.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Jailson José de; PILATI, Luciana Cardoso Pilati; JAMUNDÁ, Woldemar. **Jurisprudência sobre dano moral ambiental**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1407&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 25/07/18.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, ano 56, n. 86, jul./dez., 2012. Disponível em < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250> >. Acesso em 13/01/19.

RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1998.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, Curitiba.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AÇÃO DE IMPROBIDADE

MARCO ANTÔNIO CHAVES DA SILVA FILHO:

Bacharel em direito pela UFBA. Pós-graduado.
Advogado.

Resumo: O presente artigo versa sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação de improbidade administrativa, considerando a ausência de previsão legal específica e as recentes alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21. Nesse sentido, a partir da formação dos conceitos de moralidade e improbidade administrativa, busca-se o enquadramento da referida ação no âmbito do microsistema processual de tutela coletiva, que estabelece regras processuais que se interpenetram e subsidiam. Insere-se, assim, a amplitude da atuação defensorial, considerando o redesenho institucional fruto de sucessivas reformas constitucionais, as quais colocaram a Defensoria Pública em posição de relevo no âmbito da atuação coletiva. Com base em tais premissas, emerge o questionamento da exclusividade do Ministério Público para ação de improbidade, notadamente diante da pertinência com a missão institucional da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Defensoria Pública; ação de improbidade; legitimidade.

Abstract: This article deals with the legitimacy of the Public Defender's Office for the filing of the improbity action, considering the absence of specific legal provision and the recent changes promoted by Law nº 14.230/21. Based on the concepts of morality and administrative improbity, it seeks to frame the aforementioned action in the context of the procedural microsystem of collective protection, which establishes. The institutional redesign in the Constitution placed the Public Defender's Office in a prominent position within the scope of collective action. Based on these premises, the questioning of the exclusivity of the Public Ministry for the action of improbity emerges, notably in view of the pertinence with the institutional mission of the Public Defender's Office.

Keywords: Public Defender's Office; improbity action; legitimacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Moralidade e improbidade administrativas. 3. Microsistema processual de tutela coletiva. 4. (Re)desenho institucional da Defensoria Pública. 5. Exclusividade do Ministério Público para ação de improbidade. 6. Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação de improbidade administrativa.

Parte-se, em primeiro lugar, dos conceitos de moralidade e improbidade administrativa, a fim de fincar as premissas sobre as quais recairá a pertinência da atuação defensorial.

Em segundo lugar, será realizada a apresentação do microsistema processual de tutela coletiva, inserindo, nessa ocasião, o debate a respeito do enquadramento, ou não, da ação de improbidade administrativa nessa seara, sobretudo após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21.

O estudo a respeito do desenho institucional da Defensoria Pública é objeto do terceiro tópico do presente artigo, no qual será explicitada a ampla autonomia decorrente das sucessivas emendas constitucionais, bem como a amplitude da atuação defensorial, mormente no âmbito coletivo.

O quarto tópico se dedica à restrição trazida pela Lei nº 14.230/21, notadamente no que diz respeito à exclusividade do Ministério Público para ação de improbidade, ponto no qual também será abordada a pertinência da atuação da Defensoria Pública, à míngua de previsão legal específica.

À guisa de conclusão, com base nos dados apresentados, sustenta-se a legitimidade da Defensoria Pública.

2 Moralidade e improbidade administrativas

A moralidade administrativa consiste em conceito jurídico indeterminado, a ser balizado pelo entendimento da doutrina e da jurisprudência. Sem embargo, traduz, em linhas gerais, a necessidade de observância aos valores morais, aos bons costumes, às regras da boa administração, aos princípios da justiça e da equidade, à ideia comum de honestidade, à ética, à boa-fé e à lealdade (ALEXANDRE; DEUS, 2018). Para Hely Lopes Meirelles, "a moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública" (MEIRELLES, 2010).

Inobstante exista certa controvérsia doutrinária, a moralidade administrativa deve ser compreendida como princípio autônomo, não se confundindo com o princípio da legalidade. Decerto, haverá ofensa à moralidade administrativa sempre que o comportamento da Administração Pública, embora encontre algum respaldo legal, afronte os elementos acima referenciados (ALEXANDRE; DEUS, 2018). Nesse compasso, a noção de moralidade administrativa é "mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica" (BRANDÃO, 2019).

O princípio em comento alcança tanto os agentes públicos quanto os particulares, notadamente ao se relacionarem com a Administração Pública. A propósito, são exemplos de atos praticados pelos agentes públicos que violam o princípio da moralidade administrativa: "a) prática de nepotismo; b) utilização de publicidade governamental com o fim exclusivo de autopromoção da autoridade pública; c) prática de atos de favorecimento próprio etc." (ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de, 2018). Igualmente, são exemplos de atos praticados pelos particulares que também violam a moralidade administrativa: "a) fazem "colas" em concursos públicos; b) ajustam conluíus em licitações etc." (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

A falta de moralidade administrativa pode afetar diversos aspectos da atividade da Administração Pública. Com ênfase, quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, é atraída a incidência da Lei nº 8.429/1992, que estabelece as hipóteses configuradoras da falta de probidade, assim como fixa as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aos terceiros (CARVALHO FILHO, 2019), com fundamento, em última análise, no art. 37, § 4º, da CF.

A Constituição Federal faz referência à moralidade como princípio (art. 37, "caput", da CF) e à improbidade como lesão ao referido princípio (art. 37, § 4º, da CF), sendo possível considerar, sob essa perspectiva, imoralidade e improbidade como expressões correlatas. Entretanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, não subsiste sinonímia entre os termos, haja vista que a improbidade possui um sentido mais amplo, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também os ilegais.

A doutrina, nesse rumo, relaciona a probidade à moralidade e a improbidade administrativa à imoralidade qualificada, nos termos a seguir:

A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidade delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. (SILVA, 2014)

Por derradeiro, considerando a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e o fato de agregação dos sujeitos, tem-se que "a tutela da probidade administrativa, interesse jurídico titularizado por toda a sociedade, se insere na órbita dos interesses difusos" (ANDRADE; LANDOLFO; MASSON, 2016).

3 Microssistema processual de tutela coletiva

O surgimento de novos conflitos interpessoais exigiram um novo arcabouço jurídico material. A dimensão coletiva dos direitos humanos de segunda e terceira gerações demonstra a superação do paradigma eminentemente individualista até então prevalecente, que cedeu espaço para a tutela de interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, ou mesmo de toda a humanidade (ANDRADE; LANDOLFO; MASSON, 2016).

Para a adequada proteção de tais direitos substantivos, se fez necessária a construção de novos instrumentos de tutela processual, “regidos por princípios, regras interpretativas e institutos processuais próprios, dando origem a um novo ramo do direito processual, qual seja, o direito processual coletivo” (ANDRADE; LANDOLFO; MASSON, 2016).

A doutrina costuma identificar o surgimento desse ramo processual em 3 (três) fases (GARCIA; ZANETI JR., 2016), a seguir explicitadas.

O direito processual, até meados da década de 1970, estava fortemente associado aos signos da propriedade individual e da autonomia da vontade, possuindo um caráter eminentemente interindividual. “O foco era a defesa do direito individual, e somente ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda” (ANDRADE; LANDOLFO; MASSON, 2016). Por consectário, a tutela processual coletiva ainda se mostrava deveras incipiente.

Em um segundo momento, para se adequar à “sociedade de massa”, caracterizada pela existência de multiplicidade de conflitos em larga escala, se fez necessário o desenvolvimento de um “processo de massa”, ou seja, instrumentos processuais de defesa coletiva, a exemplo da ação popular e da ação civil pública. Tal mudança de paradigma é ilustrada pela doutrina, de forma metafórica, pela passagem de “demandas-átomo” (ações individuais) para “demandas-molécula” (ações coletivas). Sem embargo, prevalecia ainda a proteção fragmentária dos direitos transindividuais, diante da proteção taxativa dos direitos massificados, tendo sido vetado, à época, o art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, que ampliava a ação civil pública para “qualquer outro interesse difuso” (GARCIA; ZANETI JR., 2016).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 se inaugura a fase da tutela jurídica integral, irrestrita, ampla ou holística, reconhecendo-se, de forma expressa, os direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais, garantindo o acesso à justiça e o devido processo legal também a tais interesses. Consagra-se a ação civil pública, bem como uma série de ações constitucionais para a tutela dos direitos fundamentais coletivos materiais (GARCIA; ZANETI JR., 2016).

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, estabeleceu os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, bem como alterou significativamente a Lei nº 7.347/85, criando um microsistema de tutela coletiva (GARCIA; ZANETI JR., 2016), o que veio a ser consolidado com a emergência do Código de Processo Civil de 2015, cuja incidência passa a ocorrer de forma complementar e não meramente subsidiária, máxime em decorrência do sistema de precedentes, com ênfase no incidente de resolução de demandas repetitivas e no recursos repetitivos.

A concepção do microsistema jurídico coletivo, ademais, deve ser ampla. Com efeito, à míngua de previsão expressa, todas as demais leis que cuidam dos direitos coletivos materiais e estabelecem regras processuais se interpenetram e subsidiam, pois passaram a integrar este microsistema, porquanto compartilham dos mesmos princípios e seguem uma lógica jurídica comum não-individualista (GARCIA; ZANETI JR., 2016).

Com ênfase, a Lei nº 14.230/21, que alterou profundamente a Lei nº 8.429/92, buscou acentuar o viés sancionatório, ao disciplinar a ação de improbidade como uma demanda de cunho eminentemente punitivo,. “Tanto é assim que a ação de improbidade pode ser convertida em ação coletiva, o que significa, ao menos do ponto de vista legislativo, dizer que ela não é ação coletiva” (ESTEVES; SILVA, 2022), vide art. 17, § 16, da Lei nº 8.429/92.

O art. 17-D Lei nº 8.429/92, igualmente, reforça tal entendimento ao estabelecer que a “ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

Em sede doutrinária, emergem 2 (duas) posições, a seguir detalhadas:

No plano doutrinário importante debate vem sendo tratado pelos autores da tutela coletiva, sem que haja um consenso claro sobre a saída da ação de improbidade do microsistema. De um lado, Hermes Zaneti Jr. encara que a reforma legislativa não desnatura a qualidade coletiva da ação de improbidade, continuando ela a fazer parte do microsistema, ainda que o legislador lhe atribua uma natureza ‘cível-sancionatória’.

De outro vértice, Fredie Didier Jr. adere à compreensão de que a ação de improbidade administrativa se reveste de um perfil punitivo não penal, desvinculando-a do microsistema da tutela coletiva, com sua

consequente inserção nos 'processos punitivos'. (ESTEVEZ; SILVA, 2022)

A ação de improbidade administrativa, sem embargo, deve ser efetivamente compreendida como uma ação coletiva (DI PIETRO, 2006), pois nela há, decerto, a tutela transindividual do patrimônio e do interesse público, conforme já elucidado anteriormente. Integra, portanto, o microssistema da tutela coletiva, a despeito da novel alteração legislativa.

4 (Re)desenho institucional da Defensoria Pública

A conformação atual da Defensoria Pública é fruto das Emendas Constitucionais nº 45/04, nº 69/12, nº 74/13 e nº 80/14. Afora a ampla autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) e da iniciativa legislativa, conferiu-se, com a remissão feita aos arts. 93 e 96, inciso II, da CF, maior proximidade entre os regimes jurídicos da Defensoria Pública e dos membros do Poder Judiciário.

Conforme art. 134 da CF, a função precípua da Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, é, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF.

Ressalta-se que "a vocação defensorial é contramajoritária e de reforço democrático" (GERHARD; MAIA, 2015). Em outras palavras, busca-se obstar que "a voz da sociedade (maioria dominante) sufoque os interesses e os direitos fundamentais das comunidades minoritárias e do indivíduo injustamente afrontado em seus direitos fundamentais" (GERHARD; MAIA, 2015).

O termo "necessitados", registrado no art. 134, caput, da CF, possui sentido amplo. As situações mais usuais estão relacionadas aos financeiramente necessitados (inexistência de recursos econômicos para constituir advogado) e aos juridicamente necessitados (réu no processo criminal).

Todavia, a doutrina sinaliza a existência de outras hipóteses de vulnerabilidade, a exemplo da geográfica e da organizacional, sinalizando que a Carta Magna catalogou diversos segmentos de necessitados e socialmente mais vulneráveis, como os consumidores, as crianças, os idosos, as mulheres vítimas de violência doméstica, as pessoas com deficiência etc. (LIMA, 2011).

No mesmo sentido, segundo o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.264.116), “a expressão ‘necessitados’, que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado”.

Dessarte, a atuação defensorial não deve ser limitada somente aos casos em que haja pessoas financeiramente vulneráveis. Ao revés, “em virtude do avanço do solidarismo, da objetivação crescente dos institutos jurídicos e da pluralização do fenômeno da carência, uma nova racionalidade funcional restou implementada no âmbito da Defensoria Pública” (ESTEVES; SILVA, 2018), sendo curial o reconhecimento da diversificação de suas atribuições institucionais, com enfoque na tutela coletiva.

5 Exclusividade do Ministério Público para ação de improbidade

O art. 17 da Lei nº 8.429/92, redação original, estabelecia que a ação de improbidade poderia ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Todavia, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, restou consagrada expressamente a legitimidade exclusiva do Parquet.

Tal modificação foi objeto de questionamento em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nº 7.042 e nº 7.043), propostas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

O Supremo Tribunal Federal, acertadamente, julgou inconstitucional o dispositivo da Lei nº 14.230/21 em comento, que assegura apenas ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação de improbidade, tendo declarado a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público afetadas por supostos atos de improbidade administrativa para ajuizar este tipo de ação. Conforme entendimento prevalecente, há legitimidade ativa concorrente entre o Parquet e a advocacia pública para a propositura da referida ação coletiva. Vale dizer, o Ministério Público não possui legitimidade exclusiva para o ajuizamento das ações de improbidade.

De fato, essa restrição legal, a pretexto de evitar ações temerárias, terminou por criar um funil de legitimidade, dificultando a defesa do erário e do patrimônio público, notadamente ao obstaculizar o acesso da advocacia pública, sobretudo considerando o

interesse da pessoa jurídica de buscar a reparação do dano causado e a punição dos atos ilícitos, poder-dever da Administração Pública.

Mesmo antes da Lei nº 14.230/21, havia divergência a respeito da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento da ação de improbidade, mormente porque, repese-se, a literalidade do art. 17 da Lei nº 8.429/92 estabelecia a legitimidade da ação de improbidade somente ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada.

A doutrina, entretanto, com base na legitimidade coletiva da Defensoria Pública e no microsistema de tutela coletiva, com fulcro no art. 5º, inciso II, da Lei da Ação Civil Pública, art. 4º, inciso VII, da Lei Complementar nº 80/94 e no art. 134 da CF, sustentava a pertinência da atuação defensorial nesse âmbito (ESTEVEZ; SILVA, 2022), eis que lhe compete “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ganha força o entendimento pela legitimidade da Defensoria Pública, considerando não ter sido aceita a restrição legal promovida pela Lei nº 14.230/21, o que pode sinalizar, ao menos em tese, a compreensão pela existência de um rol meramente exemplificativo.

6 Conclusão

Conforme elucidado em tópico supra, a probidade administrativa pode ser enquadrada como direito difuso, titularizado por toda a sociedade. Por consectário, para a tutela adequada desse interesse, é curial a incidência do microsistema processual de tutela coletiva, cenário no qual se encontra inserida a ação de improbidade administrativa, inobstante a alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.230/21.

Outrossim, a partir do redesenho institucional da Defensoria Pública em sede constitucional e legal, tendo em vista, ainda, as balizas fixadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, mormente acerca da amplitude do termo ‘necessitados’, há de se reconhecer a pertinência da atuação defensorial para além da vulnerabilidade financeira, porquanto, sobretudo na tutela coletiva, é imperiosa a defesa dos hipervulneráveis, ou seja, dos necessitados organizacionais.

Com ênfase, no âmbito da ação de improbidade, o próprio Supremo Tribunal Federal, afastou a exclusividade do Ministério Público, conforme explicitado. Sem embargo, em que pese não tenha sido reconhecida, nessa oportunidade, a legitimidade da Defensoria Pública, a chave para a solução dessa celeuma é, a toda evidência, a inserção

da tutela da probidade administrativa no microsistema processual coletivo, eis que se trata, frise-se, de direito difuso.

Ressalta-se que a Defensoria Pública assume papel de destaque na proteção dos direitos dos indivíduos e coletividades necessitadas, tendo sido reconhecida a legitimidade para atuação coletiva tanto em sede constitucional quanto legal, com ratificação pelos Tribunais Superiores. De mais a mais, não se pode olvidar que os necessitados, não raro, são o grupo mais prejudicado pelos atos de improbidade.

Por tais razões, conclui-se que a Defensoria Pública possui, efetivamente, legitimidade para a propositura de ação de improbidade administrativa.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ANDRADE, Adriano; LANDOLFO, Andrade; MASSON, Cleber. Interesses difusos e coletivos. 6. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.

BOSON, Erik Palácio. A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa. Salvador: Juspodium, 2016.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 28/7/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil. Volume 4. 16. Ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Existe espaço para a Defensoria Pública na reforma da Lei de Improbidade?. Conjur, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-15/tribuna-defensoria-existe-espaco-defensoria-publica-reforma-lia>> Acesso em: 6 Set. 2022.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ZANETI JR., Hermes. Direitos difusos e coletivos. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GERHARD, DANIEL; MAIA, MAURILIO CASAS. O defensor-hermes e amicus communitas: o 4 de junho e a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. *Empório do Direito*, 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-defensor-hermes-e-amicus-communitas-o-4-de-junho-e-a-representacao-democratica-dos-necessitados-de-inclusao-discursiva-por-daniel-gerhard-e-maurilio-casas-maia>>. Acesso em: 6 Set. 2022.

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. A legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, nº 929, p. 361-415, mar. 2013.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SALDANHA, Alexandre de Moraes. Da Legitimidade Ativa da Defensoria Pública para a Propositura de Demandas pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Disponível em: <<file:///C:/Users/Defensor/Downloads/6032-16342-1-SM.pdf>>. Acesso em: 22-06-2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.

JULIANA PONTES DOS SANTOS:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: A adoção no Brasil é um ato solene perante a lei para qualquer pessoa que preencha os requisitos necessários impostos, assim, não há proibição em relação ao casal homoafetivo com interesse em adotar uma criança. Desta forma, o presente artigo por meio de pesquisas em leis, jurisprudências e doutrinas, tem o objetivo principal analisar a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, bem como a história da família a fim de destacar que o relacionamento entre pessoas homossexuais é protegido legalmente e trazer ao leitor, de maneira clara e objetiva o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro acerca da adoção por casais homoafetivos, onde, serão apresentados requisitos, características e efeitos do instituto da adoção positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente. A Constituição Federal protege a igualdade e o livre arbítrio e com a legalidade da união homoafetiva trouxe a possibilidade da adoção de crianças por duas pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chaves: Adoção. Homoafetivo. Família.

ABSTRACT: Adoption in Brazil is a solemn act before the law for anyone who fulfills the necessary requirements imposed, thus, there is no prohibition in relation to the same-sex couple with an interest in adopting a child. Thus, this article, through research on laws, jurisprudence and doctrines, has the main objective to analyze the possibility of adoption of children and adolescents by same-sex couples, as well as the family history in order to highlight that the relationship between homosexual people is legally protected and brings to the reader, in a clear and objective way, the position of the Brazilian legal system regarding adoption by same-sex couples, where requirements, characteristics and effects of the adoption institute affirmed in the Child and Adolescent Statute will be presented. The Federal Constitution protects equality and free will, and with the legality of same-sex unions, it made possible the adoption of children by two people of the same sex.

Keywords: Adoption. Homoafetive. Family.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar a adoção por casais homoafetivos e foi escolhido pela grande polemica bem como o preconceito que ainda existe na sociedade e até o presente momento não existem leis específicas que exijam a possibilidade da adoção, assim com a falta de uma legislação específica que verse a respeito, ocasiona uma brecha para que ocorra preconceitos e por conseguinte, dificuldades para os adotantes.

Em tempos passados, somente existia um tipo de família, onde no Código Civil de 1916 a união somente era considerada ente familiar se formada por um homem e mulher após o casamento, tanto pela legislação quanto pela sociedade só era permitido esse tipo de união. Da mesma forma, o divórcio não era aceito pela sociedade, e se feito resultava em diversas punições.

Com a evolução da sociedade houve a necessidade de mudanças, desta forma houve a promulgação da Constituição de 1988, onde, trouxe garantias e direitos a todo e qualquer cidadão.

Segundo o art. 226 da Constituição: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.", ainda o § 4º dispõe: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

Diante disso, o Direito de poder adotar uma criança é possível para um casal homoafetivo como qualquer outra pessoa que tenha capacidade de cuidar de uma vida, desde que sua vontade seja formar uma família e dar um lar de amor e afeto a uma criança, porém em contraposição ainda que, a união seja resguardada pela lei, não existe um ordenamento jurídico específico que discorra da adoção por casais homoafetivos.

A Lei nº 8.069/1990 em seus requisitos para a possibilidade da adoção, não faz menção no sentido de proibição em relação a opção sexual do casal que deseja adotar. Neste sentido, o art. 5º da CF discorre: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", evidenciando que qualquer tipo de distinção e preconceito em relação a opção sexual é inconstitucional, pois qualquer pessoa tem direito a maternidade/paternidade e qualquer tipo de proibição fere o princípio da igualdade.

O Estatuto da criança e do adolescente prevê em seu artigo 6º: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

É importante mencionar que o Estatuto da criança e do adolescente não menciona em nenhum dos seus artigos a respeito da orientação sexual do adotante

como requisito para adoção, portanto, os homossexuais têm direito de adotar uma criança como os heterossexuais, pois este direito é de todos.

Neste sentido, o presente artigo tem o objetivo de ressaltar a importância de uma lei específica para tratar da adoção visto que ainda há preconceitos, restringindo o direito dos homoafetivos como todos os cidadãos.

2.FAMÍLIA

As famílias foram formadas quando os seres humanos começaram a se unir com objetivo de proteção, dando início aos laços familiares. Conforme o Código Civil de 1916, a família era formada por um casal constituído especificamente por um homem e uma mulher, sendo o homem era a autoridade da família, que detinha o poder da decisão, onde podia decidir apenas por sua vontade própria. De acordo com a lei, a única forma de união entre pessoas para constituir uma família era com o matrimônio, o que era muito prezado para as pessoa e não havia outras formas de relacionamento reconhecida.

2.1 Conceito

O conceito de família evoluiu muito com o tempo sendo influenciado pelos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, onde nos tempos atuais tornou-se um conceito abrangente, onde a família significa qualquer tipo de união entre pessoas, onde o objetivo é apenas satisfazer as necessidades de cada indivíduo de forma igualitária.

Neste sentido, Madaleno (2019) diz:

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Nos tempos passados, da mesma maneira em que a família era apenas constituída pelo matrimônio onde o homem era denominado "chefe da família", não havia de se falar em divórcio, pois era um ato desrespeitoso para a sociedade da época e não era aceito de forma alguma. Da mesma maneira, não existia a união estável, onde o ato das pessoas de se relacionar fora do matrimônio era reprimido.

2.2 Família moderna

Nos tempos atuais, todas as formas de união são protegidas pela lei não sendo mais aceito qualquer tipo de distinção e/ou preconceitos, onde a família é baseada em felicidade e liberdade. Da mesma forma, não é mais exigido o matrimônio para constituir uma união entre pessoas, no qual o único intuito é atender o bem-estar de cada indivíduo.

Dentre muitas mudanças que a família passou, uma das mais importantes é o direito de poder se unir com qualquer pessoa, não necessariamente sendo obrigatório o casamento e no mesmo sentido, o divórcio tornou-se uma ação aceitável para todos já que o principal objetivo da família é a felicidade, não existem motivos para não poder desfazê-la também caso esse foro deseje de ambas as partes pois todos possuem o livre arbítrio.

Neste ponto de vista, disserta Madaleno (2019):

De acordo com a Constituição Federal, a entidade familiar protegida pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar-se do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade. Mas nem sempre teve toda essa extensão, pois durante muito tempo o sistema jurídico brasileiro reconhecia apenas a legitimidade da família unida pelo casamento civil.

É muito importante ressaltar também, que nos tempos atuais a família e a homossexualidade andam lado a lado, visto que, todas as pessoas têm o direito de liberdade, portanto as pessoas homoafetivas têm o direito de se relacionar com pessoas do mesmo sexo, e este é um marco muito importante na história da família. Assim, a união entre pessoas do mesmo sexo passou a ser aceita e considerada um ente familiar que possui direitos, sendo protegida pela Constituição Federal de 1988.

Conforme mencionado, existem muitos tipos de família nos quais são protegidas legalmente, sendo elas: Família Matrimonial em que é formada pelo casamento; Família Informal que é caracterizada pela união estável; Família Monoparental onde tem apenas um dos pais para criar os filhos; Família Anaparental que é feita sem a presença de pais, somente de irmãos; Família Reconstituída definida por pais divorciados com filhos que recomeçam a vida com outras pessoas que também possuem filhos; Família Paralela que é aquela em que o indivíduo possui mais de uma família, sendo uma matrimonial e uma informal, dentre outros tipos de família.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A trajetória das pessoas homossexuais para conseguirem conquistar seus direitos e garantias dentro da sociedade não foi uma tarefa simples, pois tudo o que é fora do comum para a sociedade e os bons costumes, é reprimido por ela. Desta forma, a união entre pessoas do mesmo sexo foi extremamente julgada por cometer um desvio social, pelo motivo de que a homossexualidade foi lidada como uma anormalidade, sendo considerada como uma doença.

No Brasil a homossexualidade passou a ter possibilidade de estabilizar união estável após o Supremo Tribunal Federal homologar decisão favorável aos homossexuais, que ocorreu no dia 05 de maio de 2011. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente posição em relação aos homossexuais, bem como o Código Civil ao regulamentar a união estável não supriu essa omissão.

Neste sentido, segue decisão citada do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277- 7 DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo

a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido . Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana : direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃOREDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família , não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu

fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA . A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais 8 ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à reitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar , não pretendeu diferenciá-la da família . Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados , verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte . 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação

legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição . Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13- 10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal a homossexualidade passou a ser considerada entidade familiar modificando as estruturas familiares, passando a ser possível a união estável entre casais homoafetivos.

4 ADOÇÃO

A adoção é um ato jurídico que se cria vínculo familiar, protegido pelo direito brasileiro intuito de atender as necessidades da criança que se encontra a espera de uma família. O ato de adotar existe desde os tempos da antiguidade, porém não era um direito regularizado, ocorria naturalmente quando os povos pegavam crianças para cuidar, mas não havia vínculo jurídico, desta forma não trazia certa segurança e proteção. Criou-se a necessidade de uma regulamentação para que houvesse direito e deveres para ambas as partes.

4.1 Conceito

A adoção é a modalidade jurídica pelo qual um casal ou uma pessoa aceita uma criança sem laços sanguíneos como filho, enquanto a filiação natural que consiste pelo vínculo sanguíneo, a adoção envolve apenas a relação de paternidade e filiação.

Neste sentido, discorre Madaleno (2021) a respeito do conceito da adoção: "A adoção imita a natureza, dando filhos aos que não podem tê-los, por cuja circunstância

era mais frequente se desse a adoção por casais estéreis, empenhados em buscar corrigir a natureza que lhes negou a descendência”.

Assim, acrescenta Rizzardo (2018):

Dada grande evolução verificada nas últimas décadas sobre o assunto, concebe-se atualmente a definição mais no sentido natural, isto é, dirigido a conseguir um lar a crianças necessitadas e abandonadas em face de circunstâncias várias, como a orfandade, a extrema pobreza, o desinteresse dos pais sanguíneos e toda a sorte de desajustes sociais que desencadeiam o desmantelamento da família. Objetiva o instituto outorgar a crianças e adolescentes desprovidos de famílias ajustadas um ambiente de convivência comunitária, sob a direção de pessoas capazes de satisfazer ou atender os reclamos materiais, afetivos e sociais que um ser humano necessita para se desenvolver dentro da normalidade comum. Nessa ordem de fatores, orientou-se a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que sofreu várias alterações, e segue o Código Civil de 2002, como oportunamente será desenvolvido.

Portanto a adoção tem sentido de proporcionar um lar amoroso e familiar a uma criança necessitada, visando sempre o amor e afeto. Tem como objetivo satisfazer interesses, como dar filhos a aqueles que não podem conceber um biológico e oferecer um lar as crianças desamparadas que estão a espera.

Conforme o artigo 1625 da Lei nº 10.406/2002 “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”, em vista disso, é sempre priorizado o interesse do adotado, visando analisar seus benefícios e necessidades.

4.2 Requisitos para adoção

Conforme explicado, a adoção é oferecer um lar a uma criança necessitada bem como dar aos pais, filhos que não podem ter de forma natural, vinculando-os como uma família. A lei 12.010/2019 determinou os requisitos necessários para que o adotante consiga realizar a adoção legalmente.

De acordo com o pensamento de Madaleno (2021):

O propósito da nova Lei da Adoção foi o de priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção, ou sua colocação em família substituta como solução excepcional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê os requisitos em seu artigo 42, sendo eles:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Desta forma, é possível analisar que somente pessoas com idade igual e maior de 18 anos podem adotar, não importando o estado civil, assim, é muito importante ressaltar que os requisitos não impõem que sejam duas pessoas casadas civilmente ou mantenham uma união estável, para que consigam realizar a adoção, onde somente uma pessoa sendo maior de 18 anos consegue adotar.

Outra condição relevante com objetivo de proteger a criança a ser adotada, prevê que o adotante precisa necessariamente ser dezesseis anos mais velho que o adotado, a lei exige a diferença de idade para que os futuros pais tenham idade suficiente para ter maturidade e responsabilidade para criar uma criança de modo apropriado.

As exigências expostas na lei têm principal finalidade de prezar pelo interesse da criança, para que seja protegida e tenha uma boa família que lhe possa criar e dar um lar familiar.

4.3 Adoção unilateral

A adoção unilateral é legal perante do direito brasileiro e está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 41, §1º:

Art. 41. 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.

§1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

Este tipo de adoção poderá ocorrer quando uma criança tem registrado civilmente em sua certidão de nascimento apenas um dos genitores, podendo ser em casos em que o 2º genitor é desconhecido, quando este perdeu o direito sobre o poder familiar ou também em casos de morte. Desta forma quando o genitor da criança forma uma família, seu cônjuge ou companheiro poderá adotar a criança se for de sua vontade formando assim um novo vínculo familiar.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente discorre em seu artigo 45,a necessidade de consentimento dos pais e do adotante nos casos em que tenha idade maior de 12 (doze) anos:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

É importante ressaltar que, após a adoção ser devidamente efetivada, a criança será considerada filha legítima do adotante sem distinções, portanto não é possível a revogação do poder familiar, não podendo assim o adotante se arrepende.

4.4 Adoção conjunta

Esta modalidade de adoção também é legal perante a lei e esta prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 42:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

A adoção conjunta ou bilateral ocorre quando um casal deseja adotar uma criança, nesse caso, a legislação deixa expressamente claro a necessidade de casamento civil ou união estável para que exista estabilidade familiar.

Porém há uma exceção, onde no artigo 42, § 4º o legislador prevê a possibilidade dos divorciados adotarem em conjunto uma criança, mas deixa claro a exigência de acordo entre as partes em relação a guarda, regime de visitas e que comprovem a afinidade e afetividade entre o adotando e o adotante que não ficará com sua guarda.

4.5 Estágio de convivência

O estágio de convivência faz parte do processo legislativo da adoção, onde é conceituado por ser o período em que será analisado os integrantes do processo da adoção. Onde se encontra regido pelo artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso."

No período de 90 dias o adotado e adotante, terão acompanhamento por uma equipe designada pela justiça da criança e do adolescente, com objetivo de analisar como está sendo o período de convivência entre as partes. Este requisito é necessário para concretizar a adoção e para garantir a segurança do adotado.

É importante salientar que em caso de os adotantes residirem fora do país, expõe o § 3º do artigo 46 do ECA:

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Observa-se a importância de analisar a adaptação dos adotantes e adotados, no qual a norma deixa explícito que o prazo mínimo necessita ser de 30 dias, não podendo o juiz diminuir-lo, somente prorrogá-lo.

4.2 Da licença maternidade

Conforme disposto no Projeto de Lei do Senado 143/2016 a pessoa que trabalhar em regime CLT e adotar uma criança ou adolescente, terá direito a licença-maternidade pelo período de 120 dias bem como salário maternidade, até este momento só é possível este tipo de benefício para adoção de crianças de até 12 anos.

É importante salientar que, mesmo não ocorrendo a amamentação este período é de extrema importância para a convivência e intimidade do adotado com a adotante, deixando claro sua importância.

Neste sentido, segue decisão do Tribunal Regional da 3ª Região:

AGRAVO LEGAL. ART. 557. CABIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE ADOTANTE. 120 DIAS. POSSIBILIDADE. Plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. Filho adotivo. Recém-nascido. Prorrogação da licença. Reconhecido o direito da impetrante, servidora pública federal, de gozar da licença-adotante pelo período de 120 dias. A licença maternidade não é um benefício destinado apenas à genitora. É benesse concedida, mormente, em proveito do filho, que requer os mesmos cuidados, independentemente de ser ou não adotado. Agravo legal a que se nega provimento. (TRF-3 - Ap: 00268428420074036100 SP, Relator: JUIZA CONVOCADA RAQUEL PERRINI, Data de Julgamento: 24/01/2012, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2012).

Da mesma forma, Supremo Tribunal Federal defere decisão:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela

dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a adotada". (RE 778889, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (STF - RE: 778889 PE - PERNAMBUCO, Relator:

Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/03/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-159 01-08-2016).

É notório que as crianças órfãs terão determinada dificuldade em se habituar a adoção e a nova família, pois em alguns casos estas crianças passaram por situações que não são comuns em casos de filhos biológicos, desta forma exigirá dos adotantes um cuidado a mais para que o adotante se sinta confortável, demonstrando assim a importância de garantir esse direito para que os adotantes consigam estar mais presentes.

5 ADOÇÃO HOMOAFETIVA

O conceito de família evoluiu consideravelmente ao longo do tempo bem como muitos tipos de família passaram a ser considerados legalmente, desta forma, as relações homossexuais passaram a ser consideradas como entidade familiar protegida pela legislação.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê: "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", e apesar da CF deixar explícito que não permite discriminação, as pessoas homossexuais ainda sofrem por diversos preconceitos pois a sociedade não aceita que estas pessoas tenham os mesmos direitos, como a paternidade e formar uma família. Onde, qualquer tipo de distinção ou preconceito pela opção sexual fere o princípio constitucional da igualdade protegido pela Constituição.

A família homoafetiva é conceituada pela relação entre duas pessoas do mesmo sexo que tenham como objetivo de criar laços familiares duradouros. Todavia, mesmo que a adoção por homossexuais seja permitida pela legislação e protegida pela Constituição, ainda ocorrem preconceitos.

No qual defendem a ideia de que, a criação interfere na personalidade das crianças, onde ao serem criadas em um ambiente que tem como família dois homens ou duas mulheres, isso irá refletir e induzir a criança ao homossexualismo. E que a criança sofrerá preconceitos por ser criada por um casal homossexual.

Para Madaleno (2021):

Tais obstáculos eram motivados por evidente discriminação social à orientação sexual dos homossexuais, sob o argumento de a referência familiar originar de casais heterossexuais, e, portanto, a adoção por casais homoafetivos, de infantes em desenvolvimento psíquico, intelectual e emocional retiraria dos adotandos a natural

identidade de comportamento, só podendo ser reconhecidas as figuras ascendentes de paternidade e maternidade, e não a possibilidade de duas paternidades ou de duas maternidades, como se critérios como aptidão para amar, educar e desenvolver uma vida familiar econômica e afetivamente estável não fossem valores que se sobrepusessem sobre qualquer forma de discriminação. Isso sem considerar que a Resolução n. 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia veda qualquer forma de discriminação dos psicólogos com relação aos homossexuais e aduz que a homossexualidade não configura doença, desvio ou distorção.

Entretanto, conforme estudos realizados é possível afirmar que a sexualidade dos adotantes não interfere na personalidade dos adotados. Da mesma forma, de acordo com pesquisas desenvolvidas pela organização americana National Longitudinal Family Studies, foi possível concluir que os filhos criados por casais homossexuais tendem a serem mais felizes e saudáveis comparando aos criados por casais heterossexuais.

Da mesma forma, é evidente que a criança que se encontra órfã aguardando, sofrerá mais por não ter uma família para cuidá-la e amá-la do que por ser adotada por um casal homossexual que tem a intenção de oferecer um lar com muito amor.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as mudanças do conceito de família bem como os preconceitos ainda existentes na sociedade em relação aos homossexuais, com o objetivo de analisar o tema da adoção por casais homoafetivos.

A família evoluiu consideravelmente ao longo dos anos e novos tipos de família foram consideradas entidade familiar. A homossexualidade existe desde a antiguidade onde neste período havia grande rejeição para esta opção sexual sendo influenciada principalmente pela igreja e com as conquistas pela igualdade baseadas nos princípios da Constituição Federal houve maior reconhecimento e aceitação, onde passou a ter seus direitos garantidos e protegidos, porém mesmo diante de tamanho progresso, as famílias formadas por homossexuais ainda sofrem grandes preconceitos pela sociedade.

Mesmo que ainda exista distinções em relação aos homossexuais, seus direitos e garantias estão sendo cada vez mais protegidos. Desta forma, a adoção por casais homoafetivos sem se tornando uma realidade cada vez mais comum no Brasil, embora ainda exista muitas pessoas reprovam a ação.

Muitos estudos e pesquisas foram realizados e comprovam que a adoção realizada por pessoas homossexuais não traz malefícios para a saúde das crianças. No qual, demonstraram que neste tipo de adoção as crianças tendem a ser mais saudáveis e amorosas.

Por fim, é importante salientar a necessidade da inclusão de requisitos objetivos e subjetivos incorporando casais heteros e homoafetivos na Lei nº 8.069/1990, para que assim, não reste dúvidas em relação aos seus direitos e garantias, havendo a efetividade do princípio da igualdade protegido pela Constituição Federal.

REFERENCIAS

ABREU, Marcus. Adoção unilateral. DireitoNet, 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7849/Adocao-unilateral>>. Acesso em: 06 Nov 2021.

BARONI, A.; CABRAL, F.; CARVALHO, L.; Breve histórico da família no Brasil. Direito Familiar, 2020. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/breve-historico-da-familia-no-brasil/>>. Acesso em: 18 Jul 2021.

BRASIL. Constituição Da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 Jul 2021.

CARVALHO, M.; SILVA, R.; MAIA, J. Adoção por casais homoafetivos no Direito brasileiro. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50203/adocao-por-casais-homoafetivos-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 31 Jul 2021

COSTA, H; FILHO, F. A união homoafetiva e sua regulamentação no Brasil. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39874/a-uniao-homoafetiva-e-sua-regulamentacao-no-brasil>>. Acesso em: 14 Nov 2021.

FERREIRA, C.; BRASIL, L.; CAMPELO, M. Adoção por pares homoafetivos: do preconceito a viabilidade psicológica. Siqueira Castro, 2020. Disponível em: <<https://www.siqueiracastro.com.br/noticias/adocao-homoafetiva/>>. Acesso em: 30 Jul 2021.

LIMA, Geildson. A Evolução do Conceito de Família: a família como instrumento na busca da felicidade. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>>. Acesso em: 13 Jul 2021.

MADALENO, R. Direito de Família. 9. ed. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/>. Acesso em: 26 Jul 2021.

MADALENO, R. Direito de Família. 11. ed. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 27 Jul 2021.

SCHLOSSARECKE, Ieda. Tipos de adoção no Brasil. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://iedasch.jusbrasil.com.br/artigos/215397173/tipos-de-adocao-no-brasil>>. Acesso em: 02Nov 2021.

OLIVEIRA, Leonardo. Os vários tipos de família. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/459692174/os-varios-tipos-de-familia>>. Acesso em: 12 Jul 2021.

ORTEGA, Flávia. Prazo da licença-adoptante deve ser obrigatoriamente o mesmo da licença- maternidade. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322890354/prazo-da-licenca-adoptante-deve-ser-obrigatoriamente-o-mesmo-da-licenca-maternidade>>. Acesso em: 14 Nov 2021.

PRESIDENCIA da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 8.069, de 13de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto [online], 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 Jun 2021.

RIZZARDO, A. Direito de Família, 10ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 27 Jul 2021.

SCHLOSSARECKE, Ieda. Requisitos para adoção no Brasil. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://iedasch.jusbrasil.com.br/artigos/215397194/requisitos-para-adocao-no-brasil>>. Acesso em: 12 Jul 2021.

TORRES, Lorena. O que é adoção e quais os tipos existentes. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/781429580/o-que-e-adocao-e-quais-os-tipos-existent>>. Acesso em 13 Nov 2021.

O FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO” DO PONTO DE VISTA JURÍDICO APLICADO AO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL.

AYMME KATHERINE VIDOVIK:

Mestre em Ciências Empresariais pela Universidade Fernando Pessoa (UFP/PT). Master em Arquitetura e Iluminação pelo IPOG. Bacharel em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIK ²⁹⁴

(Coautor)

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo apresentar as particularidades do fenômeno conhecido como “Pejotização” nas relações de trabalho, apresentando seus pontos positivos e também os pontos críticos em relação a esse fenômeno aplicado ao setor da construção civil. O trabalho buscou entender os prós e contras desse fenômeno, além de levantar as normas aplicadas atualmente pela justiça do trabalho, assim como a forma como está a ser cobrada das empresas, que veem na “Pejotização” uma forma de diminuir gastos com recursos humanos e evitar problemas com a justiça trabalhista. A pesquisa é uma revisão bibliográfica sobre as obras nessa área, apresentando também pontos exemplificativos de casos reais e atuais para demonstração do entendimento atual dos órgãos judiciários, assim como resumir as informações esparsas sobre o tema afim de demonstrar que há regras que devem ser seguidas para que o fenômeno não seja visto como fraude.

Palavras-chave: Pejotização; relações de trabalho; Fenômeno; Justiça trabalhista.

1. INTRODUÇÃO

Com a globalização e os avanços da tecnologia, houveram mudanças na forma de produção mundial, sendo necessárias adaptações nas relações de trabalho existentes com vista a acompanhar o dinamismo presente. O trabalhador qualificado passou a ser mais valorizado, assim como aqueles que se preocupam em especializar-se, e com isso, novas formas de contratação foram surgindo, escapando do conceito tradicional de contratação, com características de um maior dinamismo e flexibilidade. O direito do trabalho no Brasil

²⁹⁴Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional

teve que se adaptar às novas formas de contratação que diferem da subordinação tradicional, surgindo os chamados trabalhadores autônomos e os conhecidos como parassubordinados. Essa migração para um modelo de contratação menos rígido do ponto de vista jurídico ocorre principalmente pelo sucesso da atividade desenvolvida ou por causa tributária, tendo em vista menos riscos para as empresas. Segundo Mazza (2017), as formas de modernização podem ser vistas como fraudes quando se observa o direito laboral, sendo as mais comuns nessa nova era as relações de estágio, a cooperativa intermediadora da mão de obra e a pejetização.

A modalidade que é o objeto de estudo desse trabalho é a “Pejetização”, fenômeno este que se traduz na contratação de um funcionário sem o vínculo empregatício como pessoa física, ou seja, descaracterizando o vínculo empregatício. O que ocorre nesse fenômeno é uma fraude trabalhista, que dá-se pelo fato das empresas buscarem a diminuição dos seus custos operacionais, o que acaba ferindo os princípios trabalhistas. O trabalhador, como parte mais frágil desta relação, acaba sucumbindo muitas vezes a essas relações abusivas de privação de direitos. Diante disso, quais as verdadeiras intenções desse fenômeno e até que ponto esse mascaramento da relação existente é vantajoso para a contratante e ao mesmo tempo, se o trabalhador que se submete a esse tipo de contratação sabe os benefícios que estão sendo tirados? Além disso, qual a licitude da opção/imposição desse tipo de contratação tanto no ramo da construção civil (cada vez mais usual) quanto nos outros ramos de serviços? Esses e outros questionamentos que serão levantados ao longo do artigo, tendo em vista explicar esse fenômeno e suas implicações jurídicas, muitas vezes desconhecidas pelos gestores de empresas da construção civil. Segundo Duarte (2015), esse fenômeno da Pejetização, além de ser uma forma de tentar burlar o sistema protecionista laboral, é uma forma de exigir um menor intervencionismo por parte do estado na relação entre capital e trabalho. Porém, essa forma de contratação é, na mais simples análise, uma forma grosseira de fraude sobre relação de emprego que nitidamente vai em desacordo com o preconizado na Lei 11.196/2005, que sintetiza os direitos trabalhistas.

Dessa forma, o presente trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica da literatura correlata, baseada principalmente na relação de emprego, ou seja, na forma de contratação e nos elementos necessários para que a relação de emprego seja lícita, evitando seus erros que se tornaram bastante comuns, e explicitando os princípios e leis que são contra e ajudam a identificar esse tipo de fraude, combatendo-a. Foram apresentados também os princípios do direito trabalhista que guiam os tribunais em litígios ao redor do Brasil, dentre eles o princípio da primazia da realidade, um dos mais importantes para a análise das relações de trabalho. Além disso, o que viria a ser a flexibilização dos contratos de trabalho em sua licitude, ou seja, sem estar sujeita a penalização por meio da justiça trabalhista e por fim como o fenômeno da pejetização se encaixa nas relações trabalhistas e como esse

fenômeno é visto pelos tribunais ao redor do país, assim como as jurisprudências que confirmam esses entendimentos acerca do tema tanto na construção civil como em outros setores da economia.

2.ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Antes de tratar da Pejotização em si, é importante apresentar os conceitos relacionados a esse tema. Dentre esses conceitos, o cerne da questão se volta para as relações de trabalho. De acordo com a concepção de Silva (2017), a relação de trabalho está intimamente ligado ao conceito de relação de emprego, que por sua vez é o vínculo contratual que faz o elo entre o empregador e o empregado, com características próprias, essenciais e também cumulativas, para diferenciá-las das demais relações de trabalho assim como para promover a proteção jurídica deste tipo de relação frente à justiça do trabalho em vista da CLT. De acordo com a Consolidação das Leis trabalhistas (CLT), Decreto Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943, em seu art. 3º, a relação de emprego é definida da seguinte forma:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Sobre relação de emprego, Martins (2002) cita que esta trata principalmente do trabalho do subordinado, ou seja da relação do empregado com seu empregador. Assim como o conceito de relação de emprego, é importante também destacar o conceito de empregador, que é assim dado pela CLT, no seu art. 2º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço

Com esses conceitos em pauta, pode-se partir para a relação de emprego e os seus requisitos em si, o que de acordo Simões (2015), são cinco, lembrando da sua necessária aplicação cumulativa e simultânea: i) a alteridade, ii) a subordinação, iii) a não eventualidade, iv) a onerosidade, e v) a pessoalidade.

A começar pela **Alteridade**, considerado por muitos doutrinadores, não um requisito essencial da relação de emprego, porém um princípio que determina que os riscos envolvidos na prestação do serviço são por conta e risco do empregador, ou seja, os frutos da prestação do serviço devem ser auferidos pelo empregador. As consequências

desse princípio são as de que o empregado não deve assumir os riscos da atividade, sendo este o papel do empregador, tendo em caso de prejuízo, responsabilidade do empregador, não podendo este eventual prejuízo ser repassado ao empregado. Outra implicação direta desse princípio é o exposto no art. 462 da CLT, que traz o seguinte:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Este artigo da CLT, vem a confirmar a aplicação do princípio da alteridade, tendo em vista que ele traz expressamente a impossibilidade do empregado suportar prejuízos que, mesmo culposamente, tenha dado causa, sem haver portanto disposição em seu contrato de trabalho, ou seja, expondo o risco ao empregador.

O segundo requisito da relação de emprego é a **subordinação**, que é definido como a relação em que o empregado acata ordens e as determinações impostas pelo empregador, tendo como requisito a estrita correlação aos instrumentos de trabalho ou que estejam diretamente ligados à atividade contratada. Ou seja, de acordo com Simões (2015), é a sujeição que faz o elo entre empregado e empregador. Vale lembrar que esta subordinação é a chamada subordinação jurídica, ou seja, é limitada pelas leis trabalhistas e principalmente pelo contrato de trabalho, não tendo relação com subordinação econômica, em relação à pessoa e nem mesmo subordinação técnica (pois muitas vezes os subordinados são mais qualificados que os empregadores, o que é comum na contratação de engenheiros por construtoras). Dessa forma, Júnior (2012) elenca que a subordinação não é medida pelo tempo que o trabalhador presta o serviço ou fica à disposição do empregador, mas sim da sua função frente aos processos produtivos da empresa ou serviços prestados.

Em relação à **não eventualidade** dos serviços prestados, está relacionada a habitualidade do serviço prestado, ou seja, requisita-se que este não seja em caráter esporádico ou mesmo momentâneo. De acordo com a definição de Martins (2012), o trabalho deve ser prestado de forma contínua, ou seja, em um trato sucessivo que perdura-se no tempo, sendo os prestadores de serviços eventuais não classificados na categoria de empregados.

Sobre a **onerosidade**, tem-se como definição a contraprestação de cunho econômico em relação ao serviço prestado pelo empregado, podendo essa contraprestação ser financeira ou mista, sendo a mista composta por uma parte em remuneração e outra parte pelos vale-alimentação, vale-transporte e os outros auxílios diversos. De acordo com Junior (2012), essa contraprestação é o que diferencia o emprego de trabalho voluntário, podendo ainda ser especificada por dois critérios, o objetivo

(percepção do salário) e o critério subjetivo (relacionado ao *animus* do trabalhador em receber o salário). Ainda a respeito da onerosidade, Silva (2017) define esse conceito como a venda da mão de obra por uma prestação pecuniária, ou seja, parcelas que são pagas ao empregado de forma mensal, quinzenal ou semanal a depender da contratação, em que pesam os critérios de proteção pelas leis trabalhistas.

O último dos requisitos é o da **personalidade**, que está atrelado ao *intuitu personae*, trazendo o conceito de execução da atividade pelo próprio empregado, impossibilitando este de mandar outra pessoa executar o seu serviço em seu lugar. Segundo Silva (2017), a personalidade é o vínculo empregatício com caráter pessoal, ocorrendo a substituição somente por vontade do empregador em virtude de fato alheio, ou seja, caso ocorra suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, tendo portanto caráter infugível em relação à pessoa prestadora do serviço.

Abrindo um parênteses de importante relevância para o estudo da pejetização e relativamente ligado ao requisito da personalidade com outro viés, apresenta-se o requisito **da prestação do serviço por pessoa física**. Este requisito é acompanhado por divergências entre doutrinadores, pois é com base nesse princípio que a pejetização busca sua essência. A definição deste é a de que o serviço deva ser prestado por pessoa física, impossibilitando então a sua prestação com vínculo empregatício por pessoa jurídica. A CLT traz a definição do conceito de empregado a seguir no seu art. 3º:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Este requisito diverge em relação ao posicionamento da doutrina pois é com base nele que a pejetização se apoia, porém é possível verificar que o entendimento sobre sofreu modificações ao longo das mudanças laborais e as fraudes que estavam a ocorrer, o que será debatido no tema pejetização posteriormente. Mas o cerne desse requisito era o de que apenas pessoas físicas poderiam ter vínculo empregatício, estando todas as pessoas jurídicas excluídas dessa forma de vínculo, estando sujeitas assim às fraudes que ocorreram e continuam na tentativa de ocorrer tanto na construção civil quanto nos outros setores.

3.CONTRATO DE TRABALHO

Quando se trata da relação de emprego, como já visto nos requisitos deste, algumas restrições permitidas desde que de acordo com o contrato de trabalho firmado entra as partes, com isso é importante também definir o que vem a ser um contrato de trabalho. De acordo com Delegado (2012), o contrato pode ser definido como um acordo de vontades, firmados tácita ou expressamente, em que uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, com as características seguintes: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador. Desta forma, Delgado (2012), coloca o conceito de contrato empregatício como íntimo do conceito de relação de emprego, baseando-se nos elementos fáticos-jurídicos da relação empregatícia. Desta forma, o contrato são os requisitos citados acrescidos do ajuste tácito ou expresso entre as partes. A CLT confirma o entendimento citado acima no seu art. 442, visto que traz o seguinte: “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

Em respeito ao tema do estudo em questão é interessante discutir o conceito de responsabilidade contratual, o que de acordo com Diniz (2008), tem-se como responsabilidade civil contratual o fato de uma obrigação contratual ter sido descumprida, tendo sido esta anteriormente pactuada entre as partes. Com isso, a responsabilidade contratual ocorre todas as vezes em que haja o adimplemento ou a mora no cumprimento de qualquer obrigação pactuada. Para Chaves (2017), a pejetização e o instituto dos contratos estão intimamente ligados, tendo em vista que para que ocorra o fenômeno de pejetização é necessário saber da existência ou não de um contrato de trabalho para uma análise mais criteriosa dos pormenores.

A reforma trabalhista, mais especificamente trazida pela Lei 13.467/17 trouxe consigo um importante conceito sobre os contratos. No seu artigo 507-A, tendo em vista desafogar a estrutura da justiça do trabalho, foi autorizada a cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho nos casos especificados em lei, que são os que seguem:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Com essa mudança na lei, visou-se diminuir a burocracia em litígios em que houvesse acordo entre as partes, facilitando os acordos nos casos em que a hipossuficiência do empregado não fosse tão evidente em relação ao empregador. Ou seja,

a figura do contrato é essencial para litígios no ramo do direito do trabalho, sendo essencial para a análise do fenômeno da Pejotização. Além disso, a reforma trabalhista trouxe consigo formas de facilitar a resolução dos conflitos gerados.

4.FRAUDES TRABALHISTAS

De acordo com SILVA (1998), a fraude, ou em latim *Fraus* ou *Fraudis*, pode ser entendida como uma ação astuciosa ou também como um engano malicioso, eivados da característica de má-fé que tem como objetivo ocultar a verdade ou em outros casos a fuga do cumprimento de um dever. A fraude é, à primeira vista, um ato jurídico real, mas que na verdade, encobre um dano a terceiros ou a elidir uma proibição legal. Para Lima (1965), essa busca do homem por ferir ou buscar ferir os direitos de terceiros data dos primórdios da humanidade, tendo em vista a busca insaciável de proventos através de processos ardilosos. Quem fraudava o ordenamento trabalhista tem como característica a astúcia em relação aos procedimentos. Como já elencado, o fraudador faz com que o ato praticado seja válido na sua formação, ou seja, sobre o critério objetivo ou material, porém ao ser analisado do ponto de vista subjetivo, ou seja, em relação aos seus efeitos, contrapõem-se às regras jurídicas.

Maeda (2014) aponta que a fraude é um vício que pode assumir muitas faces, mas todas elas, independentemente da face utilizada, afrontam o direito. Sobre os tipos de fraude existentes no campo do direito do trabalho, as mais comuns são as que disfarçam o vínculo empregatício mediante a contratação fraudulenta. Esse tipo de contratação pode acontecer de diversas formas, e as mais usuais são as que seguem: Cooperativa, pessoa jurídica, estágio, terceirização ilícita, *Stock options* (que é a oferta de ações para os próprios funcionários) entre outros. Todos eles tem como objetivo comum tornar o contrato de trabalho algo mais precário, ou seja, burlando a legislação trabalhista e reduzindo os custos operacionais.

A conceituação de fraude é bastante importante para a finalidade deste trabalho, tendo em vista que o cerne deste diz respeito a uma fraude em específico, que é a pejotização. Para finalizar o estudo do conceito de fraude, Maeda (2014) traz em sua obra que a fraude pode ser estudada de acordo com duas teorias: A teoria objetiva e a teoria subjetiva. A teoria objetiva é que preconiza o objeto material, ou seja, o resultado perseguido pelas partes, que pela objetividade deve ser o mesmo que é proibido pelas normas vigentes. Já a teoria subjetiva, coloca o fator psíquico da fraude em evidência, ou seja, deixa a compreensão material em escanteio, e parte para uma análise que inclui a vontade como principal ponto de análise com um resultado próximo ao que a lei proíbe.

O direito do trabalho está bastante sujeito à ocorrência de fraudes, até mesmo pelo fato de que neste ramo do direito a lei tem como princípio básico a proteção ao trabalhador e fiscalização das atitudes do empregador. No direito do trabalho, o princípio

da boa-fé é mais do que essencial para as relações estabelecidas, visto que, neste ramo, mais do que em outros esse princípio é essencial pois o homem é a medida das coisas. Para o contrato de execução de uma obra, por exemplo, é importante que esteja presente tanto a vontade consciente da juridicidade e dos efeitos jurídicos do ato, assim como a vontade essencial advinda junto com a boa-fé o negócio.

5. PEJOTIZAÇÃO

Partiremos agora para um dos conceitos mais importantes para o entendimento deste trabalho, o conceito da Pejotização. Segundo Silva (2017), a pejotização é um neologismo que deriva da abreviação “PJ”, referência à Pessoa jurídica. O conceito parte do fato da transformação de pessoa física em pessoa jurídica, fruto da imposição por parte do trabalhador, para manutenção do vínculo empregatício ou para início deste. A principal função deste fenômeno é a de afastar a relação de emprego existente com empregado pessoa física e com isso burlar as proteções e garantias existentes com o vínculo empregatício. Muitos trabalhadores de diferentes setores acabam se sujeitando a esse tipo de contratação com a promessa de aumentos de salário, agora possíveis pela diminuição de tributação sobre o salário anterior, e outros para manutenção do próprio posto ocupado, visto que alguns empregadores usam a prática como requisito para ocupação de funções em suas empresas. A seguir, o conceito de pejotização na visão da autora Cláudia Pereira:

É uma arbitrariedade imposta ao empregado a imprescindibilidade da

“pejotização”, violando explicitamente a finalidade da lei, que foi protegê-lo

de possíveis desrespeitos a relação laboral. E esse desrespeito tem por escopo a busca por maiores lucros, preterindo-se direitos mínimos ao trabalhador. (MAGALHÃES. 2014. p 92)

Além disso, é importante verificar a presença desse fenômeno nos diversos setores da economia:

[...] a “pejotização” encontra-se presente em diversos setores econômicos e

procedimento fraudulento encontra-se amplamente empregado, como nas

áreas hospitalar, de informática, indústria de entretenimento e de veículos de

comunicação. Nas mais diversas empresas de comunicação, tornou-se a tônica a contratação de jornalistas, apresentadores de TV, artistas, por meio

de empresas individuais abertas somente para a apresentação dos respectivos serviços. (SILVA, 2017)

Com base nisto, pode-se perceber que este fenômeno está difundido, não só no setor da construção civil como no mais diversos setores. Mazza (2017) destaca que o termo pejetização é um termo provindo dos próprios tribunais do trabalho, tendo em vista o grande número de processos envolvendo este tipo de denúncia trabalhista. Por conta disso, uma das definições de pejetização é dada pelo próprio poder judiciário, por meio do seguinte:

PEJOTIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO EMPREGADOR PARA QUE O TRABALHADOR CONSTITUA PESSOA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INVALIDADE. ARTIGO 9º, DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O sistema jurídico pátrio considera nulo o fenômeno hodiernamente denominado de "pejetização", neologismo pelo qual se define a hipótese em que o empregador, para se furtar ao cumprimento da legislação trabalhista, obriga o trabalhador a constituir pessoa jurídica, dando roupagem de relação interempresarial a um típico contrato de trabalho o que exige o reconhecimento do vínculo de emprego. (TRT-2 - RO: 00016773120115020024 SP 00016773120115020024 A28, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 05/08/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 15/08/2014)

EMPRESA CONSTITUÍDA PARA FRAUDAR A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO CONFIGURADA - FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO. A pejetização é o fenômeno pelo qual a criação de pessoas jurídicas é fomentada pelo tomador de serviços com o propósito de se esquivar das obrigações e encargos trabalhistas. Contudo, vigora no Direito do Trabalho o princípio da irrenunciabilidade, mediante o qual não é permitido às partes, ainda que por vontade própria, renunciar os direitos trabalhistas inerentes à relação de emprego existente. (TRT-3 - RO: 01706201011203000 0001706-18.2010.5.03.0112, Relator: Paulo Roberto Sifuentes Costa, Quinta Turma, Data de Publicação: 27/06/2011 24/06/2011. DEJT. Página 166. Boletim: Não.)

Além disso, Mazza (2017) apresenta que a pejetização pode ocorrer em duas formas diferentes, sendo elas:

- I) Para a contratação do empregado, o empregador exige que este constitua pessoa jurídica, condicionando o vínculo empregatício a essa constituição, ou seja, a chamada condição *Sine qua non* para sua admissão;
- II) Quando o funcionário já possui um vínculo empregatício com a empresa em questão, porém é imposto que este faça a migração para a prestação de serviços. Isso ocorre dando baixa no seu vínculo empregatício anterior, e realizando agora o contrato de prestação de serviços com pessoa jurídica na forma do mesmo funcionário.

Os tribunais baseiam-se principalmente num dos principais princípios do direito do trabalho, que é o da primazia da realidade, ou seja, as fraudes tentadas por parte dos empregadores são analisadas caso a caso para que seja verificado com exatidão as reais condições de trabalho, ou como é apresentado por Mazza (2017) o contrato-real de trabalho, imperando ou não sobre o que foi contratado ou o que foi forjado. A primazia da realidade é importante, principalmente nos casos em que a pejetização obriga o “prestador de serviços” a realizar exatamente as mesmas atividades que faria como empregado comum, ou seja, realizando a mesma função só que sem os direitos trabalhistas adquiridos ao longo da história, como a exemplo FGTS, seguro desemprego, 13º salário e direito a férias remuneradas.

Os tribunais, ao analisarem litígios trabalhistas com essas alegações, partem das premissas da lei para seu parecer, aliados ao princípio da primazia da realidade. Sobre a legislação utilizada, o art. 3º da CLT traz os requisitos para que seja reconhecido o vínculo empregatício numa relação de trabalho, sendo necessária a cumulação destes para que o vínculo seja reconhecido. Os requisitos são os que seguem:

- **Subordinação:** É relação em que o empregado se submete às ordens do seu empregador, assim como suas determinações. As ordens e comandos devem ser cumpridos assim que haja um contrato de trabalho entre empregado e empregador. Vale ressaltar que a subordinação requisito do vínculo empregatício é restrita às atividades laborais, não se estendendo à subordinação econômica ou mesmo técnica (até porque em serviços técnicos como engenharia, é comum o corpo técnico estar mais bem preparado do que os empregadores). Dessa forma, a subordinação nas atividades vinculadas aos serviços da empresa dão ao empregador o poder de determinar o lugar, a forma, o modo e o tempo da execução da atividade.

- **Continuidade:** Também conhecido por alguns autores como a não eventualidade, a prestação do serviço é feita de forma contínua, que incorre o fato de que independente da periodicidade não se encaixa na categoria de eventual. A atividade para beneficiar o empregador é realizada com certa regularidade. Mesmo nos casos de obra certa, exige-se para esse requisito que sejam identificados a habitualidade, a continuidade e a permanência do vínculo.
- **Onerosidade:** É a contraprestação que o empregado recebe como compensação pelo seu trabalho em forma de salário/ remuneração. Ou seja, é a compensação pelos serviços prestados durante tempo determinado para certo empregador. Essa contraprestação pode ser tanto somente em dinheiro quanto a compensação mista, que envolve uma parte em dinheiro e outra parte em forma de vale-transporte, vale-alimentação e outros possíveis auxílios diversos.
- **Imparcialidade:** Também conhecido por alguns autores por alteridade, a imparcialidade é o requisito que ao mesmo tempo é considerado princípio. A imparcialidade determina que os riscos da atividade do empregador correm por sua conta e risco, ou seja, retirando a possibilidade do empregado ser responsável por qualquer prejuízo que possa vir a ocorrer na empresa. Dele decorrer que o trabalhador não participa da má sorte que possa ocorrer, porém ele pode ter participação nos lucros caso o contrato assim o permita. Esse princípio é defendido pelo art. 2º da CLT.
- **Horário de trabalho:** Relacionado aos outros requisitos como a continuidade, e que tem como característica o controle dos horários do empregado em relação aos horários de entrada e de saída do turno de trabalho, assim como entrada e retorno do horário de almoço. Esse controle não depende do meio físico em que o trabalho é realizado, visto que pode ocorrer tanto dentro como fora da empresa.
- **Pessoalidade:** Não deve ser confundido por pessoa física. O trabalho deve ter como característica o *intuitu personae*, o que a grosso modo, tem como significado que o trabalho deve ser executado pela pessoa, e não por um terceiro em sua substituição. Ou seja, a personalidade é o requisito que torna intransferível a prestação assumida pelo empregado.
- **Trabalho prestado por pessoa física:** O requisito mais importante para o trabalho em questão, tendo em vista que a Pejotização baseia-se na falta dele para a quebra do requisito cumulativo do vínculo de emprego. Esse requisito exige que o trabalho, para ser reconhecido o vínculo de emprego, seja realizado por pessoa física, ou seja, não podendo ser prestado por pessoa jurídica. Para desmascarar as fraudes, ações judiciais são necessárias, sendo avaliadas de acordo com o princípio da primazia da realidade para averiguar os fatos ocorridos e se estão com todos os outros requisitos atendidos com intenção de se livrar dos encargos e direitos trabalhistas.

Silva (2017), aponta que o fenômeno da Pejotização é cada vez mais comum no cenário atual, mas que os tribunais do trabalho já tem suas formas de identificação com

base nos requisitos citados. Além disso, é combatido principalmente com o uso dos princípios do direito do trabalho, dentre eles os principais são o princípio da proteção ao trabalhador, da primazia da realidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

O princípio da proteção ao trabalhador é bastante criticado pelo princípio constitucional da igualdade, por estipular que a parte mais fraca deve ser tratada de forma diferenciada. Esse princípio preza que o trabalhador é a parte mais vulnerável na relação trabalhista, e por esse motivo deve ser compensado com a criação de normas mais favoráveis ao seu lado, construindo, como menciona Silva (2017), uma barreira de proteção ao trabalhador. Além de proteger o trabalhador, é defendido também que esse princípio não só traz benefícios a este, mas também impõe algumas obrigações para tentar manter o viés de igualdade, como é apontado por Ruprecht (1995):

Não se deve ser dado um alcance excessivo ao princípio protetor, no sentido de que todo o Direito do Trabalho, protege o trabalhador. Entre suas normas figuram algumas que também lhe impõe e outorga direitos aos empregadores, embora, evidentemente, na sua maioria, tendem a proteger os trabalhadores (RUPRECHT. 1995. p. 9).

O princípio da primazia da realidade é o principal combatente da fraude da pejetização, e como já mencionado anteriormente, trata-se da busca pela verdade-real da relação de trabalho, indo além do que está constando no contrato de trabalho em litígios laborais. Além disso, este princípio é também conhecido como princípio do contrato realidade, que torna os fatos reais que acontecem na prática diária do trabalhador os mais importantes para julgar os litígios, mais importantes do que foi pactuado pelas partes formalmente.

De acordo com Silva (2017) este princípio é muito útil tendo em vista que ocorrem, rotineiramente, discrepâncias entre o que foi firmado em contrato e o que é realmente executado pelo funcionário, tanto pela falta da atualização do contrato de trabalho quanto também pelo não cumprimento dos requisitos formais do contrato. Muitas fraudes são julgadas com base nesse princípio, tendo em vista que as relações de trabalho são comumente forçadas, ocorrendo a existência do contrato real e também do contrato fictício, ou seja a dissimulação da relação existente.

Vólia Bonfim traz em sua obra uma definição interessante sobre o princípio em estudo:

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa

facilidade, obriga-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se as ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade. (CASSAR. 2012. p 201).

Dessa forma, confirma-se a recomendação que o texto do contrato não deve ser interpretado como uma verdade incontestável, pois o trabalhador, como parte mais frágil da relação não costuma se impor ao assinar o contrato de trabalho, sujeitando-se às condições do empregador. Sobre esse princípio, é interessante o que traz Maurício Godinho em sua obra:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o interprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substancia da regra protetiva trabalhista foi atendida na pratica concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação. (DELGADO. 2012. p 203)

Além dos dois princípios citados, outro também de extrema importância para o direito do trabalho é o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Este princípio traz em sua definição, dada por Ruprecht (1995), que o trabalhador não pode renunciar aos seus direitos trabalhistas, mesmo que em contratos firmados, pois os direitos trabalhistas tratam-se de direitos coletivos de ordem pública, o que os torna indisponíveis e também inderrogáveis. Ou seja, esse princípio limita a autonomia das vontades tanto do empregador quanto do empregado, permitindo a estipulação do contrato, desde que não contrarie as normas vigentes sobre o assunto. Um posicionamento interessante sobre esse princípio é apresentado por Maurício Mascavo:

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação. (NASCIMENTO. 2011. p 455).

6.CONSEQUÊNCIAS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

Como já apresentado anteriormente, o fenômeno da pejetização é uma forma de fraude ao ordenamento jurídico trabalhista, visto que tenta, de certa forma, quebrar o vínculo trabalhista protegido pelo direito do trabalho de forma a evitar-se o pagamento de direitos trabalhistas e encargos existentes para pessoa física. Os encargos são reduzidos e o empregador, ao fazer a substituição do empregador pelo prestador de serviços, diminui consideravelmente as despesas relacionadas à manutenção do trabalho.

Na construção civil este fenômeno está bastante presente, tendo em vista a contratação de funcionários por tempo determinado como prestadores de serviço. O que os gestores da área muitas vezes não tomam conhecimento, é da existência dos outros requisitos existentes para determinar o vínculo empregatício, na maioria dos casos preenchidos, restando somente a falta de pessoa física, o que caracteriza de forma clara a pejetização. No setor da construção é bastante comum essa forma de fraude ocorrer com os trabalhadores menos instruídos como ajudantes de pedreiro, marceneiros e outras funções do setor, porém também é comum tentarem esse tipo de fraude para os outros funcionários como o caso de engenheiros. A seguir, tem-se um exemplo de condenação por conta de pejetização no setor da construção, em que uma construtora que contratou um engenheiro como Pessoa jurídica no período entre 2013 e 2017:



Construtora paraibana é condenada a indenizar engenheiro em R\$ 762 mil por “pejetização”

Figura 01: Julgado sobre pejetização na construção civil.

Fonte: <https://parlamentopb.com.br/construtora-paraibana-e-condenada-a-indenizar-engenheiro-em-r-762-mil-por-pejetizacao/>

No caso citado, o empregado autor da ação alegou que atuou sempre como pessoa jurídica, portanto nunca tendo recebido os benefícios trabalhistas devidos como décimo-terceiro salário, férias e o FGTS. Com base principalmente na primazia da realidade, a juíza do caso reconheceu os outros requisitos do vínculo empregatício e com isso a empresa foi condenada a pagar uma indenização no valor de R\$ 762.366,56 reais, que envolvia danos materiais (o que o empregado deixou de receber por direito) e os danos morais pela fraude.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a globalização e modernização das atividades laborais, o trabalho evoluiu muito ao longo dos tempos, tendo dentre suas características uma maior proteção ao trabalhador visto a crescente tendência a tentar cada vez mais torna-lo suscetível ao poder de uma relação desigual entre empregado e empregador, conhecida principalmente por suas características nada igualitárias. De um lado o empregador tem como objetivo da sua empresa aumentar seus lucros produzindo cada vez mais e diminuindo seus custos operacionais. De outro lado, o empregado busca garantir seu ganha pão para sustento da família, vendendo assim sua força de trabalho na busca de melhores condições de vida.

Com base nessa relação desigual de interesses, foram criadas ao longo da história direitos trabalhistas, direitos estes que visam proteger principalmente a figura mais suscetível, ou seja, o empregado. A CLT, consolidação dos direitos trabalhistas veio com o intuito de acabar com esse tratamento desigual, protegendo em muitos casos o empregado a ambição capitalista dos seus empregadores. Dessa forma, ela buscou em seu texto a igualdade formal, estabelecendo assim os direitos mínimos aos trabalhadores para que estes possam trabalhar com dignidade. Essa proteção ocorre pela imposição das obrigações e as regras a serem cumpridas pelas empresas ao contratar trabalhadores para sua equipe.

O presente trabalho, teve como objetivo apresentar um desses fenômenos que o empregador utiliza para tentar fraudar os direitos presentes na CLT. A pejotização, como cerne do trabalho, está cada vez mais presente nos litígios trabalhistas, o que pode ser observado facilmente nas jurisprudências sobre o tema ao redor do país. A pejotização, é simplesmente a forma que os empregadores encontraram de diminuir seus custos operacionais e com tributos, exigindo que seus, antes funcionários, desliguem-se da empresa para voltarem como prestadores de serviços (Pessoa jurídica) ou que os novos contratados já se enquadrem nesse tipo de contrato. Um tipo de fraude que aproveita da fragilidade do funcionário na relação de trabalho, muitas vezes prometendo melhoras na relação salarial, mas que ao mesmo tempo está cada vez mais reconhecida e defendida pelos tribunais ao redor do Brasil.

O que o trabalhador não percebe, ou muitas vezes até se dá conta, mas pela necessidade não se impõe, é que ser pejotizado acarreta inúmeras privações de direito em

comparação ao vínculo tradicional de trabalho, o que ocorre como pessoa física. Dentre os direitos perdidos, estão aqueles, fruto de décadas de luta histórica para serem conseguidos, como a exemplo o décimo-terceiro salário, FGTS e direito a férias remuneradas com direito a adicional de férias. Esse fenômeno está cada vez mais comum nos diversos setores da economia, principalmente no setor da construção civil, por ter muitos funcionários com nível de instrução menor, e com características sazonais, ou seja, a contratação por vigência das obras em andamento. Cabe salientar ainda que não só os empregados com nível de instrução inferior sofrem essa fraude, como pode ser observado no julgado apresentado, em que o engenheiro de uma construtora teve que acionar a justiça do trabalho para não sofrer mais perdas com esse tipo de fraude.

Indubitavelmente, a pejotização é um fenômeno que busca fraudar o sistema judiciário trabalhista, prejudicando assim o empregado, conhecido pela sua característica de fragilidade na relação trabalhista. Cabe ressaltar aos gestores de empresas, que esse tipo de fraude está cada vez mais reconhecida e ao mesmo tempo combatida pelo poder judiciário, tendo em vista os motivos apresentados no trabalho em questão. Todo esse esforço tem como finalidade principal, a proteção dos direitos adquiridos ao longo da história ao trabalhador, protegendo este da violação das normas e preceitos públicos vigentes, e evitando assim, a renúncia de algo que nunca deveria cogitar ser renunciado.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 2ª Ed. Niterói -RJ. Editora Impetus Ltda: 2008.

CHAVES, Weslei. **Pejotização das relações trabalhistas**. Direito do trabalho. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62866/pejotizacao-das-relacoes-trabalhistas>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

_____. **Decreto Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Leis das Consolidações do trabalho. Vade Mecum. 13ª Ed. São Paulo-S. Saraiva: 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 501

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

JÚNIOR. José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

MAEDA, Fabíola Miotto. **Prestação de serviço por meio de pessoa jurídica**: dignidade e fraude nas relações de trabalho. 2014. 148 p. (Mestrado em direito do trabalho e seguridade social). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MAGALHÃES, Cláudia Pereira Vaz de. **Fenômeno da Pejotização na Legislação Trabalhista**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Juiz de Fora. 2014. Disponível em <<http://goo.gl/J1op9A>>. Acesso em 04 de Outubro de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MAZZA, Sandra. Pejotização, espécie de fraude na relação trabalhista. **Revista da escola judiciária do Piauí**. Piauí, v. 01. n. 01. Pg. 212-227. 2017.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo. Editora LTr: 1976.

PIAUI e col. **Das formas alternativas de solução de conflitos trabalhistas**. 2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286862,41046-Das+formas+alternativas+de+solucao+de+conflitos+trabalhistas+ou+da>>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

SILVA, Jacqueline Maria Ferreira. A fraude da pejotização e seus efeitos nas relações de emprego. **Revista IDEA**. Uberlândia, v. 08. N. 2. 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15ª edição. Rio de Janeiro, 1998, p. 370.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Dos elementos caracterizadores da relação de emprego**. Direito trabalhista. 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 21 de Maio de 2019.

RUPRECHT. Alfredo J. **Os princípios do Direito do trabalho**. Única Ed. São Paulo-SP. Editora LTR. 1995.