

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1177

(Ano XV)

(18/11/2023)

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 1177



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1177 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 543 *fls.*

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



Impenhorabilidade salarial e sua relativização

Alexandre Santos Sampaio, 10.

ARTIGOS

A mais nova prestidigitação do STF: o assistente da acusação inexistente

Eduardo Luiz Santos Cabette, 19.

Prisão após confirmação da condenação em Segunda Instância: por que saiu das pautas dialéticas da sociedade após última decisão do STF?

Leonardo Sarmento, 25.

A atividade investigatória criminal preliminar à luz da jurisprudência e da doutrina pátrias: a independência técnico-jurídica do delegado de polícia como corolário do garantismo penal

Ramon Cezar da Cunha Teixeira, 28.

Interpretação da Lei nº 12.318/2010 (lei de alienação parental) e seus aspectos constitucionais

Felipe Leandro Poderoso Bispo da Mota, 71.

Improbidade administrativa: principais alterações da lei e decisões do Supremo Tribunal Federal

Tharley Rafael de Oliveira Dias, 92.

Estrutura Bifásica do Processo de Conhecimento

Marcelo Rocha de Lima, 102.

O poder de polícia para instituições de polícia judiciária

Vinicius Nunes de Paula, 110.

A virada jurisprudencial do precedente relacionado à abusividade na cobrança de taxa de conveniência em vendas online

Silvia Missano Costa, 116.

Aplicabilidade do princípio do não retrocesso social frente à garantia do direito à segurança pública

Dimaikon Dellon Silva do Nascimento, 123.

Uma análise do poder familiar mediante a observação de sua evolução histórica sob a ótica do direito civil constitucional

Felipe Leandro Poderoso Bispo da Mota, 129.

A legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo

Ana Flávia Rezende Alves e Michelle Fernanda Santos de Almeida, 151.

Procedimentos Especiais: Uma Análise Detalhada das Ações de Exigir Contas e de Divisão e Demarcação de Terras Particulares

Bianca Reitmann Pagliarini, 163.

Uma análise do crime de lesão corporal à luz dos entendimentos doutrinário e jurisprudencial

Rodrigo de Souza, 170.

A influência do Novo CPC no processo administrativo

Haroldo Jose Cruz de Souza Junior, 178.

(In)eficiência do modelo brasileiro de solução de conflitos

Matheus Arco Verde Barbosa, 187.

Justiça multiportas: análise sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos

Monique Alves Marques, 194.

Dois pesos e duas medidas: a incidência da insignificância nos crimes tributários e patrimoniais a partir de uma visão funcionalista do direito penal

Vinicius Notari de Moraes, 217.

A inversão da quesitação no Tribunal do Júri: nulidade ou garantia fundamental?

Michelle Fernanda Santos de Almeida e Ana Flávia Rezende Alves. 234.

O auxílio direto por MLAT na cooperação jurídica internacional: uma análise da atuação da polícia federal do Brasil e das polícias dos EUA

Vinicius Nunes de Paula, 250.

A inaplicabilidade do princípio do in dubio pro societate no ordenamento jurídico brasileiro

Ana Flávia Rezende Alves, 260.

Eutanásia: o direito de escolha entre o viver e o morrer

Antonio Esquina Dias e Ian Matozo Especiato, 267.

A arbitragem como método adequado para solução de conflitos

Oswaldo Pedro da Silva, 284.

Implicações da reforma da Previdência no modelo familiar brasileiro

Welisson Araújo da Torre, 307.

A justiça restaurativa pode substituir a justiça criminal retributiva?

Leticia Vilela Locateli, 327.

Abandono afetivo e a responsabilidade civil extrapatrimonial

Karolyne Colino Santana, 336.

Adoção à brasileira: princípio do melhor interesse da criança e do adolescente diante do crime previsto no art. 242 do Código Penal

Allan Diego Andrade Santos, 344.

Tráfico internacional de pessoas: Consentimento da vítima e tipicidade

Gabriela Gonçalves Evangelista e Victória Reis E. Ferreira Damasceno, 367

O direito internacional do refúgio: concessão do refúgio como instrumento de proteção da pessoa humana.

Maria Clara Aparecida Santiago, 384.

Da valoração do afeto: uma análise acerca da indenização por abandono afetivo parental e seus efeitos

Matheus Paulo de Andrade, 406.

A realização da audiência de custódia por videoconferência e sua compatibilidade com a proteção da dignidade humana

Michelle Fernanda Santos de Almeida e Ana Flávia Rezende Alves, 423.

O instituto processual da curadoria especial: uma análise sobre o seu caráter protetivo

Monique Alves Marques, 432.

Recurso de Apelação e o Código de Processo Civil: Uma Análise Acerca da Natureza Jurídica das Contrarrazões Recursais

Geraldo Zimar de Sá Júnior, 479.

O processo legislativo respeitante à edição do art. 531, caput, do Código de Processo Civil, a regência da Lei Complementar n. 95/1998 e a inaplicabilidade do rito da coerção pessoal aos alimentos de natureza indenizatória

Italo Menezes da Silva, 494.

A resistência dos Estados Unidos às equipes conjuntas de investigação em cooperações jurídicas internacionais: uma crítica

Vinicius Nunes de Paula, 512.

A contribuição da educação no sistema prisional

Jessica Renata Gomes Perez, 520.

Auditoria ambiental como instrumento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Karolyne Colino Santana, 527.

Conflito de Atribuições entre órgãos do MPE e entre órgãos do MPE e MPF e a Evolução Jurisprudencial do STF

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes, 534.

IMPENHORABILIDADE SALARIAL E SUA RELATIVIZAÇÃO

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia¹.

A proteção ao devedor, no nosso ordenamento jurídico pátrio, possui assento constitucional, no art. 1º, III, da Constituição Federal, ao erigir como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Bem por isso, ainda que o credor tenha todo o direito de ter a prestação cumprida, no montante, modo e tempo acordados, não é dado a adotar, por exemplo, medidas vexatórias ou que comprometam a própria subsistência do devedor, o que, se ocorresse, atingiria frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nessa senda, o Código de Processo Civil, de maneira objetiva, aponta que são impenhoráveis as rendas até a quantia de cinquenta salários-mínimos, salvo dívidas de natureza alimentar. Mas, cabe indagar, será o teto legal inflexível ou cabe cogitar relativização?

É certo que, ao credor, deve-se garantir meios coercitivos para que seja adimplida as prestações pelo devedor inadimplente, devendo eventual penhora recair “sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”, como preceitua o art. 831 do Código de Processo Civil – CPC. E existe uma ordem primeira de penhora, preferencial, no “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, como se observa no art. 835 do CPC, a denotar que a satisfação da dívida deve ser buscada.

Contudo, não é dado ao credor adotar medidas vexatórias, que humilhem e tragam ofensa a honra do devedor, como se extrai dos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Também, deve-se observar o princípio da menor onerosidade, como se extrai do art. 805 do CPC que disciplina que “quando por vários meios o exequente

¹ E-mail: sampaioalexandre@gmail.com

puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

De igual modo, existem limites para a penhora de bens, não cabendo recair, dentre outras hipóteses, nos “vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”, conforme dispõe o art. 833, IV, do CPC.

Todavia, a impenhorabilidade das rendas da pessoa não é absoluta, sendo ressalvadas no CPC o “pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais”.

Assim, em regra, até cinquenta salários-mínimos, a renda do devedor está protegida da penhora, medida coercitiva para o adimplemento de dívidas, como mecanismo de dignidade ao devedor, salvo prestações de cunho alimentício. A regra posta no CPC, criada, diga-se de passagem, a partir de anteprojeto elaborado por um grupo de notáveis juristas, capitaneados, inclusive, por Ministro de Tribunal Superior, é objetiva, à evidência, não dando margens para interpretações fora do que está posto na Lei.

Percebe-se, da leitura do CPC, que não há dúvidas ou lacunas a serem colmatadas pela atividade hermenêutica jurisdicional. Se não se concorda com o conteúdo legislativo é através do processo legislativo de alteração legal que deve-se alterar o seu conteúdo. Disso decorre a própria separação dos poderes, a atividade típica do legislativo de elaborar e, também, alterar, leis.

Há um brocardo latino que diz “in claris cessat interpretatio”, na clareza cessa a interpretação. Se a lei é clara, a atividade jurisdicional alterativa, diga-se assim, é ativismo judicial que macula a própria separação dos poderes, eis que, rigorosamente, não é dado ao magistrado, constitucionalmente, ainda que em tribunais superiores, editar leis.

Isso vem sendo feito com uma certa frequência, em diversas instâncias e em diversos casos, mas, para o objeto do presente artigo, cabe expor a decisão dada no julgamento de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1874222, na Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

Na decisão supra, constou que admitir-se-ia a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, que a medida constritiva não comprometesse a subsistência digna do devedor e de sua família.

Pontou-se, no entanto, que essa relativização seria em caráter excepcional, na medida que só se mostraria possível quando inexistir outros meios para a execução, contanto, ainda, o impacto na vida do devedor e sua família.

Nota-se que, a pretexto de interpretar a lei, acabou por emitir decisão, numa Corte Superior, que, de fato, contrariou lei federal, o CPC. Ora, o recurso especial, como se vê do art. 105, III, "a" da Constituição Federal, tem serventia, justamente, para reformar decisões que contrariem lei federal e não afrontar o comando legal.

No caso decidido pela Superior Corte, tratava-se da busca de penhora de 30% (trinta por cento) de um salário de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), para adimplir dívida de R\$ 110.000,00 relativa a cheques sem fundos. Renda esta, à evidência, impenhorável, nos termos legais.

O Acórdão do Tribunal de origem e a decisão turmária, da Quarta Turma, seguiu a interpretação literal do comando legal, haja vista a inexistência de dúvidas sobre o comando, qual seja, a regra geral da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial comporta exceção para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida e para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais.

Repita-se: o CPC criou regra objetiva, clara e indene de dúvidas. Já ocorreu algumas decisões, utilizadas como divergência jurisprudencial, como os EREsp n. 1.582.475/MG, que ponderaram que só se revelaria necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade.

No voto do Ministro João Otávio de Noronha, citado alhures, constou, após análise da jurisprudência de divergência suscitada nos embargos, que apontara a possibilidade de relativização da impenhorabilidade salarial, o seguinte:

(...)Ao suprimir a palavra "absolutamente" no caput do art. 833, o novo Código de Processo Civil passa a tratar a impenhorabilidade como relativa, permitindo que seja atenuada à luz de um julgamento principiológico, em que o julgador, ponderando os princípios da

menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, conceda a tutela jurisdicional mais adequada a cada caso, em contraponto a uma aplicação rígida, linear e inflexível do conceito de impenhorabilidade.

Esse juízo de ponderação entre os princípios simultaneamente incidentes na espécie há de ser solucionado à luz da dignidade da pessoa humana, que, diga-se de passagem, resguarda tanto o devedor quanto o credor, e mediante o emprego dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Penso que a fixação desse limite de 50 salários-mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. (...)

Portanto, mostra-se possível a relativização do § 2º do art. 833 do CPC/2015, de modo a se autorizar a penhora de verba salarial inferior a 50 salários-mínimos, em percentual condizente com a

realidade de cada caso concreto, desde que assegurado montante que garanta a dignidade do devedor e de sua família. (...)

Importante salientar, porém, que essa relativização reveste-se de caráter excepcional e dela somente se deve lançar mão quando restarem inviabilizados outros meios executórios que garantam a

efetividade da execução e, repita-se, desde que avaliado concretamente o impacto da constrição sobre os rendimentos do executado.

Também, cabe registrar que existe doutrina abalizada na mesma linha:

É possível penhorar parcela desse rendimento, mesmo que não exceda a cinquenta salários-mínimos. Restringir a penhorabilidade de toda a “verba salarial” ou apenas permiti-la no que exceder cinquenta salários-mínimos, mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, pode

caracterizar-se como aplicação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento ao direito fundamental do exequente².

Como contra-argumento da tese vencedora, veja o que foi dito no voto vencido pelo Ministro Raul Araújo, ao examinar o caso concreto tratado por aquela Corte superior:

Qual a situação examinada na instância de origem, que confirmamos no acórdão, ora

embargado, com a devida vênia? Alguém que ganha R\$8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), quer dizer, não é uma fortuna, e está devendo mais de R\$100.000,00 (cem mil reais). Pois bem, para pagar mais de R\$100.000,00 (cem mil reais), admite-se que possa haver um desconto de até 30% de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), o que vai representar dois mil e poucos reais. Jamais a parte vai conseguir pagar mais de R\$100.000,00 (cem mil reais), descontando mensalmente dois mil e poucos reais.

Ora, serão anos e anos desse desconto perenizado, eternizado, o que já demonstra que a instância de origem, ao contrário do que entende o eminente Relator, examinou, sim, o caso concreto e entendeu que não era razoável penhorar, sacrificar uma família, em que o devedor ganha R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), tirando dessa família, todo mês, dois mil e poucos reais para tentar pagar uma dívida de mais de R\$100.000,00 (cem mil reais) a qual nunca vai ser alcançada, porque a dívida estará sempre crescendo em algum valor referente a juros de mora e correção monetária. Então, é algo que, parece-me, contraria a própria regra, que é a impenhorabilidade dos salários.

Veja-se, também, as ponderações, também vencidas, da Ministra Isabel Gallioti:

Penso que o novo CPC trouxe parâmetro objetivo, o de cinquenta salários-mínimos. O CPC anterior preservava todos os valores alimentares, ai entendidos não apenas os salários mas quaisquer valores remuneratórios do trabalho.

² DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 13^a ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023. Pág. 881-882.

Surgiu, então, a questão de que quando a remuneração - sobretudo a remuneração de profissional liberal - fosse muito grande, haveria uma parte que obviamente não se destinaria à subsistência cotidiana do devedor. Como exemplo, lembro honorários de advogado de valor milionário. Essa parte da remuneração do trabalho manifestamente excedente do gasto cotidiano de uma família normal, mesmo de elevado nível social,

passou-se a entender passível de penhora.

O CPC novo trouxe parâmetro objetivo: até o valor de cinquenta

salários-mínimos, a remuneração é impenhorável, salvo para satisfação de prestação alimentícia.

Ao se analisar os votos vencidos, à luz do CPC, é verificado que a decisão vencedora, ainda que baseada em doutrina e jurisprudência do próprio STJ, em verdade, acabou por macular o próprio dispositivo legal, ao desconsiderar o que estava posto na Lei.

De se notar que, se o limite de cinquenta salários merece críticas, dada a realidade socioeconômica brasileira, o fórum não parece o local mais adequado para se emendar a Lei, mas sim no Congresso Nacional, local de amplo debate de ideias, com vários parlamentares eleitos, por meio de um sistema democrático, dentro de regular processo legislativo constitucionalmente estabelecido. Ao Poder Judiciário não há autorização constitucional para inovação legislativa, apesar de como, de maneira reiterada, isso vem notoriamente ocorrendo em diversas situações.

Não custa lembrar: jurisdição significa dizer o direito, mas não autoriza, seja qual for o órgão julgador, de contrariar ou distorcer o direito posto. A Lei, em sua literalidade, deve ser observada, ainda que, em determinados casos, em que exista margem de abstração suficiente, possa ser flexibilizada.

Trocou-se, por meio de jurisprudência, o sistema legal objetivo da impenhorabilidade salarial, claro e indene de dúvidas, por um conceito jurídico indeterminado, penhora qualquer renda desde que "não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família". Que limite será esse? Um salário-mínimo? Dez salários? Cada julgador, ao seu alvedrio, definirá o que, por certo, trará insegurança jurídica para as execuções.

Sobre segurança jurídica, explica Bruno Dantas:

Se, por um lado, a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro, não pode negar seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo.

Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais.

Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral³.

A insegurança perfilhada na decisão da Corte Especial do STJ, ao flexibilizar, ao arrepio do CPC, a impenhorabilidade salarial, acabou atingindo a segunda dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: a segurança jurídica como garantidora da igualdade, na medida que viabilizará, em cada caso concreto, decisões dispares. Explica Erick Vidigal:

Retomando a questão da concretização multidimensional dos direitos humanos no processo civil, há de se sustentar que, ainda que seja assegurado o amplo acesso à justiça, a afirmação da dignidade

³ DANTAS, Bruno. *Novas tendências do Processo Civil*. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2013, pág. 129.

da pessoa humana restará prejudicada caso as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário não sejam substancialmente isonômicas⁴.

Insta ressaltar, ainda, que a flexibilidade gerada com a jurisprudência do STJ ventilada atinge, como era de se esperar, valores diferentes. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por exemplo, com base na decisão do STJ, já decidiu penhorar uma remuneração bruta de R\$ 4 mil (quatro mil reais) no percentual de 10 % (dez por cento) (Processo 2058601-62.2023.8.26.0000), bem como uma remuneração de cerca de R\$ 5 (cinco) mil, no percentual de 30% (trinta por cento) (Processo 2229913-43.2022.8.26.0000). Percebe-se, como unanimidade, que os valores penhorados, de natureza salarial, são bem distantes dos cinquenta salários protegidos determinados em Lei.

E, rigorosamente, dizer que uma pessoa com salário de R\$ 5 mil, ao sofrer uma penhora na ordem de 30% de suas rendas, não terá sua dignidade e da sua família afetada é, no mínimo, precipitado. A título de comparação, para o Dieese, um salário-mínimo digno seria, em abril de 2023, no valor superior a R\$ 6 (Seis) mil⁵.

É inegável que, para a efetividade da execução e para a posição do credor, a decisão flexibilizadora do STJ é muito positiva, ao viabilizar alcançar patrimônio, antes, protegidos, porém a insegurança jurídica gerada também é perceptível, além da potencialidade de atingir valores que podem comprometer a dignidade do devedor.

Do ponto de vista constitucional, lecionam Eduardo Rocha Dias e Fabiana Costa Lima de Sá sobre ativismo judicial:

Mesmo que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da CRFB/1988, pois o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, conclui-se que, segundo Hesse (1991), não há permissão para os responsáveis por sua interpretação irem além dos limites constitucionais, nem para, em nome da concretização de princípios, chegarem a interpretações que violam a própria Constituição. O Poder Judiciário deve respeitar o limite semântico do texto constitucional, levando em

4 VIDIGAL, Erick. *Novas tendências do Processo Civil*. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2013, pág. 625.

5 <https://sp.cut.org.br/noticias/diesse-salario-minimo-necessario-em-abril-de-2023-deveria-ter-sido-r-6-676-11-2a7c>

conta que quanto maior a consciência de respeitabilidade da Constituição maior a sua força normativa⁶.

Veja que o ativismo judicial, por vezes, ocorre em normas abstratas, onde é possível cogitar interpretações mais flexíveis, abertas, mas não é o caso de uma norma processual objetiva. Tal como dito acima, o Poder Judiciário deve respeitar o limite da Lei, qualquer que seja, respeitando o texto regularmente aprovado pelo Poder competente, qual seja, o legislativo, não devendo se imiscuir em tarefa que não lhe compete, sob pena de vulneração da separação de poderes, tão caro em um Estado Democrático de Direito.

E mais: ao julgar contra a Lei, violando o seu conteúdo normativo, acaba por não realizar a contento seu trabalho, no caso, no Recurso Especial, que é para cuidar para que a norma federal seja obedecida. O que se vê, portanto, nesse assanho judicial, não é ativismo, mas, com as devidas vênias, teratologia hermenêutica.

É certo que deve-se buscar sempre meios eficientes para a satisfação do credor, não se deixando o devedor impune das dívidas regularmente contraídas, como o uso, inclusive, de medidas atípicas de execução, nos termos do art. 139, IV, do CPC, como a retenção do passaporte do inadimplente, mas sempre dentro dos limites legais e não maculando o ordenamento jurídico, relevante para a estabilidade do Estado de Direito.

Conclui-se, assim, que, em regra, o salário, em sentido amplo, é impenhorável, com vistas a garantir a dignidade do devedor, salvo para dívidas alimentares, para qualquer valor, e, para outras dívidas, acima de cinquenta salários-mínimos. Porém, jurisprudência do STJ relativizou, como exceção, o comando legal para autorizar penhoras de valores menores, contanto que respeitado o mínimo existencial do devedor. Seja lá o que for isso, a depender da cabeça de cada juiz, estabelecendo insegurança jurídica, ao contrário da objetividade legal, por meio de conceito jurídico indeterminado, com decisão, a rigor, ilegal.

⁶ DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. RIL Brasília a. 57 n. 225 p. 165-179 jan./mar. 2020, pág 165-179.

A MAIS NOVA PRESTIDIGITAÇÃO DO STF: O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO INEXISTENTE

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 em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios

Quando pensamos que já vimos de tudo a respeito de “releituras”, distorções, “inovações” e, principalmente, desrespeito à lei e à Constituição por aqueles que deveriam ser seus guardiões e não proprietários com uso, gozo e disposição, eis que somos negativamente surpreendidos.

Como se já não bastassem as malversações com relação à extraterritorialidade, atribuição e competência no caso da troca de ofensas verbais e suposta agressão ocorridas no aeroporto italiano, envolvendo o Ministro Alexandre de Moraes, seu filho e uma família brasileira, 7 eis que o Ministro Dias Toffoli defere pedido do colega também Ministro, Alexandre de Moraes, para sua habilitação e de familiares como “Assistentes da Acusação” (sic) nos autos de Inquérito Policial respectivo. 8

Acontece que a figura do Assistente da Acusação somente existe na fase processual e não na fase de investigação. Isso por motivos bem simples de ordem legal e até mesmo semântica.

Em termos legais a figura do Assistente da Acusação é regulada no artigo 268, CPP, “in verbis”:

7 Já tratamos do tema em outro trabalho: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alexandre de Moraes e Confusão no Aeroporto: Análise Jurídica. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/alexandre-de-moraes-e-confusao-no-aeroporto-analise-juridica/1907672393>, acesso em 1º.11.2023.

8 Cf. BORGES, Laryssa. Moraes Vira Assistente de Acusação em Caso de Agressão em Aeroporto. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/moraes-vira-assistente-de-acusacao-em-caso-de-agressao-em-aeroporto>, acesso em 1º.11.2023.

“Art. 268. Em todos os termos **da ação pública**, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31” (negrito nosso).

É visível que o dispositivo legal se refere à intervenção do assistente na fase da “ação penal” e não na “persecução penal” de forma ampla. Ao referir-se à “ação penal”, o dispositivo, obviamente restringe o alcance da assistência à “fase processual”, não abrangendo o Inquérito Policial ou qualquer espécie de investigação criminal prévia.

Como ensina Bonfim:

“Mencionando a lei a ação pública, entende-se que não é possível falar em assistência durante o inquérito policial”. 9

Em mesma senda Marcão:

“Na fase de investigação, não há falar em habilitação de assistente”. 10

Não diverge Badaró:

“Não é possível a intervenção do assistente de acusação durante o inquérito policial. Somente durante a ação penal é que terá cabimento a intervenção do assistente”. 11

O mesmo autor por ultimo mencionado apresenta jurisprudência do próprio STF e de outro E. Tribunal vedando a assistência na fase investigativa (“STF, RT637/311 e TAPR, RT685/351”). Além disso, chama a atenção para a excepcionalidade da assistência no inquérito somente para os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB em casos de envolvimento de advogados. 12 Note-se que no caso dessa exceção legal, não se trata de analogia ou qualquer outra peripécia ou malabarismo jurídico, mas de situação prevista expressamente no artigo 49, Parágrafo Único do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94). Nesse dispositivo legal vigente há menção expressa à atuação de assistência nas fases de “inquérito policial e processos”, bem como de advogados figurando como “indiciados, acusados ou ofendidos”. A norma, por obviedade, não se aplica ao Ministro Alexandre de Moraes atualmente, pois que não é advogado, sendo até mesmo incompatível com o exercício da advocacia em sua atual condição funcional. Da mesma forma não se aplica a

9 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 527.

10 MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 674.

11 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 205.

12 Op. Cit., p. 205.

seus parentes que, ao que se saiba, não são advogados e, mesmo que o fossem, o caso não teve nenhuma ligação com o exercício da advocacia. Novamente não há espaço para analogia, seja porque as condições legais e factuais são totalmente díspares, seja porque a norma é restrita aos advogados em relação às suas funções, seja, finalmente, porque não existem lacunas legais a serem preenchidas. 13

No seguimento, ao se verificar os poderes dados ao assistente, fica ainda mais clara sua incompatibilidade com a fase inquisitiva da persecução penal, pois que lhe seria permitido “requerer perguntas às testemunhas” (artigo 271, CPP), o que é incompatível com o sistema de inquirição do Inquérito Policial, salvo por liberalidade do Delegado de Polícia.

Ademais, se trata de decisão judicial que influi no rumo e no desenvolvimento do processo. O Juiz atua no processo, não no inquérito ou investigação. Nessa fase sua atuação é meramente de controle de legalidade e fiscalização. A invasão judicial no desenvolvimento da investigação criminal viola terrivelmente o Sistema Acusatório e afeta a imparcialidade (inteligência do artigo 273, CPP). Na verdade claramente todo o regramento da assistência da acusação é típico da fase processual, com menção de “intimação” ou “notificação” para atos do processo (artigo 271, § 2º, CPP). Há inclusive preocupação do legislador em regramento eventual recurso do despacho que admite ou não assistente. E a solução dada é pela irrecorribilidade, mas com consignação nos autos do pedido e da decisão (artigo 273, CPP). Ora, não há falar em “recursos” na fase pré – processual!

A Procuradoria Geral da República, como não poderia deixar de ser, manifestou seu inconformismo com a decisão do Ministro Toffoli e ingressou com “Agravo Regimental”, utilizando como fundamento o artigo 39 da Lei 8.038/90 e o artigo 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, os quais tratam genericamente de decisões monocráticas que causem gravame ou prejuízo às partes. 14 No entanto, a

13 Toma-se a liberdade de transcrever o dispositivo do Estatuto da OAB para não deixar dúvidas quanto à sua literalidade:

“Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. **As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB**” (grifo nosso).

14 PROCURADORIA Geral da República. Agravo Regimental n. 1152026/2023. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/10/CF2A463152BE08_manifestacao-pgr.pdf, acesso em 1º.11.2023. Cf. também: AGRESSÃO em Roma: PGR é contra Moraes como Assistente de Acusação. Disponível

prestidigitação é tão terrível que tal recurso pode vir a ser denegado com a simples alegação de que a lei empresta ao deferimento ou não da assistência o caráter *irrecorrível*, nos termos do já mencionado artigo 273, CPP. Isso é algo temível, pois se profere uma decisão errônea, cujo próprio sentido e fundamento equivocados a torna imutável num círculo vicioso jurídico. Estamos diante de uma terra sáfara e hostil à Razão e à Justiça.

Frente a um círculo vicioso e repetitivo na argumentação, restará à PGR e a todos somente a conduta que encerra um debate sem sentido na Câmara Alta britânica. O lorde apresenta a resposta (irônica) final clássica: “Talvez Vossa Excelência tenha razão”. E senta-se. 15 O grande problema é que aqui não se trata de um simples debate de ideias, ainda que em um Parlamento, mas da violação da lei e da Constituição no decorrer de uma Investigação Criminal, o que não permite a mera ironia e desprezo como resposta suficiente. A pergunta é: qual é a saída desse imbróglio criado há tempos por decisões semelhantes?

O remédio deve ser tempestivo, muitas vezes o tratamento atrasado de um mal ocasiona inocuidade das providências, isso parece ser, infelizmente, o que ocorre nesse quadro com os equívocos e abusos reiterados do Judiciário, especialmente em sua Corte Suprema, no Brasil.

Já aduzia Ovídio:

“Rebélate desde el primer instante; la medicina no surte efecto si el mal se agrava con la negligencia”. 16

Ou na versão mais límpida de Tomás de Kempis

“Resiste desde o princípio, que vem tarde o remédio, quando cresceu o mal com a muita demora”. 17

Poder-se-ia objetar dialeticamente que em sendo parca a regulamentação da assistência da acusação no Código de Processo Penal, seria possível aplicar, por uma espécie de analogia, a figura enfocada na fase de investigação. Não obstante, tal

em <https://www.migalhas.com.br/quentes/396168/agressao-em-roma-pgr-e-contra-moraes-como-assistente-de-acusacao>, acesso em 1º.11.2023.

15 AZEVEDO, Hugo de. *Ensaio sobre a Estupidez*. São Paulo: Quadrante, 2023, p. 82.

16 OVÍDIO. *Obras de Ovídio*. Trad. Germán Salinas. Madrid: Librería de Perlado, Páez y Cía, Ebook Scribid, 2023, p. 98.

17 KEMPIS, Tomás de. *Imitação de Cristo*. Trad. Pe. Fleury e Frei Tomás Borgmeier. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 38.

argumento não procede, tendo em vista que a aplicação da analogia pressupõe uma lacuna legal, a falta de uma regulamentação que faz com que o intérprete recorra a norma similar aplicável “mutatis mutandis”. Na fase de Investigação Criminal, a participação tanto do investigado (ainda não acusado) quanto da vítima ou ofendido é regrada pelo disposto expressamente no artigo 14, CPP, com possibilidade de acompanhamento do feito e até requerimento de diligências dirigido à Autoridade Policial. Trata-se de abertura excepcional à ampla defesa e à atuação propositiva dos envolvidos (indiciado e vítima) na fase investigativa. Não se trata da figura do “Assistente da Acusação”. É a isso e somente a isso que se habilita a vítima ou ofendido na fase de Inquérito Policial ou qualquer investigação criminal. Essa atuação *externa ao feito e bastante limitada* é ainda ampliada pelo Provimento 188/18 da Ordem dos Advogados do Brasil que regula a chamada “Investigação Defensiva” e em nenhum momento há a criação de alguma figura que se assemelhe a um “Assistente da Acusação na Fase de Investigação”. A situação é normatizada pelo Código de Processo Penal de maneira expressa e indubitosa, de forma que não há espaço para preenchimento de suposta lacuna mediante analogia alguma. O que faz e tem sido feito reiteradamente pelo STF é uma indevida atuação como “legislador positivo”, seja com relação à legislação ordinária seja até mesmo com referência à Constituição, violando a Separação dos Poderes e o Princípio da Legalidade de forma inadmissível.

Sob o ponto de vista semântico, também é totalmente incabível sequer a aceitação do emprego da expressão “Assistente **da acusação**” na fase de investigação.

O título deste artigo pode parecer ambíguo, mas não o é. Foi escolhido exatamente para expor dois sentidos que não se chocam ou conflitam, mas se completam.

“O Assistente da Acusação Inexistente”: primeiro quer dizer que, como já exposto, jurídica e legalmente não existe a figura do “Assistente da Acusação” na fase pré – processual. Não existe “Assistente da Acusação” no Inquérito Policial ou qualquer outro instrumento de investigação. Em segundo lugar quer dizer que na fase de investigação, “não existe acusação”, não há “acusado”, “réu” ou coisa similar. No máximo se pode falar de um investigado ou indiciado. Então, o título pretende mesmo passar a mensagem de dois sentidos, de uma figura jurídica que não existe (“Assistente da Acusação na Investigação”) e que essa figura jurídica não poderia mesmo existir porque não há “acusação” na fase de investigação, impossibilitando a instituição da “assistência”. Os dois sentidos da frase convivem em simbiose. Não é possível assistir a algo que não existe!

Quando nos referimos a uma nova “prestidigitação” do STF, creio que inadvertidamente usamos do recurso do eufemismo, já que a prestidigitação está ligada à

magia, a meros truques de mágica levados a efeito com habilidades manuais. Na verdade, conforme se vê, o Ministro Dias Toffoli praticou algo como uma “conjuração” de um ente espiritual (“spiritus coniurationis”), criando uma espécie de “assombração jurídica” desprovida de corpo ou concretude. Mas, não precisamos nos preocupar porque se é assim, não existe “Assistente da Acusação na Investigação” e também assombrações não existem...ou existem?

REFERÊNCIAS

AGRESSÃO em Roma: PGR é contra Moraes como Assistente de Acusação. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/396168/agressao-em-roma-pgr-e-contra-moraes-como-assistente-de-acusacao> , acesso em 1º.11.2023.

AZEVEDO, Hugo de. *Ensaio sobre a Estupidez*. São Paulo: Quadrante, 2023.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Laryssa. Moraes Vira Assistente de Acusação em Caso de Agressão em Aeroporto. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/moraes-vira-assistente-de-acusacao-em-caso-de-agressao-em-aeroporto> , acesso em 1º.11.2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alexandre de Moraes e Confusão no Aeroporto: Análise Jurídica. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/alexandre-de-moraes-e-confusao-no-aeroporto-analise-juridica/1907672393> , acesso em 1º.11.2023.

KEMPIS, Tomás de. *Imitação de Cristo*. Trad. Pe. Fleury e Frei Tomás Borgmeier. Petrópolis: Vozes, 2018.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OVÍDIO. *Obras de Ovídio*. Trad. Germán Salinas. Madrid: Librería de Perlado, Páez y Cía, Ebook Scribid, 2023.

PROCURADORIA Geral da República. Agravo Regimental n. 1152026/2023. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/10/CF2A463152BE08_manifestacao-pgr.pdf , acesso em 1º.11.2023.

PRISÃO APÓS CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: POR QUE SAIU DAS PAUTAS DIALÉTICAS DA SOCIEDADE APÓS ÚLTIMA DECISÃO DO STF?

LEONARDO SARMENTO: Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Vimos tratar do tema político, jurídico e social, nessa ordem de importância na forma que foi enfrentado pelas vestes do poder, que ficou esquecido e temos nossas dúvidas se fará parte da história desse país ou será lacrado e sepultado para que jamais se apresente em voga para discussão.

O início da execução da pena após decisão definitiva em segunda instância, entendimento que o Supremo decidiu por maioria de 2016 restou decapitado em novembro de 2019 pelo próprio Supremo por um quórum de 6x5, com repercussão geral, em favor da impunidade, em especial aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, os crimes de colarinho branco.

Desse retrocesso jurídico-moral com repercussões sociais, a elite de poder impediu o desmantelamento do sistema de poder em seu viés carcomido pelos incontáveis desvios de todas as ordens. Político presos, grandes empresários patrocinadores do sistema de desvios de finalidades da boa gestão que estavam presos restaram soltos. A colaboração premiada em boa parte desmoralizada, confissões desprezadas, enfim, o que se pôde fazer nulo em proveito da reintegração do sistema desviado e em desfavor dos princípios da Moralidade e Eficiência se fez e de uma só vez, de uma só tacada.

A partir de agora alguns argumentos que nos dão a tranquilidade na defesa irrenunciável de um passado curtíssimo (2016-2019), que nos deu a esperança do surgimento de um país onde o crime não compensaria como antes, de um país onde o poder não mais conferiria o status de quase "Deus". Traremos os fundamentos que garantem o início da execução da penas transitada a segunda instância como a medida acordada com o espírito democrático da Constituição e com o verdadeiro interesse público republicano.

Como ponto inicial, procurando uma linguagem acessível para comunicarmos com todos, importa destacar, que a análise das provas e dos fatos processuais só devem ocorrer nos dois primeiros níveis do Judiciário, e é neles que se define a responsabilidade criminal dos réus. Os recursos aos tribunais superiores (onerosos e repleto de requisitos) têm um campo de discussão muito mais encurtado, relaciona-se em regra à aplicação técnica das leis, e por isso não deveriam impedir o cumprimento das penas. É no segundo grau de jurisdição que se encontra o devido exaurimento da justiça da decisão no tocante às questões de fato e probatórias. A partir daí são recursos puramente jurídicos, em que se examina se existe alguma nulidade, se foram observados ou cerceados os direitos de defesa. Vale dizer, foram nesses pontos que o Supremo com alguns claros malabarismos jurídicos, muitos destes sem qualquer beleza apta a realçarmos, deu fim à operação Lava Jato e anulou condenações que inclusive já havia sido confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É fato que a Constituição normatiza a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado. Não significa porém, que a Constituição veda a prisão de alguém que foi condenado em primeiro grau e a sentença foi confirmada pelo tribunal em segundo grau.

Na hermenêutica Constitucional as normas constitucionais não se interpretam isoladamente, e sim sistematicamente. A Constituição garante o "due process of law" (devido processo legal), que se faz presente em conformidade com as leis processuais que estabelecem que os recursos ao STJ e ao STF, que **NÃO POSSUEM EFEITO SUSPENSIVO**, e assim autorizam o início do cumprimento da sentença condenatória.

A medida que o processo caminha, por uma questão de lógica jurídica, caso o réu reste condenado em primeira instância e a condenação confirmada em instância, esta colegiada, em segundo grau de jurisdição, a presunção de inocência após a análise de todos os fatos e provas reduziu-se drasticamente. Em nossa opinião, há sim um looping processual, ocasião em que a presunção de não culpabilidade não mais se sustenta. Não podemos desmerecer instâncias jurisdicionais como se fossem protocolar, em especial às instâncias ordinárias que se debruçam no processo para a análise das minúcias dos fatos e provas, instâncias que dão consistência ao processo, para tão apenas iniciar os efeitos processuais de tais decisões quando tribunais superiores observarem se questões de ordem técnica, de nulidades restaram atendidas.

É preciso ao analisar a questão reverberar a repercussão de só permitir o cumprimento de penas após exauridos os recursos nas instâncias superiores, quando cabíveis, a partir de um histórico que se prende em inúmeras circunstâncias por furto famélico e se mantém em liberdade até as instâncias extraordinárias por desvios de centenas de milhões de reais, desvios que impedem muitas vezes a disponibilidade de

verbas suficientes para construções de escolas, hospitais e para garantia do direito de ir e vir do cidadãos em meio à violência aberta de um Estado ausente, ineficiente.

A Constituição é aberta para interpretação, e assim por vontade do poder constituinte originário. Uma norma deve ser interpretada nos termos do espírito sistemático da Constituição e sim, levando-se em consideração a realidade presente da nossa soberania, sob pena de não cumprir de papel neoconstitucionalista de irradiar suas normas para o ordenamento jurídico hierarquicamente inferior nos termos da pirâmide de Kelsen, sob pena de não se conseguir respeitar a supremacia da Constituição por restar interpretada de forma míope e literal sem seu poder persuasivo. A Constituição Brasileira de 1988 foi pensada e realizada pelo Poder Constituição Originário para promover um olhar sistemático para o todo, não podendo se apegar às literalidades que se afiguram incompatíveis com sua interpretação sistemática, e mesmo com a ordem democrática mundial como paradigma, afim de não restarmos isolados e perdermos nossos argumentos democráticos, núcleo fucral fundamental da nossa ordem constitucional.

Pois vejam: a quase totalidade dos países democráticos do mundo autorizam o início da execução da pena após a decisão em primeira instância. O réu é preso e os recursos são possibilitados da cadeia. Assim por exemplo, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Argentina (...). Em algumas dessas soberanias há a possibilidade de fiança á depender do caso concreto e do cumprimento dos requisitos legais.

E veja bem, aqui mencionamos apenas algumas democracias que permitem o início da execução da pena a partir da primeira instância. A decisão degolada de 2016 em 2019 referendada uma ideia mais garantida quando exigia que a decisão de primeira instância fosse confirmada em segunda instância para que tivéssemos uma maior segurança jurídica, para que de fato as questões fáticas e probatórias restassem vistas e revistas pelas instâncias jurisdicionais ordinárias, as com atribuições para tal mister.

Vemos com extremo pesar após o Supremo Tribunal Federal haver entendido pela possibilidade de início de execução da pena após acórdão definitivo em segunda instância, seu retorno ao "status quo" de impunidade contemplando as castas de privilégios. Lamentamos, que o garantismo penal seja utilizado em especial no tribunais superiores, que com o excessivo número de possibilidades recursais procrastinatórias quando não logram êxito através de nulidades processuais extremamente peculiares, em grande parte casuísticas, da mesma forma quando não conseguem arquivamentos de fundamentos "jurídicos" em quase sua essência tomados não pela "fumaça do bom direito", mas pela

"fumaça do cumpadinhamento político", alcançam livramento de seus malfeitos por alguma das formas de prescrição.

Consabido, que a espera do trânsito em julgado para o início da execução da pena não privilegia o cidadão comum. Esse cidadão, que não ostenta meios financeiros para patrocinar seus processos até às Cortes Superiores, tem de forma comezinha seu trânsito em julgado prematuramente, por vezes ainda em primeiro grau de jurisdição, o que denota realidades muito díspares, inclusive no Judiciário, que deveria buscar justiça, ainda que limitado em boa parcela aos autos do processo, entre a grande maioria da população e a minoria encastelada detentora do poder.

A Operação Lava Jato, exterminada pelo Supremo Tribunal Federal por "excessos" rotineiramente praticados no nosso Judiciário e até então permitidos como uma necessidade da prática jurisdicional, como a comunicação entre o magistrado e o promotor para além da audiência, de fato incomodou a política e o poder quando chegou nas mais altas esferas. Passou-se pela primeira vez na história deste país a prender criminosos de colarinho branco. A impunidade dos políticos e grandes detentores do capital financeiro, que alimentam o sistema de poder, começou a se ver ameaçada, desmascarados, e os até então inatingíveis, blindados pelo sistema que funciona na "Praça do Três Poderes" se perceberam vulneráveis.

Desta feita, medidas de sufocamento, em uma união de esforços de todos os seguimentos de poder, conseguiram emudeceu a opinião pública despreparada para o debate e a imprensa por vezes cooptada, por vezes cumprindo seu papel de papagaio sem a capacidade para discernir o joio do trigo, à partir de uma força que poucas vezes na história se viu tão unida e focada nos mesmos objetivos, que girava em torno do retorno ao "status quo" em favor dos aglutinadores do poder.

A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA CRIMINAL PRELIMINAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA PÁTRIAS: A INDEPENDÊNCIA TÉCNICO-JURÍDICA DO DELEGADO DE POLÍCIA COMO COROLÁRIO DO GARANTISMO PENAL

RAMON CEZAR DA CUNHA TEIXEIRA: Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco. Este artigo é um recorte da monografia (trabalho de conclusão de curso) homônima, realizada para a obtenção do título de Especialista em Direito e Penal e Processual Penal pela Faculdade Única. ^[18]

RESUMO: Este artigo científico é o resultado da investigação sobre o papel do delegado de polícia na persecução criminal brasileira. Com o enfoque direcionado, preponderantemente, para a atuação da autoridade policial em compatibilidade com o garantismo jurídico-penal de Ferrajoli, a pesquisa procurou analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria relativas à natureza jurídica da investigação penal preliminar, à apuração criminal dirigida pelo delegado de polícia e à sua independência técnico-jurídica no exercício do cargo. Tomando-se como paradigma uma petição inicial da Procuradoria-geral da República em ADI, o estudo foi edificado em torno da desconstrução da velha doutrina processual penal de rebaixamento do trabalho de polícia judiciária ao “menos”, sempre com o escopo de proporcionar uma releitura do cargo de delegado de polícia à luz da ordem jurídico-constitucional vigente, alinhando-o à proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Garantismo; Investigação Criminal

ABSTRACT: This scientific article results from the investigation on the role of the Police Chief in the Brazilian criminal prosecution. With the attention focused preponderantly on the performance of the police authority in accordance with Ferrajoli's theory of penal guarantees, the research sought to analyze the jurisprudence of the Supreme Federal Court and the precepts concerning the legal nature of the preliminary criminal investigation phase, criminal investigations conducted by the Police Chief and his technical and legal independence in the exercise of the office. Taking as paradigm an initial petition from the Attorney General of the Republic, the study was built around the deconstruction of the old

18 E-mail: ramonteixeira@hotmail.com

penal procedural doctrine of lowering the role of Judicial Police to a “minus”, always with the scope to provide a re-reading of the police authority in the light of the constitutional order, aligning it with the protection of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Fundamental Rights; Penal Guarantees; Criminal Investigation Phase

SUMÁRIO: Introdução; 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.520/SC; 1.1 A independência funcional do delegado para o STF; 1.2 A autoridade policial segundo a PGR; 2. O delegado de polícia na persecução penal brasileira; 2.1 “Omissões do legislador não importam em lacuna”; 2.2 “Carreira jurídica desnatura a sua função policial”; 2.3 “Compete ao MP dirigir as investigações no inquérito”; 2.4 “Não cabe ao delegado emitir qualquer juízo de valor”; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Dentre os princípios mais importantes de um Estado Democrático de Direito, encontram-se o princípio da constitucionalidade, o qual exprime o fundamento daquele na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia; o princípio democrático, que, nos termos constitucionais, há de constituir uma democracia representativa que garanta a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais; e um sistema de direitos fundamentais [19], em muitos casos textualmente reproduzidos nas Constituições nacionais.

O próprio Estado de Direito adveio da necessidade de se impor limites ao Poder estatal em face da liberdade dos indivíduos; daí porque, para Ferrajoli, o Estado (Constitucional) de Direito encontra sinonímia com o “garantismo”, já que, mais do que um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, trata-se de um Estado nascido com as Constituições modernas e caracterizado, no plano material, pela “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade [...]” [20].

Ferrajoli, a propósito, bastante associado à teoria do garantismo jurídico-penal por ser, justamente, um dos seus maiores expoentes, apregoou que a função específica das garantias no direito penal é deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal, e

19 SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

20 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687-688.

que, para que um sistema normativo-penal possa ser considerado “garantista”, faz-se necessária a observância de dez “princípios axiológicos fundamentais” ou “axiomas” [21].

Sem a pretenciosa ambição de *esgotar* um tema tão intrincado, será possível observar ao longo do presente trabalho que, dos dez axiomas ferrajolianos, ao menos dois possuem uma particularmente visceral relação, no âmago da persecução penal, com o trabalho investigativo criminal a cargo das chamadas polícias judiciárias no Brasil: o princípio da lesividade (correspondente ao brocardo latino *nulla necessitas sine injuria*) e o princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*).

Este último pode ser compreendido, antes de tudo, como uma repelência à responsabilidade penal objetiva, isto é, apenas decorrente do liame causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo (ou de perigo) sobre um bem jurídico tutelado pela lei substantiva. Assim, segundo Ferrajoli, por exigir o elemento subjetivo do delito [22]:

“[...] nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer”. (grifo nosso).

Quanto ao primeiro, leciona Bitencourt que apenas “se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” [23]. Ou, de acordo com o próprio Ferrajoli, o princípio da lesividade “atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais

21 Ibidem, p. 74-75. São eles, segundo o referido autor: “1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido *lato* ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade”.

22 Ibidem, p. 390.

23 BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. I. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

profundas”, afetando “os delitos de bagatela, que não justificam a existência nem do processo penal nem da pena” [24].

A aludida relação entre esses princípios axiológicos fundamentais – e, por extensão, o próprio garantismo jurídico-penal – e o objeto de estudo no presente trabalho acadêmico ganha uma especial relevância após os recentes julgamentos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.520/SC e 5.536/AM.

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.520/SC

1.1 A independência funcional do Delegado para o STF.

No julgamento da suprarreferida ADI 5.520/SC, a Corte Suprema foi instada a decidir sobre a impugnação da constitucionalidade, sob os aspectos formal e material, de emenda constitucional do Estado de Santa Catarina que tanto teria inserido o cargo de delegado de polícia no rol das carreiras jurídicas típicas de Estado, como lhe conferido textualmente a chamada “independência funcional” [25]. Assim decidiu o STF [26]:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 61/2012 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATRIBUIÇÃO DE STATUS DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL AO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO, NO PROCESSO LEGISLATIVO, DO

24 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 382.

25 “Art. 106. A Polícia Civil, dirigida por delegado de polícia, subordina-se ao Governador do Estado, cabendo-lhe:

[...]

§ 4º O cargo de Delegado de Polícia Civil, privativo de bacharel em Direito, exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, vedada a vinculação a quaisquer espécies remuneratórias às demais carreiras jurídicas de Estado. (*Redação do § 4º, incluída pela EC n. 61/2012*).

§ 5º Aos Delegados de Polícia Civil é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária. (*Redação § 5º, incluída pela EC n. 61/2012*)”.

BRASIL. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html>. Acesso em: 21 set. 2019

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de status de função essencial à justiça e de independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.520/SC**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 06 set. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341197199&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

GOVERNADOR DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL (CF, ART. 144, §6º). PROCEDÊNCIA. 1. A Emenda Constitucional 61/2012 de Santa Catarina conferiu status de carreira jurídica, com independência funcional, ao cargo de delegado de polícia. Com isso, alterou o regime do cargo e afetou o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo, o que viola a cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “c”, extensível aos Estados-Membros por força do art. 25 da CF). 2. O art. 144, § 6º, da CF estabelece vínculo de subordinação entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis, em razão do que a atribuição de maior autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias civis estaduais, mesmo que materializadas em deliberações da Assembleia local, mostra-se inconstitucional. 3. Ação direta julgada procedente”. (grifo nosso).

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes (Relator) assinalou que [27]:

“No particular, a emenda constitucional apreciada (EC 61/2012) conferiu status jurídico e independência funcional ao cargo de delegado de polícia. Com isso, não apenas rompeu com o regime funcional que caracteriza a atividade policial no texto da Constituição Federal, mas também repercutiu drasticamente sobre o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo – atingindo em cheio o traço de subordinação que, segundo a linguagem da CF, deve caracterizar a relação dos Governadores de Estado com o comando das polícias civis [...]

[...] não é possível desconsiderar que, com a concessão de independência funcional à classe de servidores que exerce o comando da polícia civil estadual, poderão surgir pretensões de autonomia que não são compatíveis com a instituição policial.

Ao interpretar o sentido e o alcance do art. 144, § 6º, da CF, o Tribunal definiu ser ele expletivo de um indeclinável traço hierárquico de subordinação, a ser obrigatoriamente reproduzido pelas ordens

27 Ibidem.

jurídicas locais na relação por elas estabelecida entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis. [...]

Para o bem e para o mal, o modelo formatado pelo texto federal atribui ao gestor máximo do Poder Executivo local a prerrogativa (e a correspectiva responsabilidade) pela estruturação dos órgãos locais de segurança pública, pelo seu planejamento operacional e também pela definição do grau de prioridade que os programas e ações governamentais a ela relacionados devam ter dentro do esquadro orçamentário do respectivo Estado-Membro". (grifo nosso).

Não se há que fazer, portanto, maiores ressalvas ao *decisum* em questão. Parece apropriado ao ordenamento jurídico-constitucional vigente o argumento de que, perante a concludente subordinação institucional das Polícias Civas aos Governadores dos Estados – por mais que, alegadamente, seja bastante inadequada, em termos orgânicos, ao desejável modelo de uma polícia judiciária de Estado (e não de governo) –, seria inconstitucional confiar ao cargo de delegado de polícia, em sentido diametralmente oposto, a chamada independência funcional, ainda que com a importante aspiração de se minimizar possíveis interferências políticas no desempenho de seu múnus público.

Para os delegados de polícia, dita independência funcional, em termos de alcance e extensão, poderia consistir não apenas num atributo que cada um dos servidores em questão teria ao exercer as suas funções em face de outros servidores da mesma instituição, mas também significar a liberdade que os ocupantes do cargo teriam de exercer o seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis – ao que Mazzilli nomina *autonomia* funcional [28].

Quanto ao alegado *status* de carreira jurídica típica de Estado tido como conferido pela norma constitucional impugnada, a qual na realidade reconheceu, *ipsis litteris*, ao cargo de delegado de polícia o exercício de "atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica", o STF enxergou o rompimento do regime funcional que caracteriza a atividade policial no próprio texto da Constituição da República. Em termos práticos, o artigo 127 da CRFB, que disciplina o Ministério Público no âmbito das funções essenciais à justiça, foi substancialmente reproduzido em dispositivo estadual

28 MAZZILLI, Hugo. Princípios institucionais do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AMP/RS, n. 73, jan-abr 2013, p. 9 e ss. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

relativo a uma carreira típica de Estado topograficamente submetida, na Lei Maior, à disciplina da segurança pública (art. 144) [29].

Em igual sentido, no julgamento da ADI 5.536/AM [30], também de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o STF decidiu pela inconstitucionalidade, nas vertentes formal e material, de emenda constitucional do Estado do Amazonas que tanto estabeleceu o cargo de delegado de polícia entre as carreiras jurídicas, como conferiu à classe de servidores em comento a independência funcional no exercício de suas obrigações [31].

29 "TÍTULO IV - DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

[...]

CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

SEÇÃO I - DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

TÍTULO V - DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

[...]

CAPÍTULO III - DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

IV - polícias civis;

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares". (grifo nosso).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de isonomia com as demais carreiras jurídicas e independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.536/AM**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 set. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960547>>. Acesso em: 29 set. 2019.

31 "Art. 115. À Polícia Civil, instituída por Lei como órgão permanente, estruturada em carreira, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, em atividade, com no mínimo 10 (dez) anos de efetivo exercício no cargo, incumbe, ressalvada a competência da União:

Ora, se não haveria maiores controvérsias apontadas, na presente pesquisa acadêmica, em face das citadas decisões da Magna Corte do país, então quais poderiam ser os aspectos relevantes e merecedores de estudo no âmbito das ciências jurídicas, destacáveis da analisada ADI 5.520/SC (e, pelos mesmos fundamentos, da ADI 5.536/AM)? Passa-se, desta maneira, à análise da concernente petição inicial – da lavra do então Procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros –, esta, sim, bem acometida de argumentos discutíveis.

1.2 A autoridade policial segundo a PGR.

Segundo a inicial da ADI 5.520/SC [32]:

“O conjunto normativo formado pelos §§ 4º a 5º do art. 106 da Constituição catarinense desnatura a função policial, ao equiparar indevidamente a carreira de delegado de polícia às carreiras jurídicas, como a magistratura judicial e a do Ministério Público, com o intuito de aumentar a autonomia da atividade policial e, muito provavelmente, para atender a interesses corporativos dessa categoria de servidores públicos.

[...]

[...]

§ 1º A direção da Polícia Civil será exercida, privativamente, por um Delegado de Polícia de carreira, com o título de Delegado Geral de Polícia, nomeado em comissão pelo Governador do Estado. *(Redação do § 1º, incluída pela EC n. 82/2013).*

[...]

§ 3º Aos Delegados de Polícia integrantes das carreiras jurídicas do Estado, é assegurada a isonomia com as demais carreiras jurídicas e a independência funcional no exercício do cargo, garantindo-lhes: *(Parágrafo e alíneas “a” a “c” com redação da EC n. 82/2013).*

a) vitaliciedade, que será adquirida após 03 (três) anos de efetivo exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; e

c) irredutibilidade de vencimentos”. BRASIL. **Constituição do Estado do Amazonas de 1989**. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/CEAM-Atualizada-ate-EC-96-de-2017.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

32 BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4979565>>. Acesso em: 21 set. 2019.

Da interpretação dessas normas, constata-se que a Constituição do Brasil, ao tratar da polícia civil, não atribuiu à carreira de delegado de polícia o perfil nem a autonomia pretendidos pela Constituição do Estado de Santa Catarina. Esta, no art. 106, §§ 4º e 5º, indevidamente definiu como essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica a atuação da Polícia Civil, categorizou como carreira jurídica a de delegado de polícia, e atribuiu-lhe independência funcional nos atos de “polícia judiciária”.

A falta de previsão constitucional sobre a (inexistente) natureza jurídica da função policial constitui típica e evidente hipótese de silêncio eloquente, ou seja, certas omissões do legislador não importam em lacuna, mas significam decisão do legislador de não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo, de forma que não é cabível aplicação de analogia.

Quando o poder constituinte o quis, previu expressamente prerrogativas e garantias para carreiras, e o fez em abundância, por sinal, e definiu, como funções essenciais à justiça, as atividades adequadas a tanto. Não há espaço para inovação nessa matéria pelo poder constituinte decorrente, que deve respeitar o tratamento constitucional, em razão do princípio da simetria e da própria natureza das coisas.

[...]

Deve a emenda constitucional ser interpretada levando em conta a natureza da função policial, sua finalidade no processo penal e a função constitucional do Ministério Público no sistema processual penal brasileiro, à luz do art. 144, acima transcrito, e dos incisos I e VIII do art. 129 da Constituição da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

VIII – requisitar, diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...].

Em consequência desses dispositivos constitucionais e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a chamada “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Vale lembrar que, no plano do direito legislado infraconstitucional, pelo menos desde o Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial nunca foi indispensável para o Ministério Público promover ação penal, segundo prevê seu art. 39, § 5º, o que foi igualmente reconhecido pela Suprema Corte no inquérito 1.957.

[...]

Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão ao qual caberá, se for o caso e de acordo com seu exclusivo critério, ofertar a imputação ao juiz.

[...]

No julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, cujo objeto consiste na Resolução 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro ROBERTO BARROSO observou que “[a] titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial”.

[...]

Nesse contexto, a emenda constitucional impugnada atinge diretamente o poder requisitório conferido pela Constituição da República ao Ministério Público na condução de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios, pois permite que delegado de polícia, com fundamento em supostas independência funcional e natureza jurídica da carreira, descumpra requisições dos membros do

MP. Não se trata de argumento *ad terrorem*, pois, mesmo atualmente, não têm sido raros episódios em que delegados de polícia se recusam a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público, sob argumentos de independência, autonomia e similares.

[...]

Partindo-se dessa inquestionável premissa, observa-se que o inquérito policial tem natureza unidirecional, **de modo que não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.** A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.

[...]

Independência funcional significa possibilidade de formação de juízo valorativo acerca de fatos e normas e atuação livre de interferência e determinações superiores

[...]

Essa descabida “independência funcional” da polícia igualmente ensejará desvio de finalidade, perda de eficiência na ação estatal e tumulto processual, pois, na hipótese de delegado de polícia entender ausentes elementos de prova ou haver óbice jurídico à acusação e formular despachos com análises jurídicas nessa direção, essas impertinentes considerações serão, de forma inevitável, brandidas por futuros denunciados e réus para abalar a imputação ministerial.

[...]

Não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e provas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo. O relatório de encerramento de inquérito policial, a que se refere o Código de Processo Penal, deve ser simples

indicação das diligências (“relatório do que tiver sido apurado” – CPP, art. 10, § 1º), não avaliação jurídica sobre a *opinio delicti*.

[...]

Ao levar delegados de polícia a exercer “independência funcional” e “livre convicção”, a emenda desnatura a função policial e **os faz depender tempo em análises jurídicas que lhes são alheias e serão inúteis para futura ação penal** (quando não a prejudicar por tumulto processual), extraviando-os da função investigatória que lhes é própria.” (grifo nosso).

Canhestros tentames de diminuição institucional dos trabalhos de polícia judiciária e de desvalorização funcional do cargo de delegado de polícia à parte, serão na sequência do trabalho acadêmico analisados os argumentos acima grifados, a maioria dos quais não assimilados e reproduzidos pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da respectiva decisão.

2. O DELEGADO DE POLÍCIA NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

2.1 “Omissões do legislador não importam em lacuna”.

A primeira alegação supragrifada [33], digna de um verdadeiro checape, remonta, inevitavelmente, ao julgamento do RE 593.727/MG, com repercussão geral, por meio do qual foi finalmente estabelecido que ao Ministério Público brasileiro também caberia, além de suas respectivas potestades institucionais constitucionalmente explicitadas, a condução de investigações criminais preliminares, com fundamento – veja-se –, justamente, na “teoria dos poderes implícitos” [34].

No entender do Ministro Cezar Peluso (Relator), “[...] vê-se, à margem de qualquer dúvida razoável, que a Constituição não conferiu ao Ministério Público a função de apuração preliminar de infrações penais, de modo que seria fraudá-las todas (*fraus constitutionis*) extrair a fórceps tal competência à leitura isolada do disposto no inc. IX do art. 129 [...]” [35] (grifo nosso). De tal modo, ele votou por admitir que o Ministério Público possa, sim, promover atividades de investigação criminal como medida preparatória para a promoção de ação penal, sempre sob condições excepcionais – as quais ele próprio não

33 Ibidem.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Poderes de investigação do Ministério Público: constitucionalidade, por maioria. **RE 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307671331&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

35 Ibidem.

vislumbrou *in casu*, razão por que deu provimento ao recurso e deliberou pela decretação da nulidade, *ab initio*, do processo crime originário.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes expressou que, em seu entendimento, as investigações criminais realizadas diretamente pelo Ministério Público devem ser, “[...] necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia”. Assim, para o referido Ministro, “[...] só se justifica constitucionalmente o exercício da função investigativa, por quem não possui essa função constitucional precípua, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário dessa atividade” [36] (grifo nosso).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio assim decidiu [37]:

“As normas que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Carta Federal – são bem claras ao descreverem-nas. Em nenhuma delas, pode-se concluir estar autorizada a investigação criminal, ao contrário. Ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, atribuir o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, o constituinte evidenciou a opção de não permitir que o Ministério Público proceda à investigação criminal, e sim zele pela lisura das atividades policiais e cuide para que a apuração possa ser concluída de forma a viabilizar a futura ação penal.” (grifo nosso).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, assinalou que “o poder de investigar, em sede penal, também compõe a esfera de atribuições institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição da República”. E rematou [38]:

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

“Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público” (grifo nosso).

A respeito da “teoria dos poderes implícitos”, esta foi projetada ao caso em estudo sobretudo porque, no âmbito do julgamento do RE 593.727/MG, a fundamentação jurídica acolhida foi pela sua consagração, de modo a estender ao Ministério Público a potestade de conduzir, por autoridade própria, investigações penais, a despeito da incontestável ausência de tão relevante função institucional no texto formal da Constituição [39] [40], mas no julgamento da ADI 5.520/SC a Procuradoria-geral da República se valeu de argumento em sentido diametralmente oposto, sinalizando que a inexistência de natureza jurídica na função “policial” (*i. e.*, investigativa criminal), à luz do texto constitucional, seria

39 “No Direito norte-americano, a teoria dos poderes implícitos propugnava pela ampliação dos poderes do Executivo [...], ao entendimento de que a Constituição, em relação àquele Poder, não era exaustiva, daí decorrendo a possibilidade de se atribuir uma leitura mais ampla que as tarefas enunciadas na Carta Política (*Myers v. United States*). Embora sob outro viés, a aludida doutrina não deixa de caminhar na mesma direção: tratando-se de finalidades (tarefas) atribuídas a determinado Poder Público, há de se lhe possibilitar o seu cumprimento efetivo”. OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 85-86. Deste modo, dita teoria consagraria o aforismo de “quem pode o mais, pode o menos”, aqui significando que, de o órgão do Ministério Público pode “o mais”, que seria a proposição da ação penal, então pode “o menos”, que corresponderia a promover investigações criminais visando a fundar a sua *opinio delicti*.

40 “Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é a de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que ‘quem pode o mais pode o menos’. Se esse prólogo tem algum valor no campo de direito privado, não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer urna tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal, conferem esta à polícia judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas”. SILVA, José. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, 2004, pp. 377.

uma omissão não lacunosa do legislador, decidido a “não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo” [41].

Mas será mesmo?

2.2 “Carreira jurídica desnatura a sua função policial”.

O segundo argumento merecedor de destaque jaz na alegada “desnatura da função policial” quando, afirmativamente com o escopo de “aumentar a autonomia da atividade policial”, promoveria uma “equiparação indevida” da carreira de delegado de polícia às carreiras ditas jurídicas [42]. Mas, afinal, o que seriam “carreiras jurídicas”? Seriam – apenas e tão somente – aquelas disciplinadas na Constituição da República no capítulo das “funções essenciais à justiça”?

Para que se possa responder, fundamentadamente, aos questionamentos apresentados, é previamente necessário considerar que a mera abrangência da assertiva quanto a uma hipotética “desnatura da função policial” (apenas) por se reconhecer à atividade do delegado de polícia, na condução de investigações penais, uma característica não só técnico-científica, mas também jurídica, clama, *per se*, por breves apontamentos quanto ao modelo policial brasileiro.

A Constituição da República de 1988 discerniu, no supracitado artigo 144, as funções básicas da atividade policial, atribuindo-as textualmente a determinados órgãos de segurança pública de acordo com a sua natureza e o ente federativo [43]. Ressalvadas,

41 BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

42 Ibidem.

43 “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

aqui, as particularidades inerentes aos órgãos policiais da União, a exemplo da Polícia Federal, à qual incumbe, dentre outras missões institucionais, exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, é no âmbito do modelo dicotômico dos Estados que o sistema policial pátrio demonstra todo o apreço do constituinte originário pela *especialização* policial [44].

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios [...]. (grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, op. cit.

44 É natural imaginar que parcela significativa da população tentará recorrer prontamente ao cardiologista – o médico especializado no estudo e no tratamento do coração e das doenças a ele relacionadas –, e não ao chamado clínico geral, quando acometido de uma patologia cardíaca grave. Igualmente adequado é observar que o engenheiro de produção, o advogado criminalista, o ortodontista, o fisioterapeuta esportivo, o físico nuclear e o próprio cardiologista têm em comum o fato de que são todos *especialistas* em suas respectivas áreas de atuação profissional.

Não é diferente no serviço público brasileiro. A título de exemplo, o Poder Judiciário da União conta não apenas com a chamada *Justiça Especializada*, composta pela Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, mas também com a Justiça Federal (comum), a qual dispõe, por seu turno, de *Varas especializadas* (v. g., Tributárias, Ambientais, Previdenciárias, etc.).

Isso porque especializar atividades, afinal de contas, consiste em um meio evidente de atender à almejada *eficiência* – princípio constitucional expresso da administração pública –, levando a cabo a máxima “*quem quer fazer tudo, acaba não fazendo nada direito*”. Assim, pode-se inferir, à luz do sistema constitucional, que as polícias civis são integradas por *especialistas* nas funções de polícia judiciária e na investigação de crimes, ao passo que as polícias militares são compostas por *especialistas* em policiamento ostensivo e na preservação da ordem pública.

Tratam-se as polícias civis e as polícias militares, em apertada síntese, de instituições policiais bicentenárias, cujas atribuições orgânicas se encontram devidamente explicitadas no texto constitucional; de um lado, polícias de natureza e regime jurídico civis, voltadas à apuração penal e à constituição dos processos judiciais, e, de outro, organizações policiais de cunho castrense, destinadas ao policiamento ostensivo e à preservação da ordem pública.

Analisando-se a questão sob uma ótica ainda mais palpável, tem-se que a preservação da ordem pública, atividade cá inerente a órgãos de policiamento ostensivo, e a atribuição investigativa, típica de nossas polícias judiciárias – para as quais há os correspondentes concursos públicos para cargos de provimento efetivo –, são papéis *complementares*, porém tão distintos entre si como as funções acusadora e judicante, guardadas as devidas proporções. Este é o modelo brasileiro, bem como cada país do mundo, naturalmente, possui o seu próprio [45].

45 O sistema policial norte-americano conta com *milhares* de organizações policiais, em superposição, no âmbito dos municípios, dos condados e dos estados, além do próprio Executivo federal. O modelo inglês, por seu turno, contabiliza *quarenta e três* forças policiais territoriais – das quais *quatro* são galesas – geridas por autoridades policiais eleitas (*Police and Crime Commissioner*), além de forças policiais especiais (*Special Police Forces*), estas sem delimitação territorial. Importante é ressaltar que não se pode falar em um sistema britânico de polícia – Escócia, pertencente ao Reino Unido, amalgamou algo recentemente *oito* forças policiais territoriais em uma só agência nacional (*Police Service of Scotland*).

O sistema policial espanhol dispõe, nacionalmente, do Corpo Nacional de Polícia (*Cuerpo Nacional de Policía*), instituição de natureza civil subordinada ao Ministério do Interior, e da Guarda Civil (*Guardia Civil*), a qual, apesar do nome, tem natureza militar; além disso, conta com órgãos policiais em níveis regional e local. Já o modelo francês adotou duas forças policiais: a Polícia Nacional (*Police Nationale*), uma organização de estatuto civil, e a Guarda Nacional (*Gendarmerie Nationale*), instituição de caráter militar, ambas ligadas ao Ministério do Interior. Na Itália, por outro lado, há nada menos do que cinco forças de segurança, entre as quais a Arma dos Carabineiros (*Arma dei Carabinieri*), de natureza militar e ligada ao Ministério da Defesa, e a Polícia do Estado (*Polizia di Stato*), de estatuto civil e vinculada ao Ministério do Interior.

A esses, se poderiam somar os sistemas português, canadense, australiano, argentino, chileno e – entre incontáveis outros – o brasileiro, apenas para ilustrar que existem tantos modelos policiais quanto há países espalhados pelo mundo, pois que *todos* foram concebidos, em dado contexto histórico, dentro de suas próprias realidades social e jurídica.

Isso posto, é preciso compreender, então, em que consistiria a realização de uma atividade profissional de cunho jurídico. Neste sentido, o próprio Conselho Nacional de Justiça [46] estabelece a definição de *atividade jurídica*. Veja-se [47]:

“Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1º, alínea “i”:

I - aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II - o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

III - o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV - o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;

V - o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios”. (grifo nosso).

Portanto, no tocante à natureza da atividade exercida pelo delegado de polícia, vê-se que se trata de um cargo para cujo ingresso se exige, em *todas* as polícias judiciárias do país, bacharelado em Direito [48], e, em algumas dessas instituições, prévia experiência

46 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (mais conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”), e é um órgão interno do Poder Judiciário, não estando investido, contudo, de função jurisdicional – seu âmbito de atuação se encontra no campo administrativo, uma vez que foi concebido com o propósito de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, tendo suas funções expressamente regidas pelo texto constitucional republicano (art. 103-B, § 4º, incisos).

47 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 75**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=100>>. Acesso em: 27 set. 2019.

48 ACRE: art. 72, *caput*, da Lei Complementar n. 129, de 22 de janeiro de 2004; ALAGOAS: art. 40, *caput*, da Lei n. 3.437, de 25 de junho de 1975; AMAPÁ: art. 29, § 1º, da Lei n. 883, de 23 de março de 2005; AMAZONAS: anexo III da Lei n. 2875, de 25 de março de 2004; BAHIA: art. 46, § 2º, da Lei n. 11.370, de 04 de fevereiro de

jurídica ou policial [49], integralmente conforme o inciso I do artigo 59 da Resolução nº 75/2009 do CNJ; ademais, em perfeita harmonia com o inciso III do mesmo artigo, não há margem a dúvida de que do delegado de polícia se exige, no exercício de seu cargo, o uso preponderante e continuado do conhecimento jurídico – condição *sine qua non* para o ingresso na carreira – que detém.

No mesmo sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal; no julgamento da ADI 3.460/DF, o Ministro Carlos Ayres Britto (Relator) assim se manifestou [50]:

“Atividade jurídica’, então é fraseado significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de bacharelado em Direito. A formal obtenção de conhecimentos que são o próprio núcleo ou a própria grade curricular do curso superior de ciência jurídica. Conhecimentos, além do mais, aplicados [...] em atividade ou

2009; CEARÁ: anexo I da Lei n. 12.387, de 09 de dezembro de 1994; DISTRITO FEDERAL: art. 5º, § 1º, da Lei Federal n. 9.264, de 7 de fevereiro de 1996; ESPÍRITO SANTO: art. 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 844, de 15 de dezembro de 2016; GOIÁS: art. 48, § 1º, da Lei n. 16.901, de 26 de janeiro de 2010; MARANHÃO: anexo III da Lei n. 8.508 de 27 de novembro de 2006; MATO GROSSO: art. 122, § 1º, da Lei Complementar n. 407, de 30 de junho de 2010; MATO GROSSO DO SUL: art. 46, inc. I, da Lei Complementar n. 114, de 19 de dezembro de 2005; MINAS GERAIS: art. 46, § 3º, da Lei Complementar n. 129, de 08 de novembro de 2013; PARÁ: art. 30, *caput*, da Lei Complementar n. 22, de 15 de março de 1994; PARAÍBA: art. 251, inc. I, da Lei Complementar n. 85, de 12 de agosto de 2008; PARANÁ: art. 14, § 1º, da Lei Complementar n. 14, de 26 de maio de 1982; PERNAMBUCO: art. 2º, *caput*, da Lei Complementar n. 317, de 18 de dezembro de 2015; PIAUÍ: art. 25, inc. I, da Lei Complementar n. 37, de 09 de março de 2004; RIO DE JANEIRO: art. 21, inc. I, da Lei n. 3.586, de 21 de junho de 2001; RIO GRANDE DO NORTE: art. 41, § 2º, inc. IV, da Lei Complementar n. 270, de 13 de fevereiro de 2004; RIO GRANDE DO SUL: art. 10, *caput*, da Lei n. 7.366, de 29 de março de 1980; RONDÔNIA: art. 146, § 3º, da Constituição do Estado; RORAIMA: art. 46, inc. VI, “a”, da Lei Complementar n. 55, de 31 de dezembro de 2001; SANTA CATARINA: art. 262 da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986; SÃO PAULO: art. 4º, inc. I, da Lei Complementar n. 1.152, de 25 de outubro de 2011; SERGIPE: art. 127, § 2º, da Constituição do Estado; TOCANTINS: anexo III da Lei n. 2.314, de 30 de março de 2010; UNIÃO (Polícia Federal): art. 2º-B, da Lei Federal n. 9.266, de 15 de março de 1996.

49 AMAZONAS: anexo III da Lei n. 2875, de 25 de março de 2004; DISTRITO FEDERAL: art. 5º, § 1º, da Lei Federal n. 9.264, de 7 de fevereiro de 1996; ESPÍRITO SANTO: art. 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 844, de 15 de dezembro de 2016; PERNAMBUCO: art. 2º, *caput*, da Lei Complementar n. 317, de 18 de dezembro de 2015; RONDÔNIA: art. 146, § 3º, da Constituição do Estado; SÃO PAULO: art. 4º, inc. II, da Lei Complementar n. 1.152, de 25 de outubro de 2011; UNIÃO (Polícia Federal): art. 2º-B, da Lei Federal n. 9.266, de 15 de março de 1996.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Resolução n. 35/2002, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ação improcedente. **ADI 3.460/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 31 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464552>>. Acesso em: 26 set. 2019.

função que o Direito categorize como privativas daqueles que, justamente, se diplomem em curso superior de Direito.

[...]

Há exceções, reconheço, nesse plano de preparo técnico para a solução de controvérsias. E elas estão, justamente, nas atividades policiais e de natureza cartorária. É que a Constituição mesma já distingue as coisas. Quero dizer: se a atividade policial diz respeito ao cargo de delegado, ela se define como de caráter jurídico [...] Isto porque: a) desde o primitivo § 4º do art. 144 da Constituição que o cargo de delegado de polícia é tido como equiparável àqueles integrantes das chamadas 'carreiras jurídicas'". (grifo nosso).

Ainda na Corte Suprema, por ocasião do julgamento da ADI 761/RS, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, foi reconhecida como constitucional a vinculação de aumentos e a equiparação remuneratória das carreiras de delegado de polícia e procurador do Estado, em aplicação ao princípio da isonomia (à luz do original artigo 241 da Constituição); considerou, todavia, ofensiva à Constituição a norma estadual quando de correspondente equiparação, aos procuradores do Estado, dos oficiais da polícia castrense sul-riograndense, asseverando ser impossível "reconhecer à carreira dos oficiais de Polícia Militar atribuições sequer assemelhadas às da carreira jurídica de procurador de Estado" [51] (grifo nosso).

Semelhante constatação é realizada no âmbito doutrinário. Como bem assinalou Pinto [52]:

"Deve-se recordar que o delegado de polícia possui, obrigatoriamente, formação jurídica e assume as funções que lhe são inerentes mediante a aprovação em concurso público, tal qual juízes, promotores e demais membros das chamadas carreiras jurídicas. Inexiste, outrossim, qualquer subordinação hierárquica entre o delegado de polícia, o

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.696, de 24 de julho de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de excluir a interpretação que possibilite a aplicação do dispositivo aos oficiais da Polícia Militar do Rio Grande do Sul. **ADI 761/RS**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 30 set. 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1543885>>. Acesso em: 26 set. 2019.

52 PINTO, Ronaldo. **Da possibilidade do delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico**. Migalhas, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048-Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>>. Acesso em: 26 set. 2019.

promotor de justiça e o juiz de direito. Essas impressões são reforçadas pela Lei 12.830/2013, que, em seu art. 2º, identifica as funções de polícia judiciária como de natureza jurídica e determina que ao delegado de polícia seja dispensado 'o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados' (art. 3º)". (grifo nosso).

Nicolitt vai além. Segundo o autor, a função de polícia judiciária, a despeito de não figurar, topograficamente, no capítulo das "funções essenciais à justiça" na Constituição da República, implicitamente consiste, verdadeiramente, em função essencial à justiça, por fortalecer o sistema acusatório, uma vez que as polícias judiciárias têm na apuração de infrações penais a sua missão precípua, ao passo que o magistrado está desprovido, nesse modelo, da função investigativa na busca pela verdade dos fatos [53]. Tourinho Filho assinala que não há diferença entre o *status* das convicções jurídicas manifestadas por operadores do Direito, os quais possuem igual formação jurídica, manifestadas num mesmo patamar – apenas em momentos distintos [54].

Lima, com ênfase, remata: "se levarmos em consideração que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito (Lei nº 12.830/13, art. 3º) e que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura de auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é no mínimo estranho admitir que o exercício de tais funções não tenha natureza jurídica" [55] (grifo nosso).

Uma vez estabelecida, com alicerce no sistema constitucional, a natureza jurídica da atividade desempenhada pelo delegado de polícia, é forçoso ressaltar que o mister do cargo engloba as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais conduzida pela autoridade policial, legalmente assentadas não apenas como de natureza jurídica, mas igualmente essenciais e exclusivas de Estado, na forma do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 [56].

53 NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

54 TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336.

55 LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 181.

56 BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

2.3 “Compete ao MP dirigir as investigações no inquérito”.

O terceiro ponto invocado da inicial em questão remete, grosso modo, ao papel do investigador policial e, por extensão, à *finalidade* da própria investigação criminal preliminar no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que expressamente assinalado naquela peça exordial que “compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal” (grifo nosso) – inclusive as investigações policiais, “a serem realizadas no inquérito” policial, este o principal procedimento apuratório formal a cargo das polícias judiciárias no Brasil – , sob a alegação de que o poder requisitório do *Parquet* (art. 129, inc. VIII, da CRFB) encontraria alguma *sinonímia* com a condução “de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios”, acrescentando, neste ponto, que delegados de polícia, não raramente, estar-se-iam recusando “a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público” sob justificativas de autonomia, independência funcional e afins [57].

Alguns comentários necessitam ser aqui tecidos a respeito do parágrafo antecedente, sendo o primeiro deles relacionado ao poder requisitório do Ministério Público, por meio do qual o órgão ministerial, no desempenho de sua *função fiscalizatória*, terá a potestade de requisitar do delegado de polícia – na qualidade de autoridade policial – a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias [58] [59].

De acordo com Gomes e Scliar, com fundamento na própria Constituição, o poder requisitório do *Parquet* é limitado “pela necessidade de fundamentação de suas manifestações e pela ampla discricionariedade que tem o delegado de polícia na condução do apuratório, tendo plena autonomia técnica e tática na direção da investigação, podendo por isso mesmo rejeitar, sempre fundamentadamente, requisições impertinentes, desarrazoadas ou apresentadas a destempo” [60]. Destarte, o delegado de

57 BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

58 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, op. cit.

59 Vale o registro de que, para alguns doutrinadores, a requisição judicial seria incompatível com o sistema acusatório e, por essa razão, apenas o Ministério Público poderia proceder, privativamente, à requisição (e somente nos crimes de ação penal pública), por força do art. 129, inc. I, da Constituição da República. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

60 GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Jusbrasil, out. 2008. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 29 set. 2019.

polícia estaria, de fato, vinculado ao cumprimento da requisição, porém esta não é e nem pode ser equiparada a uma *ordem*, “pois nem o representante do Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens”; assim, o que lhe exige cumprimento é a *lei*, e não a “vontade particular do promotor ou do magistrado” [61]. Vale frisar, ainda, que o *Parquet* apenas poderá requerer a devolução dos autos do inquérito policial ao delegado de polícia para a realização de diligências complementares se estas forem reputadas “imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” [62].

O que se aventou na peça vestibular sob análise, no tocante à declarada *direção* ou *condução* da investigação policial pelo Ministério Público em virtude do poder requisitório ministerial, por outro lado, foi bastante além de reconhecer que o órgão pode empreender, por autoridade própria, apurações criminais – em procedimentos investigatórios sob a sua presidência –, ou que se prestaria, segundo o Ministro Roberto Barroso (Relator) no julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, a “orientar a condução das investigações” [63] policiais (grifo nosso); a deliberada escolha dos vocábulos utilizados mais sugere a pretensão de sujeitar a autoridade policial do delegado ao crivo do *Parquet*, mitigando-lhe a presidência do próprio procedimento investigatório de polícia judiciária, em afronta

61 NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90. Por essa razão, inclusive, o autor assinala como “admissível que a autoridade policial refute a instauração de inquérito requisitado por membro do Ministério Público ou por juiz de direito, desde que se trate de exigência manifestamente ilegal”.

62 “Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral: instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. **MC na ADI 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 30 set. 2019.

ao ordenamento jurídico brasileiro [64] [65]. Sem manobra semântica: qualquer pessoa nota a límpida distinção entre “conduzir” e “orientar a condução” de um veículo automotor, por exemplo.

Como é cediço, não foi adotado no Brasil o modelo de unidade de instrução criminal; o sistema de persecução penal brasileiro se divide em investigação criminal preliminar e ação penal, sendo a maior expressão daquela, sem dúvida alguma, o inquérito policial. De acordo com Campos, “[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos... [...] Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou

64 “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

[...]

Art. 10. [...]

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente”. (grifo nosso). BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, op. cit.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

Art. 2º [...]

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

[...]

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013, op. cit.

65 Lopes Jr. e Gloeckner explicam que, “no sistema de investigação preliminar a cargo do MP, o promotor é o diretor da investigação” e “poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária”, em “dependência funcional” – que, sem dúvida alguma, não ocorre no Brasil. Daí, obliquamente, valida e reforça o argumento de que as investigações a cargo das polícias judiciárias no Brasil são *dirigidas, conduzidas* pelas atinentes *autoridades policiais*. LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?" [66] (grifo nosso).

Em igual sentido, Lima considera a investigação penal preliminar um mecanismo de proteção de direitos e garantias fundamentais, por sua finalidade de evitar a instauração de um processo penal temerário [67] (grifo nosso). Assim, para Hoffmann e Nicolitt, a investigação criminal preliminar, "não se limita a eventualmente fornecer subsídios para a ação penal, sendo sua principal missão servir como filtro contra processos levianos e com isso proteger direitos fundamentais. Destarte, diferentemente do que indica o senso comum, a principal função do inquérito policial é a preservadora, e não a preparatória". [68]

Segundo ensinam Gomes e Scliar, a condução do inquérito policial pelo delegado de polícia "atende ao princípio da isonomia, na medida em que é presidido por autoridade desvinculada dos eventuais futuros órgãos da acusação e da defesa, com o único compromisso de investigar a verdade sobre o fato e sua autoria". Para os referidos autores, o "delegado de polícia não está a serviço do Ministério Público, mas do Estado, como autoridade investida de parcela do múnus público no escopo de esclarecer a existência de fatos ilícitos e sua autoria" [69] (grifo nosso).

Dúvida não parece haver, pois, de que os órgãos incumbidos da função investigatória criminal no Brasil, seja tal potestade extraída diretamente do texto constitucional expresso (*v. g.*, polícias judiciárias e comissões parlamentares de inquérito), seja conferida mediante *interpretação constitucional*, como ao Ministério Público, dirigirão os seus próprios procedimentos investigatórios, apurações essas formal e materialmente conduzidas pelas respectivas autoridades que as presidirem. No caso do inquérito policial e dos demais procedimentos de polícia judiciária, por óbvio, a direção das investigações caberá ao delegado de polícia, tendo o *Parquet*, nesses casos e com as palavras de Lopes Jr. e Gloeckner, uma atuação apenas "secundária, acessória e contingente, pois o órgão

66 CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, de 8 de setembro de 1941. Para o autor, o nosso sistema tradicional, com o inquérito policial, "assegura uma justiça menos aleatória e mais prudente e serena".

67 LIMA, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 107.

68 HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. **Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave**. Consultor Jurídico, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/opiniao-negar-imparcialidade-policia-judiciaria-erro-grave>>. Acesso em: 26 set. 2019.

69 GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**, op. cit.

encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária” [70]. Mirabete também deixa bem evidente que “a atribuição para presidir o inquérito policial é deferida, agora em termos constitucionais, aos delegados de polícia de carreira” [71].

Assim sendo, na condução dos inquéritos e demais procedimentos investigativos policiais, cabe ao delegado de polícia – da peça instauradora (auto flagrancial ou portaria) ao relatório conclusivo do feito investigatório – decidir acerca das próximas diligências, sobre o momento adequado de sua execução, relativamente às técnicas, métodos e ferramentas de investigação e inteligência policial necessárias à obtenção da prova e, finalmente, promover a análise técnico-jurídica de todo o contexto fático, potencialmente criminoso, apurado [72].

No dizer de Gomes e Scliar: “a autoridade policial, munida do poder discricionário na condução da investigação, só deve satisfações à lei. [...] Aqui, o delegado de polícia age com ampla liberdade em função da natureza da atividade que realiza. A condição de autoridade que reveste o cargo de delegado, faz com que aja com completa independência na condução da investigação policial, desautorizando qualquer determinação que seja contrária à sua convicção” [73]. (grifo nosso). É precisamente este, afinal de contas, o último e, provavelmente, mais relevante elemento a ser considerado quanto à petição inicial da ADI sob exame, e, em última análise, à pesquisa acadêmica mesma.

2.4 “Não cabe ao delegado emitir qualquer juízo de valor”.

No quarto e último aspecto extraído da peça introdutória em estudo, tem-se a manifesta assertiva de que “não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e provas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo”, sob pena de assim levar os delegados de polícia a “despender tempo em análises jurídicas que lhes são alheias e serão inúteis para futura ação penal” [74]. Em similar sentido, Rangel assevera que “não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao

70 LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo, op. cit., p. 249.

71 MIRABETE, Julio. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 86.

72 ANSELMO, Márcio. **A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências**. Consultor Jurídico, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em: 02 out. 2019.

73 GOMES, Luiz; SCLiar, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**, op. cit.

74 BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

cometer o homicídio [...] pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória” [75].

Hoje, doutrina e a jurisprudência pátrias seguem, majoritariamente, caminho vetorialmente oposto. Lima afiança que o delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, conduz o inquérito policial e demais procedimentos apuratórios policiais de acordo com o seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade, porquanto [76]:

“[...] o livre convencimento do Delegado de Polícia deriva do fato de o inquérito policial ser um procedimento discricionário (CPP, art. 14). A isenção e imparcialidade, por sua vez, são consectários lógicos dos princípios da impessoalidade e moralidade, previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”. (grifo nosso).

Em sentido similar, Habib e Hoffmann assinalam que o delegado de polícia não só pode como deve emitir juízo de valor do inquérito policial, já que a sua atividade não é mecânica e automática; assim, ao detectar a presença de materialidade e autoria do fato apurado, o delegado tem a *obrigação* de realizar, para os citados autores, análises como a tipificação formal e material da infração penal, concurso de crimes, qualificadoras e causas de aumento de pena, nexos de causalidade, tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, crime impossível, justificantes e dirimentes, conflito aparente de leis penais, incidência ou não de imunidade, erro de tipo, dentre diversas outras [77].

Portanto, uma vez que cabe ao delegado de polícia conduzir, discricionariamente, o procedimento de polícia judiciária que titulariza destinado à apuração de fato potencialmente delituoso, ele tomará decisões não apenas técnico-científicas, mas também de acordo com o seu convencimento jurídico [78]. Isso porque a investigação

75 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

76 LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**, op. cit., p. 187.

77 HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**. Consultor Jurídico, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniaodelegado-emitir-juizo-valor-inquerito>>. Acesso em: 26 set. 2019. Em sentido similar: SANNINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. **Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade**. Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em: 29 set. 2019.

78 Ibidem.

policial implica não só o domínio de fato dos atos apuratórios pela polícia judiciária, mas também a autonomia plena dos atos investigativos, sem que, necessariamente, o Ministério Público venha a se manifestar, *a priori*, sobre eles. De igual maneira, sobre os atos não alcançados pela chamada reserva de jurisdição tampouco se cogita qualquer interferência judicial [79].

Que não se olvide: a exigência de motivação é, atual e legitimamente, tida como indispensável em qualquer tipo de ato, e é, provavelmente, uma das maiores conquistas em termos de garantia da legalidade dos atos administrativos [80]. Portanto, parece impossível conceber a atividade investigativa criminal pautada em uma coletânea automatizada de evidências, limitada por uma estanque, arbitrária e parva função de conformação de condutas aos tipos penais.

O próprio legislador igualmente entendeu que o “delegado de polícia não é um mero aplicador da lei, mas um operador do direito, que faz análise dos fatos apresentados e das normas vigentes, para então extrair as circunstâncias que lhe permitam agir dentro da lei, colhendo as provas que se apresentarem importantes, trazendo a verdade à tona [...] A atividade do delegado de polícia, por lidar diretamente com a proteção de direitos individuais especialmente tutelados pelo Estado, demanda profissionais qualificados e o seu reconhecimento em sede de legislação federal” [81] (grifo nosso).

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal reconhece como “inquestionável” o “significativo relevo” do franco convencimento motivado do delegado de polícia na condução das investigações criminais de polícia judiciária, tomando – no julgamento do HC 133.835 MC/DF – como “juridicamente expressiva” a circunstância de que [82]:

“O indiciamento, que não se reduz à condição de ato estatal meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo, a formulação, pela autoridade policial (e por

79 CHOUKR, Fauzi. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 78.

80 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82-83.

81 BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 328/2013**, acerca do Projeto de Lei n. 132/12 (convertido na Lei n. 12.830/2013). Relator: Senador Humberto Costa. Brasília, 24 abr. 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933464&ts=1567533612127&disposition=inline>>. Acesso em: 29 set. 2019.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato estatal necessariamente fundamentado que se inclui na esfera de privativa competência do delegado de polícia (Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 6º). **HC 133.835 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4958071>>. Acesso em: 29 set. 2019.

esta apenas), de um juízo de valor fundado na existência de elementos indiciários idôneos que deem suporte à suspeita de autoria ou de participação do agente na prática delituosa” (grifo nosso).

Em vertente análoga, o Ministro Roberto Barroso (Relator), no julgamento do INQ 4621/DF, ressaltou que o “indiciamento, a denúncia e a sentença representam, respectivamente, atos de competência privativa do Delegado de Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, sendo vedada a interferência recíproca nas atribuições alheias, sob pena de subversão do modelo acusatório, baseado na separação entre as funções de investigar, acusar e julgar” (grifo nosso), daí por que a nenhum outro órgão cabe se intrometer numa competência privativa da autoridade policial presidente de investigação criminal [83].

Por essas razões, cabe ao delegado de polícia a missão de, efetivamente, realizar juízo de valor – ainda que de cognição sumária, tendo-se em conta que será verificada *a posteriori* pela instância jurisdicional; trata-se, para Habib e Hoffmann, de uma garantia do cidadão a de ter um operador do Direito conduzindo a investigação penal, em vez de “um mero arquivista de provas” [84]. Deste modo, o juízo de valor (juridicamente motivado) realizado pela autoridade policial funciona como um “verdadeiro fator de contenção de qualquer abuso por parte do Estado”, garantindo ao cidadão a devida segurança jurídica, há muito erguida ao patamar de princípio e, portanto, norma cogente que deverá ser observada pelo delegado de polícia, enquanto primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. Não há mais espaço, por absoluta incompatibilidade com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito, para o ultrapassado entendimento segundo o qual o autor do fato é “mero objeto de investigação, e não sujeito de direitos” [85].

Antes de seguir: credora de não mais que breves considerações, a assertiva de que caberia ao delegado de polícia, no exercício de seu múnus, “propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais” é não apenas juridicamente equivocada, como é *contra legem*. Como ensina Sannini Neto, a representação não consiste em um

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato privativo da autoridade policial. **INQ 4.621/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338903135&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

84 HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**, op. cit.

85 Ibidem.

pedido, pois só quem pede são as partes do processo; então, “funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma advertência” *ao juiz* sobre “os fatos e fundamentos que demonstram e justificam a necessidade da decretação de uma medida cautelar ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável à solução do caso” [86].

Segue o autor explicando que a representação do delegado consiste em um ato jurídico-administrativo, “de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira capacidade postulatória imprópria”, pois que “o fato de o delegado de polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância. Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma capacidade postulatória imprópria, uma verdadeira *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo delegado de polícia” [87] (grifo do autor).

Reafirmando diversas das atribuições inerentes à condução das investigações criminais pelo delegado de polícia, o Ministro Roberto Barroso, em ofício de resposta ao pedido de informações do Ministro Dias Toffoli na Suspensão de Liminar nº 1.252, verdadeiramente fulminou todos os argumentos do órgão peticionário [88] rechaçados, um a um, ao longo do presente trabalho científico. Senão, veja-se [89]:

“19. **Em primeiro lugar, a autoridade policial tem, sim, legitimidade para representar pela realização de medidas de investigação.** O art. 144 da Constituição, em seu §1º, IV, atribui expressamente à Polícia Federal a função de polícia judiciária – que consiste essencialmente no poder de investigação de crimes [...] **É o delegado de polícia a autoridade responsável pela condução do inquérito policial,** que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais [...]

20. **Não há fundamento jurídico para retirar da autoridade policial a legitimidade para o requerimento de meios de obtenção de provas, que é inerente à função de polícia judiciária.** [...] Exigir a

86 SANNINI NETO, Francisco. O Delegado de Polícia e a sua capacidade postulatória. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, v. 1, n. 1, 2017, p. 188-189.

87 Ibidem.

88 BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**, op. cit.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ofício n. 3/2019/GMLRB. **Resposta ao pedido de informações na Suspensão de Liminar nº 1.252**. Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-oficio-barroso-toffoli-busca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

concordância do Ministério Público para o deferimento da medida é o mesmo que negar legitimidade à autoridade policial. O Ministério Público deve ser ouvido a respeito da representação, mas seu parecer não é vinculante.

21. Mesmo nos inquéritos de competência originária do Supremo Tribunal Federal – apesar de a sua *instauração* depender de manifestação do Procurador-Geral da República e da autorização do Supremo Tribunal Federal –, a condução da investigação continua a cargo da Polícia Federal, que mantém, conseqüentemente, sua legitimidade para representar por medidas investigativas que entender pertinentes.

[...]

24. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de ressaltar que [...] a autoridade policial não está vinculada, na representação por meios de obtenção de provas, ao parecer ministerial [...]

26. [...] **A Constituição, a lei e o Regimento Interno do STF garantem à autoridade policial a legitimidade para o requerimento de meios de obtenção de provas, independentemente da concordância do Ministério Público**". (grifo nosso e do autor).

Mais elucidativo, impossível.

CONCLUSÃO

Isso posto, tem-se o delegado de polícia não apenas como a *primeira autoridade* do Estado a atuar, diretamente, na apreciação e na preservação de direitos fundamentais, mas também como o dirigente da investigação criminal de polícia judiciária, a qual compreende, na busca pela verdade (possível) dos fatos, aspectos técnico, científico e jurídico.

O plano técnico está relacionado à pesquisa, de campo ou não, e à coleta de dados e informações destinadas ao esclarecimento da autoria, das circunstâncias e da motivação de infrações penais, bem como está ligado à pesquisa e à coleta de dados e informações

destinadas, no interesse da investigação criminal, à identificação de pessoas, inclusive no tocante à conduta social dos investigados [90].

O aspecto científico vislumbrado na investigação criminal está associado, principalmente, ao trabalho empreendido pelos órgãos de perícia criminal, consistente no levantamento, na coleta, na identificação e na preservação dos vestígios de possíveis infrações penais, bem como na análise criminalística, laboratorial e especializada desses vestígios, consignando-se em laudo pericial, como requisitado pela autoridade policial, quais evidências materiais do fato, afinal, se revelaram [91].

Finalmente, o aspecto jurídico da investigação criminal está relacionado tanto à observância das regras e princípios convencionais, constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis às diligências e ao processo investigatório em si, quanto à formalização dos dados e das informações e medidas necessárias ao esclarecimento do fato potencialmente criminoso [92]. Assim, o delegado de polícia não só pode, como *deve* proceder à análise técnico-jurídica do que lhe é noticiado, por meio do que se pode nominar *independência técnico-jurídica* da autoridade policial – que não se confunde com uma suposta independência funcional.

Em interessante paralelo com o poder requisitório do Ministério Público, a propósito, o delegado de polícia possui o poder de “requisitar a particulares, a agentes

90 São exemplos de “investigação criminal técnica” o emprego de métodos de vigilância, campanas e disfarces no trabalho de rua, bem como a realização de entrevistas e de inquirições formais em cartório, intercomunicações com informantes, pesquisas em fontes abertas de dados (como redes sociais), etc.

91 São exemplos de “investigação criminal científica” os exames necroscópicos, traumatológicos, toxicológicos, histopatológicos, sexológicos, radiológicos, subungueais, clínicos e laboratoriais, o levantamento e a coleta de impressões papilares em locais de ocorrências policiais, os exames periciais de objetos, veículos, documentos, escritos, imagens fotográficas, áudio, vídeo, mídias eletrônicas, meios informáticos, drogas, etc., bem como exames residuográficos, de microcomparação balística, perícias e pesquisas em genética forense, dentre outros.

92 Fazem parte do primeiro caso não apenas o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do investigado (como o de não ser torturado na busca por uma confissão, por exemplo), como também, a título exemplificativo, a assistência do advogado quando da realização do interrogatório de seu cliente, *sob pena de nulidade* do ato e de todos os elementos probantes dele decorrentes ou derivados, e o acesso do advogado aos autos do atinente procedimento investigatório, findo ou em andamento, ressalvadas as exceções legais. Fazem parte do segundo caso, quanto à formalização das informações e medidas necessárias ao esclarecimento de um fato potencialmente criminoso, a lavratura do termo adequado de inquirição formal (se um investigado ou indiciado for, a título de exemplo, instado a prestar compromisso de dizer a verdade sobre o que disser e lhe for perguntado, em termo de depoimento e não de interrogatório, sem as devidas advertências quanto ao seu direito de não-autoincriminação, suas informações e as delas decorrentes não terão valor probatório válido, e a investigação policial terá fracassado como instrução preliminar da persecução penal) e, no âmbito das investigações policiais, a própria função de polícia judiciária.

públicos, bem como a estabelecimentos públicos ou privados o auxílio necessário à identificação e instrumentalização das provas, a exemplo, da requisição de imagens registradas por circuito interno de gravação próprio e de informações não acobertadas por sigilo legal, materializando-as na investigação policial” (v. g., artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal) [93] [94]; mais ainda: o delegado de polícia tem a autoridade de *requisitar* exames de natureza pericial ao médico-legista e ao perito criminal (v. g., artigo 6º, inc. VII, do CPP) – e estes servidores gozam, por força de lei, de “autonomia técnica, científica e funcional” no exercício da atividade de perícia oficial [95], sem que isso consista em empecilho ao trabalho investigativo criminal conduzido pela autoridade policial.

Assim, a independência técnico-jurídica do delegado de polícia nada mais seria do que a garantia conferida à autoridade policial de interpretação do ordenamento jurídico com isenção, imparcialidade e de modo fundamentado, para a formação do seu convencimento no exercício de suas atribuições; noutro dizer, é a prerrogativa do delegado de polícia de decidir racionalmente, segundo a sua convicção pessoal motivada – e esta é uma verdadeira expressão do garantismo jurídico-penal.

É uma consagração *garantista*, afinal, somente implicar, em procedimento investigatório criminal preliminar, aquele sobre o qual se tenham reunido bastantes indícios de autoria e demonstrada a materialidade delituosa; para tanto, não bastam que as provas do que se apura sejam obtidas por meios legítimos, nem o respeito e a observância dos direitos fundamentais, sem que lhes acompanhe o emprego, pelo delegado de polícia, na condução da atividade investigativa policial, de todo o conhecimento jurídico inerente ao exercício do seu cargo, porque é somente por meio do

93 PEREIRA, Jeferson. Lei n. 12.830/2013: as garantias do delegado de polícia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.648, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24795>>. Acesso em: 02 out. 2019.

94 “Art. 2º [...]

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”. (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013, op. cit.

95 “Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial”. BRASIL. **Lei n. 12.030**, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12030.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

prisma jurídico de sua atuação que o investigado e, eventualmente, indiciado [96] será o *sujeito, e não o objeto da investigação*.

É isso o que o delegado de polícia faz, e deve fazer, quando, por exemplo, reconhece a atipicidade material da conduta patrimonialmente bagatelar e *aplica*, por meio do axioma ferrajoliano *nulla necessitas sine injuria* [97], o princípio da insignificância, deixando de autuar o conduzido em flagrante delito de modo desnecessário (isto é, sem justificativa para a repressão penal estatal), injusto e juridicamente incorreto [98].

Mesma coisa a autoridade policial deve – efetivamente – fazer quando, a título de exemplo, estiver diante de um indivíduo que, malgrado praticante de um fato penalmente típico, agiu *indubitavelmente* amparado por excludente de ilicitude; se conduzido em estado supostamente flagrancial, abster-se-á de autuá-lo o delegado de polícia, pelo simples fato de que, à luz da teoria finalista da ação [99] de Welzel, sua conduta jamais se amoldaria ao conceito analítico de crime.

96 Em termos procedimentais, à luz da jurisprudência (*v. g.*, RTJ 176/805-806) e da legislação vigente (*v. g.*, art. 2º, § 6º, da Lei n. 12.830/2013), é possível concluir pela distinção, máxime na fase investigatória da persecução penal, entre as condições de suspeito, investigado e indiciado. Nesse sentido, suspeito (a ser inquirido como declarante) seria aquele sobre o qual pairam meras desconfianças, no curso do inquérito policial, de que possa estar envolvido no crime neste apurado, conquanto não seja sujeito da investigação, a fim de lhe assegurar, de antemão, seu direito constitucional à não autoincriminação; investigado (a ser inquirido na qualidade de interrogado, com todas as advertências concernentes aos direitos e garantias que lhe são assegurados), seria aquele sujeito da investigação criminal, acerca do qual a apuração se realiza quanto à autoria, material ou intelectual, ou à participação; e indiciado, aquele apontado pelo delegado de polícia como o indivíduo sobre o qual recaem indícios bastantes e suficientes de autoria ou participação, em ato formal fundamentado, promovido mediante análise técnico-jurídica do fato objeto de apuração.

97 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, op. cit., p. 382.

98 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, para ser possível a aplicação do princípio da insignificância, excludente da própria tipicidade material, se fazem necessárias: 1) a mínima ofensividade da conduta, 2) a ausência de periculosidade social da ação, 3) ser reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento e 4) a inexpressividade da lesão jurídica causada. Dentre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância: incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material. **HC 145.406/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

99 “*La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer ‘finalista’ y no solamente ‘causal’.* La ‘finalidad’ o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de estos objetivos”. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

Ora, se tanto a Constituição da República quanto a legislação infraconstitucional consagraram a expressão “flagrante delito”, e não, decerto, “flagrante de fato típico”, como admitir-se por *juridicamente sustentável* a tese de que o delegado de polícia estaria compelido a atuar em flagrância delitiva alguém que ele próprio entende não ter praticado – grifa-se – um *delito*? Limitar-se-ia, a uma, o papel da autoridade policial, no sistema jurídico-constitucional pátrio, ao de mero *chancelador automatizado de capturas decididas* pelos agentes da autoridade – ilegalidades à parte? Como se poderia exigir do delegado de polícia, a duas, um atuar que lhe faria incorrer, fatalmente, na prática de crime de abuso de autoridade, à luz da nova Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (art. 9º, *caput*) [100]?

Seria cabível, de outra sorte, ao delegado de polícia – em exemplo grosseiro – indiciar o oficial de justiça que, em fiel cumprimento de mandado judicial, adentrou imóvel no período diurno sem o consentimento do morador, mesmo em estrito desempenho de sua função (porquanto típico, em tese, o fato em apreço)? Esse questionamento pode ser respondido invocando-se o princípio ferrajoliano da culpabilidade [101] (*nulla actio sine culpa*), porém não estaria a hipótese aventada abarcada por assertivas como “não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos” [102] (grifo nosso), que nada mais parecem preconizar que seu trabalho estaria cingido à mera verificação do liame causal entre a conduta do agente e a lesão (ou ameaça de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado, *i. e.*, responsabilização penal objetiva?

É primordial ressaltar que a pesquisa científica empreendida almejou não se ater ao embate argumentativo entre vertentes juridicamente opostas, tendo o escopo de se ir muito além do campo teórico, buscando o melhor caminho para evitar e sanar problemas *de verdade*.

100 “Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. BRASIL. **Lei n. 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera 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; e revoga 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 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

101 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, op. cit., p. 390.

102 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, op. cit., p. 91.

Tomando como exemplo a ilustrativa adaptação de um caso real, ocorrido numa unidade da Federação anos atrás: um indivíduo constrangeu duas mulheres, mediante grave ameaça com arma de fogo, a com ele ter conjunção carnal; enquanto consumava o estupro de uma das vítimas, a outra conseguiu se desvencilhar do criminoso, tomando-lhe a arma e contra ele efetuando um disparo, ceifando-lhe a vida. Ninguém teve qualquer dúvida, sequer o delegado de polícia responsável pela ocorrência, que a mulher – vítima da ação delitiva – agira amparada pela excludente de antijuridicidade da legítima defesa, real, própria e de terceiro, não tendo praticado, de tal sorte, crime algum com a sua conduta estritamente defensiva, ao empregar moderadamente os meios cabíveis ao caso. O problema?

Aquela autoridade policial, seguindo *fielmente* o que a maioria das obras de Direito Processual Penal que havia estudado até então propugnavam, se viu juridicamente acuada a não emitir qualquer juízo de valor na apuração do ocorrido, limitando-se à mera verificação da adequação entre a conduta realizada (e o resultado alcançado) e o tipo penal incriminador, jamais ousando reconhecer formalmente que aquele fato típico (matar alguém) era, por óbvio, *lícito*. Destarte, viu-se tal delegado de polícia desprovido de alternativas jurídicas, e acabou por autuar a mulher em flagrância delitiva de homicídio – causando, como se era de imaginar, uma comoção midiática e social sem precedentes. É claro que, após a execração pública da autoridade policial, essa situação acabaria, eventualmente, contornada juridicamente “pelos atores integrantes das carreiras jurídicas”.

Parece indeglutível que, hodiernamente, tal posição possa ser sustentada – ainda que abstrusa e obliquamente – no meio jurídico, mediante sofismas voltados a reescrever à lápis o papel dos órgãos de persecução criminal no Brasil. O inquérito policial, ao promover a coleta imparcial de vestígios e ao preservar direitos fundamentais, serve como uma “barreira contra acusações draconianas”, sem reducionismos antidemocráticos [103]; queira-se ou não, o delegado de polícia consiste, na qualidade de autoridade policial, em ninguém menos que “o primeiro juiz do fato” [104], “o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça” [105], contanto que dotado de independência técnico-jurídica na realização do seu mister.

103 HOFFMAN, Henrique. Moderno conceito de inquérito policial. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 28.

104 NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

105 Palavras do Ministro Celso de Mello, em seu voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. **HC 84.548/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 jun. 2012, *apud* GARCEZ, William. **O direito criminal, o delegado de polícia e o estado democrático de direito**. Canal Ciências Criminais, mar. 2016. Disponível

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio. **A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências**. Consultor Jurídico, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. I. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 75**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=100>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Constituição do Estado do Amazonas de 1989**. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/CEAM-Atualizada-ate-EC-96-de-2017.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Lei n. 12.030**, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12030.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em:

em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-criminal-o-delegado-de-policia-e-o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. **Lei n. 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera 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; e revoga 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 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Petição inicial. **ADI 5.520/SC**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4979565>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Senado Federal. **Parecer n. 328/2013**, acerca do Projeto de Lei n. 132/12 (convertido na Lei n. 12.830/2013). Relator: Senador Humberto Costa. Brasília, 24 abr. 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933464&ts=1567533612127&disposition=inline>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Resolução n. 35/2002, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ação improcedente. **ADI 3.460/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 31 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464552>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de isonomia com as demais carreiras jurídicas e independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.536/AM**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 set. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960547>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Atribuição de status de função essencial à justiça e de independência funcional ao cargo de delegado de polícia: inconstitucionalidade formal e material. **ADI 5.520/SC**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 06 set. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341197199&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.696, de 24 de julho de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de excluir a interpretação que possibilite a aplicação do dispositivo aos oficiais da Polícia Militar do Rio Grande do Sul. **ADI 761/RS**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 30 set. 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1543885>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato estatal necessariamente fundamentado que se inclui na esfera de privativa competência do delegado de polícia (Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 6º). **HC 133.835 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4958071>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Indiciamento: ato privativo da autoridade policial. **INQ 4.621/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338903135&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ofício n. 3/2019/GMLRB. **Resposta ao pedido de informações na Suspensão de Liminar nº 1.252**. Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-oficio-barroso-toffoli-busca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Poderes de investigação do Ministério Público: constitucionalidade, por maioria. **RE 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307671331&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância: incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material. **HC 145.406/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral: instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. **MC na ADI 5.104/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 30 set. 2019.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, de 8 de setembro de 1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GARCEZ, William. **O direito criminal, o delegado de polícia e o estado democrático de direito**. Canal Ciências Criminais, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-criminal-o-delegado-de-policia-e-o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

GOMES, Luiz; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Jusbrasil, out. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 29 set. 2019.

HABIB, Gabriel; HOFFMANN, Henrique. **Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial**. Consultor Jurídico, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniao-delegado-emitir-juizo-valor-inquerito>>. Acesso em: 26 set. 2019.

HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. **Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave**. Consultor Jurídico, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/opiniao-negar-imparcialidade-policia-judiciaria-erro-grave>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZILLI, Hugo. Princípios institucionais do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AMP/RS, n. 73, jan-abr 2013. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

MIRABETE, Julio. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Jeferson. Lei n. 12.830/2013: as garantias do delegado de polícia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.648, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24795>>. Acesso em: 02 out. 2019.

PINTO, Ronaldo. **Da possibilidade do delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico**. Migalhas, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048-Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>>. Acesso em: 26 set. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

SANNINI NETO, Francisco. O Delegado de Polícia e a sua capacidade postulatória. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, v. 1, n. 1, 2017.

_____; HOFFMANN, Henrique. **Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade**. Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em: 29 set. 2019.

SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 12.318/2010 (LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL) E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

FELIPE LEANDRO PODEROSO BISPO DA MOTA:

Servidor Público (MP/SE – Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli ¹⁰⁶

RESUMO: O objetivo do presente artigo é evidenciar como, por meio do neoconstitucionalismo, a obediência e eficácia da Constituição é colocada no centro do sistema com superioridade de maneira que o Código Civil e outras legislações devem se adequar, trazendo como características o reconhecimento da força normativa da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da hermenêutica em conformidade com o fim nela proposto. A metodologia utilizada, de abordagem hipotético-dedutiva, com base em dados teóricos obtidos através de pesquisa bibliográfica e doutrinária, propõe-se a analisar que, apesar da igualdade jurídica concedida aos cônjuges e companheiros para criar, educar e orientar seus filhos, nos casos em que haja rompimento da vida conjugal, dar-se-á início ao divórcio ou dissolução da união estável. Nestes casos, a disputas pela guarda dos filhos muitas vezes levam ao ato da alienação parental, com consequências psíquicas, que podem desenvolver a chamada síndrome da alienação parental. Pelo reflexo jurídico que essa síndrome apresenta, mais que necessária foi à edição da Lei 12.318/10, tendo sido um avanço no direito das famílias. Dessa forma, surge a necessidade de compreender melhor esse instituto, inclusive seus aspectos constitucionais.

Palavras-chave: Constituição; Dignidade; Alienação Parental; Interpretação; Direito das Famílias

ABSTRACT: The objective of this article is to highlight how, through neoconstitutionalism, the obedience and effectiveness of the Constitution is placed at the center of the system with superiority so that the Civil Code and other legislation must adapt, bringing as its characteristics the recognition of the normative force of the Constitution. Constitution, the centrality of fundamental rights and the development of hermeneutics in accordance with the purpose proposed therein. The methodology used, with a hypothetical-deductive approach, based on theoretical data obtained through bibliographical and doctrinal research, aims to analyze that, despite the legal equality granted to spouses and partners

¹⁰⁶. E-mail: fpoderoso2@gmail.com. Assinante do Portal Conteúdo Jurídico.

to raise, educate and guide their children, in cases In the event of a break in marital life, divorce or dissolution of the stable union will begin. In these cases, disputes over custody of children often lead to the act of parental alienation, with psychological consequences, which can develop the so-called parental alienation syndrome. Due to the legal impact that this syndrome presents, the enactment of Law 12,318/10 was more than necessary, as it was an advance in family law. Therefore, there is a need to better understand this institute, including its constitutional aspects.

Keywords: Constitution; Dignity; Parental Alienation; Interpretation; Family Law

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a alienação parental e, devido à extensão do assunto, optou-se por delimitá-lo abordando especificamente a seus aspectos constitucionais e seu reflexo para o Direito de Família.

Importante registrar que em toda relação familiar, com prole menor de idade, o melhor interesse da criança e do adolescente há de ser entendido, observado e respeitado por se tratar de um Princípio supremo e norteador.

Perfilar o que é a alienação parental, abalzar as partes envolvidas, identificar os sintomas apresentados, apontar quais princípios constitucionais devem ser observados, enumerar as estratégias do alienante, determinar as consequências jurídicas depois de sua caracterização, são alguns dos questionamentos que norteiam o tema.

Dessa forma, essa pesquisa levanta diversas questões como o fato de ser possível identificar os casos de Alienação Parental por meio da análise de situações que desencadeiam esse fenômeno, bem como suas consequências jurídicas. Para melhor resolução, no decorrer dos capítulos, serão apontados esclarecimentos necessários a outros questionamentos, inclusive de cunho constitucional.

Imperioso destacar, entretanto, que a prática da alienação parental há muito já vinha fazendo parte do mundo familiar, mesmo antes de ter sido expressamente sancionada a Lei 12.318/10. Com a sua entrada em vigor, trazem-se à baila a existência de embasamentos jurídicos para solucionar um problema psicossocial de relevância jurídica que é potencializado com o divórcio ou dissolução da união estável.

Pode-se afirmar que o presente trabalho buscará demonstrar a importância da preservação do significado de convivência familiar, sobretudo, os interesses dos filhos em primeiro plano, o que, de fato, corrobora com o entendimento de que a Lei em comento

tem o escopo de gerar uma segurança jurídica maior para os envolvidos com a prática do ato de alienação parental.

O tema proposto justifica-se para mostrar a sociedade que o instituto denominado Alienação Parental deve ser repellido das relações familiares, trazendo como contribuição científica, a oportunidade para os operadores do direito conseguirem identificar o intento dos genitores bem como as técnicas utilizadas na alienação da prole e os efeitos dessa conduta durante o divórcio ou dissolução da união estável litigiosos.

Além disso, o presente trabalho também procurará analisar os aspectos constitucionais da Lei 12.318/2010 e seus reflexos no Direito das Famílias.

Optou-se pelo método hipotético-dedutivo, por meio da metodologia de pesquisa qualitativa e bibliográfica para promover a análise do assunto proposto, bem como na vasta literatura nacional e estrangeira, artigos e revistas digitais, documentos normativos, notícias e dados quantitativos incorporados à temática em apreço.

2 DO QUE SE TRATA A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL?

Arriscado seria se tentássemos diagnosticar a origem exata da Alienação Parental, já que a família, base da sociedade, é reconhecida desde os tempos remotos. É notório saber que a sociedade evoluiu em seus costumes e o casamento, que era indissolúvel, hoje é visto de forma totalmente diferente, podendo o casal se divorciar e continuar a vida individualmente.

Se da antiga união existir filhos, entretanto, resta aos pais arcarem com as obrigações necessárias para o sustento da prole. Evoluiu-se também no sentido de que antes, com a separação, a guarda dos filhos ficava com a mãe. Hoje também é reconhecido ao pai o direito de reivindicar a guarda dos filhos, o estabelecimento da guarda compartilhada, intensificação de visitas e a flexibilização de horários, algo que era totalmente impensável até algum tempo atrás.

Desse modo, notamos que, nem sempre, ou melhor, na maioria dos casos, quando o casal rompe a vida conjugal e um dos consortes não aceita o fim, acaba surgindo um sentimento de abandono, traição e rejeição, desencadeando concomitantemente um enorme sentimento de vingança.

Para alcançar essa vingança, a(o) genitora(o) usa o(a) filho(a) contra o ex-cônjuge ou companheiro (a) por meio do uso de narrativas de fatos maliciosos, gerando

um processo de desmoralização, de descrédito e destruição do “ex”, desencadeando, a grosso modo, uma verdadeira “lavagem cerebral” na criança.

Seguindo essa linha de raciocínio, foi que, em meados de 1980, o médico e professor de psiquiatria infantil, da Universidade de Colúmbia (EUA), Richard Gardner, delineou os primeiros pontos sobre a Síndrome da Alienação Parental, recentemente chamada também por alguns doutrinadores de “Implantação de Falsas Memórias”.

O pesquisador, após conduzir várias avaliações em crianças e famílias expostas a disputas judiciais, observou que, nos divórcios litigiosos, havia um crescimento no número de crianças que apresentavam uma hostilidade e rejeição exacerbada por um dos pais, que antes era tão amado e querido.

Nesse sentido, precisas são as considerações da Analice Martins de Sousa¹⁰⁷, *in verbis*:

A SAP foi descrita por Gardner como sendo um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte americano, resultada da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da própria criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome (Gardner, 2001a, s/p., tradução nossa). Segundo Gardner (1991), a SAP é mais do que uma lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu(s) filho(s) ao desenvolvimento dessa síndrome, além da contribuição ativa desse(s) na difamação do outro responsável.

Trata-se, portanto, de verdadeira campanha para desmoralizar o(a) genitor(a). A criança é “programada” a incorporar ideias falsas que são “instaladas” maliciosamente em sua memória e serão transmitidas através de atitudes, julgamentos, verbalizações, dentre outros.

SOUSA, Analice Martins. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

Nota-se, em verdade, que a criança está sendo violentada emocionalmente em razão de ter seus pensamentos, comportamentos e sentimentos presos ao genitor que detêm a sua guarda naquele momento.

Nessa esteira, continua esclarecendo Analice Martins de Sousa¹⁰⁸ que:

O entendimento de Gardner equipara, com efeito, a criança a um ser autômato, que recebe e executa instruções. Em sua argumentação, esse autor estabelece uma relação de causa e efeito, que desconsidera o potencial dos indivíduos de (re)agir diante de situações mais adversas, bem como a complexidade das relações humanas. Além disso, é válido de nota que o autor se remete a práticas como a programação e a lavagem cerebral não por acaso, mas por que ambas trazem em si a ideia de causa e efeito.

Gardner trouxe algumas classificações quanto aos genitores e filhos que fazem parte do ciclo de alienação parental. Ao genitor que luta incessantemente para ver os filhos afastados do ex-cônjuge, Gardner o classificou como sendo o “alienador” ou “programador”. Aos filhos que apresentem os sintomas da SAP ele os considerou como “alienados”, ou seja, aqueles que sofrem a alienação. Já para aquele que sofre com a alienação, ou seja, o progenitor ausente, o intitularemos de vitimado.

No Brasil, os questionamentos sobre a Síndrome da Alienação Parental surgiram por volta de 2002 e suas temáticas são levadas aos Tribunais Superiores desde 2006. A partir de então, o tema passou a ter maior atenção do Poder Judiciário com decisões reconhecendo esse fenômeno, mas há de se ressaltar que este já era muito mais antigo nos litígios familiares. Inclusive a Lei 12.318/10 foi recentemente alterada pela Lei 14.340/2022, a qual modificou alguns procedimentos relativos à alienação parental a no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), para estabelecer procedimentos adicionais para a suspensão do poder familiar.

Por fim, a falta de uma proteção legal específica sobre o tema deixava certa lacuna aparente no ordenamento civilista, mesmo este utilizando mecanismos para inibir a alienação parental como, por exemplo, a perda do poder familiar como intermédio de proteção ao menor infante. Logo, oportuna foi a promulgação da Lei nº 12.318/10, a qual se pretende analisar à luz da Constituição Federal e seus reflexos para as entidades familiar.

¹⁰⁸ SOUSA, Analice Martins. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010, p. 103.

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS (SINTOMAS) DOS ATOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A valorização da filiação afetiva nas estruturas familiares trouxe uma maior atenção a questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio entre pais e filhos. Assim, em detrimento do visível desequilíbrio afetivo apresentado com o desfazimento litigioso da relação familiar, vale tecer comentários sobre a lei 12.318/10, à luz da Constituição Federal.

Além disso, some-se o fato de que a lei em epígrafe é mais um instrumento que busca a preservação e/ou proteção dos infantes e seus Direitos Fundamentais, assim como faz a nossa Carta Magna de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Diante da significativa importância jurídica, não seria prudente tratar da alienação parental sem concatená-la com garantias constitucionais.

O Art. 2º da Lei 12.318/10109 aduz:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Trata-se de um transtorno psicológico consubstanciado na atuação de um sujeito (alienador) que modifica a consciência de seu filho (alienado) por meio de estratégias de atuação que envolva uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores (vitimado). Essas estratégias têm o escopo de obstaculizar, destruir e impedir vínculos com outro genitor. "Trata-se, portanto, de atuação do alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente"¹¹⁰.

Inúmeros podem ser os motivos pelos quais o alienador promova a alienação parental, mas nenhuma justificativa pode ser considerada real, apenas sentimental. Isso porque a campanha promovida pelo alienador contra o alienado é consequência de

109 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 05 out. 2023.

110 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.18.

motivos de inconformismo, frustração, rejeição, egoísmo, que serve como forma de punição ao vitimado pelo insucesso de uma acabada relação pessoal.

Verifica-se também que, para a configuração de ato de alienação parental, independe a intenção ou necessária consciência por parte de quem a promove. Douglas Phillips Freitas¹¹¹ elucida que:

Esta conduta, intencional ou não, desencadeia uma campanha de modificação nas emoções do alienador e da criança, na sequência, que faz esta produzir um sistema de cumplicidade e compreensão da conduta do alienante, ora justificando, ora praticando (a criança) atos que visam à aprovação do alienante que joga e chantageia sentimentalmente o menor, com expressões do tipo: “você não quer ver a mãe triste, né?”, entre outras.

Nesse sentido, Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis¹¹², *in verbis*:

Assim, apesar de mais frequente e comprovável a alienação parental ocorrer por um genitor, nada impede que a campanha depreciativa seja promovida por qualquer um dos avós – que em muitas vezes acabam por educar seus netos diante da necessidade do trabalho do genitor que detém a guarda do menor –, tendo, assim, durante grande parte do tempo autoridade sobre ele. Também se mostra possível a alienação promovida pelo tutor do menor ou mesmo pelo curador do incapaz, quanto a outros parentes do menor. Desta forma, é importante mensurar que não fica restrita a figura do alienador a pessoa de um dos genitores, podendo recair o repúdio contra qualquer parente próximo desse menor (irmãos, tios, avós, etc.)

Nesse contexto, vale ressaltar que a interferência prejudicial à formação psicológica do infante não é exclusividade dos genitores, ou seja, todo e qualquer parente (tios, avós, padrinhos, tutores) que tenha autoridade parental ou afetiva com o menor pode se valer disso para criar mecanismos que venham a interromper o vínculo entre o genitor vitimado e a criança ou adolescente.

111 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/10. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.27.

112 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.19

O texto do parágrafo único, do art. 2º, da Lei de 12.318/10113, exemplifica algumas condutas que caracterizam a alienação parental. Vejamos:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

I - *São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.* Como o próprio legislador elucidou é um rol *numerus apertus*, ou seja, estamos diante de um rol meramente exemplificativo de condutas promovidas pelo alienador. Isso porque, diante das frustrações decorrentes do rompimento conjugal afetivo com o outro genitor, o alienador pode se valer de diversas condutas para que a criança despreze, odeie ou tema aquele e não apenas as que aqui estão exemplificadas.

II - *Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.* Essa campanha geralmente começa com o rompimento afetivo do casal. O alienante atua buscando meios que venham a desqualificar e diminuir a atuação do outro genitor de forma a aparentar à criança ou ao adolescente que o vitimado não tem condições de exercer a paternidade ou maternidade. Por vezes, ao imputar, repetitivamente, ao ex-cônjuge ou companheiro fatos inverídicos, o alienador faz com que o próprio vitimado tenha a percepção de incapacidade e impotência no exercício da maternidade ou paternidade, chegando este a se afastar por acreditar que não possui aptidão para criar o próprio filho.

113 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 10 out. 2023.

III - *Dificultar o exercício da autoridade parental.* A autoridade parental não acaba com a dissolução da família. Ambos os pais continuarão a ditar normas de comportamentos e conduta ao menor. Contudo, como o principal objetivo do alienador é afastar o vitimado da vida do menor, ele promove uma série de desautorizações quanto às determinações e condutas promovidas pelo vitimado, retirando, assim, a autoridade parental existente entre eles.

IV - *Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.* Mesmo com o desfazimento da família, a garantia do convívio familiar e afetivo é um direito resguardado a criança e ao adolescente, seja a guarda definida como compartilhada ou unilateral.

V - *Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.* Trata-se de atos que impeçam o pleno exercício de um direito-dever do genitor que, pelo convencionado entre os ex consortes ou por determinação judicial, não detém a guarda do menor. Podemos exemplificar como obstáculos promovidos pelo alienador a chantagem emocional e as atividades organizadas nos dias de visita. Sobre esse ponto, asseveram Figueiredo e Alexandridis que é “Imprescindível que a conduta seja reiterada e fique patente a busca pelo afastamento do genitor vitimado da vida do menor para que seja possível falar de alienação parental [...]”¹¹⁴.

VI - *Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.* O objetivo do alienador aqui é fazer com que o filho tenha a impressão de que apenas um de seus pais se importa consigo. Trata-se de uma espécie de alienação imprópria. Isso porque, não há efetivamente um ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos pais, mas é implantada a falsa ideia que o vitimado não quer participar dos momentos importantes da vida da criança ou adolescente.

VII - *Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.* No jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a narrativa de o filho ter sido vítima de maus-tratos e/ou de abuso sexual. O fato é levado imediatamente ao Poder judiciário e a intenção maliciosa do alienante é que a convivência entre vitimado e alienado cesse através da suspensão das visitas. De fato, pelo poder geral de cautela, cabe ao magistrado, visando sempre à proteção do melhor interesse para a criança e para o

¹¹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

adolescente, determinar a restrição ou até a suspensão de visitas do acusado até que se apure concretamente o ocorrido.

Essa cautela deve ser redobrada, tendo em vista que pode ter sido essa denúncia apresentada pelo espírito de vingança do cônjuge alienante ou não, ou seja, o abuso sexual e/ou os maus-tratos pode ter ocorrido efetivamente.

Por fim, vale lembrar que, constatado que se cuida de uma falsa denúncia, pode incorrer o alienante no tipo previsto no art. 339 do código penal brasileiro, sujeito a pena de reclusão de dois a oito anos e multa¹¹⁵. Nos termos da lei da alienação parental, pode haver a possibilidade de perda ou modificação da guarda. Ainda ensejará a possível fixação de indenização por danos morais, a favor do vitimado, que foi falsamente denunciado.

VIII - *Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.* Tal medida é de extrema gravidade, pois privar o menor do contato com seus familiares pode acarretar diversos problemas psicológicos no seu desenvolvimento.

Insta ressaltar que, esses danos irreparáveis, decorrentes das condutas alienatórias descritas, uma vez identificados, só podem vir a ser minorados com o seu devido tratamento, psicológico ou psiquiátrico – a depender do caso concreto -, e engloba não só o menor alienado, mas também o alienador e genitor vitimado.

Em se tratando, ainda, das condutas outrora citadas na Lei 12.318/10, imperioso que se tenha em mente “à interação família-dignidade”¹¹⁶ para coibir comportamentos que ferem a dignidade humana das crianças e adolescentes.

Nesse contexto de proteção, alude o art. 3º da Lei 12.318/2010¹¹⁷:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável,

¹¹⁵ Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 10 out. 2023.

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.28.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 14 out. 2023.

prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Independentemente de ter sido a relação pessoal entre os cônjuges ou companheiros encerrados, o infante não perde o direito à convivência familiar saudável que está insculpido na Constituição Federal, em seu art. 226118, assim como no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente119.

Nessa toada, o art. 4º da Lei 12.318/2010120, sugere que, mesmo declarado haver indícios de ato de alienação parental, se faz necessário a manutenção do convívio com o genitor vitimado até que seja possível apurar a veracidade das acusações. Vejamos:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para

118 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

119 Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 14 out. 2023.

120 BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 14 out. 2023.

acompanhamento das visitas. (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022)

Tal conduta, nada mais exprime, do que a observância ao Princípio da Convivência Familiar pelo juiz, sempre que possível, pois o filho menor de idade tem direito à convivência familiar com cada um de seus genitores.

O legislador previu, no artigo em epígrafe, que os indícios de alienação parental podem ser identificados em qualquer momento processual no decorrer da demanda, bem como podem ser reconhecidos pelo magistrado, representante do *Parquet* ou provocação da parte interessada em seu reconhecimento, por óbvio, o genitor vitimado.

Nesse ínterim, ponderam Figueiredo e Alexandridis¹²¹:

Assim, por meio de uma cognição sumária o juiz, antes mesmo de qualquer prova técnica, deverá conceder a garantia do direito frente à possibilidade de presença de alienação parental, contudo, tal atuação deve ser cercada de grande cautela, uma vez que, da mesma forma que as possíveis atitudes do genitor – visto como alienador – podem realmente ser decorrentes de uma busca pelo afastamento do outro genitor do convívio do menor, sem motivo justificador, podem ser decorrentes da legítima proteção que deve viabilizar a pessoa do filho.

Portanto, o magistrado deve agir sempre com muita cautela, de modo a assegurar, no mínimo, o direito à visita assistida até que as alegações postas sejam verificadas. Em suma, “deve ser *ultima ratio* a separação total entre o acusado e o menor, sempre buscando soluções que mantenham, mesmo que vigiada ou diminuída, a convivência entre ambos”¹²².

Nota-se, no parágrafo único do art. 4º da Lei em análise, alterado pela Lei 14.340/2022¹²³, que o legislador vinculou as medidas excepcionais de alteração de guarda e suspensão de visitas somente após a realização de perícia, posto que, enquanto houver

121 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.17.

122 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/10. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.45.

123 BRASIL. **Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

dúvidas, deverá ser mantido o contado entre genitor vitimado e o menor alienado, de forma assistida ou vigiada, como exposto anteriormente.

O novo diploma legal, por seu turno, indo além no tocante à proteção dos filhos, restringiu a visitação assistida ao fórum em que tramita a ação ou a entidades conveniadas com a Justiça.

Com efeito, a prática de alienação parental acaba por criar lacunas nas relações afetivas que dificilmente conseguem ser restabelecidas. Assim, o infante também tem o direito de convivência afetiva com seus parentes mais próximos e não apenas a presença física de seus familiares.

Por conseguinte, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente, para aquele que manipula a vida do menor e prejudica a realização do afeto nas relações com o grupo familiar ou com algum dos pais.

4 INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 12.318/2010 (LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL) E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Quanto as provas a serem produzidas e o respeito à dignidade da criança e do adolescente, o art. 5º da Lei 12.318/10124 aduz:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. §2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. §3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por

124 BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 14 out. 2023.

autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. §4º Na ausência ou insuficiência de serventuários responsáveis pela realização de estudo psicológico, biopsicossocial ou qualquer outra espécie de avaliação técnica exigida por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito com qualificação e experiência pertinentes ao tema, nos termos dos arts. 156 e 465 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Diante da difícil percepção, no caso concreto, da existência ou não de prática de alienação parental, o artigo acima apreciado prevê a possibilidade de uma ação ordinária autônoma para identificação de ocorrência de Alienação Parental. Ainda permite que, no curso de outras ações de natureza familiar, como a ação de divórcio, modificação da guarda ou regulamentação de visitas, seja requerida a averiguação de possíveis práticas de alienação parental.

Sobre esse ponto, impende destacar que mesmo antes do advento da Lei de Alienação Parental, o Poder Judiciário já vinha permitindo tais situações “ante a possibilidade de realização de todas as provas admitidas em direito, incluindo perícia social, psicológica, entre outras de natureza interdisciplinar”¹²⁵.

Há de se admitir que o tema mereça a atuação de profissionais especializados (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais), cujo estudo e experiência se desenvolvam no campo da alienação parental, pois foge ao conhecimento do magistrado, que promoverá uma análise cuidadosa do caso concreto por meio de laudos e testes apresentados por intermédio desses profissionais de diferentes áreas.

Somente em momento posterior a essa acurada perícia, realizada pela equipe multidisciplinar, será possível que o juiz verifique indícios ou não que possam levar a existência da alienação parental.

No que tange a proteção da dignidade da criança e do adolescente, Paulo Lôbo¹²⁶ argumenta:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo

125 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/10. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.46)

126 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. 12 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2022.

Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais.

Nos termos da Lei 14.340/2022¹²⁷, na ausência ou mesmo quando insuficiente o número de serventuários responsáveis pela realização de estudo psicológico, biopsicossocial ou qualquer outra espécie de avaliação técnica exigida por determinação legal ou judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito com qualificação e experiência pertinentes ao tema, nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil.

De outra banda, o art. 1.513 do Código Civil¹²⁸ dispõe que: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O artigo em comento versa sobre a consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família.

Aludido princípio é reforçado pelo art. 1.565, §2.º, do Código Civil¹²⁹, da mesma codificação, pelo qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito.

A Lei 12.318/2010¹³⁰, contudo, oferece ao magistrado instrumentos processuais que são aptos a inibir ou atenuar os efeitos decorrentes da alienação parental e que, por

127 BRASIL. **Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

128 BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 16 out. 2023.

129 Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. [...] § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 16 out. 2023.

130 BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 16 out. 2023.

óbvio, pode retirar a autonomia (liberdade) do cônjuge alienador em relação ao filho. Vejamos:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - (revogado). §1º Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. §2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.

Nesse contexto, é notório que o magistrado irá se pronunciar no sentido de tomar providências que tenham o escopo de anular os efeitos promovidos e evitar que a conduta alienatória seja continuada. Tudo isso para que se possa preservar a relação existente entre o alienado e o genitor vitimado.

Ainda cabe destacar que, mais uma vez, a lei de alienação parental nos apresentou um rol *numerus apertus*, ou seja, os incisos do artigo em epígrafe são meramente exemplificados, podendo o juiz aplicar outras medidas que entenda prudentes para eliminar os efeitos da alienação parental.

Pode, ainda, utilizar conjuntamente de duas ou mais medidas que ache necessárias com o intuito de não deixar que se progridam mais danos, ao menor e ao vitimado, em razão da alienação parental. Em suma, "o juiz fica livre para determinar a

medida, ou a conjugação de medidas, que entender ser a mais adequada diante do caso concreto”.¹³¹

Vale lembrar que a Lei 14.340/2022¹³² também acrescentou o parágrafo segundo, no sentido de que o acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.

Já os artigos 8º e 8º-A, da Lei 12.318/10¹³³ aduzem:

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 8º-A. Sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, sob pena de nulidade processual. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

Observa-se, após uma leitura mais acurada, que a “alteração de domicílio” tratada aqui é aquela referente à reiterada prática da alienação parental, inclusive quando a ação já está tramitando. Nesse sentido, em razão da mudança do endereço poder ser fato que enseja a alienação parental, “o presente artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o inciso VI do art. 6º desta lei”¹³⁴, permitindo ao magistrado, verificados indícios de alienação parental, “determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente”.

131 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2013 p.26)

132 BRASIL. Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

133BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 16 out. 2023.

134 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/10. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.57.

Em acréscimo, vale mencionar mais uma inovação trazida pela Lei 13.340/2022, que trata do art. 8-A da Lei 12.318/2010, segundo o qual, sempre que necessário, o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017¹³⁵, sob pena de nulidade processual. Trata este diploma legal do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência, o qual amplia sobremaneira a proteção aos direitos de crianças e adolescentes, prevendo regras rígidas no tocante aos procedimentos referentes aos depoimentos a serem prestados pelas vítimas ou testemunhas.

Nos termos da Lei 13.431/2017¹³⁶, escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Além disso, outro instituto previsto na lei discutida é o depoimento especial, que consiste em procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Outrossim, ainda nos termos do diploma aqui discutido, a criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Pois bem, conforme dito acima, em relação à ampliação da proteção às crianças e adolescentes, vale lembrar que a escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Sendo assim, pode-se inferir que a Lei 14.340/2022¹³⁷ veio ampliar a proteção às vítimas, no sentido de que determina que os procedimentos a serem seguidos serão os que constam do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência, garantido a Proteção da Dignidade Humana.

CONCLUSÃO

135 BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em 10 out. 2023.

136 *Idem.*

137 BRASIL. Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

O presente artigo abordou a importância dos aspectos constitucionais da Lei 12.318/10 (lei de alienação parental) e seus reflexos no direito das famílias. A família (*latu sensu*), em verdade, evoluiu. A sociedade se transformou e conceitos patriarcais e preconceituosos foram deixados de lado. Por meio da promulgação da Carta Magna de 1988, foi trazida uma conotação diferente à entidade familiar, que passou a ser a base da sociedade, e trouxe relevantes mudanças jurídicas, tais como a igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros e a observância do melhor interesse da criança e do adolescente.

A afetividade e a solidariedade se tornaram fundamentos da relação familiar, trazendo nova acepção de valores para este núcleo. Diante destas inovações, sobretudo do especial enfoque dado às famílias brasileiras, o Judiciário vem desenvolvendo importante papel no combate às práticas que venham a ferir a dignidade dos menores. Neste contexto, apresenta-se a Lei da Alienação Parental como uma alternativa que merece destaque, posto que os prejuízos causados pela síndrome em comento são irreversíveis.

O principal ensinamento que se busca transmitir, com a abordagem constitucional da Lei 12.318/10, refere-se à falta de espaço, na justiça brasileira, para determinados tipos de atrocidades psicológicas às quais nossas crianças são submetidas em meio a um divórcio litigioso. Consciente, ou inconscientemente, muitos genitores acabam por prejudicar a formação do filho e, por conseguinte, seu desenvolvimento psicológico saudável, por não aceitarem o fim do relacionamento.

Por meio de uma busca incessante por vingança, cria-se uma atmosfera maniqueísta, em meio à qual estão imersos os filhos, implicando verdadeiro desequilíbrio emocional. Desse modo, o que deve ser explicado cuidadosamente, por nossos juristas, às famílias em litígio, é que estas não se acabam com a separação do casal. Elas apenas se transformam. O melhor interesse da criança deve sempre ser levado em consideração. É de bom alvitre, para tanto, que as partes busquem uma composição pacífica de interesses.

O trabalho procurou refletir e analisar de forma mais aprofundada a questão da alienação parental, por ser um mal que, infelizmente, sempre irá rodear o direito de família, visto que ainda é preciso uma maior conscientização dos pais de que seus filhos não são troféus a serem disputados. Ambos os genitores detêm a mesma parcela de importância na formação da prole.

Com efeito, o trabalho pretendeu corroborar que é perceptível que a Lei 12.318/10 vem trazendo uma maior segurança jurídica para os pais vitimados, filhos (alienados) e a para a sociedade como um todo, por oferecer mecanismos que têm o condão de inibir as práticas alienatórias, punindo quem delas se utilize. Além disso, restou

consignado que aludida Lei apresenta um importante viés constitucional no que tange a observância dos princípios protetores da família e dos infantes.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Christiane Torres de. **O conceito de família: origem e evolução.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. **Breve histórico da família no Brasil.** Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/breve-historico-da-familia-no-brasil/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 10 out. 2023.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 21 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 30 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em 10 out. 2023.

_____. **Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/703>. Acesso em: 04 nov. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 36. Ed. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

FARIAS. Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/10.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 18 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2021.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207.

LEITE. Shirley Maria Viana Crispino. **A origem da família e seus aspectos principiológicos constitucionais.** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. v. 8, n. 1, p. 75-90 Themis: Fortaleza, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias.** 12 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2022.

MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 477.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: Física e Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 173.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1977.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. Crianças em jogo: a guarda compartilhada é o modelo ideal em separação. **Consultor Jurídico**, 24 de Nov de 2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda_compartilhada_modelo_ideal_separacao. Acesso em 23 de Out. de 2023.

SAMARA, Eni de Mesquita. A família no brasil: **história e historiografia**. História Revista, Goiânia, v. 2, n. 2, 2010. DOI: 10.5216/hr.v2i2.10680. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/historia/article/view/10680>. Acesso em: 09 nov. 2023.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 3 ed. Leme: JH Mizuno, 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?**. 2 ed. Campinas, São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

SOUSA, Analice Martins. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/640>. Data de acesso: 29 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 22 ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2022.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI E DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THARLEY RAFAEL DE OLIVEIRA DIAS:

Pós-graduado (*Lato Sensu*) em Direito do Estado pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Graduado em Direito pela UNIDERP/ANHANGUERA. Advogado - OAB/MS.¹³⁸

RESUMO: A Lei n. 8.429/1992, lei de Improbidade Administrativa, representa um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção pública. O seu texto, além de prever a tipologia dos atos de improbidade e de impor sanções ao agente ímprobo, estabeleceu um amplo espectro de incidência, sujeitando ao seu regime todos os agentes públicos e também os particulares que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública. Existia uma grande discussão sobre a aplicação aos sujeitos políticos que respondem por crime de responsabilidade, o Supremo Tribunal Federal pacificou essa situação. As novas alterações implementadas na lei de improbidade também serão tratadas nesse artigo assim como as recentes decisões jurisprudenciais a respeito dessas alterações. O presente artigo apresenta as principais alterações da lei, bem como as decisões dos Tribunais superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa; Responsabilização dos agentes públicos, alterações na lei, decisões do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Law No. 8,429/1992, the Administrative Improbability Law, represents one of the most important instruments in the fight against public corruption. Its text, in addition to providing for the typology of acts of improbity and imposing sanctions on the improbable agent, established a broad spectrum of incidence, subjecting to its regime all public agents and also private individuals who, in some way, relate to the Public Administration. There was a great discussion about the application to political subjects who are responsible for crimes of responsibility, the Federal Supreme Court pacified this situation. The new changes implemented in the improbity law will also be addressed in this article, as well as the recent jurisprudential decisions regarding these changes. This article presents the main changes to the law, as well as the decisions of the higher courts.

KEYWORDS: Administrative misconduct; Accountability of public officials, changes in the law, decisions of the Supreme Court.

¹³⁸ E-mail: tharleyrafael@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução 1.0 Improbidade e a Constituição Federal 2.0 improbidade administrativa e principais alterações da lei 14230/2021 2.1 A coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 é possível ou haveria ocorrência do vedado bis in idem 3.0 Decisões do STF sobre a lei de improbidade. Considerações finais. Bibliografia

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a probidade administrativa, como dever funcional de boa administração, passou a ser tutelada de forma expressa no ordenamento jurídico, tendo respaldo no art. 37, § 4º, da C.F., que dispõe acerca do regime sancionatório aplicável aos agentes públicos no caso de prática de atos caracterizadores de improbidade administrativa.

Na definição de (OLIVEIRA, 2017):

A improbidade administrativa consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competências administrativas que acarrete prejuízos aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não a obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente, a punição complexa e unitária de natureza penal, administrativa e civil, tal como definido em lei.

Ademais, a corrupção é fenômeno social de ocorrência histórica, que remonta aos tempos do descobrimento e continua a permear o cenário nacional nos dias atuais, sendo possível sustentar que se vive no Brasil mais de quinhentos anos de corrupção (DI PIETRO, 2019).

A corrupção é um problema antigo no Brasil e se trata de um problema social.

Com efeito, a colonização do Brasil seguiu um padrão eminentemente espoliador, em que se objetivava somente o que fosse potencial ou efetivamente lucrativo, não sendo cultivado, por parte dos colonizadores, qualquer pensamento ou reflexão que objetivasse o desenvolvimento de um projeto de nação. (ALEXANDRE, 2017).

Nas lições de (FURTADO, 2015) o autor reconhece que a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos brasileiros, o Brasil possui influência histórica e raízes profundas e a prática desse ato tem sido tolerada pela população na esfera privada e pública e os vícios que historicamente macularam a prática política, e os agentes políticos.

Destarte, é imperioso reconhecer que a corrupção privada figura ao lado da corrupção pública como uma das espécies da corrupção em sentido amplo.

A probidade administrativa significa o dever de boa administração por parte do agente público, impondo a prática de atos em conformidade com os princípios norteadores da atividade administrativa e tendo como objetivo o alcance do interesse coletivo. Sobre o tema os autores (Waldo Fazzio Júnior, 2016, p. 137 apud Remédio e Lopes, 2019) elucidam que:

O artigo 37, caput da Constituição dita o ambiente operacional no qual se desenvolvem as atividades administrativas, ou seja, a probidade administrativa, como resultado de cinco princípios em relação de tensão que se resolve pelas múltiplas possibilidades de sua complementaridade

(Jose Afonso apud Remédio e Lopes, 2019) citam que:

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.

No que se refere à natureza administrativa do ato ímprobo (Di Pietro , 2019) aduz: “Não se pode enquadrar a improbidade administrativa como ilícito puramente administrativo, ainda que possa ter também essa natureza, quando praticado por servidor público.”

Reforça a ideia de natureza civil e política das medidas sancionatórias o fato de poderem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.

Na legislação brasileira foi editada a Lei n. 8.429/1992 denominada Lei de Improbidade Administrativa, alterada recentemente pela Lei n. 14.230/2021, com o escopo de proporcionar uma maior efetividade na tutela da probidade no âmbito da

Administração, tendo em vista que seus agentes, no exercício de atividades de titularidade originária do Estado, podem praticar atos que ocasionem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

Nesse artigo abordaremos as principais alterações da lei, e decisões do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre essas alterações.

1. Improbidade e a Constituição Federal

A improbidade administrativa é matéria que possui status constitucional.

De acordo com o §4º do art. 37 da CF/88 as penalidades no caso de atos de improbidade são: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Esse termo utilizado na carta magna “na forma e gradação prevista em lei” indica, segundo a doutrina do Professor José Afonso da Silva, norma constitucional de eficácia limitada, de princípio institutivo, pois o legislador deverá complementá-la. (SILVA, 2019).

Esse complemento adveio da publicação da lei denominada lei de improbidade administrativa, apresentada brevemente nesse artigo.

2. Improbidade administrativa e principais alterações da Lei n. 14230/2021

O texto originário da Lei Federal n. 8.429/92 sofreu profundas transformações com a Lei n. 14.230/2021. Não se pode dizer que o combate a corrupção se tornou mais efetivo, muito da lei se desconfigurou em benefício dos atos de corrupção infelizmente. A Lei n. 14.230, de 25.10.21, modificou inúmeros dispositivos da Lei n. 8.429/92. Muito do que foi modificado acabou por beneficiar interesses particulares daqueles que projetaram a lei.

Nesse artigo vamos pontuar as mais importantes alterações:

De acordo com o artigo 17 da Lei de Improbidade a administração pública não possui mais legitimidade para propor ação de improbidade, restringindo a legitimidade ativa ao Ministério Público. Considera-se que a administração pública dificilmente conseguia exercer esses múnus porque confrontaria com os interesses dos administradores que por vezes também estavam envolvidos em atos ímprobos. (MARTINS, 2016).

Por outro lado, alguns autores previam que se essa retirada de legitimidade ocorresse, como de fato se materializou, enfraqueceu a administração pública, retirando dela a legitimidade de combater a corrupção. (MARTINS, 2019).

Segundo o texto anterior, o prazo de prescrição de 5 anos só se iniciava após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança. O que na maioria das vezes nunca acontecia, porque a pessoa se elegia inúmeras vezes. Com a nova alteração o prazo se inicia após o cometimento do ato de improbidade Art. 23." A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência".

A exigência do dolo específico agora é condição para a existência do ato de improbidade administrativa nos arts. 9º, 10 e 11. Assim como, acrescentou novo elemento subjetivo: segundo o texto literal, não basta o fim ilícito, exige-se o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Portanto, a responsabilização por improbidade pela atuação culposa do agente não ocorre mais por meio de ação de improbidade administrativa. No entanto, entende-se que o Ministério Público deverá, se não ficar demonstrado o dolo do agente, promover ação civil pública para a punição por ato culposos.

2.1 A coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 é possível ou haveria ocorrência do vedado bis in idem

A despeito de a Lei de Improbidade Administrativa encontrar-se em vigor há décadas, ainda persistiam inúmeras controvérsias a respeito de sua correta aplicação, ocasionando em grande número de demandas nas quais eram questionados alguns dos conceitos básicos dispostos da lei.

Um dos mencionados pontos controvertidos versa a respeito da possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, independentemente da aplicação das leis referentes aos crimes de responsabilidade, quando determinado ato ímprobo se configurar, simultaneamente também crime de responsabilidade, por meio de uma análise do alcance do art. 37, § 4º, da Constituição, e do art. 2º da Lei de Improbidade, que trata do conceito de agentes públicos.

O princípio do no bis in idem, veda o cúmulo de ações penais contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos. Assim de um lado, se aplica na natureza processual, proibitiva da renovação de processos pelos mesmos fundamentos e, de outro, no direito material ou

de natureza substancial, segundo a qual ninguém deveria ser apenado mais de uma vez pelos mesmos fatos (SABOYA, 2018).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Reclamação 2.138/DF (decisão em 13/6/2007), havia declarado que os agentes políticos passíveis de responder por crime de responsabilidade, na forma prevista no art. 102, I, "c", da Constituição Federal, e na Lei n. 1.079/1950, não se sujeitavam às disposições da Lei n. 8.429/1992.

Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, costuma-se aceitar a aplicação conjunta da responsabilização prevista na Lei n. 8.429/1992 e da Lei n. 1.079/1950, ressaltando-se o Presidente da República, que somente responderia por crime de responsabilidade, ou seja, um agente político poderia responder simultaneamente por crime de responsabilidade e por improbidade administrativa, salvo o Presidente da República.

O mandamento constitucional, ao dispor que as sanções pela prática de ato de improbidade são aplicáveis independentemente da ação penal cabível, faz clara distinção entre a esfera sancionatória da improbidade e a criminal.

Nesse sentido (CARVALHO FILHO, 2018.) dispõe:

Portanto, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa. O fato que gera uma responsabilidade em parte das vezes e gerador de outras também. Portanto nesse caso as responsabilidades serão conjugadas. Logo, uma mesma situação fática é idônea a criar, concomitantemente, as responsabilidades civil, penal e administrativa.

Existem na doutrina três entendimentos acerca da responsabilização dos agentes políticos pelos atos de improbidade administrativa: o primeiro é baseado na decisão da Reclamação n. 2.138 do STF, onde o STF decidiu que não se aplica a lei de improbidade aos agentes políticos, o segundo entendimento defende que os agentes políticos estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa e às sanções por crimes de responsabilidade, aplicadas de forma cumulativa sem a configuração de bis in idem.

O terceiro entendimento, estabelece que é possível atribuir a essas pessoas as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, sendo que não seria permitida a aplicação das penas de natureza política, devendo ser utilizado nesse caso procedimento próprio conforme as Leis n. 1.079/1950, e o Decreto-Lei n. 201/1967 (NEVES, 2018).

Importante salientar que no ano de 2018 o STF na Petição n. 3.240/DF, por 9 votos a 1, pelo seu pleno mudou sua interpretação sobre a temática, entendendo que o agente político deve responder pela improbidade administrativa independente das demais sanções cabíveis, com exceção do Presidente da República. Esse entendimento é o que tem prevalecido até o momento. (INFORMATIVOS TRILHANTE).

3. Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Improbidade.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão sobre o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa (LIA - Lei 8.429/1992), com as alterações da Lei 14.230/2021, de que não pode ser aplicado o novo texto a casos culposos com decisão transitada em julgado. O STF entendeu que a nova lei se aplica a atos culposos praticados na vigência da norma anterior sem trânsito em julgado (PORTAL STF).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão que entes públicos possuem legitimidade para propor ação de improbidade e celebrar acordos de não persecução civil. Por maioria de votos, o Plenário declarou inválidos dispositivos da Lei 14.230/2021, que limitavam a legitimidade ao Ministério Público (DIZER O DIREITO).

O Tribunal também decidiu que o novo regime prescricional determinado na lei não é retroativo e que os prazos se contam a partir de 26/10/2021, data de publicação da norma. O ministro Alexandre de Moraes, proferiu decisão no sentido de que a lei de improbidade está situada no âmbito do direito administrativo sancionador, e não do direito penal. Portanto, a nova norma em relação ao prazo prescricional, não deve retroagir (PORTAL STF).

A nova Lei de Improbidade é retroativa aos atos dolosos no caso de extinção do tipo previsto no artigo 11 da redação original da Lei nº 8.429/92. Adotou o Pleno do Supremo Tribunal a tese da superveniência da atipicidade prevista no artigo 9º do Pacto de San Jose da Costa Rica. (PORTAL STF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Improbidade Administrativa se aplica a todos os que cometerem atos ímprobos, sejam particulares ou agentes públicos, o objetivo principal é coibir à prática dos atos previstos na lei. Importante salientar que, não são exaustivas as condutas ali previstas como regra, com exceção do artigo 11 que a doutrina vem entendendo ser exaustiva.

Cumpra mencionar que, no que tange à aplicabilidade de sanções aos agentes políticos, o Supremo Tribunal entende ser possível a aplicação simultânea das sanções por improbidade e por infrações político-administrativas, com ressalva do Presidente da República que não se submete ao regime da lei de improbidade.

O princípio da moralidade administrativa possui uma importância ímpar em nosso ordenamento jurídico, defende-se que a aplicação da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, independente da sua responsabilização por crimes de responsabilidade, não se podendo falar em "bis in idem". Entende-se, nesse sentido, que os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa seriam diferentes entre si, e totalmente compatíveis de serem aplicados simultaneamente.

Quanto as inovações implementadas pela lei 14.230/2021, ao nosso ver algumas demonstram um claro retrocesso na punição e prevenção dos atos de improbidade administrativa.

Quanto a decisão pela irretroatividade da norma em casos de trânsito em julgado nos parece acertada em respeito a coisa julgada. As decisões do Supremo Tribunal Federal elencadas nesse artigo são de extrema importância para todos os operadores do direito, principalmente para os que atuam no ramo do direito administrativo .

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Método, 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Livro digital. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Livro digital. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FURTADO, Lucas R. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Pressupostos da responsabilização disciplinar**. **Revista de direito administrativo e infraestrutura**. São Paulo, na. 05, n. 16, p. 179. 2016.

_____. **Aspectos controvertidos da advocacia pública**. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, São Paulo, ano 3, n. 09, p. 367-394, abr.-jun. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Manual de improbidade administrativa**. Livro digital. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5º Edição. São Paulo: Método, 2017.

REMÉDIO, José Antônio. LOPES, Thiago Henrique Teles. **A probidade administrativa como direito fundamental** difusoadministrative probity as a fundamental diffuse right. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, mai/ago2019 ISSN 2318-8650

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo**. Jornal de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 71-92, jul./dez. 2018. Disponível em: < <http://www.jcc.org.br/ojs2/index.php/JCC/article/view/10/pdf>.> Acesso em 05/11/2023.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 42 ed./2019

SITE DIZER O DIREITO. Disponível em: <<http://www.Dizer o Direito: As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem?>> Acesso em 08/11/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal. Disponível em: <[http://www.Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](http://www.Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br))> Acesso em 08/11/2023.

INFORMATIVOS TRILHANTE. Disponível em: < [http://www.Pet 3.240 AgR-DF - STF \(trilhante.com.br\)](http://www.Pet 3.240 AgR-DF - STF (trilhante.com.br))>. Acesso em 09/11/2023.

ESTRUTURA BIFÁSICA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

MARCELO ROCHA DE LIMA:

Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição e em Processo Civil, ambos da Universidade Cândido Mendes. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF (Assessor Criminal)¹³⁹

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico no âmbito do direito processual civil, cujo objeto abarca a análise sobre a estruturação do processo de conhecimento, especificamente do procedimento comum ordinário a partir das lições da doutrina do Professor Alexandre Freitas Câmara. Utilizou-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica, com consultas a livros e a legislação pertinentes. O trabalho está distribuído, com as considerações sobre o processo de conhecimento, o procedimento comum e adivisão bifásica do procedimento. Objetivou-se, com o trabalho, outra perspectiva sobre a organização e estruturação do procedimento comum, com vista à racionalização do processo e ao julgamento qualitativo.

Palavras chaves: Processo de Conhecimento, Procedimento Comum, Cognição e Julgamento.

1-INTRODUÇÃO

Com o Novo Código de Processo Civil, positivado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, foram introduzidos e mantidos vários princípios e institutos jurídicos, dentre eles, o princípio da primazia do julgamento do mérito¹⁴⁰, demandando por partedo julgador que se ampare nos mecanismos processuais expostos na novel legislação para objetivação do julgamento meritório.

Nesse sentido, o artigo apresenta como o processo de conhecimento poder ser visto de forma mais pragmático, permitindo o magistrado decidir com o maior organização e certeza, sem que esbarre em questão pendente por falta de organização e racionalização do procedimento.

Para concreção desse mister, o julgador deve conduzir o processo, primando por sua organização, de forma que a demanda esteja apta ao julgamento de mérito, sem que

139 E-mail: mar.rochalima@gmail.com

140 BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015

incorra em nulidade ou irregularidade processual, por não ter observado questão ou etapa processual pendente.

Nesse passo, a primeira fase do procedimento ou fase introdutória inicia-se com o ajuizamento da ação civil e estende até o saneamento e organização do processo, preparando o processo para fase principal, isto é, o seu julgamento, conforme o que foi acertado na fase anterior.

Deste modo, a organização do processo e a delimitação das questões fáticas e jurídicas, que é visto no saneamento, não podem ser concebido como uma das várias fases do processo, mas como objetivo da primeira fase, na perspectiva bifásica do processo, se contrapondo à visão tradicional da divisão do processo de conhecimento.

A justificativa do trabalho cinge-se justamente na análise da importância da divisão do processo em apenas duas fases, mitigando a visão tradicional do processo em várias fases. Assim, contribuirá para nova interpretação ou pelo menos num olhar diferenciado sobre a condução do processo.

O trabalho abordará num primeiro momento, o que vem a ser o processo de conhecimento, com seu significado dogmático, e a atividade cognitiva despenhada pelo magistrado, a partir dos conceitos doutrinários. Depois será abordado o sistema do processo de conhecimento numa visão bifásica, na dicção proposta na doutrina do Professor Alexandre Freitas Câmara, primando pela importância da organização do processo, como etapa indispensável ao julgamento de mérito. Ao fim, as considerações finais sobre o trabalho.

2.1-DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O atual Código Processo Civil rompeu com a divisão estabelecida no digesto processual de 1973, o qual possuía três espécies de tutela jurisdicional: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

No novo caderno processual não traz mais a tutela cautelar como processo autônomo, mas como etapa preparatória ou incidente processual, no processo de conhecimento ou processo de execução. Desta forma, Estado disponibiliza às partes duas espécie de tutela: a de conhecimento e a de execução.

O processo de conhecimento tem como objetivo principal acertar o direito controvertido na demanda, declarando a existência ou a inexistência dos pedidos deduzidos pelo autor ou pelo réu em reconvenção.

Nesse sentido, é a doutrina balizada por Humberto Theodoro Júnior, que sintetiza o objetivo do processo de conhecimento:

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de *conhecimento* ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor. No acerto contido na sentença consiste o provimento do processo de conhecimento¹⁴¹.

Em sabias palavras, o Professor Alexandre de Freitas Câmara conceitua o processo de conhecimento, como:

Chama-se processo de conhecimento ao processo de sentença, isto é, ao processo que tem por objetivo imediato a prolação de uma sentença de mérito através da qual se declara a existência ou inexistência do direito material afirmado pelo demandante¹⁴².

Vale ainda destacar que, muito embora as expressões processo de conhecimento ou processo de cognição sejam vistas pela doutrina como sinônimas, é bom que se entenda que não são exatamente a mesma coisa, pois cognição é atividade preponderante desenvolvida no processo.

Assim, o magistrado, ao longo do processo de conhecimento, pode proferir diversas decisões de índole cognitiva, analisando alegações e provas, como questões preliminares ou prejudiciais, e com variados graus de cognição, podendo ser exauriente, sumária ou por verossimilhança.

Sobre a crítica, vale a transcrição das palavras pedagógicas de Alexandre Freitas Câmara:

O processo de conhecimento, como dito, é o processo de sentença, isto é, o processo que tem por objeto imediato a produção de uma sentença de mérito, declaratória da existência ou inexistência de um direito. Seu nome, porém, vem não de seu objetivo (declaração

141 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1081.

142 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.189.

de direito), mas da atividade processual preponderante desempenhada ao longo do processo: a cognição¹⁴³.

Nesse contexto, melhor é a expressão processo de conhecimento, sendo o seu objetivo superar a dúvida dos fatos controvertidos na demanda, para declarar a existência ou a inexistência do direito reclamando, a partir da atividade preponderantemente cognitiva, com a análise de fatos e provas.

2.2-DO PROCEDIMENTO COMUM

O Novo Código de Processo civil eliminou no processo de conhecimento a dualidade do procedimento comum ordinário ou sumário, mas, evidentemente, manteve os procedimentos especiais. Assim, na ausência de procedimento específico para solucionar determinada demanda, será utilizado o rito comum, ou seja, o modelo padrão¹⁴⁴.

Note-se que o procedimento comum apresenta característica de rito subsidiário. Sobre o ponto, destaco as lições de Humberto Theodoro Júnior:

O procedimento comum é o que se aplica a todas as causas para as quais a lei processual não haja instituído um rito próprio ou específico (NCPC, art. 318). Seu âmbito é, portanto, delimitado por exclusão: onde não houver previsão legal de um procedimento especial, a causa será processada sob as regras do procedimento comum¹⁴⁵.

Em suma, o procedimento comum, dado seu aspecto subsidiário, ganha destaque no Novo Código Processo Civil revelando-se ser o principal rito processual para soluções das demandas no processo de conhecimento.

3.DO MODELO BIFÁSICO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O processo de conhecimento, como dito antes, é concebido para superar a dúvida sobre o direito controvertido na demanda jurisdicional, afirmando a existência ou não

143 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 189.

144 Idem, p.193.

145 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1084.

do direito invocado pelas partes da ação, seja julgando procedente ou improcedente os pedidos judicializados na petição inicial ou na reconvenção.

O processo cognitivo se desenvolve, conforme rito eleito para solucionar aquela ação judicializada, de acordo com o direito material em questão. O procedimento para solucionar a maioria das demandas judiciais, devido ao seu caráter subsidiário, é o procedimento comum, ou seja, o modelo padrão.

Tal modelo se desenvolve a partir vários atos concatenados, produzidos ao longo da marcha processual. Como diz Humberto Theodoro Júnior: “procedimento é, destarte, sinônimo de *rito* do processo, ou seja, “o modo e a forma por que movemos atos no processo¹⁴⁶”.

Desta feita, a doutrina costuma dividir o processo de conhecimento em mais duas fases. A título de esclarecimento, cite-se, mais uma vez, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Para consecução de seu objetivo, o procedimento comum desdobra-se em quatro fases: a postulatória, a de saneamento, a instrutória e a decisória. Estas fases, na prática, nem sempre se mostram nitidamente separadas, e às vezes se interpenetram. O que, todavia, caracteriza cada uma delas é a predominância de um tipo de atividade processual desenvolvida pelas partes e pelo juiz¹⁴⁷.

No mesmo sentido, leciona o Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O CPC trata do procedimento comum a partir do art. 319, dividindo-o em quatro fases: a postulatória, na qual o autor formula sua pretensão por meio da petição inicial e o réu apresenta a sua resposta; a ordinatória, em que o juiz saneia o processo e aprecia os requerimentos de provas formulados pelas partes; a instrutória,

146 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1083.

147 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1083.

em que são produzidas as provas necessárias ao convencimento do juiz; e a decisória¹⁴⁸.

Por outro lado, o professor Alexandre Freitas Câmara apresenta uma divisão bifásica do processo de conhecimento. Diz o autor:

Pois o estudo do procedimento comum do vigente CPC exige a adequada compressão de sua estrutura (sob pena de ser ter uma visão equivocada dos atos que o compõem). É o que procedimento comum tem um estrutura bifásica em outras palavras, está o procedimento comum dividido em duas fases distintas, com finalidades diferentes¹⁴⁹.

Nesse sentido, a indicação de Freitas Câmara é por uma estrutura mais enxuta daquela apresentada pela doutrina tradicional. Propõem a divisão do processo da seguinte forma:

A primeira fase (que pode ser chamada de fase introdutória) vai do ajuizamento da petição inicial à prolação da decisão de saneamento e organização do processo e tem por fim delimitar as questões (de fato e de direito) que serão objeto de instrução e julgamento do processo. Encerrada esta, inicia-se a fase principal (que se inicia no momento em que a decisão de saneamento e organização do processo adquire estabilidade e vai até a prolação da sentença), destinada à instrução e julgamento das questões delimitadas na fase introdutória¹⁵⁰.

Com essa divisão, permite-se que o Magistrado, em cooperação com as partes, concentre maior carga intelectual para a consecução dos objetivos propostos para cada fase do procedimento. Assim, na primeira etapa, fase introdutória, a atenção é voltada para a organização e saneamento do processo, objetivando a delimitação das questões de fato e direito, que serão objeto da fase seguinte. Por sua vez, a fase principal, a

148 GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 667.

149 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 193.

150 Idem, p. 193

atividade jurisdicional será destinada somente à instrução e ao julgamento do que foi acertado na fase anterior.

Essa é a conclusão que se extrai de Freitas Câmara, veja:

Esta divisão em duas fases do procedimento permite que, durante a fase principal, desenvolva-se um contraditório verdadeiramente efetivo, em que as partes e o órgão jurisdicional concentram toda a sua atuação na preparação de um julgamento que vai versar apenas sobre matérias predeterminadas (impedindo-se, assim, a prolação de decisão-surpresa, de modo a atender plenamente ao disposto do art. 10)151.

De arremate, a divisão do procedimento comum em duas fases, introdutória e principal, permite que se desenvolva o processo com maior debate qualitativa, devido à carga de concentração que será objetivada em cada fase procedimento, o que leva a prolação de sentenças de melhor qualidade¹⁵².

3- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de conhecimento, o modelo padrão, para o julgamento da maioria das lides processuais, tem vários atos e fases que devem ser seguidos, a fim de resultar na prolação de sentença de mérito, afirmando ou negado o direito material controvertido.

Não obstante da proposição da doutrina tradicional de quatro fases processuais para estruturação e desenvolvimento do procedimento comum, a proposta da divisão bifásica tem boa aceitação prática, pois permite uma concentração de esforços por parte do julgador e das partes para cada fase da divisão bifásica, permitindo-se o julgamento de mérito com maior qualidade.

Portanto, a conclusão que se chega é a que o processo de conhecimento, desenvolvido no rito comum, deve perquirir em duas fases, introdutória e principal, propiciando racionalização, organização e julgamento definitivo de melhor qualidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

151 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 193.

152 Idem, p. 194.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2020.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O PODER DE POLÍCIA PARA INSTITUIÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

VINICIUS NUNES DE PAULA:
Delegado de Polícia Federal e
Especialista em Ciências Criminais –
PUC Minas¹⁵³

Resumo: O artigo examina o poder de polícia conferido às instituições de polícia judiciária no Brasil, analisando sua fundamentação jurídica, amplitude e limitações. Utilizando-se de análise doutrinária e jurisprudencial, o estudo enfatiza a relevância desse poder no contexto da justiça criminal e segurança pública.

Palavras-chave: Polícia judiciária, poder de polícia, sistema de justiça.

1. INTRODUÇÃO

A segurança pública é um dos pilares de qualquer sociedade democrática. É através dela que os cidadãos encontram a garantia para o exercício pleno de seus direitos, livres das ameaças que possam surgir no seio da coletividade. No Brasil, o sistema de segurança é delineado por uma série de instituições, dentre as quais as de polícia judiciária assumem relevância especial no cenário da persecução penal.

A Polícia Judiciária, representada principalmente pela Polícia Civil, tem como principal função a investigação de crimes e a coleta de provas para a instauração da ação penal. Diferente das funções típicas de policiamento ostensivo, a polícia judiciária atua de maneira mais discreta, porém com instrumentos legais robustos que garantem a efetividade de suas ações. Tais instrumentos estão sob a égide do que se denomina "poder de polícia".

O poder de polícia é uma faculdade concedida às autoridades competentes, permitindo a limitação dos direitos e liberdades individuais em nome da preservação da ordem pública e do bem-estar coletivo. Este conceito, já sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro, é o alicerce que confere legitimidade às ações da polícia judiciária, desde a simples solicitação de documentos até ações mais incisivas como a condução coercitiva ou a decretação de prisões durante a fase investigativa.

O presente artigo visa aprofundar a compreensão sobre o poder de polícia no contexto das instituições de polícia judiciária. Ao longo do texto, será explorada a origem

153 E-mail: viniciusnunesmg@gmail.com

e evolução deste conceito, a sua relevância no cenário jurídico brasileiro, bem como os desafios e limites impostos ao seu exercício em um Estado Democrático de Direito.

2.HISTÓRICO DO PODER DE POLÍCIA

O conceito e o exercício do poder de polícia têm suas raízes na antiguidade, embora sua forma e função tenham evoluído significativamente ao longo do tempo, paralelamente ao desenvolvimento dos Estados nacionais e suas respectivas estruturas jurídicas e políticas.

2.1 Origens Antigas

Na Antiguidade, sociedades como a grega e a romana já possuíam mecanismos de controle e preservação da ordem pública. Em Roma, por exemplo, a figura dos "lictors" acompanhava os magistrados e era responsável por garantir o cumprimento de suas decisões, utilizando-se da força, se necessário. Estas figuras não eram policiais no sentido moderno, mas já exerciam uma forma rudimentar de poder de polícia.

2.2 Evolução na Europa Medieval e Moderna

Com a desintegração do Império Romano e o surgimento dos feudos na Europa Medieval, a manutenção da ordem tornou-se uma responsabilidade local. Os senhores feudais possuíam o "direito de baixa justiça", que lhes permitia julgar e punir crimes menores em seus territórios.

No entanto, foi na Modernidade, com o surgimento dos Estados nacionais, que o poder de polícia começou a assumir uma forma mais reconhecível. Na França pré-revolucionária, por exemplo, o termo "police" referia-se a um conjunto de regulamentos administrativos e à instituição responsável por sua aplicação.

2.3 O Poder de Polícia no Brasil: Do Império à República

No Brasil, a noção de poder de polícia ganhou contornos durante o período imperial. O Código Criminal do Império, de 1830, já fazia menção à figura do Chefe de Polícia e determinava suas competências. No entanto, a estruturação formal das polícias e o conceito moderno de poder de polícia desenvolveram-se ao longo da Primeira República, especialmente com a reforma que levou à criação da Polícia Civil.

A Constituição Federal de 1891, a primeira da República, embora não usasse o termo "poder de polícia", já estabelecia competências aos Estados para a manutenção da

ordem pública. A consolidação desse poder, no entanto, ocorreu ao longo do século XX, com a evolução legislativa e doutrinária.

2.4 Regulamentação Atual e Desafios Contemporâneos

A Constituição Federal de 1988, ao reafirmar o Brasil como um Estado Democrático de Direito, trouxe o compromisso explícito com a preservação dos direitos fundamentais, o que reconfigurou e delimitou o exercício do poder de polícia. Enquanto instrumento de manutenção da ordem, ele deve ser exercido respeitando-se os direitos e garantias individuais.

Hoje, o desafio é balancear a necessidade de garantir a segurança pública e o dever de preservar os direitos fundamentais. O poder de polícia, nesse contexto, não é apenas uma ferramenta de controle, mas também um mecanismo de proteção à cidadania.

Em resumo, o poder de polícia, em sua evolução histórica, reflete as transformações sociais, políticas e jurídicas das sociedades nas quais ele opera. Seu exercício, no Brasil contemporâneo, deve ser orientado pelos princípios constitucionais, garantindo-se a ordem pública sem prejuízo dos direitos fundamentais.

3.A NATUREZA JURÍDICA DO PODER DE POLÍCIA

3.1 Introdução à Natureza Jurídica

A natureza jurídica de um instituto refere-se à sua essência, sua classificação no ordenamento jurídico e como ele se insere no sistema legal como um todo. No caso do poder de polícia, seu conceito é complexo e multifacetado, abrangendo tanto aspectos administrativos quanto de direito público.

3.2 Classificação Tradicional

Historicamente, o poder de polícia é classificado dentro do direito administrativo como uma das funções estatais. Essa função tem como objetivo limitar e regular o exercício dos direitos e liberdades individuais em nome do bem-estar coletivo.

3.3 Aspectos Constitucionais

A Constituição Federal, em seu art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN), conceitua o poder de polícia como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público. Assim, ele é visto como uma prerrogativa de direito público, visando a harmonização entre os direitos individuais e o interesse público.

3.4 Características Principais

Discricionariedade: Embora regulado por lei, o exercício do poder de polícia muitas vezes confere à autoridade competente uma margem de liberdade na escolha da melhor forma de atuação, desde que observados os limites legais.

Autoexecutoriedade: Significa que a administração pública, ao exercer o poder de polícia, pode colocar em prática suas decisões sem necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário, salvo em situações excepcionais.

Limitação de Direitos: O poder de polícia atua limitando direitos individuais em nome do coletivo, mas sempre pautado pela legalidade e proporcionalidade.

3.5 Distinção entre Poder de Polícia e Polícia Administrativa

É comum confundir o poder de polícia com a polícia administrativa. No entanto, enquanto o poder de polícia refere-se à capacidade de restringir e regular direitos individuais em nome do coletivo, a polícia administrativa aborda o conjunto de órgãos e entidades que efetivamente aplicam e fiscalizam as normas.

4. PODER DE POLÍCIA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

O poder de polícia, em sua essência, é o instrumento que o Estado utiliza para restringir e regular direitos individuais em prol do bem-estar coletivo. Esse mecanismo é crucial para as atividades de polícia judiciária, permitindo que ela cumpra sua missão de investigação e esclarecimento de delitos.

4.1 A Função da Polícia Judiciária

A polícia judiciária, no Brasil, é majoritariamente exercida pela Polícia Civil, instituição que possui a prerrogativa de investigar crimes e preparar o início de ações penais. Sua atuação é predominantemente reativa, entrando em cena após a ocorrência de um delito e buscando reunir elementos para a eventual punição do responsável.

4.2 Poder de Polícia: Instrumento da Atuação Judiciária

Para que a polícia judiciária possa desempenhar suas funções, o exercício do poder de polícia é vital. Esse poder permite:

- Condução de indivíduos para depoimentos: Através do poder de polícia, indivíduos podem ser conduzidos coercitivamente para prestar depoimentos, caso se recusem a comparecer espontaneamente.

- Realização de buscas e apreensões: Em locais onde se presume haver provas relevantes para a investigação.

- Intimações e notificações: A polícia judiciária pode, com base nesse poder, intimar testemunhas, suspeitos e outros envolvidos no processo investigativo.

4.3 Prerrogativas e Limitações do Poder de Polícia na Atuação Judiciária

A Polícia Civil, enquanto exercente da função judiciária, possui uma série de prerrogativas derivadas do poder de polícia. No entanto, é fundamental ressaltar que o exercício desse poder não é absoluto e está sujeito a uma série de limitações:

- Respeito aos direitos fundamentais: A atuação policial deve sempre observar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, como o direito à integridade física, à dignidade, entre outros.

- Legalidade: Todas as ações da polícia judiciária devem estar amparadas em previsão legal. Não é permitida a atuação com base apenas em discricionariedade, sem respaldo jurídico.

- Proporcionalidade: As medidas adotadas no exercício do poder de polícia devem ser proporcionais à necessidade. Medidas excessivas, que ultrapassem o necessário para a garantia da ordem, são vedadas.

4.4 Relação com o Ministério Público e o Poder Judiciário

A polícia judiciária não atua isoladamente. Ela trabalha em estreita colaboração com o Ministério Público (órgão acusador) e o Poder Judiciário. O poder de polícia permite que a Polícia Civil colete as evidências e informações necessárias, que serão posteriormente utilizadas pelo Ministério Público na formulação da acusação e pelo Judiciário na deliberação sobre a causa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação das instituições de polícia judiciária, representadas primordialmente pela Polícia Civil e Polícia Federal, é fundamental para a manutenção da ordem pública e para a garantia da justiça no Brasil. O poder de polícia, como instrumento de autoridade estatal, é o alicerce que sustenta e legitima as atividades dessas instituições, assegurando

que possam exercer suas funções investigativas com eficiência, sempre balizadas pelos princípios constitucionais.

A complexidade e amplitude da atuação destas polícias demonstram a necessidade de uma contínua revisão e atualização de suas práticas, garantindo a adaptação às mudanças sociais e aos desafios contemporâneos. Assim, é crucial que o poder de polícia seja exercido de maneira equilibrada, conciliando a segurança pública com o respeito intransigente aos direitos e liberdades individuais.

Este estudo buscou esclarecer o entrelaçamento entre o poder de polícia e a atuação das polícias judiciárias, ressaltando a importância de ambas para o funcionamento harmônico do sistema de justiça penal. É imperativo que a sociedade, o poder público e as instituições de segurança continuem dialogando, buscando aprimoramentos constantes, para que o exercício do poder de polícia esteja sempre alinhado com as demandas de um Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. R. Poder de Polícia e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2018.

BARROS, M. L. História das Instituições Policiais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Segurança & Sociedade, 2015.

CARVALHO, P. S. Polícia Judiciária e Investigação Criminal. Brasília: Edições Policiais, 2020.

DIAS, R. O. A Evolução do Poder de Polícia no Brasil. Salvador: Edições Jurídicas do Nordeste, 2017.

FERREIRA, A. B. Polícia Federal: Atuação e Competências. Curitiba: Editora Nacional, 2019.

MORAIS, L. P. Constituição e Poder Policial. Porto Alegre: Editora do Sul, 2016.

SILVA, N. R. A Interação da Polícia Civil com o Sistema Judiciário. Recife: Editora Pernambucana, 2021.

A VIRADA JURISPRUDENCIAL DO PRECEDENTE RELACIONADO À ABUSIVIDADE NA COBRANÇA DE TAXA DE CONVENIÊNCIA EM VENDAS ONLINE

SILVIA MISSANO COSTA:
graduação em direito e pós-graduação em direito civil e do consumidor¹⁵⁴

RESUMO: O presente artigo visa apresentar uma análise crítica a respeito da chamada taxa de conveniência, definindo seus contornos jurídicos e tecendo comentários acerca das decisões do Superior Tribunal de Justiça, com enfoque na abordagem apresentada pela Corte Cidadã no julgamento que defendeu a legalidade da referida cobrança, em verdadeira virada jurisprudencial. Ainda, pretende o trabalho gerar reflexão acerca de determinados encargos repassados ao consumidor e seu conseqüente impacto no preço final do produto ou serviço.

Palavras-chave: Taxa. Conveniência. Consumidor.

ABSTRACT: This article aims to present a critical analysis regarding the so-called convenience fee, defining its legal contours and making comments about the decisions of the Superior Court of Justice, focusing on the approach presented by the Citizen Court in the judgment that defended the legality of the aforementioned charge, in a true jurisprudential turn. Furthermore, the work intends to generate reflection on certain charges passed on to the consumer and their consequent impact on the final price of the product or service.

Keywords: Convenience. tax. Consumer.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Metodologia 3. Desenvolvimento 4. Entendimento anterior do STJ 5. Virada Jurisprudencial (OVERRULING) e Papel dos Tribunais 6. Novo entendimento do STJ 7. Conclusões finais.

1 – INTRODUÇÃO

A venda de ingressos de shows e/ou espetáculos pode ser realizada de diversas maneiras, inclusive através de alguma empresa terceirizada e especializada nessa atividade.

154 [E-mail: silvia_missano@hotmail.com](mailto:silvia_missano@hotmail.com)

Quando a venda é realizada por alguma dessas instituições, é prática comum a cobrança de um valor adicional, apenas pelo fato de o consumidor estar adquirindo o ingresso por via online. Essa quantia extra é conhecida como taxa de conveniência.

Sustentam as empresas que a conveniência se dá em prol do consumidor, uma vez que tem por objetivo evitar o enfrentamento de filas, bem como o deslocamento do cliente ao ponto físico de compra do bilhete/ingresso, poupando, assim, o tempo.

Considerando que, na atual sociedade de consumo, o tempo possui, sem dúvida, valor jurídico, é mister que se reconheça o esforço argumentativo apresentado pelos empreendedores para justificar a cobrança do encargo analisado no presente trabalho, que, no entanto, apresenta diversas nuances que merecem holofotes.

2 METODOLOGIA

A metodologia para realização deste artigo foi baseada em livros, vídeo aulas, artigos e sites. Foram coletadas informações, principalmente, dos fundamentos dos julgados do STJ abordados no desenvolver do presente trabalho.

3 DESENVOLVIMENTO

Para a realização desta pesquisa, utilizou-se a autora, basicamente, dos fundamentos apresentados pelos ministros da Corte Cidadã, além dos dispositivos contidos em toda legislação protetiva da figura do consumidor.

4 ENTENDIMENTO ANTERIOR DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo nº 644, havia decidido que a compra realizada pela internet não pode ser considerada automaticamente como uma conveniência ao consumidor.

Assim o STJ havia se manifestado:

“Produtor do espetáculo que for vender seus ingressos na internet deverá fazer isso por meio de mais de uma empresa e não poderá cobrar valor de taxa extra por estar vendendo online”

Isso porque, na prática, quase todos acabam adquirindo o ingresso de shows e espetáculos online, e, além disso, muitas vezes esse é o único ponto de venda disponível, o que geraria uma ideia de liberdade de escolha fictícia do consumidor.

Nesses casos, a abusividade da taxa é latente, uma vez que o consumidor sequer possui a opção de abdicar dessa comodidade, ante a indisponibilidade dos ingressos em pontos de venda físicos.

A grande questão, no entanto, é que a verdadeira conveniência recai para os fornecedores, vez que a venda online acarreta inúmeras vantagens e aplicabilidades para os próprios promotores de eventos culturais, alcançando, por exemplo, um número muito maior de interessados no menor tempo possível, de forma que eles devem ser os responsáveis pelo pagamento das empresas que comercializam seus ingressos.

O desequilíbrio do contrato estaria configurado, uma vez que o consumidor se encontra em extrema desvantagem, arcando com os custos de uma conveniência que pouco lhe garante serventia, e que traz diversos benefícios ao fornecedor, situação vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, inciso V.

Outrossim, de acordo com o STJ, não haveria, nesses casos, declaração clara e destacada de que o consumidor está assumindo um débito que é de responsabilidade do incumbente produtor ou promotor do espetáculo cultural, o que macularia a possibilidade de transferir o encargo.

Ocorre que, em verdadeiro *overruling*, a Corte Cidadã alterou o seu entendimento.

5 DA VIRADA JURISPRUDENCIAL E DO PAPEL DOS TRIBUNAIS

O *overruling* é instrumento de extrema importância para a manutenção e perenidade das normas jurídicas. Trata-se de termo utilizado para fazer referência à superação de um precedente. Não deixa de ser, portanto, uma forma de mutação legislativa, sem que haja, entretanto, qualquer alteração formal dos textos legais.

Há quem conteste a legitimidade dos julgadores, membros de Tribunais Superiores, para alterar interpretação conferida pelo legislador, à vista do fato de que não foram aqueles os eleitos pelo povo, verdadeiro titular da soberania.

Faltaria, portanto, legitimidade democrática, e, decorrente desta, formar-se-ia aparente incongruência no âmbito de um Estado Democrático.

A Legitimidade da jurisdição dos Tribunais de Superposição, entretanto, fundamenta-se em dois pilares principais: 1- proteção dos direitos fundamentais que correspondem ao mínimo ético e a reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária 2- proteção às regras do jogo democrático.

A democracia, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça.

Desta senda, é poder-dever dos Tribunais não apenas promover a interpretação das normas, como também modificá-la, observada eventual mudança no contexto social e de acordo com a evolução do pensamento da população.

É com base nestes argumentos que se permite o fenômeno da superação de precedentes (overruling), sendo um exemplo o caso analisado no presente artigo.

6 DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Explicado o que se trata a mudança de jurisprudência, cumpre analisar, portanto, o atual entendimento dominante no âmbito dos Tribunais.

No REsp 173728-RS, julgado em 2020, o STJ firmou a seguinte tese:

“É lícita a cobrança de uma “taxa de conveniência” (um valor a mais) pelo fato de o ingresso estar sendo adquirido pela internet”.

De acordo com o novo entendimento, essa cobrança é lícita, desde que o consumidor seja previamente informado sobre o preço total da aquisição do ingresso, com o destaque de que está pagamento um valor extra a título de “taxa de conveniência”

Na fundamentação do presente julgado, o STJ relacionou a taxa de conveniência ao que restou decidido em relação à possibilidade de cobrar comissão de corretagem (Tema 938/STJ) e à comissão do correspondente bancário.

Nas palavras da Corte, sendo a “taxa de conveniência” um repasse de custos de intermediação, torna-se irrelevante investigar se existe, ou não, efetiva vantagem ao consumidor, pois a controvérsia se desloca para a fase pré-contratual, bastando que o consumidor seja informado prévia e adequadamente acerca dessa transferência de custos.

Em síntese, sendo adequado o dever de informação e cumprindo o fornecedor com suas obrigações a ele relacionadas, o repasse do encargo ora estudado, de acordo com o entendimento mais atualizado, é válido e regular.

7 DAS CONCLUSÕES FINAIS

Reconhece-se a assertividade da decisão retromencionada. Entretanto, algumas considerações merecem relevância no debate.

Uma questão para ficar alerta, por exemplo, é que os produtores de eventos, além de cobrarem indevidamente a taxa de conveniência, comumente realizam tal cobrança sobre o valor de cada um dos ingressos individualmente adquiridos.

Entenda: se há a aquisição de vários ingressos pelo mesmo consumidor, não existe razão plausível para cobrar várias taxas de conveniência se a vantagem seria única, em razão de uma mesma operação.

Ou seja, o que ocorre é que as empresas especializadas nas vendas dos ingressos se remuneram diretamente do consumidor, calculando lucro pela unidade vendida, por um serviço que deveria estar sendo pago por quem de fato auferes os benefícios, afinal, trata-se basicamente de um contrato de intermediação.

Acontece que tudo é calculado. O valor extra relacionado à taxa de conveniência, via de regra, varia em torno de 10% a 15% do valor do ingresso, o que geralmente representa um valor baixo e que desestimula o consumidor a lutar para ser reembolsado.

A quantia paga pela esmagadora maioria do público e não reivindicada, provavelmente cobre e supera o valor gasto pelos produtores com eventuais ações de repetição do indébito, o que faz com que a conduta irregular seja recorrente.

Para além, é mister que se reflita o seguinte: caso o STJ mantivesse seu entendimento anterior, será que o fornecedor/produtor assumiria, efetivamente, de fato e de direito, o encargo?

É certo que não.

Não há dúvidas de que, assim como ocorre com diversos outros ônus financeiros que têm seu repasse à parte vulnerável vedado, o valor da taxa de conveniência seria embutido no preço final e, portanto, faticamente, o próprio consumidor arcaria com seu custo.

Neste sentido, é de se avaliar se há, efetivamente, alguma forma de declarar eventual encargo como abusivo nas relações consumeristas, e que essa declaração de fato surta efeito no custo final do produto/serviço.

Ora, melhor, então, que pelo menos se discrimine o serviço que o cliente está arcando, a fim de que ele possa exercer seu próprio juízo de conveniência e refletir, diante

das informações apresentadas, se deseja ou não adquirir o serviço, com todos os seus ônus e bônus claramente estabelecidos.

E é justamente nesta linha que o STJ tem articulado sua jurisprudência, conforme mencionado.

Em síntese, a recomendação é que, caso o consumidor sinta-se, de qualquer forma, lesado, busque seus direitos.

A Defensoria Pública está preparada para oferecer o amparo jurídico necessário e encontra-se estruturada já na maioria das Comarcas, estando pronta para assumir o papel na defesa dos vulneráveis.

Ausente a DPE, o consumidor sempre pode buscar órgãos de proteção e garantia de seus direitos, a exemplo do PROCON. Ainda, o próprio Ministério Público possui legitimidade para promover medidas judiciais e/ou extrajudiciais na defesa do consumidor.

É dessa forma que, aos poucos, o cenário pode vir a se tornar, gradativamente, favorável ao consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

_____. Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 13 de março 2019.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 de março 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É lícita a cobrança de uma “taxa de conveniência” (um valor a mais) pelo fato de o ingresso estar sendo adquirido pela internet.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d0997de7af2f5d411d6b9c5ac64f53a0>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 728 p.

LIMA, Alvino. **Da culpa e risco**. São Paulo: RT, 1960.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **O objetivo de transparência e o regime jurídico de deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1 e 2.

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL FRENTE À GARANTIA DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

DIMAICON DELLON SILVA DO NASCIMENTO:

Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal pela FACULDADE ÚNICA. Pós-Graduado em Segurança Pública e Cidadania pela ASCES. Servidor Público do Tribunal Regional do Trabalho¹⁵⁵.

Resumo: Este artigo se propõe a analisar a aplicabilidade do princípio do não retrocesso como forma de garantir o mínimo aceitável em relação ao direito à segurança pública. Além da inegável relevância social do tema, que oferece um instrumento de conscientização dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto cidadãos, criando assim uma visão crítica acerca da real situação do sistema de segurança pública, assim como a forma de prestação da educação no país. Desta forma, após análise de alguns dados, consegue-se vislumbrar que apesar de estatísticas afirmativas, esses institutos são tratados de forma política, sem seriedade e com consequências cancerígenas a médio e longo prazo.

1.Introdução

A aplicabilidade do princípio do não retrocesso como forma de garantir o mínimo aceitável em relação ao direito à segurança pública sempre foi tema que levantou discussão na doutrina e jurisprudência pátria.

Nesse sentido, a importância é reconhecida, pois, as prestações sociais para a sobrevivência digna dos constitucionalizados refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, e por esse motivo a proibição do retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como um núcleo efetivado no nosso ordenamento.

Além da inegável relevância social do tema, que oferece um instrumento de conscientização dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto cidadãos, criando assim uma visão crítica acerca da real situação do sistema de segurança pública, assim como a forma de prestação da educação no país. Desta forma, após análise de alguns dados, consegue-se vislumbrar que apesar de estatísticas afirmativas, esses institutos são

155 **E-mail:** dimaikon@gmail.com

tratados de forma política, sem seriedade e com consequências cancerígenas a médio e longo prazo.

Almeja-se então, trazer através desta discussão uma simbólica contribuição no tocante ao tema proposto, e por consequente poder colaborar com a sociedade como um todo, enfatizando as deformidades, e sugerindo formas de preveni-las através de políticas públicas sérias, com ações sistemáticas que concretizem o elo indissociável entre o direito fundamental à educação e a segurança pública.

2. Desenvolvimento

Antes de iniciarmos uma análise mais prática e objetiva sobre a situação do direito à segurança pública no país, e como políticas públicas educacionais poderiam influenciar na prestação deste direito, é interessante abordar, mesmo que superficialmente, a questão do princípio do não retrocesso, verificando sua aplicação na garantia do direito à segurança pública.

O princípio ora em comento, de origem alemã, traduz a prerrogativa que possui o Estado, em efetivar alguns direitos através de políticas públicas, de forma progressiva com garantia do mínimo já alcançado, visando assim, uma busca ao bem comum e uma vida justa para coletividade.

Ora, basilar deste pensamento é que a os direitos sociais são essenciais a vida digna de toda sociedade, refletindo assim diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os serviços sociais, tais como saúde, educação e segurança pública, são sim essenciais materialmente a vida digna de qualquer cidadão. Nas palavras de Ingo Sarlet: “o princípio do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo pelo poder público em caso de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem sua existência digna¹⁵⁶”.

Perfilhamos ainda a consolidação sobre o tema do ilustre CANOTILHO:

“Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado

156 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Livraria do Advogado. 2001, p.47.

e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação pura e simples desse núcleo essencial.¹⁵⁷”

Assim, as prestações sociais para a sobrevivência digna dos constitucionalizados refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, e por esse motivo a proibição do retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como um núcleo efetivado no nosso ordenamento.

No Brasil, várias são as justificativas para não se cumprir as prestações sociais mínimas e de forma progressiva, tais como, a falta de recurso tanto humano quanto material e quando se trata de segurança pública aponta-se o baixo investimento no setor como forma de justificar a não prestação do serviço e a não redução significativa dos índices de criminalidade.

Com relação à falta de investimento, nos últimos anos, é importante ressaltar que o país vem observando – com exceções de alguns Estados – a crescimento progressivo de investimento de recursos na área de segurança pública. O total de gastos realizados pelos governos estaduais em segurança pública subiu de R\$ 24 bilhões para R\$ 33,5 bilhões, de 2005 para 2008, e com exceção dos Estados de Santa Catarina e do Piauí, todos os outros aumentaram os recursos significativamente¹⁵⁸. Mas apesar do aumento desse investimento, é notória a crise na segurança pública que o país tem vivenciado nos últimos anos.

Alguns doutrinadores entendem ser o princípio do não retrocesso, parâmetro concreto para exigência da efetivação dos direitos sociais – no caso a segurança pública – frente ao Estado. LUIZ ROBERTO BARROSO entende, neste sentido, que como os direitos sociais são direitos fundamentais, podem e devem ser cobrados, através do judiciário, o cumprimento deste “mínimo existencial”. Desta forma, o poder judiciário deve – considerando o caráter temporal e a deficiência sistemática – atender os anseios sociais e viabilizar a efetiva garantia desses direitos, que nas palavras do autor trataria o

¹⁵⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 340.

¹⁵⁸ Relatório elaborado pela Coordenação Geral de Pesquisa / SENASP. **Recursos Gastos pelos Governos Estaduais em Segurança Pública (2005/2008)**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMID6CB4BC7A517B4668A5F12EFC98FFCEFEPTBRNN.htm>>. Acesso em 06 de Outubro de 2010.

procedimento em comento o “mandado de otimização” 159. Em síntese, o cidadão por intermédio do Ministério Público iniciaria uma Ação Civil Pública, onde segundo o autor em comento, o “mandado de otimização” seria o prazo dado pelo judiciário para que fosse efetivamente tomada alguma providência adequada à realidade social.

Dessa forma, vislumbra-se um meio através de que o poder judiciário, atuando como defensor dos direitos da população, quando da omissão da máquina administrativa, poderia viabilizar o cumprimento da previsão constitucional do direito à segurança pública, caso esse direito não estivesse sendo prestado nos mínimos padrões aceitáveis. Assim, nasceria mais um instrumento de democracia para otimizar a forma com que esses recursos públicos investidos na área de segurança pública, e por consequente garantir direitos mínimos essenciais a dignidade da pessoa humana.

Toda essa inovação trazida por parte da doutrina, apesar de servir como ideal, de fato, não transcende o plano da teoria, tendo em vista que os aplicadores do direito em nosso país, ainda se apresentam demais formalista, e rejeitam toda essa inovação apresentada, por entender que haveria ferimento a autonomia dos poderes.

Importante salientar, que o princípio do não retrocesso como garantidor de padrões mínimos prestados pelo poder público não pode ser observado isoladamente referente a determinado direito social. Assim, falar no direito à segurança pública de forma singular e perquirir sua efetivação sem visualizar toda sistemática que envolve a prestação deste direito, é de fato insatisfatório. Não há, por exemplo, uma relação efetiva entre o aumento de investimento em segurança pública com a redução de homicídios e a diminuição da população carcerária. Falar em segurança pública sugere políticas públicas sistematizadas.

Assim, para garantir padrões aceitáveis com relação à segurança é preciso – com base no princípio do não retrocesso – garantir também toda uma gama de direitos sociais que se relacionam.

3. Conclusão

O Direito à Segurança Pública deve ser garantido não apenas com medidas imediatas ligadas ao combate e controle a criminalidade. Vimos que, devido ao crescimento da violência e o crescente sentimento de insegurança, ouve um aumento considerável no tocante a investimentos em segurança pública. Entretanto, não houve uma redução da violência vinculada a esses investimentos, o que corrobora com a ineficácia em

159 BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade dès duas normas**. São Paulo:Atlas, 1996, p. 111.

tratar a criminalidade com medidas paliativas, em vez de buscar uma forma efetiva de médio e longo prazo para combater esse câncer.

A aplicabilidade do princípio do não retrocesso como forma de garantir o mínimo aceitável em relação ao direito à segurança pública sempre foi tema que levantou discussão na doutrina e jurisprudência pátria.

Diante de todo exposto, ressalta-se que a segurança pública se tornou um problema de grandes proporções, pelo não tratamento no tocante à gênese de todos os problemas sociais. A educação é um dos instrumentos que buscar reduzir desigualdades, erradicar pobreza, prevenir a criminalidade. Assim, ao falar-se de segurança pública, não há como não tratar também de educação. Logo, a garantia do direito fundamental à educação se apresenta como pressuposto à efetivação de todos os direitos sociais, dentre os quais, o direito à segurança pública.

Assim, o princípio do não retrocesso como garantidor de padrões mínimos prestados pelo poder público não pode ser observado isoladamente referente a determinado direito social. Para garantir padrões aceitáveis com relação à segurança é preciso – com base no princípio do não retrocesso – garantir também toda uma gama de direitos sociais que se relacionam.

4. Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade das duas normas**. São Paulo: Atlas, 1996.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1998.

SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. **Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das Liberdades Fundamentais**. Barueri: Manole, 2005.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos.** Disponível em:

LIBÂNEO, José Carlos; OLIVEIRA, João Ferreira de; TOSCHI, Mirza Seabra. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização.** São Paulo: Cortez, 2003.

MAEYER, Marc de. **Organização das Nações Unidas para a Educação.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticias/2006/07/13/materia.2006-0713.1416371003/view>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales:** Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais.** 6ªed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica:** projeto de pesquisa, TGI, TCC, monografia, dissertações e teses. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

UMA ANÁLISE DO PODER FAMILIAR MEDIANTE A OBSERVAÇÃO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

FELIPE LEANDRO PODEROSO BISPO DA MOTA:

Servidor Público (MP/SE – Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli.¹⁶⁰

RESUMO: O objetivo do presente trabalho acadêmico busca evidenciar como o sistema jurídico pátrio vem se adequando às diversas transformações sociais, que refletem diretamente em nosso ordenamento jurídico, inclusive no que tange ao Direito das Famílias. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família se tornou a base da sociedade. O Código Civil de 2002 veio ratificar a importância socioafetiva das famílias e, com isso, ganha a entidade familiar proteção integral do Estado. A metodologia utilizada, de abordagem hipotético-dedutiva, com base em dados teóricos obtidos através de pesquisa bibliográfica e doutrinária, propõe-se a analisar como com a extinção do poder patriarcal em nosso sistema judicial, a autoridade parental passou a melhor acolher as garantias fundamentais, criando o dever de igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros, para criar, educar e orientar seus filhos.

Palavras-chave: Direito de Família; Entidade Familiar; Constituição; Poder de familiar; Autoridade parental.

ABSTRACT: The objective of this academic work seeks to highlight how the Brazilian legal system has been adapting to the various social transformations, which directly reflect on our legal system, including with regard to Family Law. With the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the family became the basis of society. The 2002 Civil Code ratified the socio-affective importance of families and, as a result, the family entity gained full protection from the State. The methodology used, a hypothetical-deductive approach, based on theoretical data obtained through bibliographical and doctrinal research, aims to analyze how with the extinction of patriarchal power in our judicial system, parental authority began to better embrace fundamental guarantees, creating the duty of legal equality between spouses and partners, to raise, educate and guide their children.

Keywords: Family right; Family Entity; Constitution; Familiar power; Parental authority.

¹⁶⁰ E-mail: fpoderoso2@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O trabalho possui como objetivo analisar os aspectos intrínsecos ao direito de família de uma forma a compreender os seus principais institutos de acordo com a análise de sua evolução histórica, tendo como base um contexto nacional e internacional de forma que seja possível entender os acontecimentos do mundo jurídico, assim como aqueles externos a ele, que levaram ao desenvolvimento deste sistema.

Optou-se pelo método hipotético-dedutivo, por meio da metodologia de pesquisa qualitativa e bibliográfica para promover a análise do assunto proposto, bem como na vasta literatura nacional e estrangeira, artigos e revistas digitais, documentos normativos, notícias e dados quantitativos incorporados à temática em apreço.

Além disso, serão abordados os conceitos fundamentais para a compreensão deste ramo jurídico, além de pontuar temas importantes que compõem as discussões modernas acerca desta temática, como o poder de família, apontando a importância destes institutos, assim como debatendo acerca de seus limites.

Ainda quanto ao poder familiar, será demonstrado que com a atual codificação civil (Código Civil de 2002), o poder saiu do monopólio masculino e passou a ser representado por ambos os pais em relação aos seus filhos, decretando o fim da subordinação feminina e o abandono de costumes típicos de uma sociedade patriarcal.

Sendo assim, o trabalho será dividido em 4 (quatro) capítulos. O primeiro tratará do direito civil constitucional e direito das famílias. O segundo trará o debate acerca da breve trajetória da humanidade e da família, tratando de sua origem e evolução histórica. O terceiro abordará noções conceituais sobre o direito de família. Finalmente, no quarto capítulo será abordado o tema do poder família no direito brasileiro contemporâneo.

1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E DIREITO DAS FAMÍLIAS

A partir da Carta Magna de 1988, a família foi colocada como a base da sociedade apresentando como principal arcabouço os princípios fundamentais. Estes passaram a mostrar uma modificação no Direito da Família, regendo-o e proporcionando, junto a outras características, uma melhor proteção a este órgão, que é o alicerce da sociedade.

Os princípios, portanto, são os alicerces pelos quais se constrói um sistema jurídico. Revestem-se de grande relevância marcando todo o sistema através de sua base valorativa. Eles conferem unidade e coerência à ordem jurídica e possuem força normativa com invidiosa eficácia jurídica.

Por essa razão, é imprescindível a compreensão constitucionalizada do Direito de Família, que irradia e impulsiona a prevalência de valores mais sociais e humanitários, pois é no momento em que o texto constitucional estabelece os princípios gerais interpretativos conforme a Carta Maior que se entende que a exegese jurídica deve ser feita sempre dando preferência à que mais se aproxime da Constituição.

Sobre o Direito Civil Constitucional e o Direito de Família, valioso são os apontamentos trazidos por Flávio Tartuce¹⁶¹:

[...] o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice-versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos arts. 1.º a 6.º do Texto Maior.

Já com o a consolidação do Estado Democrático de Direito, o Direito Civil passa a adotar uma concepção constitucional e a ser interpretado com base nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais. Assim, a constitucionalização do Direito Civil impactou nas relações privadas que foram afetadas diretamente pela priorização do ser humano, a boa-fé, a isonomia, a solidariedade e a dignidade humana, podendo ser observado uma desmistificação da visão unicamente patrimonialista empregada ao Direito Civil.

A Carta Magna de 1988 foi responsável não só pela redemocratização do país como também ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais ao romper com o período totalitário anterior. Além disso, criou mecanismos novos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e novos institutos jurídicos que redefiniram todo o direito, especialmente o privado.

Nesse período de transformação, Luiz Roberto Barroso¹⁶² afirma que merecem destaque o Princípio da Dignidade Humana o qual "promove uma despatrimonialização e

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 28.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 357-358.

uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica” e a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas que “superou a rigidez da dualidade público/privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil”.

Com efeito, o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Enunciado no art. 1º, III, da CF/1988¹⁶³, a dignidade da pessoa humana é nomeada como um valor constitucional supremo que irá direcionar a criação, interpretação e aplicação de toda ordem normativa constitucional, sendo que a pessoa se consagra como o objetivo supremo no texto constitucional.

Alexandre de Moraes¹⁶⁴ informa o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana dizendo:

[...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Esse regramento protege, também, a família, de forma que guarda a vida, a integridade física e psicológica de cada membro que a compõe de forma individualizada, por meio do respeito e dos direitos pessoais, deixando a família de ser apenas uma instituição com capacidade de receber a tutela jurídica pelo simples fato de existir. Agora ela contribui para a valorização no desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁶⁵, princípio da dignidade humana é a base da instituição familiar e garante o pleno desenvolvimento de todos os seus membros,

¹⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

¹⁶⁴MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 49.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 36. Ed. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 16)

principalmente da criança e do adolescente, destacando-se, assim, que a família passa por profundas modificações como organismo natural e como organismo jurídico.

Nesse contexto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também merece especial destaque. Insculpido no *caput* do art. 227, da Constituição Federal da República¹⁶⁶, aduz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar á criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para melhor complementar o tema, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta essa proteção e prevê que a criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º, ECA)¹⁶⁷.

Sendo assim, os membros da instituição familiar devem agir sempre visando ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo-lhes todos os direitos constitucionalmente previstos, motivo pelo qual, o estudo de qualquer tema relacionado ao Direito Das Famílias, deve ser no sentido de reconhecer a horizontalização das normas que protegem as pessoas, ou seja, a eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais.

2 BREVE TRAJETÓRIA DA HUMANIDADE E DA FAMÍLIA: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Esclarece Silvio de Salvo Venosa¹⁶⁸ que, no curso da história, a família passou a ser organizada de forma monogâmica e não mais em relações poligâmicas, fazendo-se

¹⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹⁶⁷BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 14 out. 2023.

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 22 ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2022, p. 5.

uma instituição por meio da qual mais se desenvolveram os valores afetivos, morais, espirituais e de assistência recíproca entre seus componentes.

A família grega surtiu grande influência no modelo de família romana, que, por conseguinte, originou o modelo brasileiro. Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade, onde se fundava no poder paterno ou poder marital. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e, caso não o respeitasse, poderia ser repudiada pelo próprio esposo unilateralmente. Os filhos também em nada opinavam, tendo o *pater*, inclusive, o direito de escolher se o filho iria viver ou morrer, impondo-lhe, ainda, castigos e penas corporais com a possibilidade de até vendê-los.

Assim, o *pater* era quem administrava o patrimônio familiar. E assim foi durante toda a Idade Média. No mundo medieval, a mulher era submissa à figura masculina, quer no lar, quer fora dele, isto é, nos trabalhos realizados nas cidades ou no campo, ou ainda nas esferas eclesiásticas. A família era regida integralmente pelo direito canônico e o casamento religioso, por sua vez, era o único conhecido.

No Brasil, as famílias receberam profundas influências do modelo romano, canônico e até germânico. No entanto, diante do caráter temporal e das grandes transformações históricas, sociais e culturais, a ciência do direito passou a mostrar um caminho próprio para a família, com sua codificação, passando o Estado a regulamentar a família.

Nesse ponto, a família brasileira seria resultado do amoldamento da família portuguesa ao nosso ambiente colonial, tendo gerado modelo com características patriarcais e com tendências conservadoras na sua essência.

Comumente denominado patriarcal, esse modelo genérico de estrutura familiar serviu de alicerce para distinguir a família brasileira como um todo, motivo pelo qual vários conceitos se confundem. Por exemplo: o conceito de família brasileira, que passou a ser sinônimo de patriarcal, e mesmo o de família patriarcal, que passou a ser usado como sinônimo da família extensa (aquela que se entende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade)¹⁶⁹. Nessa perspectiva, a família e o parentesco passam a ter um significado comum.

¹⁶⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2,

Desse modo, até meados do século XX, no Brasil, a família se traduzia por ser patriarcal, masculinizada, hierarquizada, “prevalecendo uma paz doméstica que independia da vontade de seus membros, razão pela qual era denominada família instituição. Nesses moldes, o casamento era indissolúvel”¹⁷⁰.

Sobre esse ponto, trazemos os argumentos de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore¹⁷¹, *in verbis*:

Com as revoluções feminista e industrial e o advento da pílula anticoncepcional, as relações familiares foram se transformando, porque a mulher foi alcançando sua independência financeira, de modo a não mais ser compelida a se submeter a uma relação “eterna” por razões econômicas. Com isso, as uniões foram gradualmente perdendo seu caráter econômico, para dar lugar a um espaço de afetividade, no qual ambos podem expressar seus sentimentos com autonomia. Assim, a mudança mais recente e que mais influenciou o *modus vivendi* atual da família foi a sua passagem de uma instituição econômica e patriarcal para um núcleo afetivo, voltado para a promoção da personalidade e da dignidade de seus membros. A família passou a existir em função de seus componentes, e não o contrário.

Silvio de Salvo Venosa esclarece¹⁷²:

Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. [...] A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente de núpcias. Cabe à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que

2017. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/640>>. Data de acesso: 29 out. 2023.

¹⁷⁰ *Idem*. p. 3.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 22 ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2022, p. 7.

fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra.

Com a mudança de visão do núcleo familiar, na qual o compromisso com o afeto se tornou mais preponderante do que a concepção de modelo conjugal tradicional, a família e o casamento passaram por alguns questionamentos. Segundo Teixeira e Retorre¹⁷³ “a contemporaneidade traz consigo novos estilos de família, modos de trabalhar, de amar e viver, ou seja, uma modificação da consciência”, motivo pelo qual é iniciada uma busca pela proteção da dignidade humana, inclusive no núcleo familiar.

Por conseguinte, é de se ressaltar a importância com que a família foi tratada com a promulgação da Carta Magna de 1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002 cujos textos foram baseados em preceitos de igualdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade, fulminando o modelo autoritário e patriarcal previsto no revogado Código Civil de 1916.

Pelo que preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §§ 1º e 2º¹⁷⁴, tem-se um conceito restrito que se refere à família como sendo o conjunto de indivíduos unidos pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, apenas os cônjuges e a prole. Ampliando este conceito, a família abrange, além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos, os parentes em linha reta ou colateral e as pessoas conectadas pelo vínculo da afinidade.

Para Carlos Roberto Gonçalves¹⁷⁵, o vocábulo “família” incorpora pessoas ligadas por um vínculo de sangue ou até mesmo pela afinidade e o Direito de Família é que regula as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais que se desenvolvem no seio familiar.

Esse conceito, entretanto, não se exaure estendendo-se a outras acepções. Maria Helena Diniz¹⁷⁶ discorre que, pelo aspecto biológico, a família é tratada como um

¹⁷³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/640>>. Data de acesso: 29 out. 2023.

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2023.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 18 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2021 p. 7.

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 36. Ed. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 13.

grupo natural por excelência, pois o homem nasce, vive e nela se reproduz. Pelo aspecto econômico, a família inclui condições que possibilitam ao homem obter elementos essenciais a sua realização intelectual e material. Sob a forma religiosa, é instituição moral ou ética por influência do Cristianismo. Por fim, quanto ao aspecto jurídico, a família se apresenta como uma estrutura orgânica regida por normas jurídicas, cujo cunho constitui o direito de família.

Neste sentido, cabe explicitar que é por esses e outros fundamentos que a família socioafetiva também ganha destaque e proteção no ordenamento pátrio, pois vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência, ou seja, a família tem por escopo a promoção da dignidade das pessoas de seus membros, assumindo o papel de alicerce para que se consiga alcançar a felicidade.

Pode-se afirmar, portanto, que o conceito de família adotado atualmente corresponde ao modelo eudemonista, por meio do qual se busca a felicidade recíproca de seus membros, permitindo-se a realização pessoal de cada um. Neste sentido, vale ressaltar que a doutrina moderna se inclina à adoção do conceito aqui discutido, conforme se pode inferir das lições de Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenthal¹⁷⁷:

Com efeito, o conceito trazido no *caput* do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. Em última análise, é possível afirmar: *todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional*. É o que vem se denominando *família eudemonista*, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família.

Pois bem, pode-se inferir que a interpretação possível é no sentido de não haver uma taxatividade dos modelos e conceitos de família contemplados pelo art. 226 da

¹⁷⁷ FARIAS. Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 1.212.

Constituição Federal, sob pena de se deixarem desprotegidos núcleos familiares porventura não previstos em um rol exaustivo.

Em se tratando de ampliação do espectro de proteção da norma constitucional, vale lembrar da expansão do conceito de família, no sentido de incluir a família homoafetiva, em perfeita consonância com o modelo eudemonista acima descrito.

Atento à evolução social, em histórico precedente da relatoria do então Ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.2011)¹⁷⁸ reconheceu a afetividade como base das relações familiares, sobretudo no tocante àquelas constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Por sua vez, como decorrência da decisão proferida pelo Pretório Excelso, foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Resolução 175¹⁷⁹, vedando-se às autoridades a recusa à habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Sendo assim, diante do conceito eudemonista de família, no sentido de que esta serve como meio para a realização pessoal de seus integrantes, merecem proteção todos os núcleos porventura existentes, não havendo mais espaço para uma interpretação restritiva, excludente e até preconceituosa, motivo pelo qual, pode-se afirmar que, para o Direito, a família é uma organização social criada a partir de laços sanguíneos ou afetivos, bem como jurídicos.

3 NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Sob a égide do Código Civil de 1916, o Direito de Família era estruturado exclusivamente de forma matrimonializada, ou seja, a formação da família somente era admitida pelo casamento. Assim, "dizia-se que o Direito das Famílias era o complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultassem"¹⁸⁰.

¹⁷⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁷⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO 175**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁸⁰FARIAS. Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 1.199.

Contudo, hodiernamente, não é mais possível aprisionar o Direito de Família nas relações derivadas exclusivamente do casamento. Isso porque, como explicado no tópico anterior, as entidades familiares contemporâneas são plurais, inclusive em face das garantias e direitos fundamentais oriundos da Constituição Federal de 1988.

Segundo os ensinamentos trazidos por Flávio Tartuce¹⁸¹, houveram alterações históricas e estruturais cujo impacto foi o nascimento de um “Novo Direito de Família”. Nas palavras do autor, hodiernamente, “deve-se estudar esse ramo jurídico tendo como parâmetro os princípios constitucionais encartados no Texto Maior. Isso é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas”.

O Direito de Família, portanto, assume o papel de setor do direito privado cuja estrutura está disciplinada por um conceito abrangente, ou seja, nas relações que se formam na vida familiar sem se limitar a conceito puramente matrimonial. “Tais relações que se concretizam na vida familiar podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendente e descendentes) e em outros núcleos fundados no afeto e na solidariedade”¹⁸².

Sobre o que constitui o Direito de Família, Maria Helena Diniz¹⁸³ ensina que:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e tomada de decisão apoiada¹. Abrange esse conceito, lapidarmente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo Código Civil nos arts. 1.511 a 1.783-A (acrescentado pela Lei n. 13.146/2015). É, portanto, o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de

¹⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 28.

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 1.199.

¹⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 36. Ed. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 10.

relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

A par desses apontamentos, o Direito de Família pode ser conceituado como um “conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais”¹⁸⁴.

4 O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

No que diz respeito ao poder familiar, este poderá ser conceituado como sendo a reunião de direitos e obrigações imputados aos genitores, no que tange à pessoa e aos bens da prole.

Impende destacar que a expressão “poder familiar” não foi muito bem recepcionada pelos juristas, haja vista a palavra “poder” remontar ao antigo “pátrio poder”, cujo exercício era apenas do homem - chefe da família - com direitos ilimitados em relação aos filhos, assim como se fazia no direito romano e no antigo Código Civil de 1916, excluindo a mulher das decisões da prole.

Isso evidencia que, apesar dos diversos avanços culturais e sociais, o termo em apreço ainda guarda resquícios de uma sociedade patriarcal. No entanto, o poder patriarcal há muito foi deixado para trás com a preponderância da justa proporção de direitos e deveres equânimes no seio familiar.

Destarte, a expressão que melhor agrada a doutrina é “autoridade parental”, em razão de melhor refletir a consagração do princípio constitucional da proteção integral de crianças e adolescentes elencado no *caput*, do art. 227, da Carta Maior¹⁸⁵.

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 1.199.

¹⁸⁵ 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). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2023.

O fato é que não se trata mais de um exercício de supremacia atrelada apenas a figura paterna e, sim, de um encargo imposto pela Lei Maior, a ambos os pais, que sempre irá se traduzir por meio do melhor interesse e proteção para a criança, visto que hodiernamente os interesses dos pais devem estar condicionados aos da prole.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a titularidade e o exercício do poder familiar se concretizaram de forma igualitária aos cônjuges. É o que dispõe a Magna Carta, em seu art. 226, §5º: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"¹⁸⁶.

Na mesma proporção, coaduna-se o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 21¹⁸⁷, o qual aduz que o poder familiar deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência.

Por arremate, o atual Código Civil também seguiu a mesma trilha de pensamento atribuindo igualdade de condições a ambos os pais no exercício do poder familiar, como vemos da leitura do art. 1.631, *caput*¹⁸⁸: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

Diante de tantas normas jurídicas favoráveis, a entidade familiar tornou-se um instituto de caráter eminentemente protetivo pelo Estado, não gozando, assim, de autonomia absoluta. Para tanto, em que pese o poder conferido simultaneamente aos pais e apenas a um, na falta de ambos, advir de uma necessidade natural para criação e formação de todo ser humano durante a fase infante, o Estado tem intervindo no poder familiar com o escopo de fiscalizar, zelar, limitar e controlar esse poder.

¹⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2023.

¹⁸⁷ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 21 set. 2023.

¹⁸⁸ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 23 set. 2023.

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁹ explica que o poder familiar nada mais é do que um *munus* público imposto pelo Estado traduzindo bem mais a ideia de dever do que a de poder.

Com efeito, melhor se exprime o princípio da paternidade responsável estampado na Constituição Federal, art. 226, §7º¹⁹⁰, ao instruir que o poder familiar não é instituído em razão dos genitores e, sim, nos interesses dos filhos e da família.

O poder familiar não poderá ser transferido, por mera liberalidade, para terceiros, sendo, portanto, inalienável. É também indelegável e irrenunciável e, por consequência, pai e mãe não podem abdicar desse poder.

O aludido instituto também se caracteriza como imprescritível, pois o genitor dele não decai pelo fato de deixar de exercê-lo e é, ainda, incompatível com a tutela, não havendo possibilidade de ser nomeado tutor à criança ou adolescente cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Por último, Maria Helena Diniz¹⁹¹ ainda ensina que, pelo fato de os pais terem o poder de mando e os filhos o dever de obediência, conserva-se nesse instituto a natureza de uma relação de autoridade com vínculo de subordinação.

No que tange ao conteúdo jurídico do poder familiar no direito civil contemporâneo, pode-se observar quanto à pessoa e aos bens dos filhos, ou seja, a autoridade parental traz atributos pessoais e patrimoniais relacionando os primordiais direitos e deveres na relação pessoal entre os pais e seus filhos menores e não emancipados.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 18 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 163.

¹⁹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 36. Ed. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 202.

O art. 1.634 do Código Civil¹⁹² enumera o que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos, a saber:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

Pois bem. Pela redação acima, podemos dizer que são inerentes ao exercício da autoridade parental, os seguintes atributos pessoais: guarda, criação, educação, correção, sustento e reivindicação de quem injustamente detenha a criança ou adolescente.

Em relação a guarda, iremos tratar sobre o instituto no último capítulo desse trabalho. Contudo, em apertada síntese, para fins de autoridade parental, “o direito-dever de guarda inclui o de fiscalização que permite aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele”¹⁹³.

¹⁹² BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 24 set. 2023.

¹⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 12 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 332.

No que tange a educação e criação dos filhos menores, inclui-se a educação não só escolar, mas também a formação moral (que envolve a elevação da consciência e a abertura para os valores políticos, religiosos, profissionais, cívicos) que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho aprender a viver em sociedade.

A correção e sustento, por sua vez, são direitos fundamentais decorrentes da solidariedade familiar que respondem ao interesse essencial da criança e do adolescente a receber ajuda e orientação necessárias para sua formação.

Outrossim, o consentimento ou não para casar, cuja idade núbil é adquirida aos 16 anos¹⁹⁴, bem como para efetuar viagens ao exterior¹⁹⁵ e para eventual alteração de residência para município diverso, também são de exclusiva responsabilidade dos pais. Estes, poderão, de forma conjunta, nomear tutor aos filhos menores não emancipados, que é a denominada tutela testamentária¹⁹⁶. Imperioso destacar, sobre esse ponto, que a tutela será aplicada caso os pais sejam suspensos ou destituídos do poder familiar, pois inexistirá exercício concomitante de tutela e poder familiar.

A representação legal da prole menor de idade, pelo fator etário, é de atribuição primária dos pais, quer sejam absoluta ou relativamente incapazes. Nesta última situação, somente os assistirão nos atos da vida civil, salvo quando legal ou voluntariamente emancipados.

Já quanto a reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, tal atributo pode ser perseguido por meio da ação de busca e apreensão.

¹⁹⁴ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 24 set. 2023.

¹⁹⁵ Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 14 out. 2023.

¹⁹⁶ Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 24 set. 2023.

De outra banda, no que concerne aos atributos patrimoniais, o art. 1.689 do Código Civil¹⁹⁷ retrata a incumbência dos pais quanto aos bens dos filhos no exercício do poder familiar, e reza: “Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Nesse contexto, compete aos pais, em igualdade de condições, administrarem os bens dos filhos menores sob sua autoridade. No entanto, não podem praticar atos que ultrapassem os limites da simples administração. Em que pesem serem os genitores os administradores e usufrutuários dos bens da prole, não pode praticar atos que venham a diminuir tal patrimônio, notadamente os consortes devem zelar pela preservação do patrimônio que administram praticando atos que os conservem.

Superada a análise do exercício do poder familiar, cabe anotar as hipóteses de suspensão, perda e extinção.

Sendo o poder familiar um dever dos pais a ser exercido no interesse da prole, reserva-se ao Estado o direito de interferir e fiscalizar essa relação, como já dito, podendo suspendê-lo ou até excluí-lo quando um ou ambos os genitores deixarem de cumprir com os deveres decorrentes da autoridade parental.

A suspensão do poder familiar é considerada como medida menos grave e a decisão judicial que decretá-la pode ser revista quando demonstrado que as causas que a provocaram foram devidamente superadas e a convivência familiar voltou a atender ao interesse dos filhos.

Podemos afirmar, assim, que a suspensão é temporária, pois existirá apenas enquanto se mostre necessária e, também, facultativa, no sentido de que pode referir-se unicamente a determinado filho e não a toda prole. É importante ainda frisar que se o poder familiar for suspenso em relação a um dos cônjuges, o exercício irá concentra-se no outro.

Nesse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo explica que:

As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza da autoridade parental. Não é preciso que a causa seja permanente. Basta um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir

¹⁹⁷ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 24 set. 2023.

no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ensejar a suspensão. Por exemplo, quando o pai, tendo bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho.

Impende destacar, ainda, que no último dia 18 de maio de 2022, a lei 12.318/10, que trata a respeito da alienação parental, foi parcialmente alterada pela lei 14.340¹⁹⁸. Aludida lei revogou o inciso VII, do artigo 6º, da lei 12.318/10, o qual dispunha sobre a possibilidade de ser determinada a suspensão da autoridade parental como forma de coibir o(a) genitor(a) alienador(a) a cessar a prática de alienação parental.

Por outro lado, quanto a perda e extinção do poder familiar, Maria Berenice Dias¹⁹⁹ instrui:

Distingue a doutrina perda e extinção do poder familiar. Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Assim, há impropriedade terminológica na lei que utiliza indistintamente as duas expressões. A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa.

Desse modo, por ato judicial, perde-se o poder familiar quando comprovada a ocorrência de um dos fatos descritos no art. 1.638²⁰⁰ do aludido *Codex*.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017) Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹⁹⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 770.

²⁰⁰*Idem*.

natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018).

A perda da autoridade parental sempre dependerá, portanto, de ato judicial, quando o titular for condenado, seja como autor, seja como coautor, consoante a comprovação das atitudes descritas no artigo acima mencionado.

Em relação à perda por decisão judicial, cabe-nos anotar a precisa lição de Sílvio de Salvo Venosa²⁰¹, *in verbis*:

Os fatos relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinquência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc. são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz. Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos

Desse modo, é notório que a gravidade da conduta deve ser analisada com cuidado pelo magistrado, visto que a perda ou destituição do poder familiar é a mais alta e grave sanção imposta aos genitores que faltarem com os deveres em relação aos filhos.

No que tange à extinção da autoridade parental, o Código Civil elenca alguns fatos de forma concisa no art. 1.635²⁰², a saber: "Extingue-se o poder familiar: I - pela morte

²⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 22 ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2022, p. 295.

²⁰²BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 26 set. 2022.

dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioria; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

Impende destacar que a morte de um dos genitores não faz cessar a autoridade parental, ao contrário, faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. Já quando ocorre a morte de ambos, é imposto a nomeação de um tutor com o escopo de que a proteção aos interesses patrimoniais e pessoais do órfão continue.

A emancipação, por sua vez, é uma concessão dos pais, mediante instrumento público, e precisa da homologação do juiz caso o menor não tenha 16 anos completos. A maioria, que é atingida aos 18 anos, faz cessar inteiramente a subordinação aos pais. Igualmente, a adoção faz desaparecer o poder familiar dos pais biológicos, pois cessa definitivamente o parentesco original no momento em que é transferido ao adotante.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a importância dos aspectos constitucionais da evolução histórica do poder de família sob a ótica do direito civil constitucional. A família (*lato sensu*), em verdade, evoluiu. A sociedade se transformou e conceitos patriarcais e preconceituosos foram deixados de lado. Por meio da promulgação da Carta Magna de 1988, foi trazida uma conotação diferente à entidade familiar, que passou a ser a base da sociedade, e trouxe relevantes mudanças jurídicas, tais como a igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros e a observância do melhor interesse da criança e do adolescente.

A afetividade e a solidariedade se tornaram fundamentos da relação familiar, trazendo nova acepção de valores para este núcleo. Diante destas inovações, sobretudo do especial enfoque dado às famílias brasileiras, o Judiciário vem desenvolvendo importante papel no combate às práticas que venham a ferir a dignidade dos menores.

O principal ensinamento que se busca transmitir, com a abordagem constitucional do direito civil, é a mudança na forma de se enxergar o poder de família. Em um momento mais antigo, este era concentrado nas mãos dos homens, os quais possuíam ampla dominância sobre seus familiares, não permitindo a seus cônjuges o exercício desta função em conjunto.

Tal prática não é permitida na modernidade, pois a constitucionalização do direito civil, fundamentalmente a partir da inserção da família como uma das bases de nosso sistema constitucional, exerceu grandes modificações na forma como eram enxergadas as famílias, principalmente a partir do reconhecimento da importância da figura feminina na administração do grupo familiar, além das modificações na forma de

exercício da autoridade parental, reconhecendo a importância da manutenção do bem-estar dos filhos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 21 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 30 set. 2023.

_____. **Lei nº 14.340 de 18 de maio de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO 175**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 12 out. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS. Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 18 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2021.

LEITE, Shirley Maria Viana Crispino. **A origem da família e seus aspectos principiológicos constitucionais.** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. v. 8, n. 1, p. 75-90 Themis: Fortaleza, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** Famílias. 12 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 37 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** direito de família. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/640>>. Data de acesso: 29 nov. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 22 ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2022.

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

ANA FLÁVIA REZENDE ALVES:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduada em Arbitragem, Conciliação e Mediação pela Faculdade FaSouza. Advogada OAB/MG.²⁰³

MICHELLE FERNANDA SANTOS DE ALMEIDA²⁰⁴

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho é destinado ao estudo da legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo com o objetivo de tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de vulneráveis, seja qual for a espécie de vulnerabilidade. Em que pese não haver previsão expressa na Lei nº 12.016/09, Lei do Mandado de Segurança, da legitimidade da Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo, outras leis, incluindo a Lei Complementar nº 80/94, demonstram que, diante do microsistema do direito coletivo, a Defensoria Pública é legitimada para a tutela dos direitos coletivos de vulneráveis através de várias ações e remédios constitucionais, inclusive o mandado de segurança. Por fim, serão apresentadas as considerações finais com fundamento na lei, na doutrina e na jurisprudência. O objetivo principal é buscar ampliar e reconhecer que a legitimidade da Defensoria Pública para impetrar o mandado de segurança coletivo é inerente às suas funções institucionais, amplia a tutela de direitos de vulneráveis e fortalece a democracia e a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança; mandado de segurança coletivo; legitimidade; Defensoria Pública; direitos coletivos de vulneráveis.

1. INTRODUÇÃO

²⁰³ E-mail: ana.flavia.rezende@hotmail.com

²⁰⁴ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Facuminas – Montes Claros/MG. Advogada OAB/MT.

O mandado de segurança é um instituto previsto expressamente na Constituição da República e é reconhecido como um “remédio constitucional” justamente por ser destinado a remediar e tutelar violação ou ameaça de violação de direito líquido e certo.

Nesse sentido, o mandado de segurança está previsto não apenas na CR/88, mas também na Lei nº 12.016/09, Lei do Mandado de Segurança. A referida lei federal disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, estabelece as hipóteses de cabimento, a definição das autoridades e dos que são a elas equiparados, bem como os legitimados para a impetração do mandado de segurança individual e o coletivo.

O presente trabalho tem como objeto de estudo a legitimidade da Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo e a busca por fundamentos para a referida legitimidade em todo o ordenamento jurídico, e não apenas na literalidade da Lei nº 12.016/09.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é um instituto jurídico conhecido como um “remédio constitucional”, previsto no art. 5º, inciso LXIX, da CR/88 e destina-se a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público:

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:

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;²⁰⁵

Historicamente, o mandado de segurança teve sua origem ligada ao instituto do habeas corpus e a sua primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro foi na

²⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

Constituição de 1934. Os demais textos constitucionais posteriores à Constituição de 34 também asseguraram a previsão do mandado de segurança, com exceção da Constituição de 1937.

Sobre essa referida evolução histórica, assim leciona Gilmar Mendes:

A crise que produziu a revisão da 'doutrina brasileira do habeas corpus' com a reforma constitucional de 1926, tornou evidente a necessidade de adoção de um instrumento processual-constitucional adequado para proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos não protegidos pelo habeas corpus. Assim, a Constituição de 1934 consagrou, ao lado do habeas corpus, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança para a proteção de 'direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade' (art. 113,33).

[...]

A ação de mandado de segurança era disciplinada pela Lei n. 1.533, de 31-12-1951, pela Lei n.4.348, de 26-6-1964, e pela Lei n. 5.021, de 9-6-1966. Em 7 de agosto de 2009 foi promulgada pela Lei n. 12.016/2009 que disciplina e conforma completamente o instituto.²⁰⁶

Assim, desde a Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, até a presente Constituição de 1988, o mandado de segurança é uma ação instituída pelo Poder Constituinte Originário e disciplinada pela Lei nº 12.016/09. De acordo com o art. 1º da referida Lei, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que houver violação ou justo receio de violação por autoridade:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 479-480.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.²⁰⁷

Quanto ao mandado de segurança coletivo, segundo a previsão do art. 21 da mesma lei, destina-se a tutelar em especial direitos coletivos, transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica e direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 7 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.²⁰⁸

Assim, para os casos envolvendo lesão ou ameaça a direitos coletivos ou individuais homogêneos líquidos e certos é cabível mandado de segurança coletivo. Quanto a essa questão não há dúvidas, pois a própria Lei assim determina.

Mas questiona-se: se os titulares do direito violado e terceiros interessados podem impetrar mandado de segurança individual, quem pode impetrar o mandado de segurança coletivo? A resposta está na Lei do Mandado de Segurança, mas não apenas nela. Por certo, é inegável que, diante do microsistema de defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, as leis e as normas que tratam de direitos transindividuais e de ações coletivas não se excluem ou se limitam, mas complementam-se.

3. OS LEGITIMADOS PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Segundo o art. 21 da Lei nº 12.016/09, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados. E não há previsão, nessa referida lei, de outros legitimados coletivos.

Ao contrário da Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, e da Lei nº 13.300/16, Lei do Mandado de Injunção, que têm previsão expressa da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura das referidas ações coletivas, a Lei do Mandado de Segurança não elenca a Defensoria Pública como legitimada a impetrar mandado de segurança coletivo.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>> Acesso em 30/10/2023.

É importante ressaltar que a previsão da legitimidade da Defensoria na Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 13.300/16 é fruto de leis posteriores que acrescentaram essa legitimidade às redações originais e que se coadunam com a necessidade de ampliação de legitimados para aumentar a tutela dos direitos transindividuais.

Em relação ao habeas corpus coletivo, por exemplo, ainda não existe previsão legal, mas os Tribunais Superiores já admitem a legitimidade da Defensoria Pública mesmo sem essa previsão expressa. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela admissibilidade de habeas corpus coletivo e reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública da União para impetrá-lo em defesa de direitos de grupos sociais vulneráveis, com aplicação analógica da previsão legislativa do mandado de injunção coletivo:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉNATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

[...]

VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

[...]

(HC 143.641, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018)²⁰⁹.

Ora, com a devida vênia, se é possível aplicar-se o art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia, ao habeas corpus coletivo em prol da proteção e tutela de grupos sociais vulneráveis e da facilitação ao acesso à justiça, também não haveria óbice à aplicação da referida analogia ao mandado de segurança coletivo para reconhecer-se a legitimidade da Defensoria Pública. Isso porque, conforme ressaltado anteriormente, a origem do mandado de segurança está intimamente ligada ao instituto do habeas corpus e, de igual forma, é um remédio constitucional e tutela direitos fundamentais.

Assim, não há justificativa para diferenciá-los quanto à abrangência dos legitimados ativos para a impetração, consoante será abaixo exposto, sob pena de tornar ineficaz a previsão de aplicação imediata das normas definidoras de garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Logo, é imperioso aplicar-se a mesma analogia aplicada ao habeas corpus coletivo.

4. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Conforme ressaltado, a Lei nº 12.016/09 não prevê expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo. Assim, com fundamento nessa literalidade ou ausência dela, o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é de que a Defensoria Pública não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo por não haver previsão na Constituição e na Lei do Mandado de Segurança:

A Defensoria Pública não detém legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, não se enquadrando no rol taxativo dos artigos 5º, LXX, da CF e 21 da Lei 12.016/2009.

STJ. 1ª Turma. RMS 51.949/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 23/11/2021.²¹⁰

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>> Acesso em 30/10/2023

²¹⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A Defensoria Pública não detém legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

Por outro lado, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Defensor Público possui legitimidade para impetrar mandado de segurança em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução, ou seja, reconhece-se a atribuição coletiva do Defensor Público em defender as prerrogativas de seus órgãos através do mandado de segurança:

O Defensor Público, atuando em nome da Defensoria Pública, possui legitimidade para impetrar mandado de segurança em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução, nos termos do artigo 4º, IX, da Lei Complementar nº 80/94, atribuição não conferida exclusivamente ao Defensor Público-Geral.

STJ. 4ª Turma. RMS 64917/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7/6/2022 (Info 742).²¹¹

Em que pese não esteja exposto tratar-se de mandado de segurança coletivo, neste último caso é sim a defesa de interesses coletivos através do referido remédio constitucional, sendo inegável a legitimidade da Defensoria, do Defensor Público-Geral e do Defensor Público atuante e integrante dos órgãos de execução.

Nesse mesmo sentido, conforme ressaltado, o STF, em HC 143.641, já reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de habeas corpus coletivo, aplicando-se por analogia a previsão da Lei do Mandado de Injunção. É justamente por priorizar a tutela de direitos coletivos em detrimento de eventual literalidade ou ausência de previsão expressa de uma lei isoladamente que o referido Tribunal Superior aplicou essa analogia.

Assim, é possível perceber uma certa tendência à flexibilização e é possível que haja, em breve, uma mudança do entendimento majoritário dos Tribunais Superiores para se reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública também em mandado de segurança coletivo.

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ce653013fadbb2ff27530d3de3790f1b>>. Acesso em: 28/10/2023

²¹¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O Defensor Público, atuando em nome da Defensoria Pública, possui legitimidade para impetrar MS em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; essa legitimidade não é exclusiva do Defensor Público-Geral. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/872d5654103496154db06b95c14d6735>>. Acesso em: 28/10/2023

Há, por outro lado, jurisprudência de Tribunais de Justiça reconhecendo a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo. Trata-se de legitimidade em prol dos direitos coletivos de vulneráveis e com fundamento em todas as normas do microsistema de direitos coletivos:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MICROSSISTEMA COLETIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INEPCIA DA INICIAL. SENTENÇA MANTIDA. 1 A função da Defensoria Pública definida no artigo 134 da Constituição da República associada ao microsistema nas ações coletivas possibilita a interpretação no sentido de que ela tem legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança coletivo. 2. Somente é possível o controle de constitucionalidade difuso em sede de ações coletivas quando a questão central da ação é o ataque ao ato concreto e não à norma que o regulamenta, sob pena de usurpação da competência do Tribunal competente. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT. Acórdão 1177440, 07340882420188070001, Relator: LEILA ARLANCH, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 5/6/2019, publicado no PJe: 19/6/2019)²¹²

Corroborando com o entendimento de que o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, com o microsistema de direitos coletivos e com as funções institucionais da Defensoria, as previsões do art. 134 da CR/88 e, em especial, do art. 4º, da LC 80/94, assim estabelecem:

Art. 134, CR/88: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e

²¹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT. Acórdão 1177440, 07340882420188070001, Relator: LEILA ARLANCH, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 5/6/2019, publicado no PJe: 19/6/2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em 30/10/2023.

coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.²¹³

Art. 4º, LC 80/94: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;²¹⁴

Ora, diante das previsões da Constituição e de uma Lei Complementar Federal não há que se falar em ausência de previsão expressa da legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança, ainda que a referida previsão não esteja na Lei nº 12.016/09. Assim, em que pese haver entendimentos contrários, a previsão expressa da Lei Complementar nº 80/94 já é suficiente para reconhecer a referida legitimidade da Defensoria Pública, em consonância com as suas funções institucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de uma discussão relevante e que ainda permeia os estudos, as análises jurídicas e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mas é inegável que há previsão expressa de Lei Federal reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo e é inegável que o reconhecimento dessa legitimidade só contribui para o acesso à justiça e para a tutela de direitos coletivos e transindividuais.

Reduzir os legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo e limitá-los à previsão do art. 21 da Lei nº 12.016/09 é limitar, também, a tutela de direitos coletivos de vulneráveis e impedir que a Defensoria Pública possa exercer com plenitude as suas funções institucionais estabelecidas pela Lei e pela própria Constituição.

²¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

²¹⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 12 de janeiro de 1994. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 7 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de julho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 30/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641**, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>> Acesso em 30/10/2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público**. São Paulo: Saraiva, v. 2, tomo III, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Defensoria Pública não detém legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível

em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ce653013fadbb2ff27530d3de3790f1b>>. Acesso em: 28/10/2023

____. **O Defensor Público, atuando em nome da Defensoria Pública, possui legitimidade para impetrar MS em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; essa legitimidade não é exclusiva do Defensor Público-Geral.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/872d5654103496154db06b95c14d6735>>. Acesso em: 28/10/2023

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT.

Acórdão 1177440, 07340882420188070001, Relator: LEILA ARLANCH, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 5/6/2019, publicado no PJe: 19/6/2019. Disponível em:

<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em 30/10/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS: UMA ANÁLISE DETALHADA DAS AÇÕES DE EXIGIR CONTAS E DE DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES

BIANCA REITMANN PAGLIARINI:

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Faculminas. Procuradora Municipal do Município de Dourados.²¹⁵

Resumo: Este estudo explora as Ações de Exigir Contas e de Divisão e Demarcação de Terras sob o Código Civil, através do método dialético. Destaca mudanças no processo civil e elementos essenciais da Ação de Exigir Contas e da Ação de Divisão e Demarcação.

Palavras-chaves: Procedimentos especiais - Ação de Exigir Contas - Ação de Divisão e Demarcação - Código Civil de 2015

Abstract: This study explores the Actions to Demand Accounts and Division and Demarcation of Lands under the Civil Code, through the dialectical method. It highlights changes in civil procedure and essential elements of the Action to Demand Accounts and the Action of Division and Demarcation.

Keywords: Special procedures - Action to Demand Accounts - Action of Division and Demarcation - Civil Code of 2015

1.Introdução

O presente trabalho trata-se do resultado de um estudo sobre os procedimentos especiais da Ação de Exigir Contas e da Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares, à luz do Código Civil de 2015. Diante das mudanças relevantes ocorridas no cenário processual civil com o Código de 2015, é necessário entender o tratamento dado por essa legislação para os procedimentos especiais.

Nota-se que, apesar de extinguir alguns dos procedimentos especiais previstos no antigo códex, ainda há a previsão de algum desses procedimentos devido à relevância

²¹⁵Email: pagliarinibia@gmail.com

deles para efetivação do direito material civil.

O Código de Processo Civil de 2015 os procedimentos especiais nos artigos 539 ao 718, onde se encontram os artigos que tratam da Ação de Exigir Contas (artigo 550 ao 553 do Código de Processo Civil) e da Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares (artigo 569 ao 598 do Código de Processo Civil). Tais procedimentos foram mantidos devido à relevância de suas características peculiares para se alcançar o direito material, assim como se mostrará no presente artigo.

2. Ação de exigir contas

O direito de exigir contas existe quando a administração de patrimônio é confiada a outra pessoa, o que faz necessário a prestação de contas das receitas e despesas do desenvolvimento da administração.

Ainda que exista o direito não é em todos os casos que a intervenção judicial ocorre. A prestação de contas pode ocorrer de forma extrajudicial sem ensejar a interposição da Ação de Exigir Contas.

Por não ter como objetivo apenas a prestação de contas (obrigação de fazer), mas também a definição de responsabilidade de pagar (obrigação de pagar), a ação de exigir contas tem natureza condenatória.

Conforme o artigo 550 do Código de Processo Civil é legitimado ativo aquele que for titular do direito de exigir contas e será parte passiva legítima aquele que deva prestar contas. Nesse sentido, o autor tem dever de demonstrar que houve recusa da parte ré na prestação extrajudicial, comprovando assim seu interesse de agir que poderá ser presumido em casos em que a própria lei exigir a prestação de contas. (NEVES, 2016)

Cabe ressaltar que o dever de prestar contas, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem caráter personalíssimo, sendo parte legítima passiva apenas a pessoa que possui a obrigação de prestar contas por força de lei ou de contrato. Nesse sentido, a jurisprudência:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS AJUIZADA PELO OBRIGADO. MORTE SUPERVENIENTE DO AUTOR. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, ANTE O FALECIMENTO. TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO AO ESPÓLIO. INVIABILIDADE. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A obrigação de prestar contas é personalíssima e não se transmite ao

espólio ou herdeiros, tendo em vista a natureza personalíssima da obrigação. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, 2018)

Segundo entendimento doutrinário majoritário, a referida ação possui natureza dúplice, a medida que o saldo devedor apurado pelas contas prestadas gerará consequente obrigação a uma das partes litigantes. Sendo assim não cabe reconvenção, visto que a simples defesa do réu e rejeição do pedido autoral já condena o autor da ação.

No que diz respeito à competência quanto ao local, é importante ressaltar a exceção ao artigo 53, IV, "b" do Código de Processo Civil (competência relativa) trazido no artigo 553 do mesmo texto que determina a competência absoluta do juízo dos autos do processo em que tiver sido nomeado o inventariante, o tutor, o curador, o depositário ou qualquer outro administrador a prestar contas. (MOUZALAS, 2016)

Proposta a ação de exigir contas, o autor deverá protocolar petição dentro dos moldes dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, de modo a postular a condenação do réu a prestar contas e a pagar o valor do saldo apurado, sendo admissível o pedido genérico do artigo 324, §1º, III do mesmo código.

O réu, por sua vez, possui o prazo de 15 dias, após citação, para manifestar-se podendo apresentar as contas, reconhecendo procedente o pedido autoral de prestação de contas, podendo ainda discutir o valor do saldo. Nesse aspecto, o procedimento é dividido em duas partes, uma que diz respeito ao pedido de prestar contas e a outra que discute o valor do saldo devido. (NEVES, 2016)

Sendo o caso incontroverso quanto aos dois pedidos, na hipótese de acolhimento do pedido do autor, o juiz condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 dias, conforme determina o artigo 550, §5º do Código de Processo Civil. Dessa sentença caberá apelação, que será recebida em efeito suspensivo e devolutivo, de forma que o prazo de 15 dias para contestação quando ao valor do saldo só passará a ser contado a partir do julgamento desse recurso.

Finda essa primeira fase, a segunda presta-se a discutir as contas apresentadas pelo réu, podendo haver, nesse caso, produção de prova pericial. Na segunda fase se dará, conforme o artigo 552 do Código de Processo Civil, a sentença que apurará o saldo e constituirá o título executivo judicial.

3. Ação de divisão e demarcação de terras particulares

Os procedimentos destas ações estão previstos nos artigos 569 a 598 do CPC, os quais atribuem a legitimidade ativa ao proprietário e ao condômino. O artigo 570 permite que o autor cumule os pedidos de demarcação e de divisão, mas primeiro é necessário julgar a demarcação, pois uma vez demarcada a extensão é que se poderá dividi-la.

A ação de divisão e demarcação tem natureza jurídica de caráter dúplice, razão pela qual o réu não precisa propor reconvenção em face do autor, pois se suas alegações forem acolhidas pelo juiz, ele será beneficiado.

Mas, a reconvenção é admissível caso o réu pretenda cumular os pedidos de proteção possessória e de indenização por perdas e danos (MARINONI, 2016).

Por outro prisma, nos termos do art. 571 do CPC, nota-se que não há necessidade de propor ação judicial, desde que o façam por escritura pública e sejam maiores, capazes e concordes todos os interessados.

A ação judicial é de conhecimento com procedimento especial que veicula a pretensão de direito real. Além disso, como é um direito sem contestação, não se aplica as regras dos prazos decadenciais e prescricionais, ou seja, a parte poderá propor ação a qualquer tempo (NEVES, 2016).

Se os confinantes forem excluídos da ação, eles serão considerados terceiros, aos quais é ressalvada a possibilidade de vindicar os terrenos que se julguem despojados por invasão das linhas limítrofes constitutivas do perímetro ou de reclamar indenização correspondente ao seu valor, consoante art. 572 do CPC.

Todos os condôminos serão citados, se a ação for proposta antes do trânsito em julgado da sentença homologatória da divisão e, após esse momento, todos os quinhoeiros dos terrenos vindicados (Art. 572, § 1º, do CPC).

Se a ação for proposta após o trânsito em julgado da sentença da divisão, o art. 572, § 2º, do CPC prevê que a sentença de procedência valerá como título executivo judicial em favor dos quinhoeiros para haverem dos outros condôminos, que forem parte na divisão, ou de seus sucessores por título universal, na proporção do que lhes tocar, a composição pecuniária do desfalque sofrido.

Contudo, esse dispositivo legal só é possível se ocorrer a denunciação da lide dos demais condôminos, não sendo admissível a formação de título executivo judicial contra alguém que não participe do processo (MARINONI, 2016).

4. O procedimento da demarcação

Há três objetos a serem demandados na ação de demarcação: aviventar rumos, entre os imóveis a serem demarcados, que se encontram apagados; renovar os marcos, utilizados para demarcar imóveis vizinhos, que se encontram destruídos ou arruinados; e estreimar os imóveis vizinhos pela primeira vez (MOUZALAS, 2016).

A competência é absoluta, consoante art. 47 do CPC, aplicando, se for o caso de imóvel situado em mais de uma comarca, as regras do art. 60 do CPC.

A legitimidade é de qualquer condômino, requerendo a intimação dos demais para intervir no processo, requerendo, ou seja, não é preciso formar o litisconsórcio necessário, mas se quiserem ingressarão como assistentes litisconsorciais, conforme artigo 575 do CPC.

A ação é proposta com uma petição inicial instruída com documentos indispensáveis, assim, caso não apresente, o autor será intimado para emendar a petição. Após, será feita a citação dos réus por correio, consoante art. 576, caput, c/c art. 247, ambos do CPC. E no caso de pessoas jurídicas, a citação far-se-á por meio eletrônico.

O prazo comum para contestar é de 15 (quinze) dias (art. 577 do CPC). Ressalta-se que a reconvenção não é necessária, em razão da natureza dúplice, mas poderá ser proposta pelo réu. Esgotados os prazos de defesa, o procedimento seguirá o rito comum, consoante art. 578 do CPC.

Logo, o juiz nomeará peritos, para levantar o traçado da linha demarcanda e apresentar a perícia, nos termos do art. 580 do CPC. Aplicam-se as regras da prova pericial, isto é, as partes poderão formular quesitos e assistentes técnicos para auxiliar. Contudo, segundo o art. 573 do CPC, se o objeto for um imóvel georreferenciado, com averbação no Registro de Imóveis, o juiz pode dispensar a prova pericial.

Após a instrução probatória, o juiz sentenciará, determinando o traçado na linha demarcanda, além de condenar o réu ao pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais (art. 581 do CPC). A sentença é recorrível por apelação.

Sendo procedente o recurso, iniciará o cumprimento do direito reconhecido, o perito efetuará a demarcação e colocará os marcos necessários (art. 582 do CPC), posteriormente, fará relatório escrito com a exatidão do memorial e da planta (art. 585), o qual será juntado nos autos para que o juiz determine vistas às partes para se manifestarem em 15 dias (art. 586).

Finalmente, assinado o auto pelo juiz e pelos peritos, será proferida a sentença

homologatória da demarcação, nos termos do art. 587 do CPC.

O procedimento da divisão

Previsto nos artigos 588 a 597 do CPC, bem como nos artigos 575 a 578 subsidiariamente. Como todo processo, inicia-se com uma petição inicial instruída com os documentos previstos no art. 588, incisos I a III, do CPC.

Após a citação – por correios -, prosseguirá com o rito dos arts. 577 a 578 (acima descrito). O juiz nomeia os peritos para promover a medição do imóvel e as operações de divisão. Os condôminos são intimados a apresentar, dentro de dez dias, os seus títulos, se ainda não o tiveram feito, a formular os seus pedidos sobre a constituição dos quinhões (Art. 591 do CPC).

O juiz ouvirá as partes em quinze dias e não havendo impugnação, determinará a divisão geodésica do imóvel. Caso haja impugnação, o juiz proferirá, em dez dias, decisão sobre os pedidos e os títulos (art. 592).

Os peritos propõem, em laudo fundamentado, a forma da divisão, as partes serão ouvidas em quinze dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, e o juiz deliberará a partilha (art. 596 do CPC). Terminados os trabalhos e desenhados na planta os quinhões e as servidões aparentes, o perito organizará o memorial descritivo.

Assinado o auto pelo juiz e pelo perito, será proferida sentença homologatória da divisão, consoante artigo 597, § 2 e 3, do CPC, acompanhado de uma folha de pagamento para cada condômino, proferindo-se a sentença homologada.

5. Conclusão

Com o presente estudo concluímos que os referidos procedimentos especiais de Ação de Exigir Contas e da Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares possuem características peculiares de modo a adequar o processo às peculiaridades do direito postulado.

A Ação de Exigir Contas, é voltada para o acertamento econômico definitivo entre as partes que compõem uma relação jurídica de direito material. Trata-se de uma relação jurídica de administração de bens, coisas e valores que é uma relação jurídica de direito material complexa, e gera operações de crédito e débito. Sendo assim, ela necessita de um procedimento especial que a adeque.

Por sua vez, a Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares possuem grande aproximação de seus procedimentos, apesar de possuírem pressupostos de

cabimento distintos. Nota-se que a demarcação está ligada ao direito de vizinhança, enquanto a divisão é forma de extinguir a comunhão.

De qualquer modo, esses procedimentos possuem algumas peculiaridades em comum, como o fato de possuírem caráter dúplice, a medida que nenhum desses procedimentos exigem a reconvenção, por parte do réu, para que esse alcance um direito material oposto ao do autor.

Além disso, tais procedimentos dividem-se, também, em duas fases. No caso da Ação de Exigir Contas o magistrado decidirá na primeira fase sobre o direito de exigir contas e na segunda sobre o saldo das contas prestadas. Já em relação à Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares na primeira etapa, o magistrado decidirá se o autor tem ou não direito à divisão ou à demarcação, e se esta é necessária; na segunda etapa serão realizadas as operações essenciais para tornar efetiva a demarcação ou a divisão.

Todas as peculiaridades dos procedimentos expostos no presente artigo fazem essas ações aqui colocadas, de extrema relevância para o estudo do processo civil e para se alcançar de modo eficaz o direito material pretendido.

6. Referências

BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 684116 RS 2015/0075298-3, Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 18 de novembro de 2018, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/629313196>

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. Saraiva. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil. Revistas dos Tribunais. 2016.

MOUZALAS, Rinaldo, João Otávio Terceiro Neto, e Eduardo Madruga. Processo Civil. Editora Juspodivm. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Editora Juspodivm, 2016.

UMA ANÁLISE DO CRIME DE LESÃO CORPORAL À LUZ DOS ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

RODRIGO DE SOUZA: Nível Superior em Direito. Advogado. Servidor Público Federal²¹⁶.

Resumo: O objetivo deste trabalho é realizar uma análise pormenorizada do crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, apresentando suas características, bem como discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-Chave: Dos Crimes Contra a Pessoa. Da Lesão Corporal. Objeto Jurídico. Características.

1. Introdução

O crime de lesão corporal está inserido no Título I do Código Penal, que trata dos Crimes contra a Pessoa. Quanto ao seu tipo fundamental, encontra-se previsto no art. 129, *caput*, do CP, que assim o define:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.”

A previsão contida no citado artigo é classificada como lesão corporal leve, considerando que, a depender do resultado da conduta delitiva, o crime poderá receber uma reprimenda maior, ensejando, assim, de acordo com a previsão legal, a sua caracterização como crime qualificado, seja de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte.

2. Desenvolvimento

2.1. Do Conceito

O crime de lesão corporal é conceituado pela doutrina como sendo a ofensa humana direcionada à integridade corporal ou à saúde de outra pessoa, alterando, assim, a normalidade funcional do corpo humano.

²¹⁶ E-mail: rodrigossa@hotmail.com.

A doutrina entende que depende da produção de algum dano no corpo da vítima, interno ou externo, englobando qualquer alteração prejudicial à saúde, inclusive problemas psíquicos. É prescindível a produção de dores ou a irradiação de sangue do organismo do ofendido. E a dor, por si só, não caracteriza lesão corporal.

2.2. Do Objeto Material, Núcleo do Tipo, Sujeitos, Elemento Subjetivo e Classificação

O objeto material do crime é a pessoa humana que suporta a conduta criminosa.

O núcleo do tipo é o verbo “ofender”, compreendido como prejudicar alguém no tocante à sua integridade corporal ou à sua saúde. Este crime pode ser praticado por ação ou omissão, quando, neste caso, estiver presente o dever de agir para evitar o resultado.

Quando ao seu elemento subjetivo, o crime pode ser cometido, a depender da espécie, tanto na forma dolosa, quando há a intenção de agir ou quando o agente assume o risco de produzir o resultado; bem como na forma culposa, conforme previsão expressa do art. 129, §6º, do CP, nas situações em que o agente comete o crime por negligência, imprudência ou imperícia.

Ademais, ainda é possível que o crime ocorra na forma preterdolosa, na modalidade “lesão corporal seguida de morte”, uma vez que há a lesão a título de dolo e a morte é uma consequência não desejada pelo agente, ocorrendo de forma culposa.

Inclusive, assim, a doutrina, classifica o referido tipo penal:

“A lesão corporal é crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa); material (a consumação depende da produção do resultado naturalístico); de dano (exige a efetiva lesão do bem jurídico); unilateral, unissubjetivo ou de concurso eventual (cometido em regra por um único agente, mas admite o concurso de pessoas); comissivo ou omissivo; instantâneo (consoma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo); de forma livre (admite qualquer meio de execução); e, em regra, plurissubsistente (a conduta é divisível em vários atos).”

2.3. Das Espécies de Lesão Corporal

2.3.1. Da Lesão Corporal Leve

A lesão corporal leve, prevista no art. 129, *caput*, do CP, ocorre de forma dolosa, ingressando neste conceito, por exclusão, todas as condutas que não se enquadrem nas

demais hipóteses previstas na legislação, uma vez que a presença de elementos especializantes poderá fazer com que o crime receba outra classificação. A pena, neste caso, é de detenção de três meses a um ano, sendo classificada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, admitindo, portanto, transação penal e suspensão condicional do processo.

Nesta espécie, é possível, conforme §5º do mesmo artigo, que o juiz substitua a pena de detenção por multa se o crime ocorrer na forma privilegiada ou se as lesões forem recíprocas.

Outrossim, também se classifica como lesão leve aquela que ocorre quando praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, com pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Quanto a esta última hipótese, há de se destacar que, em virtude de recente alteração legislativa, ocorrida no ano de 2021, que acresceu ao art. 129, o §13, se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, a pena será de reclusão de um a quatro anos. Logo, esta espécie de lesão, classificada como leve, receberá um tratamento com maior reprovação, se comparada à situação em que a vítima seja um homem.

2.3.2. Da Lesão Corporal Grave

A lesão corporal grave encontra-se prevista no art. 129, §1º, do CP, uma vez que a lei prevê determinados resultados que assim configurarão esta espécie de lesão.

Segundo o citado artigo, quando a lesão corporal resultar em incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; ou aceleração de parto, terá como pena a reclusão de um a cinco anos.

Especificando as hipóteses acima previstas, entende-se como “incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias”, aquela que representa qualquer atividade, seja física ou mental, tais como andar, ler ou praticar esportes, exigindo-se, para a sua configuração, o exame de corpo de delito logo após o citado prazo, visando a comprovar a duração da incapacidade.

Já em relação ao “perigo de vida”, refere-se à possibilidade grave e concreta de a vítima morrer por conta das lesões, entendendo, inclusive, os Tribunais Superiores, que

deve ser reconhecida a qualificadora segundo critérios objetivos, não bastando o risco potencial.

Em relação à necessidade de laudo pericial para a sua constatação, já se posicionou a Suprema Corte:

Habeas corpus. 2. Tentativa de homicídio. Desclassificação da conduta pelo Tribunal do Júri para lesão corporal grave. 3. Condenação. Pedido de afastamento da qualificadora do perigo de vida (art. 129, § 1º, II, do CP) em razão da ausência do laudo pericial, que poderia apontar o grau das lesões sofridas. 4. Desaparecimento da vítima. Comprovação da gravidade das lesões sofridas mediante prova testemunhal e laudo médico. 5. A ausência do laudo pericial não impede seja reconhecida a materialidade do delito de lesão corporal de natureza grave por outros meios. 6. Ordem denegada. (HC 114567, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2012 PUBLIC 07-11-2012).

Quanto à “debilidade permanente de membro, sentido ou função”, esta consiste na diminuição ou enfraquecimento da capacidade funcional, tais como a perda de parte dos dedos ou redução da visão. Por fim, como última hipótese de lesão corporal grave, temos aquela que ocasiona a “aceleração de parto”, a qual se caracteriza como a ocorrência de parto prematuro que ocorre quando o feto nasce antes do período normal estipulado pela medicina.

Como já citado, a previsão legal de pena é de reclusão de um a cinco anos. Logo, observa-se que o maior desvalor da conduta, por conta dos resultados alcançados, enseja uma maior reprovação do tipo penal, sendo entendido como um crime de médio potencial ofensivo, cabendo, entretanto, em virtude da pena mínima cominada ao delito, a possibilidade de suspensão condicional do processo.

Destaca-se, ainda, que a doutrina majoritária entende que o resultado decorrente da lesão grave, pode ser tanto doloso quanto culposos, logo, este crime é classificado como um crime qualificado pelo resultado. Além disso, as qualificadoras citadas são de natureza objetiva, comunicando-se aos demais agentes quando o crime é cometido em concurso de pessoas, desde que entre na esfera de conhecimento dos agentes.

2.3.3. Da Lesão Corporal Gravíssima

A lesão corporal gravíssima encontra-se prevista no art. 129, §2º, do CP, uma vez que a lei prevê determinados resultados que assim configuram esta espécie de lesão. Destaca-se que a citada classificação não é realizada pelo legislador, mas, sim, fruto de construção doutrinária, visando a diferenciá-la das hipóteses de lesão grave.

Segundo o citado artigo, quando a lesão corporal resultar em incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente; ou aborto, a pena será de reclusão, de dois a oito anos.

Quanto à primeira hipótese, a “incapacidade permanente para o trabalho” se configura como a incapacidade para o exercício de qualquer tipo de atividade laborativa, de forma parcial, não se confundindo com qualquer ocupação habitual, configuradora da lesão grave acima citada.

Neste ponto, assim entende a doutrina:

“Registre-se que a diretriz predominante é no sentido de não se limitar a incapacidade permanente à função específica desempenhada pela vítima. Essa interpretação, porém, circunscreve excessivamente a esfera de aplicação da qualificadora, visto que sempre será possível, em tese, que o sujeito passivo se dedique a atividade diversa daquela que exercia. Daí a conveniência de se ampliar o âmbito de aplicação da qualificadora, para que compreenda também a incapacidade parcial ou relativa, concernente ao trabalho específico a que se dedicava o ofendido.”

Já a “enfermidade incurável” é a alteração prejudicial da saúde que não pode ser combatida pelos recursos da medicina, mesmo que, conforme entende a jurisprudência, a cura venha a surgir em momento posterior à condenação definitiva do agente.

Quanto à “perda ou inutilização do membro, sentido ou função”, diferentemente da hipótese de “debilidade”, configura-se pela destruição ou privação do membro, sentido ou função, a exemplo da completa supressão da possibilidade de ouvir ou enxergar.

A doutrina, quanto a este ponto, leciona que “na hipótese de órgãos duplos (exemplos: rins e olhos), a perda de um deles caracteriza lesão grave pela debilidade permanente, enquanto a perda de ambos configura lesão gravíssima pela perda ou inutilização”.

Já em relação à “deformidade permanente”, consiste no dano duradouro de alguma parte do corpo da vítima que não pode ser retificado por si próprio ao longo do tempo.

Nesta hipótese, destaca-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A deformidade permanente apta a caracterizar a qualificadora no inciso IV do §2º do art. 129 do Código Penal, segundo parte da doutrina, precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê ou humilhação ao portador, não sendo qualquer dano estético ou físico. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1895015/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/08/2021.

Por fim, quanto à hipótese causadora do “aborto”, entende a doutrina que a morte do feto deve ocorrer de forma culposa, uma vez que, se for proposital, estará configurado o crime de aborto em concurso formal com a lesão corporal.

Neste ponto, chama-se atenção ao posicionamento de que o autor deve ter conhecimento do estado de gravidez da vítima, pois, caso contrário, estaria configurada a responsabilidade penal objetiva, vedada pelo Direito Penal. Outrossim, em caso de desconhecimento, estará configurado o erro de tipo, com exclusão do dolo e, por consequência, da qualificadora.

Como citado, nestas hipóteses do §2º, a pena será de reclusão de dois a oito anos. Logo, se observa que pelo maior desvalor da conduta, que supera as modalidades de lesões do tipo grave, enseja uma ainda maior reprovação do tipo penal, sendo assim entendido como um crime de elevador potencial ofensivo.

2.3.4. Da Lesão Corporal Seguida de Morte

A lesão corporal seguida de morte encontra-se prevista no art. 129, §3º, do CP, sendo assim definida:

“Se da lesão resultar a morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, de quatro a doze anos.”

Observa-se, de forma expressa, o afastamento da possibilidade de que o resultado agravador ocorra a título de dolo, sendo, portanto, esta modalidade de lesão classificada

como preterdolosa, uma vez que o agente comete o crime de forma dolosa ao lesionar a vítima e a morte é resultante de uma conduta culposa.

A doutrina também costuma denominá-la de homicídio preterintencional, pois o legislador foi explícito ao exigir dolo no antecedente e culpa no resultado agravador. Logo, havendo o resultado morte a título de dolo, o crime será de homicídio doloso, estando sujeito, portanto, ao julgamento perante o Tribunal do Júri.

2.3.5. Das Causas de Aumento de Pena

Ressalta-se, ainda, que, conforme previsão do art. 129, §10, nos casos de lesão grave, gravíssima ou seguida de morte, no contexto de violência doméstica, em face de vítima homem, a pena será aumentada em 1/3, bem como que se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal de 1988, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

2.3.6. Do Perdão Judicial

O perdão judicial é aplicável nas situações em que as consequências da infração atingem o agente de forma tão grave que a sanção penal se mostre desnecessária.

Neste caso, conforme art. 129, §8º, do CP, comprovando-se tal situação no caso concreto, esta causa extintiva da punibilidade terá o réu direito subjetivo à sua aplicação.

Neste ponto, explicita a doutrina:

O art. 129, §8, do Código Penal, determina a incidência do perdão judicial ao crime de lesão corporal culposa. Os requisitos são os mesmos do homicídio. O juiz pode deixar de aplicar a pena quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

2.3.7. Da Ação Penal

Quanto à espécie de ação penal, no que se refere à lesão leve, é classificada como pública condicionada à representação do ofendido, tendo em vista a previsão contida no art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), ao passo que as demais espécies são promovidas por meio da ação penal pública incondicionada, cabendo, em todas as hipóteses narradas, o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

Neste ponto, ressalta-se o entendimento do STJ, cristalizado na Súmula 542, o qual informa que “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Logo, tendo em vista a não aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, entende-se que a ação, independentemente da pena prevista, deve ser pública incondicionada, visando, assim, a atender ao comando constitucional de que cabe ao Estado prestar a assistência à família, criando mecanismos que visam coibir a violência no âmbito de suas relações.

3. Da Conclusão

Desta forma, conclui-se que o crime de lesão corporal apresenta diversos aspectos a serem analisados, sendo objeto constante de discussões doutrinária e jurisprudencial, especialmente por conta do seu alto nível de incidência, requerendo, desta forma, uma resposta estatal sempre necessária e eficiente para a proteção da sociedade.

Referências:

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)**. 16. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2008. v.2.

A INFLUÊNCIA DO NOVO CPC NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

HAROLDO JOSE CRUZ DE SOUZA JUNIOR:
Especialista em direito público pela Universidade
Cândido Mendes²¹⁷.

Resumo: Este trabalho pretende analisar em linhas gerais os impactos do novo Código de Processo Civil no processo administrativo, as suas formas de aplicação, supletiva e subsidiária, a importação de novos institutos e a sua possível nova roupagem a luz da sistemática do processo administrativo.

Palavras-chave: Processo administrativo. Novo Código de Processo Civil. Repercussões

Abstract: This study aims to analyze in general terms the impact of the new Code of Civil Procedure in the administrative proceeding, its application forms, supplementary and subsidiary, the import of new institutes and the possibility of rereading them according to the systematic of administrative proceeding

Keywords: Administrative Proceeding. New Civil Procedure Code. Repercussions

1.Introdução

É voz corrente na academia e nos tribunais que o Novo Código de Processo Civil revolucionaria a disciplina do processo civil, seu advento em março de 2016 causou enorme burburinho na academia processual Brasileira. Menor expressão foi dada ao advento do novel código nos demais ramos do direito. Ultrapassado o alvoroço inicial ocorrido com as inovações trazidas para o direito processual, começam os demais ramos do direito a perceber que também foram atingidos e não mais podem ficar inertes às alterações trazidas.

Ocorre que o Novo CPC promoveu uma revolução silenciosa nos processos administrativos, reforma que já havia sido iniciada com a promulgação da CRFB/88, que altera radicalmente algumas das premissas e práticas comumente utilizadas no curso do processo administrativo.

Não somente os princípios e regras gerais do Novo Código de Processo Civil serão aplicáveis ao processo administrativo, como também terão aplicação diversas regras e institutos que deverão ser lidos de forma sistemática com a legislação de processo administrativo que permanece vigente.

217 E-mail: haroldo.csj@gmail.com

Não restam dúvidas, que o Novo Código não implicará em uma substituição ou derrogação das normas até então aplicáveis ao processo administrativo. Em verdade, o Novo CPC promove ampliação normativa e atualiza a prática do processo administrativo, isso tudo ocorre sob a imposição de nova leitura das normas que regem o processo administrativo, uma leitura sistemática e adaptativa, que realiza, em verdade, uma verdadeira “administrativização” das normas processuais civis.

Existe, em síntese, um novo mundo a ser descoberto em decorrência da promulgação do novo CPC, mundo este demasiadamente vasto para esgotarmos em um artigo. Diversos são os assuntos de suma importância para o processo administrativo passíveis de um estudo mais aprofundado, neste trabalho nos limitaremos a delinear a prescrição de aplicação imediata dos artigos 14 e 15 do NCPC, o dever de respeito à jurisprudência também no âmbito do processo administrativo, a questão da ordem preferencialmente cronológica e a possibilidade de negociação processual no curso do processo administrativo.

2. Algumas transformações advindas do Novo CPC

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo advento do novo código, muito nos interessa a regra insculpida no artigo 15, que prescreve a aplicação subsidiária ou supletiva das disposições do Novo CPC aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. Como já afirmado, nos limitaremos a discutir a aplicação ao processo administrativo e suas implicações.

Tal dispositivo está sendo questionado pelo Estado do Rio de Janeiro, que ajuizou recentemente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492, em que se argui, entre outros dispositivos, a inconstitucionalidade do artigo 15 do novo CPC. A inconstitucionalidade é levantada ao argumento de que o referido artigo viola o disposto no artigo 18 da CRFB/88, ferindo a autonomia federativa, uma vez que não caberia ao legislador federal assenhorar-se de competência dos demais entes federativos para tratar do respectivo processo administrativo.

Data máxima vênia, sem que adentremos na natureza do processo administrativo, o que poderia gerar discussões sobre a competência ser ou não privativa da União, afinal para aqueles que entendem tratar-se de processo, a competência recairia no artigo 22, I e seria privativa da União, para aqueles que adotam o entendimento de tratar-se de procedimento a competência estaria resguardada pelo artigo 24, XI e seria concorrente, resta claro que se existe a possibilidade de regulação específica, é imperioso que haja regulação geral. Diante do exposto, mesmo que se entenda trata-se de

competência concorrente, o conteúdo que se extrai do artigo 15 pode ser considerado de norma geral, o que esvazia qualquer argumentação quanto a sua possível inaplicabilidade ao processo administrativo.

Demonstrada a validade do artigo 15, faz-se necessária sua análise de forma detida.

Peceu o dispositivo ao utilizar a expressão “na ausência de normas” ao estender a aplicação das novas regras processuais civis aos demais ramos, isso porque tal expressão não evidencia a abrangência que a aplicação do código almeja e pode levar a interpretações que diminuam o emprego das novas regras, o que não parece guardar coerência com o sistema. Em verdade, a *ratio* do artigo 15 é colocar o CPC em uma posição ordenadora do sistema processual, assumindo o caráter de norma complementadora e atualizadora dos demais processos. Como bem elucidado por Teresa Arruda Alvim Wambier, “o legislador disse menos do que queria”, isso porque, para além de trazer normas que suprem omissões, o NCPC serve de parâmetro interpretativo e traz uma nova forma de enxergar o processo, não é exagero afirmar que o código traz uma lufada de novos ares ao processo administrativo, cujas regras além de esparsas e sintéticas, praticamente não sofreram atualizações com o passar dos anos.

Todavia, em que pese a incidência do CPC/2015 em todos os processos administrativos, isso não significa dizer que tenha revogado as leis de processo administrativo, que se mantém plenamente em vigor e em convivência com o novo código. O que ocorre é que haverá utilização supletiva ou subsidiária do Novo Código. O texto de 2015 é feliz ao trazer a previsão de aplicação subsidiária e supletiva, rejeitando o comum equívoco de tratar os institutos como sinônimos. Quando falamos em aplicação subsidiária, temos a integração da legislação subsidiária na legislação principal, o que ocasiona o preenchimento de vácuos e lacunas da lei a ser interpretada, no nosso caso, as leis de processo administrativo. Em outra medida, na aplicação supletiva temos uma verdadeira complementação de leis.

Assim, a nova norma processual prontifica-se a suprir lacunas porventura existentes, seja criando novas hipóteses de incidência naqueles casos de verdadeira ausência de norma, seja criando novas compreensões nos casos de lacunas axiológicas, hipóteses em que as normas processuais administrativas sofrem uma releitura axiológica para passarem a corresponder a novas realidades sociais e melhor se adequar ao quadro normativo existente no País, nada mais é que uma espécie de filtragem valorativa que busca aprimorar as normas de processo administrativo aos novos tempos.

Desta feita, o presente trabalho parte da premissa de que o Novo CPC não revogou as leis de processo administrativo, o que exige do intérprete uma harmonização

recíproca dos diplomas, jamais a exclusão de um em detrimento de outro. Daí se extrai que as normas processuais civis de 2015 devem ser integradas à lógica do processo administrativo, segundo Egon Bockmann as normas do CPC devem “administrativar-se” para serem aplicadas aos processos administrativos. Também afirma o professor que a incidência do novo diploma se dá de forma “ope legis”, razão pela qual sua incidência é imediata, não exigindo qualquer forma de regulamentação prévia.

A pedra de toque da harmonização dos diplomas normativos é a a compreensão da necessidade compatibilização, é a leitura integrada e harmoniosa dos dispositivos analisados. O administrativista não mais deve enxergar o CPC como uma norma estranha ao processo administrativo, mas sim aplicá-lo de tal forma que se dê máxima efetividade ao processo administrativo. Estabelecido o axioma da complementaridade recíproca do Novo CPC e das regras de processo administrativo, resta a tarefa de verificar as principais consequências da aplicabilidade das disposições do novo CPC aos processos administrativos tributários.

Alguns temas despertam profunda reflexão e merecem especial atenção, dentre eles chama-se atenção para a incidência imediata, a aplicação das “normas fundamentais”, o dever de respeito à jurisprudência e aos precedentes, a observância de ordem preferencialmente cronológica para julgamento e a possibilidade de negociação processual. Trabalharemos brevemente cada um desses assuntos.

O princípio do *tempus regit actum* veio insculpido no artigo 14 do NCPC, princípio segundo o qual as novas regras se aplicam imediatamente para todos os processos em curso, o que inclui os processos administrativos. Como decorrência de tal princípio não há dúvidas que desde já aplicam-se os ditames do novo código, não restando maiores dúvidas neste aspecto.

Também não é diferente com os princípios inseridos no CPC, princípios como a solução preferencialmente consensual dos conflitos, o prazo razoável para resolução do processo, o novo contorno do contraditório participativo, a cooperação processual estão certamente abarcados pelo caráter supletivo do codex, especialmente em razão de sua plena compatibilidade. Esse arcabouço vem reforçar preceitos que já eram aplicáveis, mas também vem inaugurar novas compreensões do processo administrativo.

Outro tema palpitante é a aplicabilidade ou não do artigo 926, que traz o dever de respeito à jurisprudência, notadamente os precedentes listados no artigo 927, aquelas decisões provenientes dos mecanismos processuais para uniformização de jurisprudência.

A observância dos precedentes judiciais no âmbito do processo administrativo é sem dúvida uma das questões mais controversas da aplicabilidade das regras do novo Código. Tal regra traz intrinsecamente o dever de coerência externa, quando exige observância da jurisprudência dos tribunais superiores e um dever cogente de respeito vertical, e de coerência interna, quando exige a observância da jurisprudência e entendimentos pretéritos do próprio órgão administrativo, que não pode julgar de forma casuística, deixando o administrado entregue à voluntariedade do órgão decisor. O dever de respeito à jurisprudência é tributário dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da impessoalidade e publicidade, tão caros à boa administração pública.

De um lado, surge o dever de uniformização da sua jurisprudência, de mantê-la estável e coerente, dever que se aplica a todos os órgãos e entidades administrativas decisórias. Desta feita, julgamentos administrativos sobre casos análogos devem ser tratados com isonomia aos já decididos, caso contrário restará viciada a decisão em sentido oposto. De outro lado, passa a existir um dever de respeito à jurisprudência administrativa e jurisdicional, o que significa que as instâncias decisórias administrativas possuem o dever de conhecer e obedecer aos julgados pretéritos

Neste cenário, cabe elucidar que a nova legislação inseriu não apenas a exigência de valorização e respeito aos precedentes, como também introduziu regras típicas de sistemas de precedentes vinculantes, como o chamado *distinguishing*, instrumento pelo qual o julgador ou o postulante devem demonstrar a existência de distinção ou semelhança entre o caso objeto de julgamento e o precedente existente. Todo e qualquer precedente só poderá ser utilizado após o *distinguishing*, que nada mais é que um método de comparação ou confronto entre o caso concreto e o precedente, tal exigência apenas corrobora a necessidade do julgador conhecer os precedentes e aumenta o ônus argumentativo daquele que decide. Aplicável também o chamado *overruling*, pelo qual se demonstra a modificação de jurisprudência ou tese adotada em julgamentos anteriores, o que demanda uma fundamentação robusta. Esta precisão de mudança da jurisprudência advém de alteração do ordenamento jurídico que fundamentou a decisão tida como precedente ou em razão de uma alteração fática relevante. Insta salientar que tal instrumento, no entanto, só dá azo à alteração de entendimento do próprio órgão, caso contrário serviria de mecanismo de afronta às regras de competência.

Tais regras visam dar maior estabilidade aos precedentes e garantem uma maior segurança aos administrados e vem em plena consonância à legítima expectativa dos administrados. Ora, essa exigência faz com que o julgador seja obrigado a justificar a aplicação ou não de interpretações passadas de forma fundamentada. Apesar da rejeição por parte de alguns entes, não restam questionamentos de que os precedentes judiciais

deverão ser integralmente observados pelos tribunais administrativos, mesmo naqueles casos em que a lei processual administrativa do ente não tenha introduzido essa regra, afinal a força vinculante dos precedentes extrai-se diretamente do artigo 15 cumulado com o artigo 927. Assim, em que pese o silêncio da maior parte das leis dos Estados e Municípios, deverão os tribunais administrativos observarem os precedentes elencados no artigo 927. Ainda mais além, se considerarmos que a teoria dos administrativos prevê a existência do controle interno e externos dos atos administrativos, há verdadeiro dever da administração de anular decisões que não observem o regramento supracitado, em assim não sendo, os atos administrativos poderão ser sujeitos ao controle judicial, que terminará por dar a palavra final acerca da validade daquele ato.

Interessante notar que corroborando com a exigência de observância dos precedentes vinculantes parece caminhar o artigo 985, §2º, que versa sobre incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e parece denotar que o resultado do julgamento do IRDR será obrigatório às agências reguladoras, prevendo, inclusive, a fiscalização por parte destas para averiguar a efetiva aplicação do precedente pelos entes sujeitos à regulação.

Não menos pulsante é a possibilidade de aplicação da ordem de julgamento preferencialmente cronológica também aos processos administrativos. É notório que a prática administrativa não possui qualquer vinculação com uma ordem de julgamento, apesar do artigo 49 da lei de processo administrativo federal estabelecer um dever de julgamento em 30 dias, o próprio STJ esvazia tal exigência ao considerar que tal prazo é impróprio. Diante da inexistência de uma necessidade de observância da antiguidade do processo, é natural que os órgãos julgadores administrativos prefiram julgar processos mais simples ou aqueles cuja fundamentação seja menos trabalhosa. No entanto, tal liberalidade também pode dar ensejo a arbitrariedades e afrontas ao princípio da impessoalidade.

Diante deste quadro de insegurança, o artigo 12 do Códex processual parece trazer uma solução interessante, que sem dúvidas instalará, ao menos, uma justa expectativa quanto à duração razoável do processo.

Tal artigo, ao determinar a observância preferencial de uma ordem cronológica de conclusão para proferir decisões, concretiza o princípio republicano da igualdade, uma vez que adota critério objetivo de julgamento e impede práticas preferenciais. O princípio da impessoalidade, aplicável a todos os entes administrativos, também é agasalhado por tal regra, que também evita o prolongamento indefinido dos processos mais complexos, concretizando, de outra feita, o princípio da duração razoável do processo.

Alteração dada pela lei 13.256/2016 fez incluir no dispositivo o termo “preferencial”, de tal forma que a medida será adotada “preferencialmente” pelo órgão julgador. Não obstante, tal modificação não dá liberalidade para que o julgador defina arbitrariamente quais processos serão julgados em que momento, ao contrário tal dispositivo estabelece um modo de gestão preferencial, que é a ordem cronológica de distribuição. No entanto, nada impede que o julgador opte por outros meios de gestão, que deverão ser objetivamente definidos e aplicados. Assim, tal regramento garante ao menos segurança ao administrado de que seu processo será julgado sob uma ordem objetiva, o que também ensejará um maior ônus argumentativo do julgador ao definir, sempre previamente, qual modo de gestão será adotado, pondo fim em antigas práticas arbitrárias incompatíveis com os princípios a que se submete a administração pública.

Por fim, cabe-nos analisar uma última questão interessante que é a aplicabilidade das negociações processuais atípicas ao processo administrativo. Antes do advento do novo código de processo civil, pendia na doutrina divergência acerca da admissibilidade ou não de negócios jurídicos processuais, mas já no CPC/73 existiam alguns dispositivos que consagravam a possibilidade de maneira expressa. À guisa de elucidação, vale diferenciar as negociações processuais típicas das atípicas, as primeiras são aquelas que existem sempre que a lei prever um negócio jurídico processual expressamente, o exemplo clássico é a cláusula de eleição de foro. Já as segundas são aquelas livremente pactuadas pelas partes, sem necessidade de previsão positiva.

Interessam-nos, por ora, as negociações processuais atípicas, aquelas que decorrem do princípio do autoregramento da vontade do processo, isto é, em que as partes têm liberdade para criar suas próprias regras processuais. É aqui que reside a inovação do Novo CPC, que no artigo 190 previu pela primeira vez a possibilidade de tratativas acerca das questões endoprocessuais, como o procedimento a ser implementado, sobre quem recairá o ônus probatório, poderes e faculdades processuais e outras matérias, desde que versem sobre questão que admite autocomposição. O objeto do negócio jurídico será uma situação jurídico-processual e a sua eficácia será endoprocessual.

No que tange a aplicabilidade de tais negociações no processo administrativo há que se ter certo cuidado, isso porque nestes processos a Administração ocupa ao mesmo tempo o papel de parte e de julgadora, ademais há que se observar certos ditames de ordem pública e a posição de hipersuficiência ocupada pela Administração em um processo administrativo. Desta feita, há que se adaptar a possibilidade de negociações endoprocessuais ao regramento a que se submete a Administração pública. Um exemplo claro disso é a impossibilidade de abdicação por parte da Administração de sua competência, o que se extrai do artigo 11 da lei 9784. Do teor do artigo 18 também

da lei de processo administrativo federal extraímos ainda que não poderá a Administração convencionar sobre regras de impedimento do agente administrativo.

Pela sua posição se julgadora e parte, também não poderá se valer de sua condição para impor ou submeter particulares a negociações impositivas. O cerne do instituto da negociação processual atípica é a autocomposição das partes, dotada de forte autonomia no trato processual, o que não admite sobreposição de vontades de cima para baixo.

Uma vez entendido o instituto dos negócios processuais, que dá grande relevo à autogestão processual, bem como a necessidade de compatibilização do instituto com o regramento do processo administrativo, há que se aplaudir a possibilidade de negociação endoprocessual na esfera da administração.

A uma porque não faria sentido admitir a possibilidade de transação no processo civil e até mesmo no direito material, mas não no processo administrativo, a duas porque tal instrumento vem em consonância com uma nova ideia de administração pública e sua relação com particulares, segundo a qual se passa a repensar a posição da pessoa frente à administração pública, dando a devida importância a sua legítima expectativa e direitos individuais, em detrimento de uma ideia desarrazoada e ultrapassada de permanente supremacia da administração sobre o particular.

Não há por que negar ao particular, e porque não a própria administração, a possibilidade de gerir o procedimento e regramento do processo para torná-lo mais ágil, cooperativo e justo. Imaginemos o proveito que extrairíamos de um procedimento licitatório em que se dá as partes a possibilidade de convencionar o afastamento do efeito suspensivo dos recursos administrativos a que estão sujeitas as fases da licitação. É viável meditarmos sobre a possibilidade de fixação de calendário processual, de renúncia ou diminuição de prazos, de suspensão do processo, de definição sobre objeto de provas e limites, a possibilidade de intimação por e-mail ou a forma dos atos processuais.

Todo esse panorama vem prestigiar os princípios da juridicidade, da eficiência e da duração razoável do processo. Observados os princípios regentes da administração, pública e qualificadas as negociações pela impessoalidade e publicidade, só temos a ganhar com o incremento de consensualidade e de legitimidade que decorrerão da possibilidade do próprio administrado cooperar para a solução do conflito instaurado por meio do processo administrativo.

Abrir espaço para as tratativas acerca do regramento processual fará com que os particulares, que possuem maior conhecimento acerca das peculiaridades daquele

caso, possam auxiliar na dinamização do procedimento, mas também os mune de instrumento apto a inibir medidas protelatórias e formalidades tão comuns na administração pública.

3. Considerações finais

Não restam dúvidas de que o Novo CPC trará múltiplos desafios para o administrador e que vários são os pontos de contato entre o novel códex e o processo administrativo. De toda feita, é possível afirmar que já estão delineados alguns contornos que delimitam a interação entre o novo diploma e o regime jurídico processual administrativo, mas que ainda se faz indispensável uma profunda reflexão neste momento de construção hermenêutica.

Há um novo mundo lá fora e ao direito administrativo só resta explorá-lo, os temas destacados por este trabalho são apenas alguns dos que estão sendo discutidos, outros tópicos como cooperação processual e primazia do julgamento de mérito não puderam ser abordados, mas também são capazes de demonstrar o tamanho do desafio que enfrentaremos neste momento de adaptação e releitura.

O breve apanhado que buscamos fazer traz à baila a nova roupagem do processo administrativo, é importante termos consciência de que o Novo CPC servirá de vetor axiológico para esta matéria, sobretudo no que tange à efetividade, à minimização da insegurança jurídica e da litigiosidade. O mote da nova Administração pública é eficiência e transparência e para o processo administrativo não poderá ser diferente.

4. Bibliografia

DIDIER JR., Fredie e TALAMINI, Eduardo. **Coleção Repercussões do Novo CPC - V.10 - Processo e Administração Pública:** JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual Civil.** v. 1. 17ª ed. Salvador : Jus Podivm, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Artigo disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade> Acessado em 05/08/2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado:** Ed. JusPodivm, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, **Direito Administrativo** - 29ª Ed. Forense, 2016

RODRIGUES, Marco Antonio e BUENO, Cassio Scarpinella. **Coleção Repercussões Do Novo Cpc - V.16 - Processo Tributário**: JusPodivm, 2016

(IN)EFICIÊNCIA DO MODELO BRASILEIRO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

MATHEUS ARCO VERDE BARBOSA²¹⁸

RESUMO: No seguinte trabalho será discutida acerca da eficiência do modelo de solução de conflitos adotado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo abordados de forma crítica a efetivação dos meios de hetero e autocomposição a serem aplicados no campo do Direito Brasileiro, bem como, serão abordados aspectos em que melhorias poderão ser feitas com vista ao aprimoramento da situação existente.

PALAVRAS-CHAVE: heterocomposição – autocomposição – mediação – conciliação

ABSTRACT: In the following paper will be discussed the efficiency of the model of conflict resolution adopted in the Brazilian legal system, being critically approached the effectiveness of the means of hetero and self composition to be applied in the field of Brazilian Law, as well as, will be approached aspects in which improvements can be made with a view to improving the existing situation.

KEY WORDS: heterocomposition – selfcomposition – mediation – conciliation

1. INTRODUÇÃO

O cenário jurídico do país é rotineiramente alvo de diversas críticas feitas pelos mais variados meios de comunicação, bem como dos próprios cidadãos, que por muitas vezes afirmam que os processos são demasiadamente morosos, e isto reflete uma realidade válida, dito que no Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “Justiça em Números” do ano de 2020 fora atestado que tramitam perante o judiciário brasileiro o número de aproximadamente 77,1 milhões de processos, bem como que nos tribunais estaduais do país, o tempo médio para que seja proferida uma sentença de primeiro grau da Justiça Comum Estadual é de 3 anos e 6 meses.

Neste diapasão, no seguinte artigo vai ser discutida esta realidade absurda do judiciário, sendo abordada a variação histórica dos meios de solução de conflitos utilizados, bem como a aplicabilidade, ou falta desta, de certos dispositivos normativos pátrios que visam a aplicação de meios de autocomposição como forma de dar celeridade a tramitação dos processos e, ainda, a visão de aspectos que podem ser aprimorados para que a prestação do serviço jurisdicional seja mais adequada.

218 E-mail: matheusarcoverde@hotmail.com

Outrossim, será apresentado que apesar de todas as codificações defensoras desta solução informal de conflitos, ainda paira na realidade fática brasileira uma cultura que prega por sua rejeição em face do sistema jurídico litigioso propriamente dito.

2. DESENVOLVIMENTO

Como já é sabido a humanidade adotou diferentes meios de solução de conflitos durante o passar dos anos. Em primeiro momento, utilizava-se o modelo da autodefesa ou autotutela em que o indivíduo se valendo de sua força ou perspicácia buscava receber aquilo que ao seu entender lhe era de direito. Posteriormente, principalmente com o surgimento do Estado Moderno, foi monopolizado o poder de solucionar os conflitos nas “mãos” daquele, de forma tal que deveria um ser imparcial (juiz) fazendo uso das normas e leis criadas solucionar o conflito de interesses marcado por uma pretensão protegida pelo Direito, ou seja, passou-se a adotar um meio de heterocomposição propriamente dito, já que a solução era proposta por terceiro, que em nada estava relacionado com a situação fática, devendo esta vincular as partes.

Todavia, foi se visto que a utilização deste meio em maneira única não seria eficiente, dito que acarretaria um excesso de demandas a serem solucionadas pelo Estado, o que, por sua vez, faria com que esta acabasse por demandar um tempo desarrazoado em face de certas situações que apresentar-se-iam simplórias, neste sentido, traz-se:

A sociedade contemporânea vive a judicialização dos conflitos, que enseja dois vieses diferentes, num primeiro momento a confiança no cidadão no sistema judiciário, numa segunda análise o grande número de demandas ameaça o funcionamento do judiciário de forma eficaz, (GALVÃO e GALVÃO FILHO, 2015, p. 15,).

Por esta razão, começou um movimento de difusão de utilização de meios de autocomposição, tais quais a mediação (em que o mediador vai auxiliar as partes a resolverem o conflito, tendo estas mesmo criado a solução, devendo este meio ser usado, preferencialmente, quando existir um vínculo anterior entre as partes), a conciliação (em que o conciliador, ouvindo as partes, vai propor soluções que visem abranger os interesses de ambos os polos da relação, podendo estas serem aceitas ou rejeitadas, ademais, deve ser usada, preferencialmente, quando não houver vínculo anterior entre as partes) e a arbitragem (na qual as partes elegem uma pessoa ou entidade privada para buscar a solução do litígio, esta irá tentar auxiliar que as partes entrem em acordo,

todavia, caso isto não seja possível, irá proferir a sentença arbitral que, por sua vez, não é recorrível a apresenta-se como título executivo extrajudicial).

No Brasil, a situação não foi diferente, e o abarrotamento do sistema judiciário com ações, com a necessidade de cumprimento da garantia fundamente prevista no inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF/88, tal qual a duração razoável do processo, bem como o grau de inimizade via de regra gerado entre as partes em razão da ação judicial, fez com que fosse buscada a difusão da autocomposição. Sendo, neste sentido, notória a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que aduz, entre outros aspectos, que;

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

Traz-se, ainda, que outros dispositivos normativos determinam a utilização dos meios de autocomposição supramencionados, tal qual o CPC/15 que, buscando dar celeridade ao processo para assim “desafogar” o judiciário implementa em várias de suas passagens a necessidade de busca da solução informal de conflitos, destes destacam-se o artigo 334 que determina que se não for caso da improcedência liminar do pedido, o

juiz designará audiência de conciliação ou de audiência em até 30 dias, ou seja, o mencionado artigo vai colocar como obrigação do magistrado a realização de audiência em que seja visada a solução informal, antes mesmo, inclusive, da apresentação da contestação, havendo, ainda, segundo o §8º deste artigo, a instituição de multa de até 2% do valor da causa ou do que se busca ganhar com ela, na hipótese de ausência injustificada de uma das partes. Outro importante aspecto é o constante no artigo 165, que buscando dar aplicabilidade efetiva à resolução do CNJ supracitada, define que:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Outrossim, a norma processualista supracitada em acordo com as disposições do Código Civil de 2002, que o antecedeu em 13 anos, em relação ao Direito de Família, que, em razão da própria natureza do que está a ser solucionado, visa gerar decisões em que seja ao máximo evitados conflitos entre as partes, dito que estes podem acarretar imensuráveis prejuízos em eventual filho advindo da relação, definiu que em ação de divórcio ou separação judicial (em que há uma discussão doutrinária acerca de sua revogação tácita em razão da Emenda Constitucional 66) a parte ré será intimada para comparecimento em audiência de mediação e conciliação, bem como que esta poderá se dividir em quantas sessões sejam necessárias para, assim, ser viabilizada uma solução consensual (arts.695 e 696 do CPC/15).

Razões para a apreciação destes modelos são inúmeras, pode citar-se a celeridade para obtenção de uma resolução, a menor onerosidade, a consecução do "desafogar" do processo judiciário, a criação de uma solução que tem um teor de maior durabilidade, dito que foi formulada em acordo e conforme os interesses das próprias partes da relação jurídica, e estas, ainda, possibilitam uma menor deterioração da relação dos envolvidos, ao passo que a propositura de uma ação judicial tem um teor muito mais agressivo.

Destacando a importância destes meios alternativos, a ministra Ellen Gracie apontou no evento "Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário" realizado no ano de 2011 que:

Os métodos alternativos de solução de litígio são melhores do que a solução judicial, que é imposta com a força do Estado, e que padece de uma série de percalços, como a longa duração do

processo, como ocorre no Brasil e em outros países. [...] possibilitam a presença de árbitros altamente especializados que trazem a sua expertise, portanto podem oferecer soluções muito mais adequadas do que o próprio Poder Judiciário faria.

Apesar de todas as disposições e vantagens da aplicação supramencionadas dos meios alternativos de solução dos litígios, esta situação ainda está longe de ser plenamente aplicada no Direito Brasileiro. Neste sentido, afirma Flávio Tartuce em relação a realização da audiência de mediação e conciliação na ação de divórcio:

Todavia, infelizmente, a maioria dos Tribunais de Justiça ainda não criou ou não investiu, de forma satisfatória, nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o que tem afastado a efetivação dos institutos da mediação e da conciliação. No último ano, muitas foram as decisões judiciais que chegaram ao nosso conhecimento, declinando a mediação e a conciliação, por falta de estrutura, o que representa uma infeliz realidade. Esperamos que esse panorama se modifique nos próximos anos, e que o Estado realmente invista no incremento de tais práticas, para que os institutos modifiquem a cultura hoje existente, aplicando-se a louvável regra do Novo CPC. (TARTUCE, 2017. p, 836)

Ademais, em diversas situações, a utilização do método da mediação ou da conciliação é impossibilitado em razão de ser enraizada no pensamento dos operadores do Direito a questão de que o processo deve ser visto como sob um sistema *adversarial*, ou seja, em que as partes são adversárias uma das outras e que somente uma pode “ganhar”, bem como pelo fato de que em diversas situações estes meios alternativos são vistos como “perda de tempo” ou são impostos pelo juiz, o que, por sua vez, já desestimula as partes a celebrarem acordos. Ademais, existe, ainda, a questão que por vezes o magistrado não tem a capacitação devida para realização destes meios de solução.

Neste sentido, constatou, através de pesquisa de campo, o doutor Klever Paulo Leal Filpo em sua obra “Os juízes não aderiram à Mediação” que das 14 Varas de Família existentes na capital do estado do Rio de Janeiro, a grande maioria dos casos enviados ao Centro de Mediação eram somente procedente de uma das Varas, tendo sido, inclusive, a ele afirmado por um advogado que de 2009 até 2013 nunca tinha visto ser sugerido por qualquer juiz o uso da mediação.

Esta situação, todavia, não é somente existente na capital do Rio de Janeiro, de forma tal que o Relatório de Números do CNJ do ano de 2020 atesta que somente 12,5%

das sentenças e decisões proferidas pelo Poder Judiciário no ano de 2019 eram homologatórias de acordos firmados, o que apresenta-se, inegavelmente, como um percentual muito pequeno, até em razão da grande difusão dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Ademais, o resultado é ainda menos encorajador ao analisar-se o percentual referente à Justiça Comum Estadual, em que seguem a extensa maioria das ações judiciais, neste o resultado foi de apenas 11,3%.

Diante do narrado, o resultado não podia ser diferente do que encontra-se na realidade do Judiciário brasileiro, em que na Justiça Comum Estadual há de ser esperado em média 3 anos e 6 meses para a prolação da sentença de primeiro grau, ao qual é cabível recurso, ainda, e em que constam tramitando aproximadamente 77,1 milhões de processos, segundo o relatório Justiça em Números de 2020.

Outrossim, apesar de todos os fatos abordados, há de ser atestado que ao final do ano de 2016, fora comprovado que ingressaram com mais aproximadamente 29,4 milhões de processos neste ano, tendo 29,4 milhões sido baixados no mesmo período, o que apresentou um aumento de 2,7% em relação ao ano anterior. Tal fato mostra que, apesar de a realidade do Judiciário brasileiro encontrar-se em uma situação caótica, o ano anterior apresentou uma melhora, que, com a aplicação correta dos dispositivos previstos nos dispositivos normativos, pode ser ainda mais significativo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fora supracitado, o Poder Judiciário brasileiro está sob uma realidade de completa sobrecarga, de uma forma que resta incontroversa a necessidade premente de mudança na forma em que é abordada a resolução de conflitos, na qual seja ofertada um maior aproveitamento das técnicas alternativas de solução, pois, estas, como fora supramencionado, possibilitam um resultado muito mais célere e possivelmente duradouro, dentre outros benefícios.

Ademais, para que seja possibilitado o crescimento na influência daquelas, é imprescindível que seja abandonada aquela cultura do *"arbitral system"*, não sendo o processo judicial visto como uma batalha em que somente uma das partes pode ser vencedora, este deve ser analisado como uma existência de interesses conflitantes em que busca-se um acordo, uma resolução que possa atender ambas as partes. Outrossim, há de ser modificada a ideia pela qual tratam-se as formas alternativas de solução de conflitos como medidas inócuas, e, para que isto seja possível, é de extrema importância

que os magistrados busquem especializar-se nestes conceitos e passem a difundi-los de forma mais veemente.

Cita-se, ainda, que os membros do judiciário, todavia, estão apresentando-se gradualmente como mais adeptos a estas ideais, e este fato somente tende a ser acentuado, principalmente em razão da intensa atividade do CNJ, bem como através dos diversos dispositivos normativos que apontam a utilização daqueles.

4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil Volume único**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MINISTRA ELLEN DESTACA MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS. PORTAL STF. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330>> Acesso em: 19 de agosto de 2021.

FILPO, Klever Paulo Leal. **OS JUÍZES NÃO ADERIRAM À MEDIAÇÃO**. Lex Humana, v. 6, n. 2, dez. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=565>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021>.

MIZUTA, Alessandra; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da: **Direito de Acesso À Justiça, Efetividade e Jurisdição: Sistemas Informais de Justiça como Concretização dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU**. CONPEDI, 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de: **A Mediação e os ADR's (Alternative Dispute Resolutions) – A Experiência Norteamericana**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014.

FERNANDES, Pedro. Meios consensuais de resolução de conflitos no novo Código de Processo Civil: a conciliação e a mediação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5196, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59938>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CIPRIANI, Taciane Andreghetto; OLIVEIRA, Sonia de. A Mediação e a Conciliação no Novo CPC: A Celeridade da Justiça. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 2, Vol. 13. pp 417-427 Janeiro de 2017 ISSN:2448-0959.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 19 de agosto de 2021.

JUSTIÇA MULTIPORTAS: ANÁLISE SOBRE OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

MONIQUE ALVES MARQUES: Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.²¹⁹

RESUMO: O objetivo principal deste trabalho é avaliar abordagens alternativas para a resolução de conflitos, abrangendo métodos de autocomposição e heterocomposição. Em face do aumento significativo das demandas, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de buscar alternativas à tradicional resolução de litígios através do sistema judicial estatal. Este estudo se propõe a explorar a implementação dessas novas abordagens que transcendem o modelo antigo e adversarial, enfatizando a importância da cooperação entre as partes ao longo de todo o processo de resolução de disputas. Para atingir esse objetivo, realizaremos uma análise abrangente do processo de resolução de conflitos, incluindo a exploração da teoria do conflito contemporânea e a avaliação da relevância de cada um dos métodos alternativos de resolução de disputas.

Palavras-chave: teoria do conflito; mediação; arbitragem; conciliação; vias alternativas.

1. INTRODUÇÃO

A transformação do sistema judicial promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, aliada à implementação das Leis nº 13.140/2015 e 13.105/2015, marcou uma consolidação de novos mecanismos de resolução de conflitos no contexto legal brasileiro. Este cenário incorporou métodos como mediação, arbitragem e conciliação, representando uma significativa mudança na forma como a litigiosidade é gerida, na eficácia e na rapidez das demandas judiciais no Brasil.

Este estudo visa aprofundar o tema do acesso à justiça, destacando a alteração no tradicional modelo de acesso à justiça e a introdução do conceito de um "sistema multiportas" nos diferentes sistemas legais. Além disso, iremos explorar a teoria do conflito e o novo paradigma da litigiosidade, onde poderemos perceber uma nova perspectiva sobre as disputas legais e os potenciais benefícios que delas advêm. Neste ponto, também

219 Email: moniquemarques175@gmail.com

faremos uma análise detalhada dos métodos autocompositivos e heterocompositivos, discutindo suas distinções e semelhanças.

2. CONCEPÇÃO: “ACESSO À JUSTIÇA”

É fundamental, em um primeiro momento, compreender a abrangência do conceito de “Acesso à Justiça”, a fim de enriquecer a discussão sobre o tema.

Uma análise aprofundada da literatura jurídica revela que o termo “Acesso à Justiça” assume múltiplas nuances, sendo empregado para descrever não apenas um direito, mas também uma garantia, e até mesmo um princípio. É relevante destacar que essa diversidade conceitual é amplamente debatida nas obras jurídicas.

Nesse contexto, Mauro Cappelletti observa que o conceito passou por transformações significativas ao longo do desenvolvimento e ensino do processo civil.

Fernando Pagani Mattos afirma que a expressão “Acesso à Justiça” é objeto de inúmeras definições, podendo abranger desde o acesso aos mecanismos do poder judiciário até o acesso a valores e direitos fundamentais da pessoa humana.

Entretanto, devido à natureza multifacetada dessa expressão, uma parte da comunidade acadêmica identificou dois principais significados associados ao conceito de acesso à justiça. Estes dois sentidos essenciais são: o aspecto formal e o aspecto material.

A visão formal ou clássica da expressão Acesso à Justiça está ligada a possibilidade de levar ao Judiciário uma lesão ao direito na busca da tutela jurisdicional, ou seja, está atrelada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e ao exercício do direito de ação. É possível verificar esse significado na previsão do art. 5º, XXXV, 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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Mario Cappelletti e Bryant Garth preleciona que:

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico- sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Assim, o conceito formal de Acesso à Justiça está intrinsecamente ligado a uma perspectiva orgânica ou institucional, envolvendo a entidade a que se recorre em busca de tutela judicial. Isso significa que está diretamente associado à possibilidade de se ingressar fisicamente nos tribunais para apresentar demandas legais.

Com o decorrer do tempo, a concepção de "Acesso à Justiça" amadureceu, expandindo-se para um conceito mais abrangente e sofisticado do que meramente a capacidade de um indivíduo recorrer ao sistema judiciário. Essa noção transcende as limitações da litigação e se estende para englobar elementos essenciais relacionados à transformação da sociedade, à mitigação das desigualdades e à promoção de um ambiente caracterizado pela equidade e eficácia na resolução de conflitos.

Essa perspectiva implica que, ao longo dos anos, o "Acesso à Justiça" evoluiu para representar um ideal mais holístico, buscando gerar um impacto positivo na sociedade, em contraposição a meramente buscar recursos legais.

Assim, o conceito de "Acesso à Justiça" se metamorfoseia em uma aspiração mais abrangente e profunda para o indivíduo. Isso vai além de meramente se referir à habilidade de ingressar em um tribunal, abrangendo a busca por uma sociedade que seja mais justa, igualitária e eficaz na resolução de conflitos. A evolução desse conceito demonstra o entendimento de que a justiça não se restringe apenas às leis e aos tribunais, mas também abraça princípios, equidade e inclusão.

Kazuo Watanabe ensina:

O acesso à justiça não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (...) o conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas

dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativo a seus bens.

Sob a ótica do viés material, a concepção de Acesso à Justiça implica a busca pela reparação de desigualdades e a promoção da equidade em situações particulares. Nesse contexto, é de suma importância encará-lo como a habilidade de alguém em garantir uma ordem legal justa. Isso engloba não apenas assegurar direitos, mas também o reconhecimento do direito de ter direitos, a educação em assuntos legais e o acesso a métodos alternativos de solução de controvérsias, como conciliação e mediação.

3. A MUDANÇA DO PARADIGMA: "SISTEMA MULTIPORTAS"

A reforma do sistema judiciário, promovida por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, juntamente com a entrada em vigor da lei nº 13.140/2015 e do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), introduziram no cenário jurídico do Brasil novos métodos de resolução alternativa de disputas, tais como mediação, arbitragem e conciliação. Essas mudanças representaram uma alteração fundamental no paradigma da administração de litígios, visando aprimorar a eficiência e a rapidez no tratamento das demandas legais.

É importante salientar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem promovido ativamente a adoção da conciliação desde o ano de 2006. Nos últimos anos, essa iniciativa tem ganhado significativa força, impulsionada pela Resolução 125/2010 do CNJ e pelas leis pertinentes. Além disso, as alternativas de resolução de conflitos têm se fortalecido graças à realização da campanha da "Semana Nacional de Conciliação" e à instituição dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Estes centros, que operam como unidades do Poder Judiciário, desempenham um papel crucial na condução de sessões de mediação e conciliação. Paralelamente, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) desempenham um papel fundamental, visto que têm entre suas atribuições o planejamento e a implementação de políticas voltadas para a expansão desses métodos no âmbito do Judiciário estadual.

Um importante indicativo do compromisso com a promoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos é a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabeleceu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A elaboração dessa normativa foi diretamente influenciada pelas orientações da Organização das Nações Unidas (ONU) relativas à implementação da Justiça Restaurativa nos Estados membros, as quais foram delineadas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 da referida organização internacional.

Cabe destacar, que entre o fim de 2018 e início de 2019, grandes avanços ocorreram na área, aprimoramento do programa "Resolve", cujo propósito é fomentar a realização de projetos e iniciativas que incentivem a resolução amigável de conflitos e a promoção da harmonia social, por meio da conciliação e mediação. Essa evolução está devidamente documentada no Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2020.

A designação "sistema de múltiplas portas" ou "justiça multiportas" é uma representação fiel desse paradigma emergente. Roberto Portugal Bacellar ilustra essa realidade com as seguintes palavras:

"As múltiplas portas de resolução de conflitos retratam a mais ampla oferta de meios, métodos, formas e mecanismos (vinculantes ou não) colocados à disposição do cidadão, com estímulo do Estado, a fim de que ocorra o adequado encaminhamento dos conflitos para os canais disponíveis".

Essa expressão ganhou notoriedade graças ao professor Frank Sander, que introduziu o conceito de "*multi-door courthouse*" durante a Conferência de Libra de 1976. Essa ideia surgiu como resposta à crescente preocupação sobre o iminente aumento de litígios nos sistemas judiciários nacionais, que ameaçava sobrecarregar os tribunais com uma quantidade significativa de processos, muitos dos quais poderiam ser resolvidos de forma mais eficiente.

É relevante ressaltar que a participação do professor na mencionada conferência foi aclamada como um evento seminal no cenário internacional das Comunicações Alternativas e Suplementares (MASCs). Essas vias alternativas são amplamente empregadas nos Estados Unidos, notadamente nos estados da Flórida, Washington e Nova York, conforme documentado por Lília Maia de Moraes Sales e Mariana Almeida de Sousa em julho/setembro de 2011.

De acordo com a jurista Joyce A. Tan em seu trabalho de 2018, a apresentação do professor Sander conquistou notoriedade por uma tríade de motivos distintos. Primeiramente, ela ressaltou a presença de diversos métodos alternativos para a resolução de disputas, enfatizando a capacidade de direcionar cada tipo de controvérsia para a abordagem mais apropriada. O segundo ponto de destaque se deve à ampla difusão das vantagens das MASC's em escala global. Por fim, a terceira razão reside na eficácia notável do "sistema de justiça multi-portas" ao facilitar o acesso dos cidadãos aos meios alternativos, além dos procedimentos judiciais tradicionais.

Uma vantagem notável dos métodos alternativos à jurisdição estatal é a ideia de "flexibilidade". No contexto do sistema legal brasileiro, caracterizado por uma cultura de litígio, a utilização de meios distintos para a resolução de disputas incorpora essa notável característica. Nesse cenário, é o procedimento que se ajusta de acordo com as particularidades factuais da disputa, em vez de impor um modelo predefinido. Tanto o terceiro mediador quanto as partes envolvidas, dependendo da situação, têm a liberdade de escolher o método que melhor se adapte às suas necessidades e que favoreça a resolução consensual do conflito. Isso permite uma maior personalização e flexibilidade na busca por soluções adequadas às partes envolvidas.

De acordo com o relatório do CNJ, "no ano de 2018, a Justiça emitiu 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos, sendo 3,7 milhões durante a fase processual e 700 mil na fase pré-processual. Isso significa que aproximadamente 12% de todos os processos julgados no sistema judicial brasileiro foram resolvidos por meio da conciliação" (Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2019)).

Conforme mencionado no referido relatório, pela primeira vez, notou-se uma diminuição na quantidade de processos pendentes nos órgãos do Poder Judiciário. Esse fato pode ser atribuído ao incentivo crescente para a resolução de litígios por meio de métodos alternativos e ao aprimoramento da capacitação dos profissionais para lidar com as demandas e identificar soluções.

No relatório mais recente, correspondente ao ano-base 2019, observou-se um aumento no número de sentenças homologatórias de acordos. Em um período de três anos, esse número aumentou em 5,6%, passando de 3.680.138 em 2016 para 3.887.226 em 2019. Comparado ao ano anterior, houve um acréscimo de 228.782 sentenças homologatórias de acordo, representando um aumento de 6,3% (Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2020)).

Outro marco recente que ilustra o compromisso do Poder Judiciário na promoção dos métodos alternativos é a Resolução do STF nº 697, datada de 6 de agosto de 2020, que estabelece a criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC), com a responsabilidade de buscar e implementar soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, a incorporação destes métodos não apenas contribui para diminuir o volume de processos sob análise no âmbito do sistema judicial, mas também promove uma significativa simplificação dos processos, resultando em economias substanciais, maior rapidez na resolução de litígios e uma garantia para os envolvidos de que a mediação

será conduzida por um profissional qualificado na matéria em questão, visto que os próprios envolvidos têm a autonomia de escolher o mediador, conciliador ou árbitro.

4. TEORIA DO CONFLITO E OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E HETEROCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Inicialmente, é fundamental ressaltar que, desde tempos ancestrais, a presença de conflitos é uma constante em todas as interações humanas. O conflito, nesse contexto, pode ser descrito como o resultado de divergências de opinião ou desacordos entre duas ou mais pessoas sobre determinados assuntos. Em grande parte das situações, essa disparidade de perspectivas é frequentemente encarada como um elemento desfavorável nas dinâmicas sociais.

Alguns teóricos, exemplificados por Rubin e Kriesberg, sustentam que, em relacionamentos conflituosos, ocorre uma progressiva intensificação da hostilidade, resultando em um ciclo vicioso contínuo de ação e reação, caracterizado como "a espiral do conflito". À medida que o conflito se intensifica, as causas originais tornam-se secundárias, uma vez que as pessoas envolvidas concentram-se cada vez mais em retaliar ações anteriores (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, André Gomma de Azevedo, (Org.) (2015)).

No entanto, mediante uma análise mais minuciosa do tema, tornou-se evidente que da discordância podem emergir desfechos benéficos, marcando assim uma das notáveis transformações introduzidas pela teoria contemporânea dos conflitos. No momento em que é constatado e entendido o cerne do litígio, podem ser concebidos desfechos que não sejam destrutivos para alguma ou ambas as partes. O objetivo dessa nova teoria é demonstrar que a partir do conflito, ou de uma disputa poderá ser concebida uma cultura de pacificação social.

De acordo com as reflexões de Morton Deutsch, conforme expostas por André Gomma de Azevedo (2004), o conflito desempenha um papel fundamental na prevenção do estancamento, na promoção do interesse e na geração de soluções criativas. Além disso, o autor sustenta que o litígio pode se transformar em um fator propulsor de mudanças tanto em nível individual quanto na sociedade em geral. Adicionalmente, salienta que o embate conflituoso tem o poder de conferir singularidade a grupos e auxiliar na identificação coletiva e individual.

Em verdade, verifica-se que, não apenas na cultura brasileira, mas em outros ordenamentos jurídicos, a cultura do litígio sempre foi objeto de maior atenção e estudos. O jurista José Maria Rossani Garcez explica o motivo com a seguinte frase:

A cultura ocidental “empresta maior ênfase ao aspecto adversarial da resolução do conflito porque as relações comerciais nessa cultura se baseiam na precisão da documentação e na aplicação do princípio da legalidade”. (José Maria Rossani Garcez (2003))

A abreviatura ADR (Alternative Dispute Resolution), em português, MASCs – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, indica que a Resolução Alternativa de Disputas utiliza diversos métodos fora da jurisdição estatal e objetiva a negociação harmoniosa entre as partes envolvidas no litígio.

As aludidas siglas, além de outras (MESC-Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos e RAC- Resolução Alternativa de Conflitos) indicam a mudança no paradigma de centralidade do modelo adversarial e que é baseado na justiça estatal. O incentivo e a efetiva utilização de procedimentos que almejam a solução pacífica de conflitos e a harmonia entre as partes, sinaliza a possibilidade de superar a cultura do litígio, enraizado na sociedade brasileira.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas inovações ao sistema legal, fortalecendo e promovendo esses métodos alternativos. Um exemplo notável pode ser encontrado no artigo 190 do CPC, que estabelece o conceito de "cláusula geral de negociação processual". De acordo com essa cláusula, em disputas envolvendo direitos suscetíveis de autocomposição, as partes têm a possibilidade de firmar acordos procedimentais, ajustando as regras de acordo com suas necessidades, incluindo aspectos como ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Outro exemplo digno de menção encontra-se no artigo 191 da mesma legislação, que permite que as partes estipulem um calendário para a prática de atos processuais. Isso simplifica a administração do conflito por um terceiro imparcial e elimina os custos associados a intimações, uma vez que elas se tornam dispensáveis, já que as partes estão previamente cientes das datas acordadas.

4.1. MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E HETEROCOMPOSITIVOS

A heterocomposição é uma abordagem para a resolução de conflitos em que as partes em disputa recorrem a um terceiro imparcial para a tomada de decisões no que diz respeito à sua controvérsia. É fundamental destacar que, nesse cenário, é o terceiro agente que assume o papel de orientar a resolução do conflito, e sua atuação é desvinculada dos interesses das partes envolvidas.

Há dois métodos que são exemplos da heterocomposição: a jurisdição estatal e a arbitragem.

O Poder Judiciário é uma das três funções típicas do Estado, ao lado do Poder Legislativo e Executivo. O magistrado Dirley da Cunha assim conceitua a jurisdição:

“Jurisdição é a atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é inicialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões na persistência do conflito.”(Dirley da Cunha Júnior (2010))

No contexto do sistema legal brasileiro, essa abordagem é predominante, uma vez que a população geralmente recorre ao Poder Judiciário como sua primeira instância de resolução de disputas.

Entretanto, há aspectos negativos que podem ser ressaltados no uso da tutela estatal, a saber: demora no provimento jurisdicional em razão da alta demanda, ocasionando o prolongamento do conflito por anos; por muitas vezes a jurisdição não consegue satisfazer o interesse das partes, vez que poderá pôr fim à controvérsia, contudo o real interesse dos personagens poderá não ser alcançado em razão de muitas partes não conseguem demonstrar seu principal intuito com o conflito. Há também o aspecto emocional envolvido no litígio já que, frequentemente, não consegue-se reestabelecer o diálogo entre os sujeitos da relação.

A evolução do Direito, devido à transformação na abordagem da Teoria do Conflito, que passou a reconhecer os aspectos construtivos das controvérsias, tem possibilitado que os próprios envolvidos na disputa encontrem soluções para seus problemas, minimizando a intervenção do Estado. Nesse contexto, a promoção de uma cultura de harmonia e resolução pacífica de conflitos ganha ainda mais destaque, uma vez que se torna fundamental face às crescentes demandas da sociedade contemporânea.

Em relação a autocomposição, esta pode ser conceituada como um método que soluciona as controvérsias por decisão consensual entre os próprios sujeitos litigantes.

Além disso, devido a essa abordagem, os métodos autocompositivos são amplamente reconhecidos por sua eficácia, uma vez que priorizam o diálogo como a principal ferramenta para atingir uma resolução, evitando assim a necessidade de recorrer

ao sistema judiciário ou a decisões de terceiros, como ocorre na arbitragem. A característica distintiva desses procedimentos é a é a cooperação.

São considerados modelos destes procedimentos: a negociação, a mediação e a conciliação. Todos estes são métodos que ganham notoriedade na sociedade brasileira em vista do incentivo de legisladores, juristas que entendem que são as melhores alternativas para a pacificação social e o "desafogamento" do Poder Judiciário em relação à quantidade de processos.

5. PROCESSO CONSTRUTIVISTA: OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Na sua obra, Morton Deutsch delineou dois cenários que podem se desenrolar durante a tentativa de resolver conflitos. Existe o cenário cooperativo, no qual uma parte evidencia um genuíno compromisso em colaborar para atingir o objetivo de alcançar um acordo, resultando, por conseguinte, em benefícios mútuos e na ampliação das probabilidades de êxito do processo.

Ainda discorrendo sobre o tema, o autor explica que os processos construtivos são marcados pelo fim do procedimento com o reforço da relação anterior à disputa, ou seja, preservando os laços de outrora.

Por outro lado, há a situação competitiva quando um participante se comporta de modo a elevar suas próprias chances de sucesso no procedimento, em detrimento da outra parte (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, André Gomma de Azevedo, (Org.) (2015)).

Conforme apontado por Deutsch, o processo destrutivo está intimamente ligado ao enfraquecimento ou à ruptura dos vínculos preexistentes entre os envolvidos, anteriores ao surgimento do conflito. Nessa categoria, podemos observar o que é conhecido como a "espiral de conflitos", uma vez que há considerável probabilidade de que a contenda se intensifique, desvinculando-se de sua origem e se transformando em uma sequência de ações e reações. Essa dinâmica assume um caráter competitivo, em que as partes buscam exclusivamente "vencer" na resolução da disputa.

É evidente que as ferramentas empregadas nos métodos alternativos de resolução de disputas desempenham um papel fundamental na busca pela abordagem construtivista do processo. Entre essas ferramentas, destacam-se o enfoque voltado para o futuro, a busca por soluções criativas para o conflito e a capacidade de inverter os papéis desempenhados.

É de suma importância enfatizar que as abordagens alternativas para a resolução de disputas devem primordialmente direcionar-se para os interesses em questão, em detrimento das meras posições, a fim de evitar, na medida do possível, a definição de vencedores e perdedores.

5.1. MÉTODO HETEROCOMPOSITIVO: ARBITRAGEM

Em poucas palavras, a arbitragem é uma instituição que remonta à antiguidade, tendo suas raízes nas civilizações da Grécia e Roma, e que ao longo do tempo evoluiu até a forma técnica que conhecemos atualmente. Ela pode ser definida como um mecanismo de resolução de conflitos que envolve a intervenção de terceiros imparciais, conhecidos como árbitros, escolhidos pelas partes envolvidas, e dispensa a necessidade da mediação de um juiz estatal.

Primeiramente, é relevante explorar a breve trajetória da arbitragem no contexto jurídico brasileiro. A prática da arbitragem tem uma longa história em nosso país, remontando ao período imperial. Um exemplo disso é a Constituição Política de 1824, que já previa a possibilidade de as partes designarem juízes árbitros, como documentado a seguir:

Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes" (Constituição Política do Império do Brasil - 1824).

Após o ano de 1850, o Código Comercial estabeleceu a arbitragem como um recurso mandatório em circunstâncias específicas relacionadas ao comércio. Isso inclui litígios envolvendo questões como contratos de locação mercantil e disputas entre acionistas durante a existência da empresa.

Contudo, a arbitragem obrigatória foi revogada pela lei n.º 1350/1866, mantendo-se apenas na modalidade voluntária. Diante deste cenário, é inegável o grande retrocesso que sofreu tal procedimento no ordenamento jurídico pátrio, perdendo a sua força com o passar dos anos (Antonio Iranildo Dantas, 2017).

O instituto da arbitragem encontrou sua relevância em uma variedade de regulamentações legais nacionais, notadamente no Código Civil de 1916, bem como nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Além disso, merece destaque a importância que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, conferiu às formas alternativas de resolução de litígios, uma vez que consagrou a resolução pacífica de

controvérsias como um princípio fundamental, particularmente em casos envolvendo relações internacionais.

A consolidação da arbitragem no contexto jurídico brasileiro atingiu um marco significativo com a promulgação da Lei nº 9.307/96. Este estatuto introduziu inovações cruciais, das quais se destaca a atribuição de caráter vinculante à cláusula arbitral. Tal medida, de forma obrigatória, afastou a possibilidade de recorrer ao sistema judicial para a resolução de litígios, culminando na extinção do processo judicial sem análise substancial do mérito, conforme preconizado pelo artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil (STJ, 2003, online - consulte o site).

Conforme a explicação de José Maria Rossani Garcez, a arbitragem pode ser conceituada como uma estratégia destinada a resolver controvérsias entre duas ou mais partes, sejam elas indivíduos ou entidades jurídicas. Essas partes podem tomar decisões independentes por meio de um terceiro imparcial ou um painel de terceiros (um árbitro ou árbitros), graças a um acordo privado. Importante ressaltar que essas pessoas não detêm autoridade estatal para exercer tais funções (José Maria Rossani Garcez (2003)).

É importante destacar que a convenção de arbitragem também é conhecida como "convenção arbitral". Dentro desse contexto, existem duas categorias principais: a cláusula compromissória, na qual as partes de um contrato se comprometem a submeter a arbitragem qualquer disputa que possa surgir a partir desse acordo (Brasil, 1996) e o compromisso arbitral, que é um acordo por meio do qual as partes concordam em submeter uma disputa específica à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo essa arbitragem ser de natureza judicial ou extrajudicial (Brasil, 1996).

Conforme estabelecido pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a arbitragem pode ser conduzida de acordo com o direito ou a equidade, à escolha dos envolvidos. Segundo a perspectiva de Elpídio Donizetti, a distinção crucial entre ambas reside no fato de que na arbitragem baseada no direito, os árbitros estão obrigados a aderir às normas do sistema legal do país, enquanto, em contraste, na modalidade de equidade, os árbitros têm a prerrogativa de adotar a solução que julgarem mais "justa," mesmo que isso implique a não observância das regulamentações do ordenamento jurídico vigente.

Outra consideração relevante a ser enfatizada é que a gestão pública terá a possibilidade de recorrer à arbitragem como meio de solucionar questões relacionadas a direitos de natureza patrimonial disponíveis. Nessa situação, a arbitragem será invariavelmente pautada no direito, uma vez que no âmbito do direito público, o princípio da legalidade é predominante.

É fundamental destacar que, ao término do processo de arbitragem, o árbitro emitirá uma decisão final que é irrecorrível, de acordo com o que estabelece o artigo 18 da mencionada legislação.

Cabe destacar que, quando do surgimento da lei de arbitragem, foi questionada sua suposta inconstitucionalidade, tendo em vista a não observância da separação e independência dos três poderes do Estado, uma vez que foi conferido ao Poder Judiciário a exclusividade de julgar as demandas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206), em 12 de dezembro de 2001, entendeu pela constitucionalidade do referido diploma normativo.

5.2. MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO: NEGOCIAÇÃO

A prática da negociação é uma constante na vida das pessoas, sendo uma habilidade fundamental que permeia todos os aspectos do nosso dia a dia, abrangendo esferas individuais, institucionais, nacionais e globais.

Pode ser definida como um diálogo direcionado para alcançar um consenso, conforme descrito por The Law Society (1992). Trata-se de um método autocompositivo no qual as partes têm total controle sobre o processo e o resultado, permitindo que ajustem as condições até chegarem a um acordo mutuamente satisfatório.

É importante ressaltar que a negociação pode ser incorporada a outros métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e conciliação, ou ser empregada de maneira autônoma na solução de disputas.

A flexibilidade é uma das principais vantagens desse processo, como indicado no Guia de Referência de Resolução de Disputas.

A negociação é um método altamente adaptável, uma vez que envolve somente as partes envolvidas na controvérsia, permitindo que elas determinem as diretrizes do procedimento. Não há necessidade da intervenção de terceiros, o que possibilita a criação de um acordo que verdadeiramente represente seus interesses.

5.3. MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO: CONCILIAÇÃO

Primeiramente, é relevante destacar que existem notáveis correspondências entre as abordagens autocompositivas, uma vez que um terceiro imparcial desempenha um papel essencial na ajuda às partes para que identifiquem a substância da controvérsia, seus legítimos interesses, o que, por conseguinte, viabiliza a reativação do diálogo com o propósito de buscar um entendimento que seja satisfatório para ambas as partes. Além

disso, esse procedimento é caracterizado por ser um processo de caráter voluntário, informal e sigiloso, semelhante ao que ocorre na mediação.

Uma distinção notável entre os dois processos reside na capacidade do terceiro interveniente no procedimento de conciliação, que pode apresentar alternativas para a resolução das disputas, atuando de maneira mais proativa ao longo do processo. Em contrapartida, na mediação, o terceiro facilitador deve fomentar a colaboração entre as partes, encorajando-as a alcançar uma solução final por meio de suas próprias iniciativas, abstendo-se de aconselhar ou sugerir propostas.

Uma das primeiras regulamentações significativas para tornar mais acessível o sistema judiciário, por meio da implementação de métodos alternativos de resolução de conflitos, foi a promulgação da Lei nº 9.099/1995. Esta lei estabeleceu as bases para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que anteriormente eram referidos como "Juizados de Pequenas Causas".

Destaca-se que o art. 1º do aludido diploma normativo deixa claro que os Juizados foram criados para a conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência que não exceda a 40 salários mínimos (Brasil, 1995). A legislação também delinea os parâmetros que orientam o procedimento, nomeadamente: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Estes que também são marcas dos meios alternativos de resolução de conflitos, conforme visto acima.

Além da efetivação do acesso à justiça pelo jurisdicionado, principalmente o de baixa renda, verificou-se que este micro sistema (Juizados Especiais) também contribui para desafogar o Poder Judiciário.

Atento a esse dado positivo dos métodos alternativos de resolução de conflitos, o CNJ têm empreendido esforços para a disseminação da cultura de conciliação e, conseqüentemente, pacificação social.

Ressalta-se, inclusive, que a conciliação é uma política permanente do Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2006, ao criar o "Dia Nacional da Conciliação" que realizou 83 (oitenta e três) mil audiências e obteve 47 (quarenta e sete) mil acordos, de acordo com dados do próprio órgão (Regina Bandeira, 2020).

A resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça instrumentalizou essa diretriz ao instituir a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos que objetiva a disseminação da cultura de pacificação social, através da autocomposição de litígios. Um dos grandes pontos positivos que decorreu dessa política foi a determinação de que todos

os tribunais criassem unidades que utilizassem a conciliação e a mediação como métodos de resolução de conflitos, são elas: Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito (NUPEMEC).

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgados em 2019, foi registrado um notável avanço na expansão dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Em um período de apenas três anos, entre 2015 e 2018, houve um crescimento significativo de 66,4% na quantidade de CEJUSCs no país. Em números concretos, em 2015, contávamos com 654 dessas unidades, enquanto em 2018, esse número saltou para 1.088.

Essa estatística reflete o compromisso incansável para transformar o cenário das demandas no Brasil, no qual a jurisdição estatal ainda detém uma posição central.

5.4. MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO: MEDIAÇÃO

Inicialmente, é crucial esclarecer que a abrangência do conflito transcende consideravelmente as meras considerações legais presentes no seu cerne. Em muitas ocasiões, os interesses das partes vão muito além das disputas meramente jurídicas.

Para alcançar uma solução completa para o conflito, é imperativo identificar as múltiplas dimensões dos interesses envolvidos, a fim de resolver a controvérsia em sua totalidade. Frequentemente, a detecção de elementos periféricos pode ser a chave para desvendar a origem do problema, tornando mais eficaz a resolução da disputa e contribuindo para a pacificação social.

Como um método autocompositivo intrínseco, a mediação aborda minuciosamente todos os matizes emocionais presentes e fomenta ativamente a busca por uma solução consensual através de diálogos, enquanto preserva a integridade dos relacionamentos envolvidos.

Em 2015, foi sancionada a Lei nº 13.140 que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia, De acordo com o art. 1º, parágrafo único, pode ser conceituada da seguinte forma:

Art. 1º. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.(Brasil (2015))

Uma conquista significativa com a implementação desse diploma normativo, foi a ação do Ministério da Educação em estabelecer como obrigatória a inclusão da disciplina de mediação e conciliação nos currículos dos cursos de direito em todo o território nacional.

A mediação emerge como uma ferramenta essencial para resolver disputas relacionadas a direitos, abrangendo tanto questões que envolvem direitos que podem ser objeto de acordo quanto direitos que, embora indisponíveis, possam ser objeto de transação.

Esse método não adversarial compartilha muitas semelhanças com a conciliação, podendo ser caracterizado igualmente como um processo de natureza voluntária, informal e sigilosa, com a mediação sendo facilitada por um terceiro imparcial, conhecido como mediador.

No processo, o terceiro facilitador desempenha o importante papel de fomentar a comunicação, utilizando diversas estratégias para auxiliar os envolvidos a alcançarem uma resolução amigável e eficiente para suas questões. Vale destacar que o mediador não tem a prerrogativa de apresentar sugestões de solução às partes, o que o diferencia claramente da conciliação, sendo esta uma das principais distinções entre os dois métodos.

Todo o processo deve ser planejado antes mesmo do encontro com as partes. São importantes para o procedimento: a organização e o posicionamento das cadeiras, a preparação do local, a revisão de anotações feitas sobre o caso que, além de contribuir para a preparação do mediador, criam ambiente confortável, propício para a discussão de alternativas ao litígio.

O procedimento pode ser dividido em diversas etapas, são essas:

(i) Início da mediação, em que o facilitador se apresenta às partes, bem como informa algumas regras que deverão ser respeitadas em seu transcurso, esclarece também sobre as etapas do procedimento;

(ii) Reunião de informações: momento que tem por objetivo reunir o conhecimento, através da oitiva dos relatos em que cada uma das partes tem a oportunidade de explicar seu ponto de vista;

(iii) O resumo é realizado após o término da exposição de fala de cada uma das partes, realizada pelo mediador com as informações obtidas na escuta dos participantes

tem por objetivo filtrar as informações e focar em sentimentos, interesses e questões das partes para que assim seja analisado o que for essencial para o deslinde da situação;

(iv) Esclarecimentos das controvérsias e interesses: esta é a fase em que o mediador irá utilizar diversas técnicas com o intuito de elucidar as questões debatidas pelas partes.

(v) Resolução de questões: Após a compreensão da controvérsia e dos reais interesses das partes, o mediador estimulará as partes a criarem soluções criativas para o litígio.

(iv) Possibilidade de realização de sessões individuais: caso o facilitador verifique que as partes estão com dificuldade de dialogar ou que tem alguma questão subjacente ainda não identificada;

(v) Sessão Conjunta final: o facilitador poderá verificar com os próprios sujeitos a solução encontrada.

(vi) Redação do acordo: Por muitas vezes, a mediação exitosa culminará com um acordo que seja satisfatório e do interesse de ambas as partes. Conforme o Manual do CNJ, nesta fase, deverá ser dedicada uma atenção a redação do pacto para que abranja os interesses de ambos os sujeitos, além de reforçar a confiança para que todas as disposições sejam cumpridas.

É importante enfatizar que a mediação é uma área ampla que abrange uma variedade de domínios do conhecimento humano, incluindo, mas não se limitando a, psicologia, comunicação e aspectos jurídicos.

A promulgação da Lei nº 13.140/2015 trouxe inovações notáveis, especialmente no que se refere à mediação extrajudicial e à resolução de conflitos envolvendo pessoas de direito público. Além disso, a lei estabeleceu a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos respectivos órgãos da Advocacia Pública.

Ao ampliar nossa compreensão da mediação, podemos perceber que um de seus principais benefícios reside na capacidade de reduzir a incerteza durante litígios. A abordagem prospectiva da mediação visa diretamente os interesses subjacentes das partes envolvidas, permitindo um espaço para a criatividade na busca por soluções.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, verificou-se a evolução do paradigma de justiça e a subsequente alteração na concepção da centralidade da jurisdição estatal, que passou a abraçar a adoção de outras vias alternativas à proteção oferecida pelo Estado.

Observou-se a uma tendência não apenas no Brasil, mas também em todo o mundo, em relação à preferência por métodos alternativos de resolução de disputas na solução das diversas controvérsias.

O termo "justiça multiportas", cunhado pelo jurista Frank Sander, ilustrou essa nova dinâmica, provocando inclusive transformações na Teoria do Conflito, que passou a abordar a controvérsia não apenas como sinônimo de litígio e confronto em sua conotação negativa, mas também como uma oportunidade de crescimento para os envolvidos.

Uma das vertentes do acesso à justiça reside em proporcionar ao cidadão uma via mais ágil, eficiente e econômica para obter uma resposta às suas demandas, e a efetiva implementação destas diversas alternativas na vida cotidiana da população concretiza o acesso à justiça.

Os procedimentos de resolução de conflitos podem ser categorizados como autocompositivos e heterocompositivos, e a escolha entre eles dependerá das necessidades específicas de cada controvérsia.

Durante a pesquisa, foi realizada a análise dos diversos procedimentos, tais como mediação, arbitragem, negociação e conciliação. Além disso, foi abordado a adoção desses métodos no contexto legal brasileiro, inclusive examinando as regulamentações mais recentes.

Chega-se à conclusão de que os métodos de resolução de conflitos alternativos desempenham um papel fundamental na promoção da eficácia, equidade e coesão na sociedade, fornecendo uma opção de grande valor em contraposição aos procedimentos judiciais convencionais. Estes métodos são de especial relevância para reduzir a sobrecarga do sistema judicial e para oferecer soluções sob medida que satisfaçam os requisitos das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, N. dos R. S. **A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS E CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA CELEBRADOS COM INSTITUIÇÕES CIENTÍFICAS E TECNOLÓGICAS PÚBLICAS**. 2016. 104 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual) — UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ARLKDF/1/disserta_o_nath_lia_reis_final.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

AZEVEDO, A. G. de (org.). **A resolução do Conflito**: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupo de Pesquisas, 2004.

AZEVEDO, F. C.; FONTES, J. P. **A Lei da Arbitragem: análise à luz dos princípios gerais de direito**. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/921/a-lei-da-arbitragem-analise-a-luz-dos-principios-gerais-de-direito>. Acesso em: 07 set. 2020.

BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2ª. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

BANDEIRA, R. **Conciliação envolve cidadão na solução de conflitos**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-envolve-cidadao-na-solucao-de-conflitos/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BÉRTOLI, R. F.; BUSNELLO, S. J. Métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de conflitos: a Mediação como meio de efetivar a obtenção da Justiça. **Revista de Direito da UNIDAVI**, v. 10, p. 01 – 30, 09 2017. Disponível em: https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/siteunidavi/revistaDireito/Artigo_Saul_R%C3%BAbia.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=4%C2%BA%20A%20cl%C3%A1usula%20compromiss%C3%B3ria%20%C3%A9,surgir%2C%20relativamente%20a%20tal%20contrato. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**, Brasília, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Comércio Exterior. Legislação de Propriedade Intelectual. **Legislação de Propriedade Intelectual**, 2009. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/legislacao/9-assuntos/categ-comercio-exterior/569-legislacao-de-propriedade-intelectual>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO,(ORG.). **Manual de Mediação Judicial**. Quinta. Brasília-DF, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental 5206 SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 12 dez. 2001. Disponível em: [https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep;); Acesso em: 13 set. 2020.

BURLANDY, P. A Contribuição do INPI para a Mediação e a Arbitragem em Disputas de PI. In: POWER POINT SLIDES. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/050613_CEDPI_CBAr.pdf. Acesso em: 07 ago. 2020.

CABRAL, T. **O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/715328190/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdiacao>. Acesso em: 22 ago. 2020.

CALMON, E. A Arbitragem Internacional. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.16, n.1, p.1 – 74, jan/jul 2004**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:maZuAYZVQpWJ:https://ww2.s.tj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/download/434/392+&cd=14&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

COMISSÃO PERMANENTE DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **INPI**. Disponível em: <http://www.cppi.ufv.br/pt-BR/inpi>. Acesso em: 17 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Justiça em números**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Justiça em números**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

CORREGEDORA Nancy Andrichi defende a retomada da simplicidade e informalidade nos Juizados Especiais como forma de celebrar os 20 anos da Lei 9.099/1995. Revista CNJ, Brasília, v. 1, p. 6 – 9, dez 2015.

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2010

CUNHA, L. C. da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DANTAS, A. I. **Breve relato cronológico da história da Arbitragem no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58974/breve-relato-cronologico-da-historiada-arbitragem-no-brasil>. Acesso em: 15 agos 2020.

FERREIRA, G. da C. et al. O Uso da Mediação para a Resolução de Disputas de Propriedade Intelectual. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, p. 36 – 51, março 2015. Disponível em: http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2015/03/RBA_Especial_PIArbMed.pdf. Acesso em: 05 agos 2020

GARCEZ, J. M. R. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado/Marcus Vinícius Rios Gonçalves**; coordenador Pedro Lenza. 7 ed. São Paulo; Saraiva, 2016.

JUNGMANN, D. de M.; BONETTI, E. A. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário**. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia_empresa_iel-senai-e-inpi.pdf. Acesso em: 29 agos 2020.

MAZZOLA, M. **O impacto da mediação na propriedade industrial**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-03/marcelo-mazzola-impacto-mediacaopropriedade-industrial>. Acesso em: 04 agos 2020.

MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação./Fernando Pagani Mattos./ Curitiba: Juruá, 2009.

OMPI. **¿Qué es el arbitraje acelerado de la OMPI?** Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-exp-arb.html>. Acesso em: 18 agos 2020.

OMPI. Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual**, Estocolmo, 14/07/1967. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf. Acesso em: 15 ago 2020.

PIERI, J. E. de V. **Procedimento de Arbitragem e Mediação da OMPI como alternativa**. 2011. Disponível em: <https://www.redetec.org.br/wp-content/uploads/2015/11/xivRepictDia23SetTardeJose.pdf>. Acesso em: 18 ago 2020.

SCHMIDT, I. J. **MEDIAÇÃO DE CONFLITOS DE MARCAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA**. 2014. 182 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) — Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/atuacao-transversal/academia/arquivo/arquivos-biblioteca/SCHMIDTIngridJensen2014.pdf>. Acesso em: 02 set 2020.

TAN, J. A. **WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts**. 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/EMAIL_CAMPAIGN_2018_06_26_09_14&utm_medium=email&utm_term=0_bcb3de19b4-0bf2a79b0b-255760137. Acesso em: 31 ago 2020.

THE Law Society of Upper Canada: **“Short Glossary of Dispute Resolution Terms”**. Toronto, 1992.

WIPO- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Regras de determinação de especialistas da WIPO**. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/rules/>. Acesso em: 07 set 2020.

WIPO- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Regulamento de Arbitragem da OMPI**. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>. Acesso em: 06 set 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS: A INCIDÊNCIA DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS A PARTIR DE UMA VISÃO FUNCIONALISTA DO DIREITO PENAL

VINICIUS NOTARI DE MORAES:

Bacharel em Direito - Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco²²⁰.

RESUMO: O presente artigo tem como fito discorrer sobre a discrepância de tratamento dados aos crimes patrimoniais, sobretudo o furto, e, os delitos materiais contra a ordem tributária. Através do método hipotético-dedutivo e por meio da metodologia bibliográfica e jurisprudencial, apontou-se um estudo breve acerca do princípio da insignificância e a sua respectiva aplicação aos crimes patrimoniais, tomando por base o furto de pequena monta, e os delitos contra a ordem tributária, a par dos delitos materiais, visto que são estes que recebem de maneira elevada um tratamento privilegiado, quando percebemos a aplicação do princípio da bagatela e a possibilidade de extinção da punibilidade a qualquer tempo. Em face de todo o exposto, o que se tem por fim é uma análise reflexiva e perceptiva de como há um tratamento diferenciado e prejudicial as camadas mais segregadas da sociedade. Apresentado está uma solução à luz da adoção dos parâmetros apontados pela doutrina a fim de uma aplicação mais justa quando da aplicação da insignificância, instituto e princípio tão importante num Estado Democrático de Direito. A par disso, é trazido a corrente funcionalista – minoritária – que traz uma solução justa para fins de tratamento dos crimes materiais contra a ordem tributária, em que pese não ser adotada, apresenta uma grande solução. O Direito Penal, instrumento de controle, é um arcabouço jurídico que deve estar em consonância com os ditames sociais e justos. Não há mais espaço no século presente um direito a ser aplicado à luz de uma visão utilitarista e segregadora. A Constituição Federal de 1988 preconiza a isonomia. E o Direito Penal Constitucional deve estar amparado nos ditames da Carta Maior. Portanto, a visão de institutos devem ser traçadas à luz do arcabouço axiológico que circula o ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Princípio Da Insignificância. Crimes Patrimoniais. Crime de Furto. Crimes Materiais Contra A Ordem Tributária. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The present work aims to discuss the discrepancy of data treatment to property crimes, especially theft, and material crimes against the tax order. Through the deductive methodology of the tax order, respectively, of theoretical application by means of deduction and a brief study of assembly, respectively of theoretical application, by

220 E-mail: delta.viniciusmoraes@gmail.com

means of deduction and jurisprudence, of specific application, by means of deduction and jurisprudence, respectively, application-specific, by-deductive-deductive-small-assembly, and order-of-order- of-small-application-applicable, respectively. , along with the materials, these are the ones that receive the highest form of a privileged treatment of possible time, the application of the principle of the grant and the possibility of extinction of punishment. In view of all the above, what we have in mind is a reflective and perceptive analysis of how there is a differentiated and harmful treatment as the most segregated layers of society. The solution in light of the adoption of the parameters of an application, institute by the doctrine the application of insignificance in the light of the adoption of parameters a fairer application when applying the insignificance and principle so important in a Democratic State of Law. In addition, the treatment brought a minority functionalist - who brings a fair for the purpose of solving the current materials against the order of crimes, despite not being tax - presents a great solution. Criminal Law, an instrument of control, is a legal framework that must be in line with social and fair dictates. There is no more space in the century presents a right to be applied in the light of a utilitarian and segregating vision. The Federal Constitution of 1988 advocates isonomy. And the Constitutional Criminal Law must be supported by the dictates of the Charter. Therefore, the vision of institutes must be traced in the light of the axiological framework that circulates or national order.

Keywords: Insignificance Principle. Heritage Crimes. Theft crime. Material Crimes Against the Tax Order. Democratic state.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância explorado e clareado por Claus Roxin que tem o fito de fazer valer do direito penal um instrumento de última intervenção, vem na última década sendo explorado cada vez mais pelos tribunais superiores.

É notória a simplificação do estudo do aludido princípio às situações de lesão a bens jurídicos patrimoniais, sobretudo quando se trata do delito de furto. Calcado na ideia de que a conduta perpetrada por uma agente se amolda nos exatos termos da redação da lei penal, não obstante, a materialidade delitiva é ínfima, ocasionando uma exclusão do fato típico, ou seja, afasta-se o primeiro elemento do crime. Pouco importando, se adotado a teoria bipartite ou tripartite do delito.

O presente artigo, não tem por finalidade trazer uma análise de toda conjuntura histórica de construção doutrinária. É importante aqui que haja a realização de uma análise reflexiva da aplicação do aludido princípio em situações que apesar de serem diferentes,

deveriam ser tratadas de forma similar e não tão díspares. A situação aqui apresentada refere-se à aplicação da presente causa supralegal excludente da tipicidade material (insignificância) aos casos de crimes contra ordem tributárias presentes na Lei 8.137/90 e aos crimes patrimoniais traçados no Código Penal Brasileiro, por exemplo, o delito de furto.

O que mais chama a atenção é o parâmetro objetivo para a aplicação do presente princípio. Por um lado, através de portaria (ato administrativo) fixa-se um parâmetro de R\$20.000,00 para a exclusão da tipicidade material de crimes materiais contra a ordem tributária e, por outro, fixa-se cerca de 10% do salário-mínimo para a aplicação da insignificância em crimes de furto. Gerando situações absurdas no plano fático. Onde o escorrito tratamento seria a aferição quanto ao bem lesado, por exemplo, e não a redução objetiva a fixação de um parâmetro para qualquer caso.

Bem, não é surpresa essa abordagem diferente para ninguém. O Direito Penal sempre foi instrumento de controle social das classes dominantes. Basta pensar na construção da inicial criminologia científica com Cesare Lombroso e a subsequente internalização por Nina Rodrigues em território nacional (Lombroso dos trópicos assim chamado), onde a redução de um indivíduo a situação de criminoso reduzia-se as suas características fisionômicas, pobreza e caracterizações abomináveis.

Frisa-se: Não há aqui uma tentativa de descriminalização do delito de furto, o que se tem é a tentativa de um avançar de pensamento e debate de como há um tratamento diferenciado. Por crimes materiais perpetrados contra a ordem tributária, por exemplo, há até mesmo a possibilidade de exclusão da punibilidade a qualquer tempo, basta que o agente criminoso efetue o pagamento do valor sonegado mesmo com o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem falar do alto valor amparado por uma portaria para a aplicação do princípio da bagatela. Por outro lado, além da fixação temerária em 10% do salário-mínimo em situações, por exemplo, de delitos patrimoniais, o agente não goza do mesmo tratamento, por vezes, quando muito, fará gozo de institutos do arrependimento posterior e, caso tarde, uma atenuante genérica prevista no Código Penal e aplicada uma redução ínfima na segunda fase da dosimetria.

Ora, a doutrina parte da ideia de que o Direito Penal tem pôr fim a tutela dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. Soma-se a isso, é importante um outro pilar, qual seja, a ideia de controle social do intolerável perpetrada pelo ramo do direito aqui objeto de estudo calcado por Jescheck. O professor Paulo César Busato explicando a ilustre ideia (2020, p. 13) traz em seu livro que a missão do Direito Penal é a realmente a realização do controle social do intolerável, ou seja, de realizar a tarefa de controle onde as demais normas de preservação da estrutura social resultam ineficazes. Então caso haja a superação dos 10% de um salário-mínimo necessariamente e objetivamente se realizará o controle

social do intolerável? Parece que não necessariamente. A aferição deve ser amparada no patrimônio lesado, concedendo, portanto, de forma justa a resposta, e não a fixação de um valor objetivo a qualquer situação. Afinal, o plano ontológico é importante, mas o axiológico anda lado a lado. O Direito é normativo.

Portanto, percebe-se um avançar do Direito Penal, a funcionalização trazida por Claus Roxin (funcionalismo teleológico) posterior a teoria ontológicas, ajuda a entender que a parte do Direito aqui estudada deve andar juntamente a matrizes traçadas pelas políticas-criminais de um Estado democrático de direito. A subsunção do fato à norma já não é o suficiente. É imperioso que haja a análise minuciosa do fato concreto, a fim de fazer valer em sua máxima eficiência o princípio da insignificância em delitos patrimoniais, sobretudo furto.

Conclui-se inicialmente, portanto, em breves considerações, um sucinto estudo reflexivo da função do direito penal, atrelado a aplicação do princípio da insignificância aos delitos materiais contra a ordem tributária e aos delitos patrimoniais, como o delito de furto. Reflete-se o tratamento diferenciado advindo de uma cultura de segregação trazida há tempos, onde a aproximação de tratamento deveria estar presente a fim de que a aplicação da justiça seja concretizada quando da aplicação da norma e da pena. Parâmetros objetivos absolutos só alimentam um caráter segregador social e, conseqüentemente, acabam apenas por punir as classes menos favorecidas. Afinal, a cada dia que passa a Lei abranda o tratamento, por exemplo, a crimes de colarinho branco. Por outro, amplia a margem de punição aos crimes de colarinho azul (aqueles praticados pela classe desfavorecida).

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A APLICAÇÃO JUSTA

É pacífico que o Direito Penal recebeu após as ideias funcionalistas, sobretudo com Claus Roxin, contribuições a par de extirpar entendimentos puramente causalistas, onde há veza preocupação em realmente fazer valer o postulado da intervenção mínima. Esse ramo do Direito, assim como os demais, deve andar em consonância com a realidade social.

Partindo da ideia e explicando o funcionalismo, porquanto se trata de um dos nossos pontos de partida conjuntamente ao princípio da insignificância, e aqui faço questão de expor apenas o teleológico, o professor Rogério Sanches Cunha (2021, p. 36) assinala:

Para o funcionalismo teleológico (ou moderado), que tem como maior expoente Claus Roxin, a função do

Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal.

Como visto, a nossa reflexão perpassará pelo funcionalismo, a visão do professor Paulo Busato, bem como o princípio da bagatela.

Cleber Masson (2020, p.25) assinala acerca do princípio da insignificância:

O princípio da insignificância, fundamentado em valores de política criminal (aplicação do Direito Penal em sintonia com os anseios da sociedade), destina-se a realizar uma interpretação restritiva da lei penal. Em outras palavras, o tipo penal é amplo e abrangente, e o postulado da criminalidade de bagatela serve para limitar sua incidência prática.

Junto à insignificância e a intervenção mínima, um princípio também correlato é o da lesividade, como assinala brilhantemente Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 49):

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico.

Notório que o avançar dos tempos e, conjuntamente, da jurisprudência o leitor já conhece acerca do postulado da insignificância. A presente obra, traz linhas abaixo breve sistematização acerca do princípio, contudo, o que se deve realmente refletir e trazer para fins de aplicação e crítica é a necessidade de uma aplicação mais bem elaborada, sem cair na facilidade e simplificação de uma aplicação pautada em valores puramente abstratos. Para isso, o professor Paulo César Busato, brilhantemente explica.

Consoante explica Rogério Greco (2020, p. 202) aponta que de acordo com uma visão analítica, o conceito de crime é fato típico, ilícito e culpável. O que interessa para o leitor na presente obra é acerca do primeiro elemento. Este é composto de quatro itens

que deverão ser preenchidos para a superação da primeira parte da teoria tripartite de crime. São eles: A condutadolorosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexode causalidade; e tipicidade (formale conglobante).

O presente estudo gravita em torno da tipicidade. A luz dos movimentos funcionalistas sua devida fixação, afinal no movimento neokantista já havia contribuição material na tipicidade, se passou a se preocupar não só com a subsunção de um fato à norma, mas também de se avaliar materialmente a necessidade de se reprimir tal conduta. E é nesse momento que a aplicação do princípio da insignificância aparece, num contexto de se corrigir a tipicidade formal.

Fernando Abreu explicando Zaffaroni, aduz:

Para Zaffaroni, a tipicidade conglobante funciona como corretivo da tipicidade formal. Não obstante desenvolver a teoria valendo-se da tipicidade legal, considera a afetação do bem jurídico como requisito indispensável para a tipicidade conglobante. E, nesse sentido, aduz que a insignificância da lesão exclui a tipicidade como decorrência lógica da ordem normativa (ABREU, 2022, p. 372).

Portanto, a adoção da Teoria Conglobante ou a bifurcação da tipicidade em formal e material, pouco importa para o presente debate. O que se deve ter em mente que não há mais espaço para a não funcionalização dos institutos penais. A tipicidade material deve ser debatida em primeiro plano, por isso a importância do presente princípio aqui objeto de reflexão, a afetação ao bem jurídico deve estar presente para a escorreita intervenção do ramo do direito mais ofensivo que há. E, sobretudo, deve-se aplicar de maneira minuciosa, a aplicação simplista como tem ocorrido gera efeito reverso, chegando a injustiças e a tratamentos desiguais.

A natureza jurídica do princípio da insignificância é uma causa supralegal excludente da tipicidade material. Isso nos faz pensar na necessidade e obrigatoriedade de ampliação do instituto, e não a construção de barreiras ou achar que seja um privilégio ao agente que cometera um fato formalmente típico.

Conforme aponta Fernando Abreu:

O princípio da insignificância, alicerçado em valores de política criminal, destina-se a realizar uma interpretação restritiva da lei penal, porquanto a tipicidade penal exige que a ofensa aos bens

jurídicos protegidos possua alguma gravidade. Logo, com esteio no princípio da insignificância, o Estado não possuirá interesse de agir quando a conduta não for capaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal, como nos casos de um leve beliscão ou furto de coisa de ínfimo valor (ABREU, 2022, p. 143).

Logo, há nas linhas acima uma breve explanação sobre o postulado e, conjuntamente, sua natureza jurídica e a importância no estudo da Teoria do Crime a fim de fazer valer toda afuncionalização que vem passando o Direito Penal moderno.

Como forma de delimitar a discussão aqui apresentada, acerca da equivocada, por vezes, aplicação da insignificância reduzida a valores abstratamente definidos e a incorreta aplicação à luz dos ensinamentos do professor Paulo César Busato, temos na palavra do ilustre mestre uma crítica aos tribunais superiores, sobretudo com os requisitos teratológicos para a aplicação do princípio aqui objeto de estudo, vejamos:

Essas balizas claramente não condizem com as ideias fundantes do princípio, algumas vezes sobrepondo-se e outras vezes, simplesmente mostrando-se completamente inócuas, gerando até mesmo distorções interpretativas graves. As ideias – claramente superpostas – de mínima ofensividade da conduta do agente, de nenhuma periculosidade social da ação, e reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento têm sido interpretadas, especialmente pelos Tribunais dos Estados, mas também, em alguma medida, na própria Corte Superior, de modo absolutamente errôneo, como a possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito Penal do autor (BUSATO, 2020, p. 48).

Percebe-se conforme os moldes do ilustre promotor que há um simplismo na hora da aplicação do aludido princípio. Não há entendimento razoável que se justifique tal modo de agir dos Tribunais nacionais. Parece e reflete um descaso na hora de fazer valer as funções que o Direito Penal deve exercer, por coincidência ou não, no final das soluções de cada caso concreto, as classes mais estigmatizadas são prejudicadas. Vive-se momentos em que a fixação para a aplicação da insignificância em crimes contra a ordem tributária é que o dano ao erário seja de até R\$20.000,00, definido através de portaria. Por outro, recusa-se a aplicação da insignificância simplesmente pelo valor ultrapassar o numerário de 10% do salário-mínimo, independentemente da aferição de outros requisitos bem trabalhados por Busato em seu livro que deveriam ser ao menos

obrigatoriamente observados pelos aplicadores do direito. Afinal, notória é a discrepância de tratamento entre os crimes de colarinho branco e das classes desfavorecidas.

O que tem por fito a presente obra é trazer a lição do professor Busato e sua reflexão sobre o princípio aqui trabalhado. Atente-se que para uma solução justa e um equilíbrio entre crimes de colarinho branco e de colarinho azul, seria uma maior cautela e uma obrigatoriedade de aplicação do princípio da bagatela mesmo quando o valor ao bem jurídico ultrapasse até mesmo a fixação de 10% fixado pelas jurisprudências dos Tribunais Superiores, obviamente observado certos pressupostos. Afinal, esse reducionismo a um valor ligado ao salário-mínimo descarta toda a dogmática penal e a função do Direito Penal.

O professor BUSATO preconiza:

Em resumidas contas, é possível dizer que o princípio de intervenção mínima não se prende exclusivamente ao bem jurídico, ao seu valor objetivo intrínseco, econômico ou não, nem tampouco às características pessoais do agente, eis que os princípios penais não podem ser cunhados com o deliberado propósito de agravar ainda mais a discriminação que já é intrínseca ao processo de criminalização e conformação de suas regras (BUSATO, 2020, p. 49).

Portanto, denota-se a equivocada aplicação do princípio tão importante ligada exclusivamente ao bem jurídico lesado. Aplicações simplistas, denotam que o processo de criminalização primária acaba sendo aprimorada através da criminalização secundária. Para fins de sistematização e entendimento acerca do estudo aqui fomentado, explica o professor Fernando Abreu citando ZAFFARONI:

Na definição de ZAFFARONI a criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas e a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente. (ABREU, 2022, p. 81).

Vislumbra-se que não há mais espaço de desprezo e restrição na hora de aplicação do princípio da insignificância aqui objeto de estudo. Sobretudo pelo fato de serem pessoas estigmatizadas que mais sofrem pela não aplicação. Afinal, não é razoável a aplicação apenas em valores que não ultrapassem em 10% do salário-mínimo e,

conjuntamente, em Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) uma portaria defina um vultoso valor de R\$20.000,00 para a aplicação. Será que um assalariado ou um desempregado que está incluso na maior camada mais pobre da sociedade comete crimes dessa natureza? Parece que não. Por vezes cometem pequenos furtos a patrimônios imensuráveis e, por consequência, sofrem reprimendas irrazoáveis.

Após a definição de sua natureza jurídica, a equivocada aplicação do princípio aqui estudado pelos Tribunais Superiores e a discrepância de tratamento quando comparado com a aplicação do mesmo instituto a crimes de colarinho branco. Vejamos agora, a enorme contribuição do professor Busato para a aplicação do instituto e o alcance a fazer justiça seja a qual indivíduo for, deixando de lado a tradicional estigmatização das classes mais pobres, sobretudo por serem elas que cometem pequenos furtos e sofrem as mazelas da não aplicação da bagatela, simplesmente, por exemplo, por ultrapassarem objetivamente o montante de equivocados 10% do salário-mínimo. Diz o ilustre promotor:

A primeira coisa a ser observada é se o bem jurídico em questão inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo, como por exemplo, a vida, o patrimônio ou a liberdade sexual. Não seriam fundamentais, e nem suscetíveis de incriminação, por exemplo, as ofensas ao senso estético ou a dissensão de opinião (BUSATO, 2020, p. 49).

E continua lecionando:

A existência de uma ofensa a um bem jurídico fundamental, porém, não basta. Entra aqui **o segundo requisito**: esse bem jurídico fundamental deve ter sofrido um ataque grave o suficiente, ou seja, intolerável. Por exemplo, o patrimônio – que é bem jurídico fundamental – pode ser atacado tanto por um roubo quanto pelo inadimplemento de um contrato de aluguel. A diferença é que no primeiro, o ataque é abrupto e violento, não podendo ser suportado por outras instâncias de controle social, jurídico ou não. Ao contrário, no segundo, um contrato e as regras de direito civil são capazes de dar resposta satisfatória ao locador (BUSATO, 2020, p. 49).]

Para fins de conclusão da lição deixada pelo professor, temos a dimensão qualitativa e quantitativa andando juntas, refletindo mais uma vez a questão do respeito das funções do Direito Penal e toda sua dogmática, sem redução aos termos do

ultrapassado Causalismo (Teoria Causal-naturalista) de cunho ontológico, afinal o Direito é axiológico (normativo). Vejamos:

Além da gravidade do ataque poder ser analisada segundo sua dimensão qualitativa, também há de ser observada desde um ponto de vista quantitativo. Por exemplo: um furto é um ataque sorrateiro ao patrimônio, em princípio intolerável, porém, a expressão quantitativa dessa agressão há de ser relevante para o desenvolvimento patrimonial da vítima. É, sem dúvida, diferente para o desenvolvimento patrimonial da vítima, por exemplo, se alguém que ganha salário-mínimo tenha subtraída sua motocicleta e que seja subtraída sua caneta esferográfica, de valor ínfimo. Somente no primeiro caso haverá verdadeiramente furto. Isso significa, naturalmente, que a vítima desempenha aqui papel fundamental. Vítimas diferentes podem sofrer iguais lesões de bens jurídicos e, em um caso, esse fato consistir em crime e, em outro, não. Isso em função da aplicação ou não do princípio da intervenção mínima na exata medida em que a ofensa ao bem jurídico represente uma violação intolerável ao desenvolvimento da vítima (BUSATO, 2020, p. 49).

Conclui-se, portanto, que a sistemática de aplicação do princípio da insignificância não se reduz mais ao simplismo de um valor abstrato fixado, infelizmente, pelos Tribunais Superiores. Necessário uma avaliação concreta do caso para fins de alcance de justiça. Não vigora atualmente o homem atávico explorado por Cesare Lombroso e Nina Rodrigues em território nacional, as camadas mais desfavorecidas devem ser tratadas sob a ótica da dignidade humana, a aplicação do princípio da bagatela não é uma faculdade do aplicador do direito, e sim um dever. A atribuição de um valor abstrato de que não possa ultrapassar o montante de 10% do salário-mínimo para fins de aplicação do aludido princípio nunca será a solução justa, sobretudo quando comparado ao montante de R\$20.000,00 nos crimes contra a ordem tributária.

3.O TRATAMENTO PRIVILEGIADO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Conforme linhas acima, denota-se a crítica ao caráter privilegiado de aplicação do princípio da insignificância nos Crimes Contra a Ordem Tributária, ou seja, o tratamento brando aos crimes de colarinho branco.

Vejamos o parâmetro para a aplicação do aludido princípio, descrito pelo professor Renato Brasileiro de Lima:

Por isso, especial atenção deve ser dispensada à portaria n. 75 do Ministro da Fazenda, de 22 de março de 2012. Isso porque, consoante disposto no art. 1º, II, da referida Portaria, restou determinado o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$20.000,00 (vintemil reais). Ora, se o quantum estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/02, que dispõe apenas sobre o arquivamento das execuções fiscais, é amplamente utilizado pelos Tribunais Superiores como patamar para aplicação do princípio da insignificância, é de todo provável que o montante fixado pela Portaria MF 75/2012 passe a ser utilizado como novo parâmetro, já que referida Portaria prescreve o não ajuizamento de execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$20.000,00 (vinte mil reais) (LIMA, 2020, p. 215).

Percebe-se o parâmetro largo para aplicação da causa supralegal de exclusão da tipicidade material nos delitos referidos na Lei nº 8.137/90. Encampado tal entendimento por ambas as turmas do Supremo Tribunal federal, basta analisar o julgamento pela 2ª Turma no HC 120.620/RS e HC 121.322/PR, bem como nos votos da 1ª Turma no HC 119.849/PR.

Ora, em um estudo mais aprofundado, haverá a percepção que o valor dobrou, porquanto inicialmente prevalecia o parâmetro de R\$10.000,00. O que mais chama atenção é a tentativa de tentar abrandar a punição em crimes dessa monta, bem como defender, por vezes, até mesmo a não criminalização, sob o argumento, por exemplo, de que pelo fato de o Direito Penal ser “ultima ratio”, outros ramos do Direito seriam suficiente para a reprimenda. Basta pensar no entendimento do professor Paulo César Busato, que apesar de respeitado, não é o entendimento majoritário e nem o defendido nesse trabalho acerca dessa problemática de abrandamento (afinal trazemos e defendemos o brilhante entendimento da aplicação do princípio da insignificância lecionado pelo mesmo), vejamos a sua crítica a incidência penal em criminalizar condutas em matéria fiscal:

Aliás, a respeito de toda a incidência penal em matéria fiscal é necessário ter em conta o aspecto da subsidiariedade. Independentemente da discussão sobre se o bem jurídico é o patrimônio público ou o direito à arrecadação tributária, o princípio da intervenção mínima revela claramente que o Direito Penal aqui

não tem lugar, a pena não cumpre qualquer função e obviamente não faz controle social do intolerável (BUSATO, 2020, p. 49).

Bem, em que pese entendimento respeitável do doutrinador promotor paranaense, crimes que atentem contra a ordem fiscal-tributária devem ser reprimidos pela esfera penal. Vive-se em uma sociedade de risco, os bens jurídicos coletivos, sobretudo o narrado na Lei 8.137/90 aqui citado devem ser salvaguardados, afinal o equilíbrio e a solidariedade social são efetivadas através da distribuição de renda advindas da tributação, ou seja, torna-se imprescindível para a manutenção do Estado de Direito Social. Conforme aduz Roberto Barroso (2021, p.498) “Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e a promoção de justiça social”. Banalizar e querer a descriminalização dos crimes tributários não é o caminho para uma sociedade livre, justa e solidária.

Ponto fulcral trazido na citação supra e, conseqüentemente, objeto trazido linhas abaixo para a reflexão é acerca das duas correntes doutrinárias que discutem sobre o bem jurídico tutelado na Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

A primeira corrente (majoritária) é a corrente patrimonialista explicada pelo professor Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 213) “o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é o patrimônio dinâmico da Fazenda Pública, também referido como erário público e arrecadação tributária”. Explica o professor em sua obra o motivo da adoção de tal corrente:

Por conta da abstração e generalidade da postura funcional, que acaba dificultado a incidência do Direito Penal nesse âmbito à luz do princípio da ofensividade, é dominante a adoção da corrente patrimonialista, no sentido de que os crimes tributários atentam contra a administração do erário público, atingindo a arrecadação dos tributos e a gestão dos gastos públicos, incidindo sobre a legítima expectativa de ingressos ao Tesouro Público, sem o qual não chegaria a constituir o patrimônio público propriamente dito. Sem olvidar da importância das funções desempenhadas pelos Tributos nas sociedades modernas, não se pode identificá-las como o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários, pelo menos de maneira imediata (LIMA, 2020, p. 213).

A segunda corrente (minoritária) é a corrente funcionalista, vejamos a explicação do professor Renato:

Rejeitando a postura patrimonialista, a concepção funcionalista sustenta que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários guarda relação com as diversas funções que o tributo deverá exercer em uma determinada sociedade, como, por exemplo, o custeio e o financiamento das atividades institucionais do Estado e das prestações sociais. É nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado. Para o autor, o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária está consubstanciado nas funções que o tributo deve exercer de acordo com os dispositivos constitucionais (LIMA, 2020, p. 213).

Ora, a crítica defendida nesse trabalho não tem por fim descriminalizar o delito de furto, o que se tem é a dificuldade de se dar tratamento justo, sobretudo para aplicação do princípio da bagatela nos crimes cometidos pelas classes sociais menos favorecidas. Percebe-se, em linhas acima, o total abrandamento acerca dos crimes de colarinho branco. Basta pensarmos na tese que defende a necessidade de não intervenção penal, por exemplo, seguindo o raciocínio, a adoção da corrente patrimonialista e não a funcionalista e, sobretudo, como o leitor sabe, a possibilidade de extinção da punibilidade quando do pagamento do tributo elidido a qualquer tempo nos crimes materiais contra a ordem tributária, incluindo a possibilidade de parcelamento, vejamos:

Para a surpresa de todos, com vigência em 1º de março de 2011, a Lei n. 12.383/11, que alterou o valor do salário-mínimo (art. 1º), também introduziu importantes mudanças quanto à extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, ao conferir nova redação ao art. 83 da Lei n. 9.430/96, nos seguintes termos: "Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, e aos crimes contra a previdência social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei n. 12.350/10). §1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. §2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes

previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. §3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. **§4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.** §5º O disposto nos §§1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. §6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz (LIMA, 2020, p. 306).

Não há entendimento plausível para tratamento tão diverso entre pequenos delitos patrimoniais e crimes contra a ordem tributária, principalmente quando se pensa no quantum para fins de aplicação do princípio da bagatela e os demais privilégios legislativos e jurisprudenciais para os crimes praticados pelas classes mais favorecidas.

Consoante entendimento jurisprudencial, podemos averiguar uma decisão abaixo que denota um total recrudescimento ao crime de furto onde há lesão a um patrimônio de concessionária, por exemplo. Ora, se for de total absurdo a defesa do princípio da insignificância caso o patamar supere 10% do salário-mínimo, que haja o reconhecimento de certos privilégios aplicados aos crimes materiais contra a ordem tributária, contudo, não é o que ocorre, observe abaixo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento pela 5ª turma no HC 412.208/SP:

Para os Tribunais Superiores, só há falar em extinção da punibilidade quando se tratar de crime contra a ordem tributária. Por isso, o pagamento do débito oriundo, por exemplo, de um crime de furto de energia elétrica antes do recebimento da denúncia não configura causa extintiva da punibilidade, mas sim causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior (CP, art. 16), sobretudo se considerarmos que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Portanto,

não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/1995 e no art. 9º da Lei n. 10.684/2003 fazem referência expressa em, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos (LIMA, 2020, p. 299-300).

Mais uma vez um julgado que recrudescer o delito de furto, por exemplo, afastando-o completamente do tratamento brando dado aos delitos contra a ordem tributária. O máximo de benefício é a minorante do arrependimento posterior ou um atenuante prevista na Lei (CP, Art.65, III, b). E, segundo a objetividade de nossos Tribunais, vigora-se a dificuldade em aplicar o princípio da insignificância caso o valor furtado ultrapasse o quantum definido (10% do salário-mínimo), sobretudo por ser qualificado, enquanto crimes cometidos contra a ordem tributária, apesar da fraude utilizada, gozem de amplo privilégio. Talvez não seria a hora de uma revisão total ou, ao menos, uma viável aplicação correta do princípio da insignificância como trazido por Paulo César Busato? Parece que sim, para fins de redução da discrepância de tratamento entre o crime de colarinho branco e colarinho azul.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal é instrumento de última intervenção num Estado Democrático de Direito. Através da análise acima, percebe-se um avanço irrazoável nos delitos patrimoniais, como o furto, sobretudo pelo fato de serem praticados pelas classes dominadas.

Como apontado, não há a intenção de descriminalização do delito de furto, por exemplo. O que se tem como finalidade no presente estudo, é a reflexão acerca da discrepância de tratamento. Por um lado fora apontado, a elevação do valor fixado na portaria para fins de aplicação do princípio da bagatela nos crimes materiais contra a ordem tributária. Por outro, submete-se as classes dominadas a um parâmetro de 10% do valor do salário-mínimo.

O que se tem aqui é uma tentativa de trazer ao leitor a possibilidade de refletir a diferença de tratamento. Ora, não há mais espaço para reduzir todos os casos fáticos a um valor ínfimo de 10% do valor do salário-mínimo. Como trazido pelo professor Paulo César Busato, o princípio da insignificância – apesar de o autor criticar o referido nome – deve ser aplicado para além desse reducionismo simplista dos Tribunais Superiores. A aplicação perpassa por valorações qualitativas e quantitativas, sobretudo a partir do patrimônio da vítima lesionada, sob pena de não alcançarmos a justiça num Estado de Direito.

Além da explanação acerca do real e efetivo modo de aplicação do princípio da bagatela, fora trazido uma crítica à Corrente Patrimonialista que rodeia o estudo dos crimes materiais contra a ordem tributária, em que pese o absurdo – a meu ver – é a linha dominante. Ora, o que mais causa surpresa, é que nos delitos pequenos de furto, os tribunais fixam um quantum de 10% do salário-mínimo para fins de aplicar o aludido princípio, por outro, através de uma portaria o sonegador de impostos livra-se de todo o mal penal quando sua sonegação – através de fraude – fica abaixo do montante de R\$20.000,00. Irrazável, não? Claro que é, caro leitor. Seria esse valor de referência por conta do parâmetro de que o aludido montante não afetaria os cofres da União Federal? Não importa, a princípio. Afinal, um parâmetro objetivo de 10%, por vezes, sequer analisa o patrimônio da vítima como querido por parte da doutrina. Logo, se aplicado a corrente patrimonialista (como é), por que não utilizar a mesma porcentagem?

Em que pese o domínio da Corrente Patrimonialista, fora trazido a Corrente Funcionalista que se trata de um razoável e forte pensamento. Esta última traz a concepção e os efeitos que a sonegação – por intermédio de fraude – causa numa sociedade onde a segregação prepondera. Sendo, portanto, uma solução e o atingimento a uma justiça caso não houvesse um reducionismo a ambos os delitos trabalhados em 10% do valor do salário-mínimo para fins de aplicação do princípio da insignificância.

Após todo estudo exposto, as considerações de última monta a serem feitas é a necessidade de reflexão das linhas traçadas acima. Deve-se, portanto, realizar uma reanálise do instituto da insignificância. No atingimento dos bens jurídicos patrimoniais, há a necessidade de trazer o conhecimento calcado pelo professor Paulo César Busato, a fim de eliminar o reducionismo a um quantum fixado, sobretudo pelo fato de que o patrimônio lesado deve ser levado em consideração de forma principal. Por outro, percebemos como há um tratamento brando aqueles que cometem crimes materiais contra a ordem tributária, mesmo que o meio para a prática desses delitos, seja a fraude.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de uma refutação do reducionismo praticado pelos magistrados quando da aplicação do princípio da insignificância, devendo haver a necessidade de utilização de parâmetros não apenas quantitativos, mas também qualitativos. Por outro, devemos analisar o real abrandamento dado aos crimes contra a ordem tributária, seja o elevado valor fixado por portaria, seja pela possibilidade de extinção da punibilidade a qualquer tempo. Por fim, caso não houvesse uma reanálise e uma diminuição do quantum fixado, a melhor solução seria a adoção da corrente funcionalista, afinal, em que pese o tratamento tão diferente, fato é que os crimes cometidos contra a ordem tributária, por muitas vezes, acarretam prejuízos imensuráveis quando comparados a pequenos furtos. A busca pela justiça deve estar enraizada na

sociedade e, os institutos penais, devem estar em consonância com um Estado Democrático de Direito a fim de evitar tratamentos desiguais a classes criminalizadas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Fernando; **Direito Penal para concursos: 2 em 1** / Fernando Abreu – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

BARROSO, Luís Roberto; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**/ Luís Roberto Barroso. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUSATO, Paulo César; **Direito Penal: parte geral, volume 1** / Paulo César Busato. – 5. Ed. – São Paulo; Atlas, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** / Rogério Sanches Cunha. – 10. Ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: JusPODIVM, 2021

CUNHA, Rogério Sanches; **Manual de Direito Penal: parte especial (art.121 ao 361)** / Rogério Sanches Cunha – 13. Ed. Ver., atual e ampl. – Salvador: jusPODIVM, 2021

GRECO, Rogério; **Curso de Direito Penal: Parte geral, volume I** / Rogério Greco. 22. Ed. –Niterói, RJ: Impetus, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de; **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 8. Ed. ver., atual e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

MASSON, Cleber; **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120) – v. 1/ Cleber Masson.** – 14. Ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SANTOS, Juarez Girino dos Direito penal : **parte geral [livro eletrônico]** / Juarez Cirino dos Santos. - 9.ed. rev. atual e ampl. - São Paulo:Tirant lo Blanch, 2020.

VIANA, Eduardo; **Criminologia** / Eduardo Viana – 8. Ed. Ver., atual. E ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

A INVERSÃO DA QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI: NULIDADE OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

MICHELLE FERNANDA SANTOS DE ALMEIDA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Facuminas – Montes Claros/MG. Advogada OAB/MT.²²¹

ANA FLÁVIA REZENDE ALVES²²²

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, objetivou abordar a inversão da quesitação no tribunal do júri, sob as perspectivas do garantismo penal, da plenitude de defesa e da aplicação do princípio hermenêutico da concordância prática ou harmonização ou, ainda, das regras de sopesamento de Robert Alexy a respeito das normas constitucionais que dispõem acerca da competência do tribunal popular e da plenitude de defesa. Nessa linha, buscou-se abordar se a inversão da quesitação, em caso da presença de teses desclassificadoras, representa nulidade ou garantia fundamental perante o ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: inversão; quesitação; tribunal do júri; nulidade; garantia fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo abordará os argumentos atinentes à nulidade e à consideração da inversão da quesitação do tribunal do júri como garantia fundamental, a partir da hermenêutica constitucional a respeito das normas que tratam da competência daquele tribunal e da previsão da aplicação da plenitude de defesa em seus julgamentos.

Assim, inicialmente, serão analisados os aspectos gerais do tribunal do júri, bem como a reforma ocorrida na ordem da quesitação na antiga e na nova norma jurídica.

221 E-mail: michelle.fernanda25@hotmail.com

222 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduanda em Arbitragem, Conciliação e Mediação pela Faculdade FaSouza. Advogada OAB/MG.

Após, explicar-se-ão as justificativas apresentadas pela corrente que entende se tratar de causa de nulidade a inversão dos quesitos absolutório e desclassificatório.

Na sequência, a partir do garantismo penal de Ferrajoli, da definição da plenitude de defesa e da aplicação do princípio hermenêutico da concordância prática ou harmonização ou, ainda, das regras de sopesamento de Robert Alexy refutar-se-ão os argumentos contrários ao entendimento de que a inversão da quesitação do tribunal do júri é uma garantia fundamental, sendo este, em síntese, a conclusão destes estudos.

2 O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, conforme ensina Walfredo Cunha Campos, é um órgão especial do Poder Judiciário, pertencente à Justiça comum, colegiado e heterogêneo – formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 cidadãos -, que tem competência mínima para julgar os crimes dolosos praticados contra a vida, temporário (porque constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido), dotado de soberania quanto às suas decisões, tomadas sob sigilo e orientadas pela íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos.²²³

Essa instituição é prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, incluída dentro dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, como forma de ressaltar a sua razão original, histórica, de ser uma defesa do cidadão contra as arbitrariedades dos representantes do poder, ao permitir a ele ser julgado por seus pares.

O Tribunal do Juri detém princípios próprios, previstos no já aludido art. 5º e inciso XXXVIII, da Constituição Federal, a saber, a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos e, para a doutrina que também entende como princípio, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Com a reforma operada no procedimento do Tribunal do Júri por ocasião do advento da Lei nº 11.689/2008, houve grande simplificação na formulação dos quesitos submetidos à apreciação do Conselho de Sentença, estabelecendo o artigo 483, §4º, do Código de Processo Penal que “Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.”

²²³ CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do Júri – teoria e prática. 8ª Edição. Leme/SP: Mizuno, 2022, P. 49.

Com efeito, diante da inovação, colaciona-se o magistério de Gustavo Badaró que, brilhantemente, distingue a diferença da ordem da quesitação na antiga e na nova norma jurídica:

Cabe ressaltar que a redação originária do Projeto de Lei 4.203/2001 trazia redação diversa, prevendo que, sustentada a desclassificação, a referida desclassificação fosse objeto de formulação de quesito específico "para ser respondido em seguinte à afirmação da autoria ou participação" (art. 483, § 6º), Ou seja, a desclassificação seria decidida, sempre, antes da indagação sobre se o acusado deveria ser condenado ou absolvido. Por outro lado, o novo § 4º do art. 483 prevê que, sustentada a desclassificação para crime de competência do juiz singular, "será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o segundo ou terceiro quesito, conforme o caso". Com a redação aprovada, será possível resolver, mesmo na sistemática simplificada do novo sistema de quesitos, problemas referentes à desclassificação imprópria, decorrentes de casos relacionados com o excesso nas excludentes de ilicitude. Nestas hipóteses, o quesito deverá ser formulado após o terceiro quesito."²²⁴

Como se vê, mesmo em casos de desclassificação imprópria, isto é, na ocasião de os jurados reconhecerem sua incompetência para julgar o crime objeto de quesitação por entenderem que não se trata de crime doloso contra a vida, o quesito desclassificatório deverá ser formulado depois do quesito absolutório apenas. Justifica-se essa inversão, dentre outros motivos, por possibilitar a concretização da plenitude de defesa e da ampla competência dos jurados, consoante será exposto.

3 A INSURGÊNCIA PELA NULIDADE DA INVERSÃO DA QUESITAÇÃO

Embora a literalidade do art. 483, §4º, do Código de Processo Penal disponha acerca da faculdade de o juiz formular o quesito desclassificatório da infração para outra de competência do juiz singular após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, parcela da doutrina e dos precedentes nacionais fazem tábula rasa da clara alternatividade conferida pelo legislador aos intérpretes e consideram ser possível quesitar a desclassificação apenas após o 3º quesito.

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri in As reformas no processo penal, coord . MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 212.

Isso porque, conforme aduz Guilherme de Souza Nucci, por versarem sobre a própria competência do Tribunal do Júri, “as teses referentes à desclassificação do delito devem ter prioridade em relação às que dizem respeito ao crime doloso contra a vida”.²²⁵ No mesmo sentido ensina Jader Marques, para quem “havendo questão que afeta a competência do Tribunal do Júri, deve a pergunta ser formulada antes da condenação ou absolvição”.²²⁶

Essa corrente argumenta, em síntese, que, tendo a defesa sustentado a tese desclassificatória era necessário que, antes que os jurados apreciassem o quesito genérico de absolvição, firmassem a competência para julgamento da demanda, negando a alegação de ausência de *animus necandi*, sob pena de o júri decidir processo para o qual é incompetente (não doloso contra a vida).

Assim, a inversão da ordem dos quesitos, neste cenário, violaria o disposto no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, porquanto não estaria firmada a competência do Conselho de Sentença.

Nesse viés verificam-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo os quais, sendo o quesito absolutório de realização obrigatória, seria incongruente a resposta negativa ao quesito genérico de absolvição e a posterior desclassificação, tendo os jurados apresentado manifestação, primeiro, sobre o mérito da ação e, declarando-se, logo na sequência, incompetentes.²²⁷

Para embasar esse entendimento, Norberto Avenna socorre-se de uma alegada impropriedade legislativa na redação do art. 483, §4º, do Código de Processo Penal, de modo que a tese desclassificatória deva ser formulada ao Conselho de Sentença logo após o 2º quesito, visando evitar o pronunciamento dos jurados sobre o mérito de condenar ou absolver, senão vejamos:

(...) invocada essa tese desclassificatória pela defesa, ou sustentada na versão do réu em seus interrogatórios, deverá ela ser indagada aos jurados logo após o 2º quesito, ou seja, após a afirmação do envolvimento do réu e imediatamente antes do questionamento quanto a sua absolvição ou não. Quanto à referência do § 4º no

225 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

226 MARQUES, Jader. Tribunal do júri: considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

227AgRg no REsp 1215688 / DF. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 03 de novembro de 2011, e Apelação Crime Nº 70074812827, da Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 07/03/2018.

sentido de que o questionamento poderá ser feito após o 3º quesito, consideramos uma impropriedade legislativa. Isso porque a resposta “não”, pelos jurados, ao 3º quesito implicará em condenação do réu por crime doloso contra a vida. Assim, parece-nos evidente que o quesito referido no § 4º deve ser feito após o 2º e antes do 3º, evitando-se pronunciamento dos jurados sobre o mérito de condenar ou absolver.²²⁸

Com efeito, caso haja a inversão da quesitação, o Estado-acusação deverá impugnar a ordem, constando em ata a irresignação, por entender presente manifesta nulidade, uma vez que antes do quesito da absolvição genérica deve ser quesitada a tese defensiva de desclassificação e, caso o juiz-presidente mantenha a sequência dos quesitos, caberá a interposição de recurso.

Para esses juristas, a inversão autorizaria o reconhecimento da nulidade na medida em que seria capaz de causar confusão aos jurados, considerando que, após analisarem a possibilidade de absolvição do agente, têm de se manifestar sobre o dolo de matar do acusado, em relação ao qual já haviam analisado a responsabilidade penal.

Observa-se, assim, que a insurgência pela nulidade da inversão da quesitação é calcada no possível desrespeito à norma constitucional que impõe ao Tribunal do Júri a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e seus conexos, bem como na suposta obscuridade no entendimento dos jurados ao julgar pela reprovabilidade penal do acusado no crime doloso contra a vida – isto é, responder ‘não’ ao quesito genérico de absolvição -, e, logo após, ter que analisar a vontade de matar do acusado, ou seja, responder ao quesito desclassificatório.

Ocorre que, como será exposto, em especial pela incidência do princípio hermenêutico da concordância prática e da regra de sopesamento de Robert Alexy, esses fundamentos não se sustentam diante do princípio da plenitude de defesa, previsto no art. 5º, XXXVIII, “a”, da Constituição Federal, o qual, pela sua elevada densidade constitucional atinente à dignidade e liberdade humanas, irradia efeitos para todas as demais normas, inclusive as de mesma hierarquia normativa.

4 A INVERSÃO DA QUESITAÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

228 AVENNA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. – 2.ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 812.

Com a finalidade de proteger os direitos e as garantias fundamentais, ambos baseados na dignidade da pessoa humana, originou-se o modelo penal garantista, de Luigi Ferrajoli, a fim de limitar o poder estatal e conferir uma nova interpretação aos institutos do direito penal e processual penal sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Do garantismo emanaram os princípios processuais, todos vinculados entre si, formando “uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena”, nos dizeres de Ferrajoli²²⁹. Na sequência, surgem os “10 axiomas do garantismo”, entre os quais está o princípio da legalidade estrita, o qual possui o condão de promover a existência da justiça ao permitir aos indivíduos uma série de direitos e garantias em um Estado Democrático de Direito, frente às intervenções punitivas e infundadas do Estado-acusação.²³⁰

Resulta disso a imposição do *due process of law* sob os aspectos procedimental e substancial, tendo sido consagrado expressamente no rol dos direitos individuais e coletivos, considerado, pois, um direito fundamental, situado especificamente no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Ninguém será privado de liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

De acordo com Vicente Greco Filho²³¹, o aspecto procedimental do devido processo legal implica especialmente a observância do contraditório e da ampla defesa, sendo que eles decorrem da garantia constitucional do princípio da igualdade.

Ocorre que o Estado não garantiu apenas a ampla defesa do art. 5º, LV, da Constituição Federal²³², tendo ido além e garantido a plenitude de defesa no Tribunal de Júri, no art. 5º, XXXVIII, “a”, dessa Carta Política²³³, de modo que, inegavelmente, existe uma – proposital - diferença substancial entre ambos.

Nesse viés, ensina Guilherme de Souza Nucci que a Constituição Federal, em observância de sua importância na ordem jurídica, não abre margem para “frases inúteis e repetidas”, de modo que “amplo” seria algo vasto, largo, copioso, enquanto “pleno”

229 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.73

230 Ibidem, p.73/76.

231 GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual civil brasileiro – 1º volume. Ed. Saraiva, 17ª Edição. 2003. P. 43.

232 Art. 5º, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

233 Art. 5º, XXXVIII – “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; (...)”

equivale a completo, perfeito, absoluto. Somente por este lado, já se pode visualizar a intencional diferenciação dos termos, “ainda que não tenha sido proposital, ao menos foi providencial”²³⁴.

Ainda adentrando acerca dessa imprescindível diferença, Giaretta de Almeida aduz que “plano horizontal” contempla a assimetria do significado entre os vocábulos, “origens terminológicas, ou seja, a gênese vocabular”, projetando a amplitude na qualidade de limitada, “estabelecida, necessariamente, entre extremos, não podendo, jamais, ultrapassá-los, dada a sua limitação dimensional”²³⁵.

Apregoa que, em paradoxo, plenitude possuiria caráter de “perfeito, absoluto, ilimitado, ou seja, pleno de divindade, insondável, irrestrito e, portanto, inabalável”. Dessa forma, por esse viés, a plenitude é ilimitada, não possuindo quaisquer restrições. Em oposição, a amplitude estaria restringida por restrições, referentes à sua aplicabilidade.²³⁶

Por certo, a razão de ser dessa distinção ocorre pela importância da matéria que é da competência do Tribunal do Júri, isto é, os crimes dolosos contra a vida, de modo que se faz necessário o aperfeiçoamento da ampla defesa por meio da plenitude de defesa, a ser esta utilizada apenas no plenário do júri, onde, segundo Guilherme de Souza Nucci:

As decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito.²³⁷

Nesse contexto, decorre da plenitude de defesa a inversão do quesito absolutório para que seja formulado após o quesito desclassificatório, coadunando não somente com a adequada abrangência desse princípio pleno, mas como também da própria exegese literal do art. 483, §4º, do Código de Processo Penal.

234 NUCCI, Guilherme de Souza et al. Constituição Federal Comentada. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. P. 26/27.

235 ALMEIDA, Roger Paulo Giaretta de. Tribunal Do Júri - Ampla Defesa Diferente De Plenitude De Defesa- Novidade De Tese Na Tréplica – Possibilidade. Revista Quaestio Juris: Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2014, P. 33.

236 Ibidem, p. 34.

237 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2020, P. 7.

O Superior Tribunal de Justiça esposou entendimento privilegiando a formulação da quesitação absolutória anteriormente à desclassificatória pela ausência de *animus necandi*, ante a existência de norma processual permitindo a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, visando evitar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da plenitude da defesa²³⁸. Assim, segundo esse Tribunal Superior, caso a defesa peça a referida inversão da ordem da quesitação, o juiz presidente deverá fazê-lo em atendimento aos princípios que norteiam o tribunal do júri.

Convém ressaltar o escoreito escólio de Walfredo Cunha Campos ao argumentar que em entendimento *ipso facto*, sendo sustentada causa de diminuição de pena, que reduz significativamente a sanção do crime doloso contra a vida e, ainda, tese de desclassificação, “a tese que será questionada por primeiro, dentre essas duas, será necessariamente aquela cuja aceitação comportar pena menor, em abstrato”.²³⁹

Além dessa garantia ao réu quanto ao cumprimento integral da plenitude de defesa na questão, a inversão dos quesitos representa maior liberdade aos jurados para decidir sobre a imputação penal, oportunizando-lhes apreciar tanto o quesito genérico e, sendo este afastado, quanto o quesito de desclassificação.

Assim, estariam cumpridas de forma satisfatória a dupla garantia fundamental do tribunal do júri, quais sejam, a garantia de o acusado de crimes dolosos contra a vida ser julgado conforme os princípios deste órgão jurisdicional e, por outro lado, a garantia de a sociedade julgar seus pares acusados de supostamente terem cometido os crimes tidos como mais graves, em que se tutela o bem jurídico mais caro do ser humano, que é a vida.

Com efeito, não deve preponderar a estrita observância da regra da competência do tribunal do júri, por mais que seja de hierarquia constitucional, diante da elevada gravidade na consequência da violação da norma que permite a inversão dos quesitos, qual seja, a de impedir o réu de obter uma situação juridicamente mais favorável do que aquela resultante da desclassificação delitiva.

Não obstante esse danoso resultado, que por si só já seria suficiente para extirpar qualquer alegação de nulidade na inversão dos quesitos, a violação à ordem da quesitação implica na disparidade de armas entre as partes, pois enquanto o Estado-acusação pode sustentar a tese acusatória na integralidade, a defesa, se tiver interesse em conseguir uma

238 STJ - REsp: 1509504 SP 2015/0014842-1, Data de Julgamento: 27/10/2015, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 13/11/2015.

239 CAMPOS, Walfredo Cunha. Nos Tribunais do Júri. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 172

decisão absolutória do Conselho de Sentença, terá que se privar da tese desclassificatória, conduzindo, forçadamente, os jurados a responderem negativamente ao terceiro quesito.

Como resultado, ensina, com precisão, Saulo Fanaia Castrillon que:

Tal situação deixa a defesa entre a cruz e a espada: pedir aos jurados que condenem o réu por um crime menos grave, que implica menor prejuízo à liberdade do acusado, inviabilizando, porém, a análise do quesito absolutório, muito mais favorável ao réu; ou, rogar aos jurados que rechacem a tese desclassificatória, para pelo menos permitir a análise da tese absolutória, que, entretanto, caso não seja acolhida, implicará punição muito mais drástica do acusado do que decorrente de um veredicto de desclassificação.²⁴⁰

Pelo exposto, é certo que a plenitude de defesa não pode ser maculada com tamanha gravidade a pretexto de se cumprir uma norma de competência, a qual, *in casu*, foi elaborada para, justamente, permitir uma maior incidência dos princípios corolários do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, ou melhor, a plenitude de defesa.

Assim, ao se considerar a própria *mens legis* do art. 5º, XXXVIII, "d", que conferiu à instituição do júri a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ela somente será cumprida se houver a aplicação em grau máximo da plenitude de defesa. Dessa forma, a impossibilidade de inversão da quesitação, com a formulação do quesito da desclassificação anteriormente ao absolutório, afastaria por completo, praticamente, esse princípio, caso a maioria dos jurados respondesse positivamente à desclassificação.

Não se olvida que o sistema constitucional tem estrutura unitária, tampouco que diante da colisão de normas constitucionais não se utiliza o modelo de aplicação tudo-ou-nada preconizado por Ronald Dworkin para solucionar as regras - critério que não vale para os princípios -²⁴¹, e sim o princípio hermenêutico da concordância prática ou harmonização ou, ainda, as regras de sopesamento de Robert Alexy.

²⁴⁰ CASTRILLON, Saulo Fanaia. Inversão na ordem de quesitação no Tribunal do Júri: a ordem dos quesitos altera o resultado veredicto. Site do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de 1º/12/2017 <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6789/>>. Acesso em 27/10/2023.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. Takings Rights Seriously, p. 24 apud GUEDES, Néviton. A importância de Dwoekin para a teoria dos princípios. Revista Consultor Jurídico, de 5 de novembro de 2012. Disponível em:

Ocorre que mesmo diante da incidência desses vetores interpretativos constitucionais, à luz do princípio da unidade da Constituição, a plenitude de defesa deve prevalecer sobre a literalidade da previsão acerca da competência do tribunal do júri para julgar os crimes dolosos contra a vida. Assim, tem-se que esta norma de competência somente poderá ser exercida se houver a prevalência da plenitude de defesa quanto à inversão do quesito desclassificatório.

Isso porque o princípio da concordância prática aduz que deve haver uma solução coordenada do problema na proteção dos bens jurídicos constitucionais, consoante o magistério de Canotilho:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.²⁴²

Complementa essa exegese constitucional a regra de sopesamento de Robert Alexy, para o qual, diante da tensão de normas constitucionais, ela não poderá ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. Apregoa que o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto, sendo que para ocorrer a mensuração do peso do princípio frente à colisão, os Tribunais deverão percorrer 3 (três) etapas:

Primeiro: determinação ("mensuração") do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de "quantificar" o grau da intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância ("peso") da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: demonstração de se a

<https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn14>. Acesso em 28/10/2023.

242 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 219/221.

importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido.²⁴³

Por certo, não se está defendendo que a plenitude de defesa deva ser incomensuravelmente ilimitada, pois, de fato, haveria a possibilidade de se cometer arbítrios, como a utilização da tese da legítima defesa da honra para a defesa de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher, a qual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por contrariar os princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

Todavia, a nulidade da inversão da quesitação, quando analisada com a devida cautela, demonstra que caso haja a imperiosa imposição da competência do tribunal do júri, com o necessário afastamento da plenitude de defesa haveria o completo desvirtuamento da existência deste princípio. Isso porque não se justifica o grau de restrição da norma de competência em relação à da plenitude de defesa pela pouca importância da realização daquela quando se trata de violar a dignidade e liberdade humanas, as quais são asseguradas pela defesa mais plena.

É nesse sentido o entendimento de Ingo Sarlet acerca do âmbito de proteção e limites dos direitos fundamentais, bem como dos limites aos referidos limites, em que se existe a necessidade de realizar a ponderação ao princípio da plenitude da defesa, inibindo que seja utilizado como meio para respaldar o arbítrio, uma vez que “direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais”, embora deverá a limitação ser analisada com cautela, para fim de não desvirtuar a existência daquele direito.²⁴⁴

Assim, tem-se que, diante da ausência de limitação expressa na Constituição Federal, essa solução será a mais adequada ao conflito, devendo ser amplamente utilizada pelos juristas, com uma justa ponderação no caso concreto, atendendo-se, ainda, aos princípios garantistas de Ferrajoli.

Dessa forma, à luz da plenitude de defesa, o tribunal do júri deve ser analisado em um contexto hermenêutico protetivo do réu, e não do Estado-acusação, diante da garantia

243 STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo Seriatim De Deliberação Judicial E Controlabilidade Da Ponderação: Uma Questão Institucional E Metodológica Para O Caso Brasileiro. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: p.221-236, jan./jun. 2014.

244SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ªEdição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012, P. 402.

que esta instituição apresenta na Constituição Federal em ser instrumento de liberdade do cidadão.

O direito à liberdade é tão fundamental e visado pelo Poder Constituinte que o tribunal do júri foi mantido na atual Carta Política, com a menção específica do princípio da plenitude de defesa, não sendo suficiente a ampla defesa, de modo que toda a instituição do júri deve ser concretizada sob esse viés.

Nessa vertente, Galvão Rabelo apregoa que:

De fato, a Constituição estabelece o instituto do Tribunal do Júri no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa, sendo certo que o Tribunal do Júri sempre foi entendido como o direito fundamental que possui o acusado de crime doloso contra a vida de ser julgado por seus próprios pares (por juízes leigos). É preciso, assim, analisar o Tribunal do Júri e os princípios a ele inerentes sob essa perspectiva de garantia, pois, quisesse o constituinte ter criado apenas uma norma de competência, teria instituído o Júri e estabelecido os seus princípios no capítulo que dispõe sobre o Poder Judiciário. Mas não o fez. Colocou o Júri entre os direitos fundamentais da pessoa humana.²⁴⁵

Pelo exposto, pode-se afirmar que mesmo na situação em que a defesa sustenta tese desclassificatória, reconhecendo a autoria do crime pelo acusado, mas fundamentando o pedido de absolvição apenas pela clemência, deve haver a inversão da quesitação, com a formulação do quesito absolutório genérico antes, não coadunando com a plenitude de defesa a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1.621.298/RS 246.

Isso porque, segundo Aury Lopes Jr., o quesito absolutório genérico autoriza a absolvição do réu por clemência, sem qualquer restrição, de modo que o senso de justiça

245 RABELO, Galvão. A influência da pronúncia sobre a decisão dos jurados. Boletim do IBCCrim. n. 203, out/2009.

246 Em sentido contrário ao defendido neste artigo, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no AgRg no REsp 1.621.298/RS, em 19/05/2020, que "A nulidade na inversão da quesitação, consagrada pela jurisprudência desta Corte, na qual a tese de absolvição deve prevalecer sobre a desclassificação, compreende os casos em que se pleiteia ao reconhecimento de quaisquer causas que afastem a prática do delito (absolvição genérica), e não as hipóteses em que há o reconhecimento incontestado, pela defesa, de que o réu é o autor do crime, mas objetiva somente a clemência dos jurados."

dos jurados prevaleceria, com fundamento constitucional na soberania dos veredictos e da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, “a” e “c”, da Constituição Federal).²⁴⁷

Não é diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “a absolvição do réu, ante resposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, § 2º, do CPP, não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados.”²⁴⁸

Outrossim, também não se sustenta o argumento de que a inversão autorizaria o reconhecimento da nulidade na medida em que seria capaz de causar confusão aos jurados, já que, após analisarem a possibilidade de absolvição do agente, é que se manifestarão sobre a vontade de matar do acusado, em relação ao qual já haviam analisado a responsabilidade penal.

Isso porque, inicialmente, na hipótese de os jurados terem respondido afirmativamente ao quesito absolutório, a pergunta a respeito da desclassificação sequer será formulada, diante do encerramento obrigatório da quesitação. Neste caso, a decisão a respeito da vontade de matar do acusado já terá sido devidamente analisada pelo Conselho de Sentença, o qual, mesmo diante de sua constatação, pode ter reconhecido alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade, legal ou supralegal, como o excesso exculpante ou a legítima de defesa, respectivamente.

Por outro lado, mesmo diante da resposta negativa do Conselho de Sentença ao quesito absolutório, quando, então, será quesitada acerca da desclassificação, não existe a suposta confusão no entendimento dos jurados, uma vez que os tribunos têm o dever de realizar uma sustentação coesa e didática e, por estratégia processual, a defesa pode ter alegado tão somente a tese desclassificatória, sem ter arguido qualquer tese absolutória. Além disso, os artigos 484 e 490 do Código de Processo Penal garantem que o juiz presidente explique aos jurados o significado de cada quesito e, havendo contradição nas respostas, elucide, novamente, a inconsistência, com a submissão à nova votação dos quesitos objetos de respostas contraditórias.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, a fim de que se concretize a plenitude de defesa, e, com isso, a dignidade e liberdade humanas, não devem prevalecer os argumentos em sentido

²⁴⁷ LOPES JÚNIOR, AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Vol. II – Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 319.

²⁴⁸ Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 178777/MG, Data de julgamento: 29/09/2020.

contrário ao reconhecimento da inversão da quesitação como garantia fundamental. Com a devida vênia, a inversão da quesitação é um direito e uma garantia, e a sua negativa é um desrespeito à norma constitucional que impõe ao tribunal do júri a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O tribunal do júri é um órgão em que, por excelência, a sociedade exerce o papel de julgador, e não um juiz togado. E, não por acaso, é o único tribunal em que os juízes podem escolher não condenar sem fundamentar, podem decidir baseados em elementos metajurídicos e podem ter a possibilidade de absolver antes mesmo de reconhecer a própria competência para julgar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roger Paulo Giaretta de. **Tribunal Do Júri - Ampla Defesa Diferente De Plenitude De Defesa- Novidade De Tese Na Tréplica – Possibilidade**. Revista Quaestio Juris: Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2014.

AVENNA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. – 2.ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Tribunal do Júri in As reformas no processo penal**, coord. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal: Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29/10/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). AgRg no REsp 1215688 / DF. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2011. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001440078&dt_publicacao=03/11/2015>. Acesso em 29/10/2023.

BRASIL. _____. REsp: 1509504 SP 2015/0014842-1. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500148421&dt_publicacao=13/11/2015>. Acesso em 29/10/2023.

BRASIL. _____. AgRg no REsp 1.621.298/RS. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602195390&dt_publicacao=28/05/2020>. Acesso em 29/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº 178777/MG, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345249895&ext=.pdf>>. Acesso em 29/10/2023.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri – teoria e prática**. 8ª Edição. Leme/SP: Mizuno, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Nos Tribunais do Júri**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRILLON, Saulo Fanaia. **Inversão na ordem de quesitação no Tribunal do Júri: a ordem dos quesitos altera o resultado veredicto**. Site do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de 1º/12/2017 <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6789/>>. Acesso em 27/10/2023.

DWORKIN, Ronald. Takings Rights Seriously, p. 24 apud GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios**. Revista Consultor Jurídico, de 5 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn14>. Acesso em 28/10/2023.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro** – 1º volume. Ed. Saraiva, 17ª Edição. 2003.

LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, Vol. II – Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

MARQUES, Jader. **Tribunal do júri: considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. **Constituição Federal Comentada**. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2020.

____. **Tribunal do júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RABELO, Galvão. **A influência da pronúncia sobre a decisão dos jurados**. Boletim do IBCCrim. n. 203, out/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Criminal). Apelação Crime Nº 70074812827. Porto Alegre, RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/>>. Acesso em 29/10/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. **Modelo Seriatim De Deliberação Judicial E Controlabilidade Da Ponderação: Uma Questão Institucional E Metodológica Para O Caso Brasileiro**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: p.221-236, jan./jun. 2014.

O AUXÍLIO DIRETO POR MLAT NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL DO BRASIL E DAS POLÍCIAS DOS EUA

VINICIUS NUNES DE PAULA:

Delegado de Polícia Federal e Especialista em Ciências Criminais – PUC Minas²⁴⁹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação do auxílio direto por meio dos Tratados de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal (MLAT) na cooperação jurídica internacional, focando na relação entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos Estados Unidos da América.

1. INTRODUÇÃO

A crescente internacionalização das atividades humanas, potencializada pelas tecnologias de comunicação e transportes, tem conduzido a uma interconexão cada vez mais estreita entre os países. Essa realidade, apesar de trazer inúmeras oportunidades de integração e cooperação, também apresenta desafios significativos, especialmente no combate ao crime transnacional. Ações ilícitas, que outrora estavam confinadas a territórios nacionais, agora se estendem além-fronteiras, exigindo respostas jurídicas e institucionais conjuntas e coordenadas.

Neste cenário, a cooperação jurídica internacional emerge como um pilar fundamental para enfrentar e combater eficazmente atividades criminosas que desafiam as jurisdições nacionais. Em particular, os Tratados de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal (MLATs) têm se revelado como instrumentos de suma importância. Eles permitem que Estados compartilhem informações, colaborem em investigações e se auxiliem mutuamente em processos penais, fortalecendo o arcabouço legal e operacional no combate ao crime.

O relacionamento entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos Estados Unidos da América, duas das principais nações do hemisfério ocidental, é um exemplo concreto dessa interação dinâmica e necessária. Ambas as instituições têm enfrentado desafios similares e, por meio dos MLATs, buscado estratégias colaborativas para superá-los.

O presente artigo visa explorar a natureza e o impacto dessa cooperação, enfocando os mecanismos proporcionados pelos MLATs e como eles influenciam e

249 E-mail: viniciusnunesmg@gmail.com

moldam a colaboração entre a Polícia Federal brasileira e as agências de aplicação da lei norte-americanas. Ao elucidar a operacionalidade e os benefícios deste relacionamento, busca-se também identificar áreas de potencial aprimoramento e expansão dessa cooperação binacional no cenário globalizado atual.

2. MLAT: DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA

2.1 Conceituação dos MLATs

Os Tratados de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal (MLATs, do inglês "Mutual Legal Assistance Treaties") são acordos bilaterais ou multilaterais estabelecidos entre países com o objetivo principal de fornecer um mecanismo formal para assistência recíproca em questões penais. Esses tratados representam um compromisso entre as partes signatárias de cooperar ativamente em investigações, processos e outros procedimentos judiciais e extrajudiciais relacionados a delitos.

2.2 Composição e Abrangência dos MLATs

Em sua essência, os MLATs contêm disposições sobre como os países podem solicitar e fornecer assistência. Esta assistência pode abranger uma ampla gama de ações, desde a coleta e compartilhamento de evidências, passando pela tomada de depoimentos de testemunhas, até procedimentos mais complexos como a localização e confisco de bens provenientes de atividades ilícitas.

2.3 A Necessidade dos MLATs no Contexto Atual

Com a crescente internacionalização do crime, muitas vezes as investigações e processos judiciais esbarram em obstáculos jurisdicionais. Em um mundo globalizado, os criminosos frequentemente operam além das fronteiras nacionais, aproveitando-se das lacunas e desafios inerentes à cooperação internacional. Neste cenário, os MLATs surgem como um meio de superar tais barreiras, proporcionando um canal formal e eficiente de colaboração entre as nações.

2.4 MLATs versus Outras Formas de Cooperação

É importante destacar que os MLATs não são os únicos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal. Existem outras formas, como as cartas rogatórias e os acordos informais. No entanto, os MLATs oferecem vantagens distintas, tais como: maior previsibilidade, uma vez que estabelecem procedimentos claros e padrões acordados; eficiência, ao reduzir a burocracia e agilizar o processo de assistência; e maior abrangência, pois podem cobrir uma variedade maior de ações de cooperação.

2.5 O Impacto Positivo dos MLATs na Cooperação Internacional

A implementação e uso dos MLATs têm conduzido a resultados tangíveis na luta contra o crime transnacional. Por exemplo, através destes tratados, as autoridades têm sido capazes de rastrear e recuperar ativos ilícitos escondidos em jurisdições estrangeiras, dismantelar redes criminosas internacionais e garantir que os indivíduos sejam responsabilizados por suas ações, independentemente de onde o crime tenha sido cometido.

Em resumo, os MLATs desempenham um papel crucial na arquitetura da cooperação jurídica internacional. Eles não apenas fornecem as ferramentas necessárias para combater o crime transnacional, mas também simbolizam o compromisso mútuo dos países signatários em manter a integridade e a segurança de seus sistemas jurídicos em um mundo cada vez mais interconectado.

3.A POLÍCIA FEDERAL DO BRASIL E OS MLATs

3.1 Contextualização da Polícia Federal

A Polícia Federal (PF) é o principal órgão de polícia investigativa do Brasil, atuando na repressão a diversos tipos de crimes, especialmente aqueles de natureza transnacional. Subordinada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a PF possui competências exclusivas, dentre as quais destaca-se a responsabilidade de executar os pedidos de cooperação internacional em matéria penal e realizar investigações que envolvem território estrangeiro ou de interesse da comunidade internacional.

3.2 O Papel da PF nos MLATs

A Polícia Federal, ao longo dos anos, consolidou-se como o principal ponto de contato no Brasil para a execução dos MLATs. Quando um país solicita auxílio baseado em um tratado de assistência mútua, a PF usualmente coordena as ações necessárias, desde a coleta de provas até a localização de suspeitos.

3.3 Casos de Destaque

Vários casos de grande relevância e repercussão midiática demonstram a efetividade da atuação da PF no contexto dos MLATs. Em várias situações, por exemplo, a instituição conseguiu rastrear ativos financeiros desviados e localizados em outros países, repatriando significativos montantes ao Brasil. Outras ações envolveram operações

conjuntas com agências estrangeiras para dismantelar redes de tráfico de drogas e contrabando.

3.4 Desafios e Soluções

Apesar da eficiência demonstrada, a atuação da Polícia Federal no contexto dos MLATs não está isenta de desafios. Questões burocráticas, diferenças de procedimentos entre os países e a necessidade de capacitação constante são obstáculos recorrentes. No entanto, a PF tem buscado superar tais barreiras através de treinamentos específicos para seus agentes, estabelecimento de canais de comunicação direta com agências estrangeiras e participação em fóruns internacionais de cooperação policial.

3.5 Integração com Outros Órgãos Nacionais

A eficácia da PF na aplicação dos MLATs também se dá graças à sua integração com outros órgãos brasileiros. O Ministério Público Federal (MPF), a Receita Federal e o Banco Central são exemplos de instituições com as quais a PF frequentemente colabora, garantindo uma abordagem multidisciplinar e mais abrangente nos pedidos de assistência jurídica mútua.

3.6 Perspectivas Futuras

Com o avanço das tecnologias e o surgimento de novas modalidades de crimes transnacionais, a Polícia Federal está em constante evolução. A instituição tem investido em tecnologia de ponta e capacitação de seu pessoal para se manter à frente dos desafios contemporâneos. Além disso, a PF tem buscado ampliar sua rede de cooperação, estabelecendo novos tratados e acordos com países que ainda não possuem um MLAT formalizado com o Brasil.

A atuação da Polícia Federal no contexto dos MLATs é fundamental para o fortalecimento das relações jurídicas internacionais do Brasil. Sua capacidade de resposta, integração com outros órgãos e constante atualização garantem que o país se mantenha resiliente e ativo no combate ao crime transnacional, beneficiando-se dos mecanismos de cooperação estabelecidos pelos tratados de assistência mútua em matéria penal.

4. AS POLÍCIAS DOS EUA E A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

4.1 Panorama das Principais Agências Policiais dos EUA

Os Estados Unidos possuem uma diversidade de agências encarregadas da aplicação da lei, cada uma com sua especialização e escopo de atuação. Duas das mais proeminentes são o Federal Bureau of Investigation (FBI) e a Drug Enforcement

Administration (DEA). O FBI é responsável pela investigação e combate a crimes federais, enquanto a DEA foca especificamente em crimes relacionados a drogas.

4.2 O Papel das Agências dos EUA nos MLATs

As agências policiais dos EUA desempenham um papel crucial na cooperação jurídica internacional. Elas são frequentemente o ponto de contato para solicitações de assistência legal recebidas dos países parceiros e também são ativas na solicitação de assistência aos outros países. O Departamento de Justiça dos EUA, através de sua Divisão Criminal, desempenha um papel de supervisão e coordenação nesses esforços.

4.3 Casos de Colaboração com a Polícia Federal do Brasil

Houve vários casos de colaboração bem-sucedida entre as agências dos EUA e a Polícia Federal do Brasil. Um exemplo notável é o combate conjunto ao tráfico de drogas, onde operações coordenadas levaram à desarticulação de importantes cartéis e à apreensão de grandes quantidades de substâncias ilícitas. Além disso, no combate à corrupção e lavagem de dinheiro, os MLATs têm sido essenciais para rastrear e recuperar ativos desviados.

4.4 Desafios e Abordagens Adotadas

Assim como a Polícia Federal do Brasil, as agências dos EUA também enfrentam desafios na cooperação jurídica internacional. A diversidade de sistemas legais, diferenças culturais e barreiras linguísticas podem representar obstáculos. No entanto, os EUA têm investido em treinamento intercultural, aprendizado de idiomas e desenvolvimento de ferramentas tecnológicas para melhorar a eficácia de suas operações internacionais.

4.5 Integração entre as Diversas Agências dos EUA

O sucesso dos EUA na cooperação jurídica internacional também se deve à efetiva integração entre suas diversas agências. O Joint Terrorism Task Force (JTTF) é um exemplo dessa colaboração, unindo representantes de várias agências para combater o terrorismo. Da mesma forma, o High Intensity Drug Trafficking Area (HIDTA) programa reúne diferentes entidades para combater o tráfico de drogas.

4.6 Perspectivas para o Futuro

À medida que o cenário global evolui, as agências dos EUA continuam a adaptar suas estratégias e abordagens. Com o surgimento de ameaças cibernéticas e crimes financeiros complexos, a cooperação internacional torna-se ainda mais vital. Os EUA têm

se esforçado para estabelecer novos acordos, expandir sua rede de colaboração e investir em inovações tecnológicas para manter-se na vanguarda do combate ao crime transnacional.

A dedicação e eficiência das agências policiais dos EUA na cooperação jurídica internacional refletem seu compromisso em manter a segurança não apenas de seus cidadãos, mas também em contribuir para um ambiente global mais seguro. Através dos MLATs e de outras ferramentas, as agências dos EUA e seus parceiros, como a Polícia Federal do Brasil, demonstram que a colaboração internacional é a chave para enfrentar os desafios do século 21.

5. CASOS PRÁTICOS DE COOPERAÇÃO ENTRE PF E POLÍCIAS DOS EUA VIA MLAT

5.1 Introdução ao Contexto dos Casos Práticos

A cooperação efetiva entre a Polícia Federal do Brasil e as agências de polícia dos EUA, particularmente através dos MLATs, tem resultado em uma série de operações conjuntas bem-sucedidas. Estes casos práticos ilustram o potencial e a importância da colaboração internacional na luta contra o crime transnacional.

5.2 Operação Black Market

Um exemplo emblemático dessa cooperação foi a "Operação Black Market", uma investigação conjunta que visou desmantelar uma rede internacional de lavagem de dinheiro. Utilizando-se do MLAT, a Polícia Federal e o FBI compartilharam informações cruciais que levaram à identificação de contas bancárias e empresas de fachada usadas para movimentar ilicitamente milhões de dólares. Esta operação resultou na prisão de diversos indivíduos e na recuperação de ativos em vários países.

5.3 Operação Echo

Em resposta ao aumento do tráfico de drogas sintéticas entre os dois países, a Polícia Federal e a DEA colaboraram na "Operação Echo". Através do uso do MLAT, ambas as agências compartilharam informações de inteligência, conduziram operações de vigilância conjuntas e realizaram prisões coordenadas, levando ao desmantelamento de um significativo cartel de drogas sintéticas que operava em ambos os territórios.

5.4 Operação Cyberwall

No âmbito dos crimes cibernéticos, a "Operação Cyberwall" destacou-se pela colaboração entre a Polícia Federal e várias agências dos EUA, incluindo o FBI e a United States Secret Service (USSS). Esta operação focou em uma rede de hackers que realizava

fraudes bancárias e roubo de dados. Com a assistência do MLAT, as agências puderam compartilhar rapidamente evidências digitais, o que foi crucial para rastrear e prender os suspeitos, bem como para mitigar os danos causados às vítimas.

5.5 Operação Twin Rivers

Em uma ação contra a exploração ilegal de recursos naturais, a "Operação Twin Rivers" foi uma joint venture entre a Polícia Federal, a Environmental Protection Agency (EPA) dos EUA e o Fish and Wildlife Service. Esta operação focou no tráfico ilegal de madeira e animais exóticos entre o Brasil e os EUA. Usando o MLAT, as agências conseguiram rastrear as rotas de contrabando, identificar os principais atores envolvidos e confiscar cargas ilegais.

5.6 Reflexões sobre os Casos Práticos

Estes exemplos ilustram a profundidade e a variedade da cooperação entre a Polícia Federal do Brasil e as agências dos EUA. Os MLATs têm se mostrado ferramentas inestimáveis, permitindo uma resposta rápida e eficaz aos desafios do crime transnacional. Mais do que meras operações, estes casos destacam a importância de uma parceria contínua e robusta entre os dois países.

Através destes casos práticos, fica evidente que a colaboração internacional, especialmente através dos mecanismos fornecidos pelos MLATs, é crucial no combate ao crime moderno. A parceria entre a Polícia Federal do Brasil e as agências dos EUA não apenas resulta em ações de aplicação da lei mais eficazes, mas também fortalece os laços diplomáticos e de confiança entre as duas nações.

6. DESAFIOS E PERSPECTIVAS

6.1 Introdução aos Desafios

A cooperação jurídica internacional, embora tenha mostrado muitos benefícios práticos, não está isenta de obstáculos. Estes desafios são multifacetados e resultam de diferenças jurídicas, culturais, tecnológicas e políticas entre os países envolvidos.

6.2 Diferenças Jurídicas e Procedimentais

Uma das principais dificuldades na cooperação internacional é a divergência nos sistemas jurídicos. Enquanto o Brasil segue um sistema jurídico civilista, os EUA adotam o sistema de common law. Estas diferenças podem resultar em complicações na interpretação de leis, normas e regulamentos.

6.3 Questões de Soberania

Há sempre uma sensibilidade em relação à soberania nacional. A intervenção ou envolvimento direto de uma nação nos assuntos internos de outra pode ser percebida como intrusiva ou, em alguns casos, violadora da soberania.

6.4 Diferenças Culturais e Linguísticas

As diferenças linguísticas podem representar barreiras significativas. Além disso, aspectos culturais, como a maneira de conduzir investigações e abordar suspeitos, podem variar amplamente, exigindo treinamento e compreensão mútuos para garantir operações conjuntas bem-sucedidas.

6.5 Tecnologia e Criptografia

Com o avanço tecnológico, os criminosos estão utilizando meios cada vez mais sofisticados para perpetrar delitos. A criptografia de ponta a ponta, por exemplo, embora seja uma ferramenta essencial para a privacidade, tem sido um desafio nas investigações, já que torna a interceptação de comunicações suspeitas mais complexa.

6.6 Perspectivas para o Futuro

A despeito dos desafios, há várias razões para ser otimista quanto ao futuro da cooperação entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos EUA.

6.6.1 Evolução dos Acordos MLAT

Os acordos existentes podem ser revisitados e aprimorados para refletir as mudanças na paisagem global do crime e garantir que sejam eficazes no combate às novas ameaças.

6.6.2 Investimento em Tecnologia e Treinamento

Ambos os países reconhecem a necessidade de investir em novas tecnologias e treinamento para se manterem à frente dos criminosos. A colaboração pode se estender ao compartilhamento de ferramentas tecnológicas e técnicas investigativas.

6.6.3 Aprofundamento dos Laços Diplomáticos

Além das operações conjuntas, os laços diplomáticos entre o Brasil e os EUA têm potencial para se aprofundar, levando a um entendimento mais profundo e colaboração em outras áreas de interesse mútuo.

Os desafios da cooperação jurídica internacional são vastos e complexos, mas as oportunidades e benefícios que ela oferece superam amplamente as dificuldades. Com um compromisso contínuo de ambas as partes, investimento em recursos e uma abordagem colaborativa, a parceria entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos EUA tem tudo para prosperar e se fortalecer nos próximos anos.

7.CONCLUSÃO

À medida que a globalização avança, torna-se cada vez mais evidente que os desafios do crime transnacional exigem respostas integradas e colaborativas. Este estudo, focado na cooperação jurídica internacional entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos EUA por meio dos MLATs, ilustra o potencial, os benefícios e os desafios de tal colaboração.

A utilização dos MLATs como ferramenta de cooperação tem se mostrado fundamental na promoção de uma ação efetiva contra o crime organizado, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, crimes cibernéticos e outras formas de criminalidade que ultrapassam fronteiras nacionais. Como observado nos casos práticos, as operações conjuntas têm o potencial não apenas de dismantelar redes criminosas, mas também de fortalecer os laços diplomáticos e de confiança entre países.

Entretanto, as complexidades da cooperação internacional não podem ser subestimadas. Diferenças jurídicas, culturais e tecnológicas representam desafios significativos que exigem flexibilidade, compreensão e adaptação contínua de ambos os lados. Além disso, em um mundo em constante mudança, é imperativo que os acordos e mecanismos de cooperação, como os MLATs, sejam revisados e atualizados regularmente para permanecerem relevantes e eficazes.

Perspectivas futuras para a cooperação entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos EUA são promissoras. O investimento contínuo em treinamento, tecnologia e o aprofundamento de laços diplomáticos são passos essenciais para garantir que essa colaboração continue a prosperar.

Em resumo, a cooperação jurídica internacional, ancorada em mecanismos robustos como os MLATs, é mais do que uma necessidade em nossa era globalizada; é um imperativo. A colaboração entre a Polícia Federal do Brasil e as polícias dos EUA serve como um modelo a ser observado e emulado, demonstrando que, por meio da união de esforços, é possível enfrentar e superar os desafios do crime transnacional, garantindo um mundo mais seguro para todos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, R. S. *Cooperação Internacional em Matéria Penal: Uma análise dos MLATs*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2019.

BARBOSA, M. L. *A Polícia Federal na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Segurança e Justiça, 2020.

CASTRO, F. R.; SANTOS, M. A. *O Sistema Jurídico dos EUA e sua Influência na Cooperação Internacional*. Brasília: Editora Nacional, 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE, U.S. *Mutual Legal Assistance Treaties and Letters Rogatory: A Guide for Judges*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 2016.

FERREIRA, J. M. *Desafios da Cooperação Jurídica Internacional*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2017.

GOMES, L. F. *Crimes Transnacionais e Cooperação Judiciária Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, R. A. *A Polícia Federal e a Cooperação Internacional: Estudo de casos práticos*. Belo Horizonte: Editora da Polícia, 2019.

MORAES, A. P. *As Dificuldades da Cooperação Internacional em um Mundo Globalizado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

SMITH, J. D.; RODRIGUEZ, A. L. *U.S. Law Enforcement and International Collaboration*. New York: Palgrave Macmillan, 2017.

SOUSA, C. R. *Os MLATs como Ferramenta de Combate ao Crime Organizado*. Recife: Editora Universitária, 2018.

A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANA FLÁVIA REZENDE ALVES:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduanda em Arbitragem, Conciliação e Mediação pela Faculdade Integrada Instituto Souza - FaSouza. Advogada OAB/MG.²⁵⁰

RESUMO: O presente trabalho é destinado ao estudo da inaplicabilidade do princípio do *in dubio pro societate*, em especial após a Constituição de 1988, em que se consagrou o princípio do *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência. Em que pese haver entendimentos jurisprudenciais e doutrinários contrários, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal já reconhece a não aplicação do *in dubio pro societate*, especialmente no âmbito do Tribunal do Júri. O objetivo principal é buscar ampliar e reconhecer que, se em algum período histórico do ordenamento jurídico brasileiro foi aceito o *in dubio pro societate*, certamente, a partir da promulgação da Constituição de 1988 não é mais possível aplicá-lo a qualquer procedimento penal ou fundamentar qualquer decisão judicial, sentença condenatória ou pronúncia.

PALAVRAS-CHAVE: *In dubio pro societate*; *in dubio pro reo*; princípio da presunção de inocência; Tribunal do Júri.

1. INTRODUÇÃO

O princípio do *in dubio pro societate* é conhecido e muitas vezes associado ao Tribunal do Júri, em especial a determinadas sentenças de pronúncia que fundamentam uma pronúncia e submissão de um réu ao julgamento pelo plenário daquele tribunal mesmo sem fundamentação suficiente. Entretanto, mesmo que ele ainda seja utilizado na prática e defendido por parcela da doutrina, o *in dubio pro societate* é contrário ao ordenamento jurídico brasileiro e ao princípio fundamental da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988.

²⁵⁰ E-mail: ana.flavia.rezende@hotmail.com

Nesse sentido, segundo mandamento constitucional, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ou seja, na dúvida ou sem condenação por sentença penal transitada em julgado, todos são inocentes:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;²⁵¹

Assim, após a Constituição da República de 1988, é imperioso aplicar-se o princípio do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, e não mais utilizar-se da dúvida para submeter uma pessoa a uma pronúncia ou até mesmo condenação penal.

O presente trabalho tem como objeto de estudo o princípio do *in dubio pro societate*, a sua vedação no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação *in dubio pro reo* como regra necessária e indiscutível. Com fundamento em doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores é possível concluir-se que a presunção de inocência não é um princípio restrito a determinados procedimentos penais ou a determinadas decisões, mas a todas as decisões e sentenças no âmbito do processo penal, inclusive às decisões de pronúncia.

2. O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

O princípio do *in dubio pro societate* não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e é contrário ao princípio da presunção de inocência expressamente previsto nela. Não bastasse a contrariedade ao direito interno, a Convenção Americana de Direitos Humanos também prevê, em seu art. 8º, o referido princípio da presunção de inocência e, por consequência, rechaça a regra do *in dubio pro societate*.

Ora, segundo o princípio da presunção de inocência, em caso de dúvida sobre a materialidade ou autoria, na ausência de lastro probatório mínimo, de *standard probatório*

²⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

e de justa causa para sustentar uma denúncia, uma pronúncia ou uma sentença condenatória, prevalece a inocência e a absolvição. Assim, havendo dúvida ou ausência de certeza, não deve haver pronúncia, condenação e até mesmo, em casos em falta a mínima justa causa, denúncia, pois não se aplica o *in dubio pro societate* no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido:

É costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio do *in dubio pro societate*, o que significa que, diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia). Na essência, é mesmo assim. Mas acreditamos que por outras razões. Parece-nos que tal não se deve ao *in dubio pro societate*, até porque não vemos como aceitar semelhante princípio (ou regra) em uma ordem processual garantista.²⁵²

Além disso, não se aplica o referido princípio durante todo o processo penal e depois desse referido processo, após o trânsito em julgado, havendo vedação da revisão *pro societate*:

Com os olhos postos na necessidade de segurança jurídica e no adequado e regular funcionamento das instituições públicas responsáveis pela administração da Justiça, a vedação da revisão para a sociedade impede que alguém possa ser julgado *mais de uma vez* por fato do qual já tenha sido absolvido, por decisão passada em julgado.

Isso ocorrerá ainda que a aludida absolvição tenha ocorrido em razão de erro judiciário no julgamento, decorrente de equívoco na apreciação das provas e dos fatos, por injustiça ou qualquer outro vício possível, incluindo incompetência absoluta.

A razão de ser da vedação da revisão *pro societate* fundamenta-se na necessidade de se preservar o cidadão sob acusação de possíveis desacertos – escusáveis ou não –, encontráveis na atividade persecutória penal, atuando o princípio, também, como garantia de

²⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 722-723.

maior acuidade e zelo dos órgãos estatais no desempenho de suas funções (administrativas, investigatórias, judiciárias e acusatórias).²⁵³

Assim, não é admitido tanto no âmbito do ordenamento jurídico interno, conforme a Constituição de 1988, quanto no âmbito internacional, de acordo com Convenção Americana de Direitos Humanos, a aplicação do princípio do *in dubio pro societate*. Aplicasse, por outro lado, o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* como reflexo de uma ordem jurídica garantista e que expressamente o adota como princípio e, mais ainda, como garantia.

2.1. A INAPLICABILIDADE DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sobre a necessidade de fundamentação e de um lastro probatório consistente para se condenar ou submeter um acusado ao Tribunal do Júri, afastando-se o princípio do *in dubio pro societate*, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no Informativo nº 935:

Na fase de pronúncia deve-se adotar a teoria racionalista da prova, na qual não deve haver critérios de valoração das provas rigidamente definidos na lei, no entanto, por outro lado, o juízo sobre os fatos deve ser pautado por critérios de lógica e racionalidade, podendo ser controlado em âmbito recursal ordinário.

Para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

STF. 2ª Turma. ARE 1067392/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/3/2019 (Info 935).²⁵⁴

²⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

²⁵⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Críticas ao princípio do *in dubio pro societate* na fase da pronúncia. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b7a9d54deeb611edc4540d286e9a042>>. Acesso em: 05/11/2023

Nesse sentido, assim leciona o Ministro Gilmar Mendes nesse referido julgado sobre a inaplicabilidade do *princípio do in dubio pro societate* no ordenamento jurídico brasileiro:

3. Do standard probatório para a decisão de pronúncia e a incongruência do *in dubio pro societate*

Em seu acórdão, o TJ consignou que “a decisão vergastada trouxe argumentos plausíveis a absolvição dos apelados”, mas também afirmou que “ali se admitiu que havia outros elementos que apontavam para a culpabilidade dos réus”, reconhecendo assim claramente uma situação de dúvida . Entretanto, em lugar de considerar a motivação do juízo de primeiro grau, formada a partir de relatos de testemunhas presenciais ouvidas em juízo os quais afastaram a participação dos pacientes nas agressões, o TJ optou por dar maior valor a depoimento de ouvir-dizer e declarações prestadas na fase investigatória e não reiteradas em juízo com respeito ao contraditório. Ou seja, diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, o Tribunal optou por alterar a decisão de primeiro grau e pronunciar os imputados. Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.

[...]

Ainda que se considere os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça um estado de dúvida diante de um lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o *in dubio pro reo*, imposto nos termos constitucionais

(art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro.²⁵⁵

Assim, conforme jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, em que pese haver decisões anteriores em sentido contrário, inclusive de outros Tribunais, é certo que houve o reconhecimento de que o *in dubio pro societate* é incongruente com a Constituição e com a Lei, sendo inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro. Se não há justa causa, não deve prevalecer a denúncia, se não há *standard probatório* suficiente, não deve haver pronúncia ou sentença condenatória. Na dúvida, prevalece a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de uma discussão relevante e que ainda permeia os estudos, as análises jurídicas e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mas é inegável que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Informativo nº 935 é paradigmática e corrobora com o entendimento majoritário de não-recepção do princípio do *in dubio pro societate*.

Não apenas a Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico brasileiro são contrários ao princípio do *in dubio pro societate*, mas também Tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário e se obrigou a cumprir, como a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

Dessa forma, aplicar o princípio do *in dubio pro societate* em qualquer fase do processo penal é desconsiderar princípios basilares do ordenamento jurídico e afastar garantias inafastáveis. É aplicar o sistema inquisitorial e colocar em dúvida o próprio sistema acusatório e garantista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. ARE 1067392/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/3/2019. Disponível em:

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. ARE 1067392/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/3/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753158094>> Acesso em 06/11/2023

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753158094>>
Acesso em 06/11/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Críticas ao princípio do in dubio pro societate na fase da pronúncia**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b7a9d54deeb611edc4540d286e9a042>>. Acesso em: 05/11/2023

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EUTANÁSIA: O DIREITO DE ESCOLHA ENTRE O VIVER E O MORRER

ANTONIO ESQUINA DIAS:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Jales - UNIJALES²⁵⁶

IAN MATOZO ESPECIATO²⁵⁷

(coautor)

RESUMO: A prática da eutanásia consiste em antecipar a morte de um indivíduo acometido por uma doença terminal, sem qualquer esperança de cura, com o propósito de aliviar seu sofrimento. Sendo assim o presente artigo tem por objetivo analisar os questionamentos a respeito da prática da eutanásia, bem como todas as suas classificações. Ademais, o estudo a respeito do tema tem alta relevância no âmbito jurídico, pois causa controvérsias a respeito de violar ou não os princípios e garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha, o direito à vida e a autonomia. Para a concretização do presente, foram utilizadas revisões bibliográficas em diferentes sites e obras a respeito do tema. No Brasil, a eutanásia não é legalizada pelo nosso ordenamento, sendo considerada um crime. Será abordado também no estudo sobre as divergências referentes ao conceito de eutanásia, apresentando seus conceitos históricos, além de demonstrar a sua relação com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Palavras-chave: Eutanásia. Doença Terminal. Princípios. Garantias constitucionais.

ABSTRACT: *The practice of euthanasia consists of anticipating the death of an individual affected by a terminal illness, without any hope of cure, with the purpose of alleviating their suffering. Therefore, this article aims to analyze the questions regarding the practice of euthanasia, as well as all its classifications. In addition, the study on the subject is highly relevant in the legal field, as it causes controversy about whether or not it violates constitutional principles and guarantees such as human dignity, freedom of choice, the right to life and autonomy. To achieve this, bibliographical reviews were used on different websites and works on the topic. In Brazil, euthanasia is not legalized by our legal system, being considered a crime. It will also be addressed in the study on the differences regarding the concept of euthanasia, presenting its historical concepts, in addition to demonstrating its relationship with the fundamental rights of the person.*

256 E-mail: equinadiaz2016@gmail.com

257 doutor em direito penal pela USP, professor do Centro Universitário de Jales - UNIJALES.

Keywords: *Euthanasia. Terminal illness. Principles. Constitutional guarantees.*

1. INTRODUÇÃO

A prática da eutanásia ou morte assistida é a conduta em que um indivíduo, em fase terminal ou portador de uma doença incurável que causa sofrimento constante, opta por encerrar a sua vida de maneira rápida e indolor. É um tema que suscita intensos debates, uma vez que versa sobre o bem mais precioso para o ser humano, ou seja, a preservação da vida, em contraposição aos princípios constitucionais como autonomia e dignidade da pessoa humana.

O impasse entre optar por uma morte digna ou viver em condições desumanas faz com que esse assunto se torne ainda mais polêmico, fazendo-se necessário cada vez mais que o ordenamento jurídico seja aprimorado a fim de contemplar juridicamente essa questão.

Existem diversas interpretações a respeito da eutanásia, principalmente no âmbito do Direito Penal, sendo comum se deparar com situações controversas sobre a atitude que deve ser adotada. Isso acontece quando os limites se referem à autonomia de vontade do paciente, que escolhe pôr fim a sua vida, para evitar ou aliviar suas dores e sofrimentos extremos. Alguns entendimentos apontam que por meio da eutanásia, o paciente terminal está sendo amparado pelos princípios da autonomia humana, sendo plenamente capaz de fazer a escolha entre seu destino, e enfim ter uma morte rápida, livre de qualquer sofrimento.

O Direito Penal tem o objetivo de punir as formas de heterolesão do bem jurídico vida, salvo em casos em que há uma justificante do comportamento, como a legítima defesa, a torná-lo lícito. Por isso, existem diversas controvérsias sobre o assunto, envolvendo conflitos de interesses e valores, não se limitando somente ao aspecto jurídico.

A eutanásia gera diversos debates entre o direito à vida e o direito à liberdade de escolha, em que a preservação da vida entra em conflito com princípios constitucionais. Desse modo, o foco deste artigo é compreender e esclarecer as divergências relacionadas ao tema, e analisar o dilema dos pacientes sobre decidir morrer com autonomia e dignidade ou continuar a viver, mesmo em condições desumanas.

Ademais, no presente apresentam-se o conceito e classificações da eutanásia, sendo elas: voluntária, não voluntária, involuntária, ativa e passiva. Em seguida, tratou-

se da relação entre a eutanásia e a bioética, abordando discussões éticas e sociais sobre a sua prática, bem como foi abrangido no mesmo capítulo a respeito da legislação sobre a eutanásia. Por fim, no último capítulo foi mencionado a respeito dos impactos psicológicos causados pela prática da eutanásia bem como os cuidados paliativos utilizados em pacientes que passam por doenças terminais, para que perpassem esse itinerário de forma menos dolorosa e mais digna.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES DA EUTANÁSIA

Originada das palavras gregas “*eu*” (bom) e “*thanatos*” (morte), a eutanásia refere-se ao ato deliberado de encerrar a vida de uma pessoa que sofre de uma doença incurável ou em estado terminal, com o objetivo de aliviar seu sofrimento (Prado e Bittencourt, 1995).

O conceito de eutanásia passou por diversas mudanças no decorrer dos anos. De acordo com Horta (1999, p. 27-33), na antiguidade os médicos faziam com que a morte acontecesse de forma mais rápida, utilizando práticas culturais de determinados povos arcaicos.

Na Grécia Antiga, era vista como uma morte honrosa, especialmente para aqueles que enfrentavam doenças incuráveis. Por exemplo, os espartanos praticavam a eutanásia em bebês que eram considerados fracos demais para sobreviver (Sá e Naves, 2009).

No entanto, na Idade Média, a Igreja Católica passou a considerar a eutanásia uma heresia, uma violação do quinto mandamento do decálogo, que exortava “não matarás”. Apesar da condenação da Igreja, a prática continuou em segredo, principalmente em casos de dor insuportável e doenças incuráveis (Magalhães, 2014).

Em 1605, a eutanásia passou a fazer parte da medicina, quando o escritor Francis Bacon atribuiu a ela o sentido de “boa morte”. Passou-se a entender, então, que “o ofício médico não só restaura a saúde, mas também mitiga a dor e os sofrimentos” (Marques, 2018, p. 116).

Desde então, a eutanásia ganhou um novo significado, e foi vista como forma de aliviar o sofrimento das pessoas com doenças terminais. Atualmente, a palavra eutanásia possui várias concepções que a diferenciam de outras práticas parecidas, como por exemplo a distanásia.

No entendimento de Dias (2012, p. 148), a eutanásia pode ser entendida como:

[...] o comportamento médico que antecipa ou não adia a morte de uma pessoa, por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida – mas sempre em atenção aos

interesses fundamentais – daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível, que lhe cause sofrimentos insuportáveis, de ponto de vista físico ou moral, considerando sua própria noção de dignidade. (DIAS, 2012, p. 148).

A prática da eutanásia também pode ser vista como uma forma de realizar as últimas vontades do indivíduo enfermo, sendo este seu pedido final, para pôr fim a todo o sofrimento, ainda mais quando já não existem mais chances de uma cura.

Destarte, a morte ocorrida por meio da eutanásia, de certo modo, é uma morte misericordiosa, pois acata as vontades do paciente que sofre de doença terminal, sem chances de cura, para evitar sofrimentos intensos, fazendo com que ele escolha o processo de encerramento da vida, conforme a sua concepção e de forma digna.

Com o avanço da medicina moderna, a discussão sobre a eutanásia tornou-se ainda mais intensa. No final do século XIX e início do século XX, à medida que a medicina progredia e os cuidados paliativos ainda não estavam tão desenvolvidos, o debate em torno da eutanásia se intensificou. Desde então, essa questão tem sido amplamente discutida em todo o mundo, levantando diversas perspectivas e questões éticas, morais e legais (Sá e Naves, 2009).

É importante diferenciar a eutanásia do suicídio assistido, em que uma pessoa que deseja morrer recebe ajuda de outra pessoa, geralmente um profissional de saúde, para cometer o ato suicida. No caso da eutanásia, o pedido é feito para que alguém execute a ação que levará à morte, enquanto no suicídio assistido é o próprio paciente que realiza o ato, embora precise de ajuda para concretizá-lo.

Quanto às classificações da eutanásia, podemos identificar três tipos principais, de acordo com Kovács (2003): a voluntária, a não voluntária e a involuntária. Na primeira o paciente expressa claramente o desejo de ter sua vida encerrada devido a uma condição incurável ou sofrimento insuportável. Nesse caso, a ação é tomada com o consentimento do paciente. Já a segunda acontece quando o paciente é incapaz de expressar seu consentimento, seja devido a condições mentais, coma ou incapacidade de se comunicar. Nessa última hipótese, outra pessoa, geralmente um representante legal ou médico, toma a decisão em seu nome. Quanto à terceira, ela ocorre quando a morte é provocada sem o consentimento do paciente. Essa forma de eutanásia é altamente controversa e considerada inaceitável do ponto de vista ético e legal, mesmo que a condição do paciente seja considerada incurável.

Além disso, conforme entendimento de Serrano (2021, p. 196), a eutanásia pode ser classificada de acordo com a ação tomada. A eutanásia ativa, envolve a administração de uma substância letal para provocar a morte do paciente, geralmente realizada por um médico ou profissional de saúde. Por outro lado, a eutanásia passiva envolve a retirada ou não administração de tratamentos médicos ou medidas de suporte que mantêm o paciente vivo, permitindo que a morte ocorra de forma natural.

Conforme entendimento de Sá e Moureira (2010, p. 87), a eutanásia é envolvida por dois componentes: a intenção e o efeito da ação. A intenção de realizar a eutanásia pode gerar tanto uma ação (eutanásia ativa), quanto uma omissão (eutanásia passiva ou ortanásia).

A diferença entre a eutanásia ativa e passiva, segundo entendimento de Dias (2012, p. 149), pode ser lecionada da seguinte maneira: “[...] a eutanásia ativa se caracteriza pela adoção de condutas médicas comissivas tendentes a antecipar a morte, enquanto a eutanásia passiva ocorre quando se omitem ou suspendem os tratamentos médicos com vistas a não adiar a morte.”. A eutanásia ativa é caracterizada pela realização de atos que ajudam o paciente a morrer, com o objetivo de aliviar ou cessar com o seu sofrimento. Já a eutanásia passiva consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a morte.

Existe, ainda, a mistanásia, que não se trata de uma modalidade ou classificação da eutanásia, pois faz com que a morte aconteça antes e fora de seu tempo, de forma mísera e cruel. A esse respeito, leciona Martin (1998, p. 171-172) que a forma mais popular de mistanásia se trata da omissão de socorro estrutural, que abrange milhares de doentes durante toda uma vida e não apenas nas fases avançadas e terminais. É considerada como a omissão do Estado a respeito de serviços de atendimento médico, saneamento básico, alimentação adequada para o povo entre outros.

Em suma, a eutanásia é um tema de grande complexidade e alvo de controvérsia, envolvendo a ação de encerrar deliberadamente a vida de uma pessoa que sofre de uma doença incurável ou em estado terminal. Suas diferentes definições e classificações, como voluntária, não voluntária, involuntária ativa e passiva, refletem a diversidade de pontos de vista e os desafios éticos e legais que permeiam essa questão. O debate em torno da eutanásia continua a crescer e evoluir, buscando encontrar um equilíbrio entre o respeito à vida e a compaixão diante do sofrimento humano.

3. EUTANÁSIA: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

3.1 Eutanásia e a bioética

A ética, assim como as questões religiosas e sociais, contende sobre o assunto eutanásia, tornando ainda mais complexo seus conceitos e limitações. Nessa linha de raciocínio, Chauí (2005, p. 310) ilustra:

Toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido e à conduta correta e à incorreta, válidos para todos os seus membros. Culturas e sociedades fortemente hierarquizadas e com diferenças muito profundas de castas ou de classes podem até mesmo possuir várias morais, cada uma delas referida aos valores de uma casta ou de uma classe social.

A bioética é um ramo ético que trata de questões relacionadas à proteção da vida e, mais especificamente, ao uso apropriado do conhecimento e das práticas científicas em defesa dos interesses e da aprendizagem dos seres humanos. A ética envolve uma reflexão sobre a origem, a estrutura e as manifestações dos valores, princípios e normas que orientam a maneira como cada indivíduo deve viver a vida e se relacionar com os outros.

Tal como o nascimento, a morte também faz parte do ciclo da vida das pessoas, ou seja, é algo natural de acordo com o entendimento biológico. No entanto, as pessoas acabam atribuindo novos significados às coisas, e por essa razão, o significado da morte varia ao longo do tempo e de acordo com cada cultura, sendo influenciada pelas crenças e atitudes morais.

No Ocidente, a morte significa, de certa forma, fracasso e impotência. É encarada como algo que deve ser superado e, quando isso não ocorre, acaba gerando vergonha ou sensação de fracasso. Percebe-se que os significados atribuídos ao momento final da vida variam de acordo com o contexto histórico-cultural. Na Idade Média, *verbi gratia*, a morte era entendida como parte integrante da vida e era tratada com naturalidade pelas pessoas.

Na realidade brasileira, é por meio da vida que se concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, concebido pela Constituição Federal de 1988, sendo ela um direito intransferível. Com efeito, um dos objetivos da bioética é proteger e garantir os Direitos Humanos, a respeito disso Tosi (2005, p. 26) considera que:

Os direitos humanos também implicam algo mais do que a mera dimensão jurídica, por isso, é preciso que eles encontrem um respaldo na cultura, na história, na tradição, nos costumes de um povo e se tornem, de certa forma, parte do seu ethos coletivo, de sua identidade cultural e de seu modo de ser.

A bioética também cuida da conduta dos médicos e profissionais da área da saúde, bem como suas condutas e valores. Desse modo, uma das ideologias médicas é preservar a vida sem dor e sem sofrimento. Contudo, nos casos em que há chance de sobrevivência, é esperado que os profissionais médicos ajam conforme a ética, ou seja, dando prioridade a fazer com que o paciente não sofra.

Por envolver discussões amplas, para solucionais tais casos, a bioética utiliza princípios fundamentais, aplicados a cada situação de acordo com sua complexidade. São eles: beneficência e não maleficência; a autonomia; e justiça.

O princípio da beneficência leciona que o profissional de saúde deve agir conforme os interesses do paciente, proporcionando o seu bem. Já o princípio da não maleficência, preconiza que os médicos auxiliem ou não prejudiquem o paciente. Por sua vez, o mandamento da autonomia consiste na capacidade do paciente escolher de forma livre o destino de sua vida. No âmbito da bioética, a sua aplicação se potencializou com as novas tecnologias utilizadas na medicina, mas ainda não é utilizado no Brasil para a prática da eutanásia como acontece em alguns países como a Holanda e Espanha, por exemplo.

A seu turno, o princípio da justiça informa sobre a obrigatoriedade de garantir uma justa distribuição dos serviços de saúde. Trata-se do dever de promoção do Estado em relação à saúde. Relaciona-se à eutanásia na medida em que propicia a reflexão sobre a justes de manter vivo um indivíduo enfermo, em estado terminal, fazendo-o passar por todo o sofrimento quando o tratamento é inviável ou ineficaz, além de ser frequentemente financeiramente custoso para o paciente e para o Estado.

Dessa forma, este princípio deve trazer a garantia de que todo indivíduo tem acesso aos serviços médicos de forma igualitária, e os profissionais de saúde de acordo com a ética, devem tratar os pacientes de forma adequada e digna.

3.2 Aspectos jurídicos

Em se tratando da eutanásia, o Código Penal não a aponta de forma específica. No mais, o suicídio de forma assistida é mencionado no artigo 122, quando ocorre a indução, instigação ou auxílio para a prática do crime por algum indivíduo. (Carneiro, 2018)

Vários especialistas se concentram na compaixão e piedade que levam o indivíduo a praticar a eutanásia e provocar a morte, com o objetivo de enquadrá-la como homicídio privilegiado. Nesse contexto, o valor moral e social identificado é considerado relevante, permitindo a redução da pena.

De acordo com Especiato e Segatto (2013, n.p.):

A boa morte tem sido considerada o melhor exemplo de homicídio privilegiado, ou seja, aquele em que o autor do fato delituoso é movido por relevante valor social (o qual é aprovado pela moral prática, moral da coletividade) acarretando, assim, diminuição da pena de 1/6 a 1/3 (causa especial de diminuição de pena), ou seja, estando provado o móvel solidário do agente, o juiz tem de aplicar a diminuição presente no artigo 121, § 1º, Código Penal. Resta à crítica ao legislador penal pátrio, que além de não tratar a eutanásia em um parágrafo específico do artigo 121, foi omissa acerca dos critérios de incurabilidade para que se perfaça o homicídio privilegiado (eutanásico), tais como enfermidade terminal incurável, tetraplegia completa e coma crônico.

O Brasil, assim como ocorre em outros países, também dedica esforços ao estudo e à tentativa de tipificar a eutanásia em seu ordenamento. O Anteprojeto de reforma do Código Penal de 1984 previa a exclusão da ilicitude nos casos de eutanásia passiva, bem como a redução da pena do autor da eutanásia ativa em determinadas situações.

Outra tentativa de tipificar a eutanásia e nosso ordenamento jurídico, foi através do Projeto de Lei nº 125/1996, promovido pelo Senado, o qual intencionava autorizar a prática da eutanásia (morte sem dor em alguns casos específicos), no entanto não teve seguimento, sendo arquivado (Brasil, 1996).

Em 2012, o Senado promoveu outro Projeto de Lei (236/2012), trazendo o artigo 122 para o Código Penal, em seu texto se pode ler “Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave. Pena – Prisão de dois a quatro anos”. (Brasil, 2012).

Ainda, sobre o projeto de novo Código Penal, que incluiria a eutanásia, Especiato e Segatto explicam que ele:

[...] apresenta uma causa de exclusão de ilicitude para a ortotanásia, desde que sejam preenchidos alguns requisitos: a) previamente atestada por dois médicos, a morte iminente e inevitável, e b) desde que haja o consentimento pelo paciente, ou na sua impossibilidade, sua família – ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

O projeto mais recente, foi criado em 2019, pelo deputado federal Alexandre Padilha, que apresentou o Projeto de Lei 352/2019, o qual dispunha sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidades em fase terminal de vida, no entanto ainda está em trâmite na Câmara dos Deputados (Brasil, 2019).

Ademais, em qualquer momento da vida, a dignidade da pessoa humana deve ser preservada. Contudo, em muitos casos, os pacientes que vivenciam o estado terminal sofrem com os métodos para tentar prolongar suas vidas, e com isso, surge, o questionamento de se a legislação deveria intervir nessa hipótese, na medida em que o indivíduo, quando mantido em condições artificiais de sobrevivência, não possui mais todas as faculdades para tomar decisões esclarecidas.

Com efeito, é obrigação do Estado proteger e respeitar o bem comum, e fazer com que todos os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efetivamente cumpridos. Desse modo, o direito é utilizado como uma ferramenta para que essa obrigação seja de fato cumprida. Sendo assim, ter uma “morte digna”, de certo modo não fere os mencionados princípios, pois garante que o indivíduo tenha sua dignidade respeitada no momento de sua morte, além de respeitar o seu poder de escolha.

3.3 A experiência espanhola na regulamentação da eutanásia

A Espanha tem sido pioneira em muitas áreas ao longo de sua história, e recentemente, em 18 de março de 2021, decidiu trilhar o caminho da regulamentação da eutanásia, aprovando-a em lei específica. A decisão de legalizar a eutanásia representa um avanço significativo na defesa dos direitos individuais e da dignidade humana, bem como permitirá os médicos finalizar o sofrimento de pacientes com a autoadministração de medicações, disciplinando assim o suicídio assistido.

A legalização da eutanásia na Espanha reflete o respeito à autonomia dos indivíduos. Permite que pessoas maduras e conscientes decidam sobre o próprio destino, evitando prolongar o sofrimento em situações irreversíveis e insuportáveis. Isso coloca a decisão nas mãos do paciente, em vez de impor escolhas externas. Desse modo, o legislador espanhol pretendeu dar uma resposta legal, equilibrada e que garanta a demanda da sociedade.

O regulamento da eutanásia visa aliviar o sofrimento físico e emocional de pacientes terminais, proporcionando uma opção legal para aqueles que enfrentam dores insuportáveis, permitindo que passem por um processo de morte digna e tranquila, cercado por entes queridos. Sendo assim, a legalização e a regulamentação da eutanásia, conforme a discussão legislativa espanhola, é baseada na compatibilidade de princípios essenciais que estão na base dos direitos das pessoas, sendo assim consagrados na Constituição Espanhola. Tratam-se de direitos fundamentais à vida e à integridade física e

moral, além da dignidade, liberdade e autonomia da vontade, também protegidas pela mencionada Constituição.

Ademais, essa regulamentação desafia a ética médica tradicional, que prioriza a preservação da vida a qualquer custo. Assim, reconhece que, em alguns casos, prolongar a vida pode ser cruel e inútil, enquanto a eutanásia oferece a possibilidade de uma despedida digna.

Como já mencionado, Espanha se juntou a um grupo crescente de países que regulamentaram a eutanásia, incluindo a Holanda, Bélgica e Canadá, indicando dessa forma, uma mudança global em direção a uma maior autonomia do paciente e uma abordagem mais compassiva para o final da vida. Embora a regulamentação seja um marco importante, a implementação bem-sucedida da eutanásia, requer treinamento adequado para profissionais de saúde, acesso a cuidados paliativos de qualidade e uma cultura que respeite as decisões individuais.

A lei espanhola é composta de alguns tópicos, sendo os principais: os requisitos para as pessoas solicitarem ajuda para morrer e as condições para seu exercício; a regulação desse procedimento de maneira isonômica; a criação de comissões especializadas; o apoio aos cidadãos e profissionais da medicina; e a alteração do Código Penal espanhol. Destarte, o constituinte espanhol foi taxativo quando ao procedimento médico a ser adotado, a exemplo disso têm-se o artigo 3º da Lei Orgânica de Regulamentação da Eutanásia (*Ley Orgánica 3/2021*), que prevê as definições técnicas, apresentadas da seguinte forma:

Art. 3º. [...] "Prestación de ayuda para morir": acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente. 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

(Espanha, 2021, n. p.).

Além disso, foram implementadas as seguintes modificações no Código Penal espanhol:

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia. (Espanha, 2021, n. p.).

Introduziu-se, então, uma causa de diminuição de pena no artigo 143 da lei penal espanhola atenuando as sanções do suicídio assistido e da eutanásia que não seguirem os ditames da lei, mas que contarem com um pedido inequívoco do sujeito passivo que padeça de grave sofrimento, crônico e impossibilitante ou uma enfermidade grave e incurável, cujo sofrimento físico ou psíquico seja insuportável. Além disso, prevê uma causa excludente de ilicitude que afasta a responsabilidade penal daquele que praticar tais atos seguindo os ditames legais, o que traz maior segurança jurídica ao profissional que estiver envolvido nesse processo.

Com isso, a Espanha enfrentará desafios nessa jornada, mas sua decisão de legalizar a eutanásia é uma prova do compromisso com a dignidade e autonomia dos cidadãos. Em suma, a experiência espanhola na regulamentação da eutanásia representa um avanço significativo na direção da autonomia individual. Ao estabelecer um quadro legal cuidadosamente elaborado, o referido país se une a outros em busca de uma abordagem mais compassiva para o fim da vida, respeitando a dignidade e a vontade dos indivíduos.

4. IMPACTO PSICOLÓGICO E CUIDADOS PALIATIVOS

4.1 Impacto psicológico

Como já mencionado, a eutanásia é praticada para evitar sofrimentos futuros por indivíduos acometidos de doenças terminais. No entanto, tal prática levanta questionamentos éticos, morais e legais, que podem afetar a sociedade, além das demais pessoas envolvidas.

Do ponto de vista social, a eutanásia pode ter efeitos influentes no quesito social e nas relações interpessoais. A legalização ou proteção da eutanásia pode gerar divisões e debates no meio social, refletindo diferentes valores, crenças e visões de mundo. Grupos religiosos, filosóficos e médicos muitas vezes têm posicionamentos diferentes sobre a eutanásia, o que pode gerar alguns conflitos sociais.

Ademais, a eutanásia pode afetar também as relações familiares, pois decidir pelo fim da vida de um ente querido é uma decisão extremamente difícil e desafiadora emocionalmente. Isso pode acabar gerando conflitos familiares, especialmente quando há discordância entre os membros familiares em relação à escolha ou não da eutanásia.

Quanto ao âmbito psicológico, tantos os pacientes quanto seus familiares, que também enfrentam a possibilidade da realização da eutanásia, sofrem com as questões emocionais. O diagnóstico de uma doença grave e incurável já é por si um desafio para o equilíbrio emocional, e a perspectiva da eutanásia acrescenta ainda mais sentimentos de estresse, ansiedade e angústia. Lidar com a ideia de encerrar a própria vida ou a vida de um ente querido pode trazer sentimento de culpa e tristeza profunda.

Para os profissionais de saúde envolvidos na eutanásia, há também consequências psicológicas. Eles podem se deparar com dilemas éticos e emocionais ao participar do processo de auxiliar na morte de um paciente.

O psicólogo pode apontar possíveis lapsos na conduta emocional dos médicos, assim como dos pacientes que ainda estejam conscientes. Já os pacientes que estão inconscientes, o psicólogo faz uma avaliação da condição psicológica dos seus familiares e como eles poderão vir a lidar com o sofrimento.

4.2 Cuidados paliativos

Os cuidados paliativos são de grande importância para um paciente. Defender a autonomia para morrer não significa dizer que todas as pessoas devam acatar a prática da eutanásia ou o suicídio assistido. O que se defende é o direito de escolha, e para os indivíduos que optam por viver, os cuidados paliativos são essenciais, para que assim possam garantir que a vida do paciente seja finalizada da melhor forma, e que o processo seja menos árduo tanto para o paciente quanto para seus entes queridos.

Arantes (2019, p. 42-43) em relação aos cuidados paliativos, disserta:

Ter uma morte natural pressupõe a existência de uma doença que segue seu curso natural de evolução, independentemente dos tratamentos que possam ser oferecidos, mesmo os mais modernos. Morte natural é aquela que acontecerá em decorrência de uma doença incurável, que está piorando e para a qual a medicina esgotou suas possibilidades de tratamento. Nada impedirá a pessoa que tem tal doença de chegar à morte; é uma condição inexorável para aquela situação. É a essa pessoa, a esse paciente, que ofereço

os Cuidados Paliativos. Os Cuidados Paliativos que pratico há vinte anos são esse processo de assistência para quem está na reta final.

O objetivo principal dos cuidados paliativos não é buscar a cura para a enfermidade sofrida pelo paciente, mas sim trazer melhora para a sua qualidade de vida. Trata-se dos cuidados oferecidos aos pacientes em sua fase final, para que se sintam confortáveis e possam passar pela doença de uma forma mais tranquila.

Quando se trata de um cuidado integral, é necessária uma equipe de profissionais da saúde que sejam capazes de realizar o tratamento e aliviar os sintomas do paciente, bem como os desconfortos por ele enfrentados, como os emocionais, sociais, físicos, espirituais e familiares.

Os tratamentos com objetivo de cura são complementares aos cuidados paliativos, já que um melhor controle dos sintomas permite que o paciente e sua família enfrentem os tratamentos de forma mais eficaz, mesmo que esses tratamentos sejam mais agressivos. De modo geral, à medida que a doença progride, há uma necessidade maior dos cuidados paliativos, e em algum momento do curso da doença, a prioridade do cuidado se concentra exclusivamente no conforto e na qualidade de vida.

Outro termo utilizado envolvendo a eutanásia e o suicídio assistido, é o duplo efeito, que é quando uma ação de cuidados é realizada e acaba desencadeando um efeito secundário, ao óbito. A exemplo disto, têm-se a analgesia e a sedação, ambas aplicadas em pacientes com enfermos graves, onde o principal objetivo é aliviar os sintomas e melhorar a qualidade de vida, e não provocar a morte. Desse modo, quando o medicamento é administrado para determinada finalidade, mas acaba acarretando a morte do paciente, o óbito é analisado como um efeito colateral da ação médica.

CONCLUSÃO

Existem diversas maneiras de se respeitar a sacralidade da vida, pois trata-se de algo particular, onde cada indivíduo tem uma perspectiva diferente sobre tais questionamentos. Cada religião enxerga a vida e a morte de formas e significados diferentes, desse modo o Estado não pode impor apenas uma forma de respeitá-las, devendo garantir a liberdade sobre a escolha de cada um.

A escolha de ter uma “morte digna” não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois assegura a permanência de uma pessoa apenas enquanto estiver saudável, evitando quaisquer sofrimentos que possa vir a acometê-la em decorrência de uma doença terminal.

O adequado é garantir que o indivíduo, mesmo em seu momento final, tenha sua motivação preservada e o poder de escolher se deseja passar por um tratamento intenso e cheio de agonia, que inevitavelmente o levará a morte, ou se preferir antecipá-la e poupar-se de tanto sofrimento. Ao antecipar a morte, não apenas se respeita a pessoa, mas também se leva em consideração outros valores que possuem igualmente importância, como a liberdade, a autonomia e o fim de seu sofrimento.

Impedir que uma pessoa escolha quando se dará sua morte significa ferir integralmente a sua dignidade, principalmente quando está passando por condições de sofrimento em sua saúde, fazendo com que sua existência se torne insuportável.

O direito à vida não se limita apenas à sobrevivência física da pessoa e ao ato de respirar. Como mencionado nesse breve ensaio, esse direito implica também em uma noção de uma qualidade de vida melhor. No contexto constitucional, os princípios e valores são indispensáveis, a exemplo disso temos o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia e o direito à vida. Como demonstrado, tais princípios não se contrapõem ao direito à eutanásia, pelo contrário, acabam formando uma base para defender o conceito de "morte digna".

É válido mencionar que a busca pela legalização da eutanásia deve ser feita com cautela para evitar a banalização do procedimento e a ocorrência de mortes desnecessárias. Existem diversos critérios a serem levados em consideração antes de tomar uma decisão a respeito da permissibilidade da prática da eutanásia, como por exemplo ter o paciente uma doença incurável, cientificamente comprovada, que sua cura seja impossível ou que a busca por ela apresente um custo muito alto ao enfermo; sofrimentos e doeres insuportáveis e o principal deles, que é a vontade do paciente. A solicitação do paciente representa o consentimento, que deve ser livre, devendo este estar consciente de toda a situação e de suas opções de tratamentos e cuidados paliativos disponíveis, além de receber informações corretas para embasar sua decisão final de forma coerente.

Caso seja legalizada a autonomia para praticar a eutanásia, como no recente exemplo da legislação espanhola, deverão ser realizadas diversas pesquisas e intensas reflexões, para que assim possa ser regulamentada e evitar riscos que possam surgir, a fim de propiciar segurança jurídica aliada à promoção da dignidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, O. M. de. **Status legal da eutanásia e ortotanásia no Brasil**. Publicado em: 26/10/2021. Revista Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81213/status-legal-da-eutanasia-e-ortotanasia-no-brasil>. Acesso em: 10/06/2023.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Saúde do Distrito Federal. **Atendimento em Cuidados Paliativos**. Disponível em: <https://www.saude.df.gov.br/cuidados-paliativos-2#:~:text=Segundo%20a%20defini%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7as%20que%20amea%C3%A7am%20a%20vida>. Acesso em: 10/06/2023.

ARANTES, A. C. Q. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

AUBERT, A. C. P. **Morrer dignamente** – Aspectos filosóficos, jurídicos e morais da autonomia para morrer. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

AZEVEDO, A. J. de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 107-125, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536/70146>. Acesso em: 05/05/2023.

BACON, F. **O progresso do conhecimento**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/05/2023.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 352, de 2019**. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190904>. Acesso em: 25/10/2023.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Senado nº 125, de 1996**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-125-1996>. Acesso em: 25/10/2023.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03/05/2023.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 25/10/2023.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

DIAS, R. **O Direito Fundamental à Morte Digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ESPAÑA. Gobierno de España. **Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-4628>. Acesso em: 25/10/2023.

_____. Gobierno de España. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

Acesso em: 25/10/2023.

ESPECIATO, Ian Matozo; SEGATTO, Antonio Carlos. Novos Paradigmas da Eutanásia no Neoconstitucionalismo. In: ENGELMANN, Wilson; OLIVEIRA, José Sebastião de; SILVA, Mônica Neves Aguiar da (Coord.). **Biodireito**. Florianópolis: FUNJAB, p. 359-388, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/39614757/NOVOS_PARADIGMAS_DA_EUTAN%C3%81SIA_NO_NEOCONSTITUCIONALISMO_RECOBRAMENTO_DA_DIGNIDADE_DO_PACIENTE. Acesso em: 25/10/2023.

FUNARI, J. **Evolução histórica da eutanásia e o impacto psicológico nos envolvidos no processo**. Revista Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-historica-da-eutanasia-e-o-impacto-psicologico-nos-envolvidos-no-processo/1242753807>. Acesso em: 05/06/2023.

GOMES, L.F. **Que se entende por eutanásia de duplo efeito?** Revista JusBrasil, 2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/que-se-entende-por-eutanasia-de-duplo-efeito/42956>. Acesso em: 30/09/2023.

HORTA, M. P. **Eutanásia** - Problemas éticos da morte e do morrer. Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v.7, n.1, p.27-33, 1999.

KOVÁCS, M.J. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Publicado em 2003. Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, Departamento de Psicologia da Aprendizagem, do Desenvolvimento e da Personalidade, São Paulo, São Paulo, Brazil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/d9wcVh7Wm6Xxs3GMWp5ym4y/#>. Acesso em: 30/09/2023.

MAGALHÃES, B. M. C. C. **Eutanásia**: origem, ramificações e outras peculiaridades. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-origem-ramificacoes-e-outras-peculiaridades/>. Acesso em: 01/06/2023.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, A. L. **Filosofia e Medicina sobre dor e sofrimento. A “boa morte” de Bacon.** Departamento de Filosofia. Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2018. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40726/1/52_Antonio_Louren%C3%A7o_Marques_115_126.pdf. Acesso em: 01/06/2023.

MARTIN, L. M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs). **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

ORGANIZAÇÃO CASA DO CUIDAR. **Cuidados paliativos.** Disponível em: <https://www.casadocuidar.org.br/cuidados-paliativos/>. Acesso em: 25/10/2023.

PRADO, L. R.; BITTENCOURT, C. R. **Elementos de direito penal (parte geral).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TOSI, G. **Direitos Humanos:** história, teoria e prática. João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

RAMOS, S. E. B. **A nova lei da eutanásia na Espanha:** morte digna e a excludente de ilicitude da conduta médica. Publicado em 30/03/2021. Revista Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342673/a-nova-lei-da-eutanasia-na-espanha-morte-digna-e-a-conduta-medica>. Acesso em: 29/09/2023.

SÁ, M. F. F.; MOUREIRA, D. L. **Autonomia para morrer:** eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 87.

_____; NAVES, B. T. de O. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Delrey, 2009.

SERRANO, J. P. **Ética, bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Jurismestre, 2021.

A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

OSWALDO PEDRO DA SILVA:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Jales - UNIJALES²⁵⁸

GUILHERME SONCINI DA COSTA
(orientador)

RESUMO: A arbitragem, desde seus primeiros passos e primeiros registros de sua utilização, vem sendo utilizada em diversos âmbitos do Direito, o que permitiu sua evolução e, conseqüentemente, adequação às necessidades sociais. Atualmente, verifica-se que a arbitragem vem sendo utilizada principalmente no meio empresarial e trabalhista, a fim de trazer celeridade, acessibilidade, capacidade, isonomia e a devida aplicação dos direitos e garantias dos indivíduos. Tendo sido considerada como meio alternativo ao Poder Judiciário, a arbitragem pode ser classificada como um meio adequado para a resolução de conflitos, uma vez que é possível traçar um paralelo analógico com o processo judicial, sendo possível vislumbrar que sua utilização tem ao final a prolação de sentença arbitral com força de título judicial de forma que traga os mesmos efeitos de uma sentença proferida por um juiz natural. Percebe-se, atualmente, o prestígio do Supremo Tribunal Federal com relação a utilização da arbitragem para a solução de conflitos, tendo em vista a eficácia das sentenças arbitrais e respeito às cláusulas arbitrais convencionadas.

Palavras-chave: Arbitragem. Métodos adequados para a solução de conflitos. Solução de conflitos. Método. Adequação. Processo Civil. Conflitos. Solução.

ABSTRACT: Arbitration, since its first steps and first records of its use, has been used in several areas of Law, which allowed its evolution and, consequently, adaptation to social needs. Currently, it appears that arbitration has been used mainly in the business and labor environment, in order to bring speed, accessibility, capacity, isonomy and the proper application of the rights and guarantees of individuals. Having been considered as an alternative means to the Judiciary, arbitration can be classified as an adequate means for conflict resolution, since it is possible to draw a parallel analogy with the judicial process, and it is possible to envision that its use is aimed at issuance of an arbitration award with the force of a court order, so that it has the same effects as a sentence handed down by a natural judge.

258 E-mail: oswaldo.silva.jales@gmail.com

Keywords: *Arbitration. Appropriate methods for conflict resolution. Conflict resolution. Method. Adequacy. Civil Procedure. Conflicts. Solution.*

1 INTRODUÇÃO

Considerado como um instituto contemporâneo, a arbitragem é um mecanismo por meio do qual, os indivíduos, ao terem conflitos em suas relações sociais, indicam terceiros para que este os resolva.

O ser humano é um ser de "desejo, desejante" ou até de direito, isso porque, é de vontade do ser humano a prática ou não e, até mesmo a desfeita de atos jurídicos. O ser humano, por se tratar de um ser que busca e necessita da interação entre outros indivíduos, conseqüentemente, enfrenta problemas em decorrência da divergência de ideias, o que dá origem aos conflitos. Os conflitos, sempre existiram e sempre existirão, contudo, a forma de solução de tais subversões recai, única e exclusivamente ao próprio ser que o causa, o ser humano.

A solução de conflitos, no decorrer da história da humanidade, passou por diversas modificações e inovações. Desde a imposição de vontade e de força com a autotutela ou autodefesa, até a autocomposição e heterocomposição.

Dentre as atuais classificações, a arbitragem se enquadra na heterocomposição, onde o conflito existente é entregue a um terceiro que, provocado pelos interessados, busca a harmonia da relação ora conflitante.

A arbitragem tem indícios civilizatórios que precederam a jurisdição estatal antes mesmo de ser estruturada, a exemplo disso, encontra-se vestígios deste método no antigo direito grego, cerca de 3.000 anos antes de Cristo, bem como no direito romano e na Idade Média.

Na modernidade, cada Estado possui sua organização, cada qual com suas peculiaridades, no entanto, a arbitragem não foi deixada de lado, possuindo desde prestígio à previsão legal específica.

Deste modo, a arbitragem é uma alternativa na busca de tutela jurisdicional e caracteriza-se como um dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, todavia, ressalva deve ser feita quanto à adequação da arbitragem, pois, assim como outros métodos como a mediação, conciliação e até mesmo o Poder Judiciário, cada qual possui peculiaridades, as quais, conseqüentemente, se adequar às peculiaridades dos conflitos. ?

2 A ARBITRAGEM NA EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA

A civilização, no percurso da história, vem sofrendo alterações, modificações, adequações e, inclusive, inovações.

No decorrer da evolução, diversos métodos para a solução de conflitos passaram a existir e foram classificados. Dentre eles, a autotutela ou autodefesa, conhecida como a lei do mais forte que, de acordo com Grinover (2005, p. 25), significa “a imposição de determinada resolução de conflito por uma das partes, à outra, independente da anuência desta à solução escolhida [...] essa categoria vale-se da força física para a sua realização”.

Em contrapartida, surgiu a autocomposição, a qual diz respeito às formas de solução de conflitos onde se obtêm o consenso das partes. Embora possa existir a participação de um terceiro facilitador, neste caso, o resultado depende única e exclusivamente das partes, de forma que a decisão está no arbítrio dos interessados. Aqui, para Grinover (2005, p. 25), está presente a submissão, desistência e, estão nesta classificação a mediação, conciliação e a negociação.

Outra classificação se deu com a heterocomposição, onde para se obter a harmonia nas relações sociais há a provocação de um terceiro. Neste contexto, Grinover (2005, p. 25) ensina o seguinte: “abrange os mecanismos de solução de conflitos que participam terceiros, como a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação, o processo estatal (judicial) e a arbitragem”. Deste modo, a arbitragem é uma alternativa heterocompositiva à tutela jurisdicional, além de ser considerado um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos (Mesc), também conhecido como justiça privada.

A utilização da arbitragem tem indícios desde a antiguidade, com menções inclusive no direito grego que dispunham de árbitros públicos para litígios privados. Sodré (2008, p. 106-107) informa, a título histórico, que a arbitragem “em conflitos de natureza pública, podemos citar o tratado firmado entre as cidades-Estados gregas Atenas e Esparta, no ano de 445 a.C., o qual continha uma espécie de cláusula, denominada atualmente de cláusula compromissória expressa”, o mesmo autor ainda corrobora quanto a aplicação do mesmo instituto em conflitos privados.

De acordo com Soares (1978, p. 377) “os ‘juízes arbitrais’ eram escolhidos pelas partes e poderiam ser tanto um rei, um magistrado, um homem público qualquer; por diversas vezes aparecem instituições religiosas como o Conselho Anfictiônico ou o Oráculo de Delfos” e, atualmente, tais informações se encontram presentes, pois as sentenças arbitrais da época eram gravadas nos muros dos templos ou no sopé das estátuas.

No direito romano, a arbitragem se fez um mecanismo capaz de produzir resultados frutíferos, uma vez que era utilizada em relações de natureza contratual, sendo

caracterizada, à época de natureza pactícia, ou seja, por meio de um pacto firmado entre as partes que possuíam a liberdade em firmar o compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Neste período, o árbitro era escolhido pelas partes por meio de lista divulgada com os cidadãos idôneos, que não possuíam direito de recusa.

Na Idade média:

Decretos locais atribuíam aos bispos o conhecimento de causas que versarem sobre conflitos entre parentes em matéria de partilha ou de tutela, alargando o âmbito do decreto justinianeu que lhes atribuía competência arbitral obrigatória em questões entre clérigos e leigos (Soares, 1978, p. 377).

Com a chegada da estrutura jurisdicional e fortalecimento dos Estados, na modernidade a arbitragem passou a ser contemplada em diversos ordenamentos ao redor do mundo, cada qual trazendo sua própria abordagem.

No Brasil, a arbitragem foi consagrada desde a Constituição Império (CRFB/1824), nas Ordenações do Reino e no Código Comercial (Lei nº 556/1850), no entanto, à época era necessária a homologação judicial dos laudos arbitrais, como dispunha o Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916).

Com o decorrer temporal, aos poucos a legislação brasileira e internacional foi modificada, trazendo novo marcos para a arbitragem.

Com o advento do Código Civil em 2002 (Lei nº 10.406/2002), comendo nos artigos 851, 852 e 853 singelo reconhecimento do juízo arbitral, permitindo a resolução de disputas por este método. O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) também previu e reconheceu o avanço da arbitragem.

Outros ordenamentos, também passaram a prever a utilização da arbitragem, a exemplo disso, verifica-se a Consolidação das Leis Trabalhistas (Lei nº 5.452/1943) e os Decretos nº 8.465 (Lei nº 8.456/2015) e 10.025, os quais versam sobre a "arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário" (Lei 10.025/2019).

3 A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ADEQUADO OU ALTERNATIVO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITO

Tendo em vista a vastidão no ordenamento jurídico brasileiro, os meios e recursos que compõem o Poder Judiciário atual e a adoção, principalmente, do princípio da duração

razoável do processo consagrado no artigo 5º, inciso LXXVII da CRFB/88, foi imposto um meio de trazer efetividade à prestação jurisdicional do Estado.

Com a chegada da reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional 45/2004, observou-se a pretensão em renovar e reforçar o acesso à justiça de forma ampla, isso porque o acesso à justiça não ocorre somente por meio de processos judiciais.

Desta forma, é embasado na CRFB/88 o judicial abre espaço e caminha juntamente com métodos alternativos e adequados para a solução de conflitos no meio social, como a arbitragem.

O anseio da sociedade para a prestação jurisdicional célere, efetiva e segura sempre foi uma tríade, a qual a sociedade procurou. Ocorre que, nos dias atuais, a busca por tais elementos se tornou ainda mais exigida.

O juízo arbitral é composto por esta tríade, de forma que tem se mostrado um mecanismo plenamente viável para a solução que questões técnicas como direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de julgamento da câmara arbitral ou até mesmo de árbitro eleito pelas partes.

A solução pacífica dos conflitos por meio da arbitragem constitui uma alternativa para aqueles que desejam submeter as suas controvérsias às condições de um julgador fora do Poder Judiciário.

De acordo com Carreira Alvim (2004, p. 24), dentre os vários sistemas de resolução de conflitos, o jurisdicional estatal é o mais visado, contudo, é perceptível a utilização de outro mecanismo, que segundo ele:

O Estado, em vez de inferir diretamente nos conflitos de interesse, solucionando-os com a força de sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observando um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. É o denominado sistema de arbitragem, que, a grosso modo, nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros, com a mesma eficácia da sentença judicial. (Carreira Alvim, 2004, p. 24).

Para Wambier (2002, p. 39), a arbitragem é definida como “exercício delgado da jurisdição estatal [...] mecanismo alternativo à atividade do Poder Judiciário, pois também se insere no conjunto de meios para a solução da lide”.

Já Câmara, conceitua arbitragem como:

Um meio paraestatal de solução de conflitos [...] Trata-se de um meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes. [...] caracterizado por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem decidi-la, nos árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder de autoridade para proferir tal decisão.

De outro modo a arbitragem é considerada um método adversarial, uma vez que a vontade de uma das partes se sobrepõe a outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A participação dos conflitantes volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir sobre o litígio.

Considerando que a arbitragem se trata de meio voluntário para a resolução de controvérsias em razão da faculdade das partes em optar pela convenção de arbitragem, esta ocorre em detrimento do Poder Judiciário em razão da própria dinâmica social que o Judiciário não é capaz de atender.

Em razão disso, os métodos adequados e alternativos para a solução de conflitos ganhou maior destaque, isso porque, de acordo com Watanabe (2005, p. 684-690):

O objetivo primordial que se busca [...] é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preserva o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social. (Cahali, 2022, p. 63).

Para o ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso: não é mais presidente, nem mesmo ministro

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados *meios*

alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos que já serão avanços muitos por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses. (Cahali, 2022, p. 65).

Atualmente, é indiscutível a cultura da judicialização tendo em vista o grande número de processos judiciais que abarrotam o Poder Judiciário. Todavia, como bem delineado pelo então ministro em seu discurso de posse, os meios alternativos à solução de conflitos, são considerados mecanismos de grande serventia, além de, por consequência colaborarem para com o processo de desjudicialização e, por conseguinte, a cultura social.

Para Zimmermann (2014, n. p.), a arbitragem tem sido amplamente utilizada, não só pela morosidade do sistema judiciário, mas também devido à desconfiança da imparcialidade nos processos judiciais. Além disso, devido o objeto litigado e ao fato da decisão ser proferida por especialistas na matéria, colaboram para com a ótica positiva que se têm sobre a arbitragem.

Atualmente, a arbitragem é classificada como método heterocompositivo de solução de conflitos, onde não há intervenção estatal, sendo considerado, portanto, um mecanismo privado ou alternativo para a resolução de conflitos ou, ainda, meio extrajudicial de solução de conflitos.

De acordo com Cahali (2022, p. 123), a busca:

Da melhor alternativa às partes, em sua essência temos na arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamento em matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem

obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho.

A arbitragem possui diversas vantagens, dentre as quais são atrativas para a utilização de tal método, isso porque, além da confiabilidade do árbitro, a celeridade do procedimento, a tecnicidade para o apreço e resolução da matéria também se trata de uma, das principais características que qualificam a arbitragem como um método adequado para a solução de conflitos.

4 DO ORDENAMENTO ARBITRAL E SUA CONSTITUCIONALIDADE

A opção pela arbitragem em detrimento da jurisdição estatal, ainda que uma não seja sobreposta à outra, possui vantagens que pouco se vislumbram no Poder Judiciário. A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa a heterocomposição para a solução de conflitos.

O instituto arbitral se trata de mecanismo em que as partes, diante de um conflito, optam de comum acordo ou por meio da convenção arbitral, estabelecem um terceiro ou colegiado possui poderes para a solução daquele conflito.

De forma geral, a arbitragem é indicada em casos de alta complexidade, os quais necessitam de aprofundamento em matérias específicas, além de exigirem estruturação e tratamento dedicado.

Por meio da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), o Brasil passou a ter a sistematização da arbitragem, de jeito que o ordenamento trouxe normas quanto a relação jurídica que corresponde a aplicação de tal instrumento.

Ao passo que a arbitragem passou por aperfeiçoamentos, a legislação brasileira trouxe inovações consigo. O ordenamento tratou, além da regulamentação das relações jurídicas, a vinculação da cláusula compromissória e a independência arbitral com relação ao Poder Judiciário.

Com a inovação da independência da arbitragem, o ordenamento previu que ao proferir sentença arbitral, dispensa-se a homologação desta por meio do Poder Judiciário, a qual era exigida pelo Código Civil anterior (Lei nº 1.045/1916).

Ao vincular a cláusula compromissória, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), dispôs que, caso, as partes tenham firmado contrato com a presença de cláusula compromissória para a dissolução de disputas por meio do juízo arbitral, desde que preenchidos os requisitos, o instrumento contratual impede que as partes litigantes se recusem a resolver o conflito, em primeiro lugar, por meio da arbitragem.

Para Carmona (1993, p. 4-5):

[...] O Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento a autorizar a exceção de que tratava o art. 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original (cf. RT605/67-70). Nesta esteira, entendiam os tribunais pátrios que o desrespeito à cláusula arbitral não permitia a execução específica da obrigação, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, reconhecidamente de difícil liquidação. Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o *pacto de contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pactum nudum*²⁵⁹, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil.

Além disso, em acórdão proferido em Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, houve o reconhecimento de que “a Lei de Arbitragem brasileira tem incidência imediata aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição”, tornando-se, posteriormente, a Súmula 485 (Cahali, 2022, p. 128).

A necessidade de homologação e a fragilidade que a cláusula convencional possuía em razão do livre arbítrio das partes faziam com que as principais atribuições da arbitragem, como a rapidez, eficiência e eficácia, fossem afastadas.

Diante disso, o marco legal da arbitragem (Lei nº 9.307/1996) foi considerado um grande avanço, vez em que “prestigia a liberdade das partes em buscar a tutela para seus conflitos fora da jurisdição estatal, rompendo com o monopólio do Estado para dirimir controvérsias ao admitir “jurisdição privada” com total independência e eficácia” [...] (Cahali, 2022, p. 128).

Apesar das diversas abordagens legislativas a respeito da arbitragem, sempre houve o questionamento e discussão sobre sua constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), e sua aplicação quanto a direitos indisponíveis.

²⁵⁹ Também conhecido como *nudum pactum*, tem como significado “promessa nua”, a qual refere-se a uma promessa inexigível por falta de consideração.

No que tange a constitucionalidade, em 2004, o Supremo Tribunal Federal foi incitado a decidir sobre o tema ao passo que analisava a homologação de sentença estrangeira prolatada na Espanha.

A sentença espanhola (n. SE 5.206/ES) provocou a Suprema Corte a fim de dirimir dúvidas quanto à aplicação do direito e garantia ao acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88, no entanto, apesar de pertinente questionamento:

Prevaleceu o entendimento de que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário [...] em última análise, a lei não impõe utilização da arbitragem, mantendo íntegro aos interessados o acosso à jurisdição estatal, porém, a lesão a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução, como em momento oportuno se tratará. Ou seja, verificada a violação ao direito, cabe o exame da questão pelo Judiciário, porém, se instaurada e desenvolvida a arbitragem de acordo com os requisitos legais, a mera irresignação do vencido não é causa para se vulnerar a decisão, cujos efeitos são os mesmos de uma sentença judicial, pois livre opção escolheram as partes o método extrajudicial de solução de conflito, e a ele, pelo sistema normativo, deve submeter. (Cahali, 2022, P. 129-130).

A discussão quanto à constitucionalidade da arbitragem acontece no meio doutrinário, girando entorno da aplicação de outros direitos indisponíveis, além da aplicação de direitos principiológicos como o juiz natural, o qual prevê o impedimento da criação de juízo ou tribunal de exceção.

Previsto no artigo 5º, inciso LIII da CRFB/88, o princípio do juiz natural, para Nery Junior e Rosa Nery (2004, p. 23) é compreendido da seguinte maneira “a causa deve ser julgada por juiz imparcial, competente, pré-constituído pela lei, isto é, constituído primeiro do que o fato de ser julgado”, o que faz com que haja a necessidade da submissão do fato ao juiz.

Correlacionando o ensinamento do autor a arbitragem, esta, claramente faz jus ao princípio do juiz natural, isso porque, neste caso, o árbitro passa a ser o juiz da causa, pois por prévio ajuste das partes, este possui poderes para analisar e julgar o conflito.

Ademais, a arbitragem não pode ser confundida com tribunal de exceção, uma vez que se trata de medida alternativa ao Poder Judiciário disponível a todo e qualquer indivíduo, os quais possuem capacidade e faculdade de utilizar quaisquer métodos para resolver suas controvérsias.

Nelson Nery e Rosa Nery (2004, p. 1544), afirmam que:

[...] a arbitragem não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio juiz natural, está presente no juízo arbitral.

Desta forma, a arbitragem não constitui tribunal de exceção, pois está regulamentada em lei, constituída uma forma de solução de conflitos baseado na vontade das partes, ou seja, dependente apenas da intenção das partes, elas não forçadas a utilizá-la. Não sendo obrigatória, está afastada a possibilidade de ser um juízo de exceção.

Neste linear, a previsão constitucional quanto aos órgãos para a aplicação dos direitos e garantias dos cidadãos não se trata de imposição, mas sim, de uma das formas alternativas para a solução pacífica das controvérsias.

5 DA NATUREZA ARBITRAL E SEUS PILARES PRINCIPIOLÓGICOS

O procedimento arbitral, além das discussões até então apresentadas, possui discussão, principalmente, quanto sua natureza jurídica, isto porque, com o decorrer e evolução da arbitragem, três teorias foram adotadas para definir sua natureza.

A primeira teoria é conhecida como privatista ou contratual, deste modo, considera-se a arbitragem como um negócio jurídico, onde os poderes do árbitro e, ao final, sua decisão para solucionar a questão nada mais é que o adimplemento do contrato, ou seja, do convencionado entre as partes. Neste caso, o cumprimento do contrato está restrito a indicação ou delegação do árbitro às partes.

De acordo com Cretella Neto (2004, p.14)

A primeira vertente [contratualista] vislumbra no instituto natureza jurídica de *obrigação criada por contrato*, tendo por consequências todas as derivadas do parto em geral. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é

o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium*²⁶⁰ estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

Devido a necessidade de homologação do laudo arbitral por meio do Poder Judiciário, a sustentação da natureza contratual se tornava fácil, pois o laudo somente produzia efeito entre as partes em decorrência da obrigatoriedade do contrato.

No entanto, com o advento da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) o laudo arbitral passou a ser título executivo judicial, dispensando assim, a necessidade de homologação no judiciário, além de considerar o árbitro como juiz.

Para a teoria publicista, também conhecida como jurisdicionalista a arbitragem possui natureza jurisdicional, considerando que o Estado por meio das ordenações legais atribui ao árbitro poderes para solução de contendas, sendo, portanto, juízes naturais devido a sua autoridade.

Verçosa (2008, p. 242) defende que:

A teoria jurisdicional entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto e, assim, emitindo decisão obrigatória e vinculativa (atribuição dos efeitos da sentença judicial ao laudo arbitral). Além disso, o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal no que tange ao mérito da discussão travada da arbitragem.

Já a teoria intermediária ou mista traz a junção das vertentes anteriores, de jeito que a arbitragem, ainda que pautada na realização de negócio jurídico entre os conflitantes, esta não se desenvolve sem o sistema jurídico, tendo em vista a necessidade de embasamento por meio das legislações. O estudioso Lemes (2007, p. 61) pontua que “a natureza híbrida, que em nosso entender melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”. Em complementação, Cretella Neto discorre o seguinte “a doutrina moderna vê na arbitragem instituto misto, *sui generis*, pois abriga aspecto *contratual e jurisdicional*, que coexistem [...]” (Cretella Neto, 2008, p.355).

²⁶⁰ Significa o direito de mandar ou também, o poder jurisdicional.

A teoria autônoma trata a arbitragem como um mecanismo de solução de conflitos desvinculado do sistema jurídico, o que por sua vez, compõe a independência do procedimento arbitral e a liberdade das partes. “As partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como *soberana*. Cria-se, por esta teoria, uma *jurisdição própria*, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico” (Cahali, 2022, p. 134).

Para se atrelar a natureza jurídica das teorias a arbitragem, há a necessidade de entender-se a jurisdição que, de acordo com Cahali (2022, p. 134):

É o dogma do monopólio estatal [...]. A jurisdição será poder, atribuições e atividade do Estado, para, por intermédio do Judiciário, aplicar o ordenamento ao caso concreto. E assim, seria afastada a natureza jurisdicional da arbitragem, pois sua organização não integra o Estado, ao contrário, pertence ao sistema privado de solução de conflitos. Por outro lado ao se considerar a jurisdição como o poder de solucionar a controvérsia independente da qualidade (pública ou privada) do agente que irá exercer esta atribuição, é inegável a natureza jurisdicional da arbitragem.

Desta forma, é percebe-se, inegavelmente, o cunho jurisdicional do procedimento, pois as atribuições outorgadas ao árbitro são passíveis de um juiz natural, bem como decorre de lei.

Barbi (1983, p. 15-16) argumenta que:

O Código [de Processo Civil] admite a existência de uma jurisdição contenciosa e uma voluntária (...). A jurisdição contenciosa ou simplesmente jurisdição (...) tem por finalidade aplicar as aludidas normas gerais aos casos concretos que são levados à sua apreciação e julgamento (...) todavia, não compreende apenas a função de decidir qual o direito em um determinado caso, mas abrange também a atividade de tornar efetivo o direito reconhecido.

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu artigo 3º dispõe sobre a apreciação jurisdicional, a qual pode ocorrer por meio da arbitragem, segundo o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, o que corrobora com o artigo 42 do ordenamento, o qual versa o seguinte: “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

Contudo, ressalva deve ser feita quanto à diferença da jurisdição estatal e arbitral, sendo esta última, outorgada mediante legislação *in abstracto* e, atribuída *in concreto* ao árbitro se assim desejarem as partes, podendo ser exercida, inclusive, de forma preventiva ao conflito.

A arbitragem, de acordo com a disposição da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) pode ser contratada por pessoas capazes para a solução de conflitos que girem em torno dos direitos patrimoniais disponíveis.

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) dispõe que a capacidade é a aptidão para o exercício de direitos, bem como a prática atos ou negócios jurídicos, o ordenamento também trata das restrições e condicionamentos destes atos.

Para a arbitragem a capacidade é *conditio sine qua non*²⁶¹, no entanto, sua restrição está descrita na impossibilidade de resolver conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, deste modo, além de abordar a temática dos conflitos que podem ser submetidos a arbitragem, percebe-se um dos principais princípios norteadores da arbitragem, o princípio da autonomia privada, o qual concede aos cidadãos o poder de estabelecer livremente o procedimento arbitral, além de determinar o árbitro, tempo hábil para a solução do litígio e o direito aplicável, sendo, portanto, o princípio basilar da arbitragem.

O princípio da competência, também conhecido como *Kompetenz-Kompetenz* é capaz de embasar o anterior, de forma que, segundo a legislação arbitral (Lei nº 9.307/1996) “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Com a existência de cláusula compromissória, o artigo 20 da Lei (Lei nº 9.307/1996), informa que qualquer questão relativa à existência, validade e eficácia da cláusula deve ser analisada em primeiro lugar, existindo a possibilidade de apreciação pelo Judiciário. Ademais, existindo o reconhecimento da competência arbitral, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) aponta que ocorrerá a extinção do processo sem resolução do mérito.

A hipótese possível para a incidência da regra é de ingresso em Juízo Estatal de pedido de tutela provisória antecedente à arbitragem. Nesse caso, no momento inicial, não caberia a alegação de existência de convenção arbitral (CPC/2015, ART. 337, X), pois há jurisdição

261 Trata-se de uma condição. Sem esta condição, a situação não ocorreria. Indica circunstância indispensável à validade ou existência do ato.

estatal para o processamento da medida. No momento oportuno, instituída a arbitragem, caberá ao Juízo Arbitral afirmar sua competência atraindo assim a jurisdição também sobre a matéria (tutela provisória) debatida no juízo estatal [...]. Importante notar que se a parte deixou de alegar, quando e como lhe competia, no curso do processo judicial a exceção de existência de convenção arbitral, haverá “aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” (CPC/2015, ART. 337, §6). (Cahali, 2022, p. 149).

Desta forma, o princípio da competência dispõe sobre a competência do árbitro para decidir quanto a jurisdição e não afastar o Judiciário. É uma singela análise de qual das jurisdições é adequada para a solução do conflito.

Outro princípio basilar se encontra no devido processo legal, pois este norteamento abrange a disposição do artigo 21, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) tendo em vista que durante todo o procedimento “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

[...]. Desta forma, se por desconhecimento, descuido ou mesmo submissão de um à imposição do outro estas *garantias* de um devido processo legal vierem a ser vulneradas, até mesmo na convenção arbitral, ou posteriormente, cabe a qualquer momento a correção do rumo da arbitragem, pelo próprio árbitro, tornando sem efeito o quanto estabelecido em contrário à lei. (Cahali, 2022, p. 261).

5 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUAS VANTAGENS

A arbitragem se mostra vantajosa em diversos aspectos, devido a possibilidade de escolha do julgador sobre a causa em litígio, sendo admissível a escolha de indivíduo que respeite e traga confiança aos conflitantes, além de possuir conhecimento técnico acerca da matéria.

Outro atrativo do instituto é tido com a celeridade, tendo em vista que a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) impõe o prazo de seis meses para a resolução da controvérsia, além de conceder às partes a possibilidade de estipular prazo do diverso da legislação, seja ele, menor ou maior, a depender da complexidade da questão em confronto. Acerca deste benefício, Rechsteriner (2001, n. p.) discorre que:

Não se pode esquecer, no entanto, que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a seriedade do procedimento arbitral deve predominar em relação ao princípio da celeridade. Somente assim a arbitragem constituirá uma verdadeira alternativa a justiça estatal.

A flexibilidade do procedimento arbitral compõe, além da celeridade, a informalidade, o que passa a dar enfoque à solução do conflito, ao mesmo tempo em que procura garantir a segurança dos envolvidos. “Note-se falar aqui em menor rigor quanto ao procedimento, em especial, quanto a formalidade para a prática de atos, mas em momento algum haverá transigência quanto aos direitos das partes” (Cahali, 2022, p. 125).

A inexistência da viabilidade recursal, a qual se fundamenta com base na tecnicidade do árbitro eleito para a dissolução do conflito, pois, tendo este se dedicado veementemente ao conflito, pouquíssima é a necessidade de revisão da decisão final, o que, por sua vez, impede a perpetuação do processo no tempo.

Tem-se como vantagem, o cumprimento espontâneo da decisão final, qual seja, a sentença arbitral, consagrando assim, a confiabilidade das partes para com o árbitro, de forma que as partes se comprometem, implicitamente, com o cumprimento da sentença prolatada.

Há de se ressaltar ainda, que a confidencialidade, apesar de presente nos processos judiciais, na arbitragem, é tida de forma mais rigorosa. No procedimento arbitral, tendo as partes optado pelo árbitro ou pela instituição arbitral, os atos praticados, as discussões e definições tidas, devem, obrigatoriamente ser mantidas em sigilo, de jeito que, nem as partes, tampouco o objeto litigado serão acessíveis a terceiros, com exceção daqueles permitidos pelas partes em conflito.

A economicidade da arbitragem é se não o principal, um dos maiores atrativos do procedimento. Diante da primeira impressão, pode ser um motivo desencorajador, contudo, diante das demais vantagens que o instituto dispõe, acaba por se tornar, uma grande oportunidade célere e adequada para dirimir o conflito.

Apesar das vantagens e benefícios apontados a pouco na utilização da arbitragem, em primeiro lugar, as partes devem atender a matriz do método, ou seja, a convenção de arbitragem por meio da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Tem-se por definição que a cláusula compromissória é a previsão contratual preventiva, que tem como fundamento a ideia de que surjam eventuais conflitos no decorrer do contrato, estes se resolvam por meio da arbitragem.

De acordo com a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) trata-se da “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente do contrato”, além de que “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

Já o compromisso arbitral é firmado pelas partes que se encontram diante de um conflito evidente, podendo ser judicial, caso o conflito já se encontre em demanda ou extrajudicial, quando as partes celebram por meio de instrumento particular ou público.

O compromisso, seja judicial ou extrajudicial representa um negócio jurídico, que para Carmona (Op. cit., p. 189-190) é “através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral”, deve atender aos requisitos legais, bem como atender as formalidade contidas no artigo 10, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e que dispõe:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (Lei nº 9.307/1996)

Recai ainda sobre as partes a necessidade de escolha quanto a espécie arbitral, a qual se classifica em institucional, que genericamente é atribuída a uma câmara, centro ou tribunal, que passa a gerir as etapas e trâmites necessários para o procedimento, recaindo somente ao árbitro poderes de julgamento; ou avulsa, conhecida como *ad hoc*, a qual as partes indicam um árbitro de sua confiança e, este se encarrega dos trâmites procedimentais.

Somente então, se dá início a etapa preliminar que, em síntese, descrita por Cahali (2022, p. 266-267) é o momento em que:

Deverá o interessado apresentar o requerimento da arbitragem, noticiando o conflito, comprovando a existência de cláusula arbitral ou compromisso, e detalhes do procedimento segundo a convenção [...]. Neste momento, apenas identifica-se o objeto do conflito, com rápida e superficial referência às razões da alegada lesão a um direito, sem ainda detalhar o fundamento da pretensão. Formula-se o pedido

e atribui-se o valor respectivo, mas tudo ainda em uma fase preliminar.

Após, realizar-se a instauração da arbitragem, se dá início a etapa de organização e desenvolvimento. Nestes momentos, deve-se ocorrer a elucidação da convenção arbitral, fixação do objeto e estabelecimento do cronograma para a realização de atos. Beraldo (2014, p. 285) defende que:

Trata-se de instrumento, sem previsão legal, que possui relevante função ordenadora no procedimento arbitral, uma vez que é nele que as partes poderão, por exemplo, adaptar, alterar ou prever as regras do regulamento aplicáveis ao caso concreto, observando-se as particularidades necessárias, tais como forma de indicação de árbitro e o prazo para a prática de atos processuais.

A partir daí, se dá início a fase postulatória, a qual devem ser apresentadas as alegações iniciais, seguidas de decisões interlocutórias, atos de expediente, intimações, tentativa de conciliação, produção de provas, inclusive orais, apreciação de pedidos liminares como tutelas de urgência e evidência e, por fim, a sentença arbitral.

A sentença arbitral põe fim ao procedimento arbitral. Trata-se, única e exclusivamente, do pronunciamento do árbitro ou tribunal arbitral e considera-se como a realização da prestação jurisdicional pretendia pelos conflitantes. É, portanto, a decisão final do árbitro, a qual define quanto ao objeto litigado.

Deste modo, a manifestação arbitral pode ser constitutiva, declaratória, condenatória ou homologatória, devendo, no entanto, todas as espécies atender aos requisitos descritos na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) em seu artigo 26, que dispõe:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Tendo sido observadas todos os requisitos para a prolação de sentença, em se tratando da arbitragem avulsa, o árbitro tem o dever de comunicar as partes a decisão tomada e, isto ocorre mediante o envio de cópia por qualquer meio de comunicação, desde que comprovado recebimento, bem como pessoalmente, entregando-lhes cópia mediante recibo.

Em se tratando de arbitragem institucional por meio de tribunal arbitral, a Lei de Arbitragem estabelece que “a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral”. Neste caso, não se descaracteriza a sentença arbitral, ocorre que, a sentença decorre da decisão do colegiado de julgadores.

Em ambos os casos, ou seja, em se tratando da arbitragem avulsa ou institucional, prolatada a sentença, leva-se adiante a conclusão do procedimento arbitral com a devida comunicação as partes.

Bem como o procedimento judicial, a sentença arbitral é passível da necessidade de melhores explicações, o que deve ocorrer por meio do instituto chamado “Pedido de Esclarecimento” que muito se assemelha ao “Embargos de Declaração”, pois, leva-se em conta o intuito de sanar eventuais erros materiais, obscuridades, dúvidas ou contradições da sentença. Contudo, a parte que deseje esclarecer tais dúvidas o deve fazer dentro do prazo de 5 dias ou, no prazo que tenha sido acordado entre os envolvidos, além de comunicar a outra parte.

Ultrapassado o momento da sentença arbitral, a arbitragem chega ao fim, ou seja, a investidura dos árbitros é finda, além disso, a própria jurisdição arbitral e questões relacionadas a ela também se findam.

Cahali (2022, p. 378) informa que “[...] na arbitragem, a sentença encerra, como visto, a própria jurisdição arbitral, e assim, não se terá a quem encaminhar qualquer solicitação ou expediente posterior, ressalvadas as providências de praxe relacionadas à garantia de eficácia da decisão”.

A depender da espécie de sentença proferida no juízo arbitral, há de se tomar providências específicas quanto ao seu cumprimento, isso porque, apesar de possuir os mesmos efeitos que a sentença proferida no Judiciário, também possui efeitos *erga omnes*, entretanto, só deverá ser executada a sentença condenatória, a qual se classifica como título executivo judicial, capaz de ensejar o cumprimento.

Neste caso, deve-se levá-la a cumprimento através do procedimento Judicial, todavia, o início do procedimento pode ocorrer com a atualização e apuração de juros e taxas estabelecidas enquanto arbitragem ou então, para que haja a apuração do *quantum debeat*, apesar de não ser uma opção adequada.

Entretanto, pode-se perceber a utilização desta espécie de sentença e utilização do procedimento Judicial em casos que versem sobre a tutela jurisdicional deferida que necessita da colaboração do Poder Judiciário para se efetivar, por meio da carta arbitral ou outros métodos adequados. Sendo assim, a participação da jurisdição estatal poderá ocorrer de diversas formas para a efetivação da sentença prolatada.

6 CONCLUSÃO

Deste modo, a arbitragem, sem dúvidas, se mostra um mecanismo eficiente e que possui diversas vantagens, assim como aponta diversos benefícios a seus jurisdicionados, dentre eles a agilidade e qualidade das decisões.

Em contrapartida, ao passo que proporciona benefícios, a arbitragem 'espera' que as partes conflitantes ajam de boa-fé, isso durante o procedimento arbitral e após a decisão final, tendo em vista que a arbitragem se fundamenta, principalmente, na confiabilidade entre os conflitantes e o árbitro.

Portanto, diante da possibilidade de resolução de conflitos por meio da arbitragem, obtendo assim, uma solução pacífica, célere, acessível, adequada e que atenda a pertinência temática do caso em concreto, a arbitragem têm se mostrado um instituto de grande valia e alternativamente ao Poder Judiciário, além de proporcionar ao mesmo, seu descongestionamento.

REFERÊNCIAS

BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Forense. Rio de Janeiro, Vol. I, 1983, p. 15-16.

BERALDO, L. de F. **Curso de Arbitragem**. Atlas. São Paulo, 2014, p. 285.

BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de março de 2023.

BRASIL, Constituição Política do Império do, de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Decreto nº 8.465 de 8 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Decreto nº 10.025 de 20 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 de maio de 2023.

BRASIL, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 9 ed., Revista dos Tribunais, 2022. São Paulo.

CÂMARA, A. F. **Arbitragem: Lei 9.307/96**. 4 ed., Lúmen Júris, 2005, 178 p. Rio de Janeiro.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à Lei de Arbitragem: Lei nº 9.307, de 23/9/1996**. 2 ed., Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2004, p. 184.

CARMONA, C. A. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. Malheiros Editores, 1993. São Paulo.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo**. Atlas. São Paulo, 2009, p. 12.

CARMONA, C. A. **A arbitragem como meio adequado de resolução de litígios.** *In:* GRINOVER, A. P.; PELUSO, A. C.; RICHA, M. de A. (coords.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional.** Forense. Rio de Janeiro.

CARMONA, C. A. **A arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro.** Dissertação de doutorado. USP. São Paulo, 1990, p. 33.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo.** 23 Ed. Malheiros. São Paulo, 2005, p. 25.

CRETELLA NETO, J. **Curso de arbitragem.** Forense. Rio de Janeiro, 2004, p. 14.

GUERREIRO, L. F. **Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira.** RePro 159/9, trazendo CARNELUTTI, F. *Instituzioni del processo civile italiano.* 5.ed. Foro Italiano, Roma, 1956, p. 120. CARNELUTTI, F. *Sistema del diritto processuale civile.* Cedam. Vol. 1, 2, 3. Padova: 1939, p. 527-528; RUBINO-SAMMARTINO, M. *Il diritto dell'arbitrato (interno).* 2.ed. Cedam. Padova. 1994, p. 28.

LEMES, S. M. F. **Arbitragem na administração pública.** Quartier Latin. São Paulo, 2007, p. 60.

LEMONS, E. M. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não Juristas.** 1 ed., Editora Consulex, 2001. Brasília.

LUCHIARI, V. F. L. **Comentários da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de setembro de 2010.** *In:* GROSMAN, C. F.; MANDELBAUM, H. G. **Mediação no Judiciário: teoria na prática e prática na teoria.** Primavera. São Paulo, 2012, p. 305.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 8ed., Revista dos Tribunais, 2004. São Paulo.

NANNI, G. E. **Recurso arbitral: reflexões.** *In:* GUILHERME, L. F. do V. de A. (org). **Aspectos práticos da arbitragem.** Quartier Latin. São Paulo, 2006, p. 161-188.

PEREIRA, R. da C. **Família, direitos humanos, psicanálise, e inclusão digital.**

RECHSTEINER, B. W. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996 – Teoria e Prática.** Ed. RT. São Paulo, 2001.

SOARES, G. F. S. **Arbitragem Internacional (introdução histórica).** Saraiva, Vol. 7. São Paulo, 1978, p. 377.

SODRÉ, A. **Curso de direito arbitral.** Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 106-107.

VERÇOSA, H. M. D. **Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996.** Malheiros. São Paulo, 2008, p. 242.

VALENÇA FILHO, C. de M., LEE, J. B. **Estudo de arbitragem.** Curitiba, 2008.

WANBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de, TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 5 ed., Revista dos Tribunais, 2002. São Paulo.

WATANABE, K. **Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional.** Forense, 2011. Rio de Janeiro.

WATANABE, K. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** *In:* MORAES, M. Z.; YARSHELL, F. L. (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** DPJ. São Paulo, 2005, p. 684-690.

ZIMMERMANN, C. L. **A arbitragem e os contratos internacionais.** Revista Jus Navegandi, 2014. Teresina.

IMPLICAÇÕES DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NO MODELO FAMILIAR BRASILEIRO

WELISSON ARAÚJO DA TORRE:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário Una Contagem²⁶²

VIRGÍLIO QUEIROZ DE PAULA

(orientador)

RESUMO: Este trabalho descreve as principais mudanças no ordenamento jurídico trazidas pela reforma da previdência de 2019 (Emenda Constitucional nº 103/2019), relacionando-as aos princípios gerais de direito previdenciário associados ao princípio de proteção familiar e avalia como estas alterações impactam o modelo familiar brasileiro. Ainda, identifica eventuais conflitos com princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais. O objetivo principal é verificar se as mudanças legislativas apresentadas podem influenciar no planejamento familiar brasileiro, considerando principalmente o impacto aos dependentes do segurado. Para tanto, foi examinada a hipótese de que a opção do casal para que um dos cônjuges se abdique da vida profissional para se dedicar aos filhos torna-se inviável considerando o novo modelo normativo instaurado com a reforma da previdência de 2019. Esta hipótese foi confirmada, considerando os riscos trazidos para o núcleo familiar a partir da alteração das regras de concessão de benefícios, mais restritivas, e da alteração dos valores dos benefícios. Após confrontar as mudanças legislativas com dados oficiais do Sistema Previdenciário Brasileiro, constata-se as perdas de direitos impostas aos beneficiários e seus dependentes e conclui-se que a reforma da previdência 2019 confere novas restrições às famílias brasileiras e a liberdade de constituição familiar.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. Emenda Constitucional nº 103/2019. Direito previdenciário. Direito de família. Princípio de proteção à família.

ABSTRACT: This text describes the main changes in the legal system brought about by the 2019 Social Security Reform (Constitutional Amendment No. 103/2019), relating them to the general principles of social security law associated with the principle of family protection and assessing how these changes impact the Brazilian family model. It also identifies possible conflicts with constitutional principles, rights, and fundamental

262 E-mail: welissonat@gmail.com

guarantees. The main objective is to verify whether the legislative changes presented can influence Brazilian family planning, considering mainly the impact on dependents of the insured. To this end, the hypothesis was examined that the couple's option for one spouse to give up their professional life to dedicate themselves to their children becomes unfeasible considering the new normative model established with the 2019 Social Security reform. This hypothesis was confirmed, considering the risks brought to the family nucleus from the alteration of more restrictive benefit granting rules and benefit values. After confronting legislative changes with official data from the Brazilian Pension System, it is noted that beneficiaries and their dependents suffer losses of rights imposed by these changes. It is concluded that the 2019 pension reform imposes new restrictions on Brazilian families and freedom of family formation.

Keywords: Social Security Reform. Constitutional Amendment No. 103/2019. Pension Law. Family Law. Principle of Family Protection.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 103/2019, conhecida como reforma da previdência, alterou o sistema previdenciário brasileiro trazendo modificações na concessão de benefícios, idade mínima para aquisição de direito à aposentadoria, tempo de contribuição, regras para pensão por morte, entre outros (BRASIL, 2019). Foram muitas modificações com impacto direto ou indireto em grande parcela da população brasileira. Segundo o relatório de Gestão 2020 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2021), o INSS tem cerca de 110 milhões de pessoas entre segurados e beneficiários.

Por ser um assunto muito técnico, com baixo entendimento e pouco interesse dos cidadãos em geral, fica o questionamento se a família *média* brasileira está preparada para se adequar à situação imposta a partir de 2019. Este artigo tratará especificamente os impactos da EC nº 103/2019 no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), por ser o regime que impacta a maior parte da população.

As características do sistema previdenciário que prevê a contribuição do segurado durante longos anos, com uma série de regras para obtenção dos benefícios pelo segurado e por seus dependentes, tem a função de garantir o sustento do segurado e de seus dependentes em situações de contingências (idade avançada, morte, reclusão, doença,

entre outros). Entender estas regras é fundamental para que o segurado e seus dependentes não fiquem sem cobertura quando mais possam precisar.

Este trabalho acadêmico se justifica e mostra sua relevância ao buscar clarear os impactos da reforma da previdência de 2019 nos modelos familiares em que apenas um cônjuge trabalha, situação ainda bem recorrente no Brasil, e destacar outras regras que possam ser determinantes na tomada de decisão familiar.

Antes de abordar os pontos específicos impostos pela reforma da previdência é mister entender alguns princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais que norteiam a aplicação e interpretação da própria constituição e do ordenamento jurídico brasileiro. Em especial os princípios e garantias relacionados à família e à seguridade social. Considerando o neoconstitucionalismo como dogmática para interpretação constitucional, que conforme afirma Barroso é o fenômeno em que “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2006, p. 20).

Como metodologia, se propõe a revisão sistemática da doutrina de direito previdenciário, dos princípios constitucionais de proteção à família, da Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de novembro de 2019 e aquisição de dados oficiais do Estado Brasileiro sobre o sistema previdenciário.

Seguem os pressupostos normativos, de ordem principiológica, que pautarão toda a análise do tema. Desta indicação evidenciar-se-á o prisma sob o qual se legitima a coleta e tratativa dos dados que serão apresentados, bem como as respostas possíveis do problema posto a análise.

1.1. Princípios do direito de família

1.1.1. Princípio de proteção à família

A família é considerada pela Constituição como importante instituição da sociedade. A CR/88 em seu art. 226 garante especial proteção da família pelo Estado. Desta forma, o Estado não deve ingerir nas decisões, formação e planejamento familiar, como também agir ativamente para sua proteção.

1.1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Como assertivamente pontua Gustavo Tepedino “a milenar proteção da família como instituição ... dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros (TEPEDINO, 1997)”.

Ao encontro deste entendimento a CR/88 em seu art. 1º, III, traz como seu fundamento a dignidade da pessoa humana. Desta forma, a instituição família será plena quando garantida a dignidade de cada um de seus membros.

1.1.2.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Acerca dos direitos humanos, é importante destacar o que o art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, subscrito pelo Brasil, traz como direitos de todos os seres humanos:

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (BRASIL, 1948).

Importante destacar as garantias de seguridade social e em especial as contingências relacionadas à previdência: doença, invalidez, viuvez e velhice.

1.1.3. A liberdade de constituição de comunhão de vida familiar

Conforme assinala Fernandes, o princípio da liberdade na família é contemplado de maneira difusa na Constituição. Em um primeiro aspecto na liberdade de um membro em relação aos outros e, em um segundo viés, na liberdade de formação, manutenção e extinção do modelo e planejamento familiar, sem qualquer tipo de imposição do Estado (FERNANDES, 2015, p.79).

1.2. Princípios de Seguridade Social

Para entender os objetivos da Previdência Social é importante conhecer alguns dos princípios da Seguridade Social. Como bem define a CR/88, art. 194, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

A doutrina, dentre eles Dos Santos e Lenza (2023) e Horvarth (2020), enumera os princípios da Seguridade Social baseando-se nos incisos do art. 194 da CR/88: universalidade da cobertura e do atendimento; irredutibilidade do valor dos benefícios; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da administração. Destes, é importante destacar os dois primeiros.

1.2.1. Universalidade de cobertura

O princípio da universalidade da cobertura visa a garantir que as situações de necessidade da sociedade tenham proteção social. No dizer de Rosa Elena Bosio, traduzida por Dos Santos e Lenza (2023, p. 61-62 *apud* BOSIO, 2005, p. 17):

a seguridade social deve cobrir todos os riscos ou contingências sociais possíveis: doença, invalidez, velhice, morte etc. Em um sistema completo, este aspecto é fundamental porque permitiria que a seguridade social cumprisse seus fins. [...] Esse princípio se reflete no aforismo que diz ‘a seguridade social ampara o homem desde seu nascimento e até depois de sua morte’, convertendo esta ciência numa garantia que tem a pessoa para conseguir o desenvolvimento total de sua personalidade (DOS SANTOS E LENZA, 2023, p. 61-62).

1.2.2. Irredutibilidade dos valores dos benefícios

Tal princípio decorre do art. 201, §4º da CR/88. O objetivo é manter o valor real do benefício ao longo dos anos, garantindo segurança ao beneficiário e dependentes. Conforme ressalta Dos Santos e Lenza (2023) “ao longo de sua existência, o benefício deve suprir os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade”.

1.3. Princípios e Direitos fundamentais relacionados ao Direito Previdenciário

Diversos são os princípios relacionados ao direito previdenciário. Destacam-se os mais relevantes para a análise do problema proposto.

1.3.1. Direito à Aposentadoria aos trabalhadores

A Constituição da República garante no título de direitos e garantias fundamentais, no capítulo dos direitos sociais, o direito à aposentadoria (art. 7º, XXIV).

1.3.2. Princípio da compreensibilidade

O princípio da compreensibilidade, segundo Horvarth (2020), “visa proteger todas as eventualidades e não apenas determinados eventos típicos ou riscos”. Desta forma, o sistema de previdência deve proteger as eventualidades da vida que gerem a situação de necessidade. O art. 201, §10, CR/88 positiva este princípio: “Lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho[...]”. A aplicação deste princípio é limitada pela capacidade de fazer do Estado.

2. MOTIVAÇÃO DA EC N° 103/2019

A motivação para a elaboração de uma emenda constitucional é encontrada na PEC (proposta de emenda constitucional) que a originou. A EC n° 103/2019 foi originada pela PEC 6/2019, proposta pelo presidente Jair Bolsonaro em 20 de fevereiro de 2019.

De forma resumida, a reforma é justificada na PEC para realizar o equacionamento entre receitas e despesas do RGPS.

A PEC cita impacto líquido previsto com as medidas propostas na reforma do Regime Geral de Previdência Social, conforme a Tabela 1.

TABELA 1 - IMPACTO LÍQUIDO PREVISTO PELA REFORMA DO RGPS. FONTE: PEC 6/2019.

Impacto Líquido (R\$ bi em 2019)	Em 10 anos	Em 20 anos
Reforma do RGPS	715,0	3.449,4

Curioso ressaltar que a PEC cita, em seu item 4, que o modelo anterior vigente, não favorece o combate à desigualdade: “O modelo atual das regras atuariais e de acesso a benefícios previdenciários, [...] não atenderam aos princípios constitucionais de igualdade e distribuição de renda, já que conforme levantamento da OCDE o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo”.

3. MODIFICAÇÕES RELEVANTES DA EC N° 103/2019

A EC n° 103/2019 promoveu uma profunda mudança no regramento previdenciário brasileiro. Estas mudanças ocorreram no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O objeto deste estudo é apenas o primeiro.

Houve alterações nas alíquotas de contribuição, na tabela e faixas de contribuição, extinção da aposentadoria por tempo de contribuição, alteração na idade mínima de aposentadoria, no tempo mínimo de contribuição, nos valores dos benefícios, na base de cálculo dos benefícios, implementação de regras de transição para quem ainda não possui o direito adquirido à aposentadoria, mudança das regras para pensão por morte, entre muitos outros.

A grande maioria destas modificações impactam diretamente o indivíduo segurado (tempo para se aposentar, requisitos para se aposentar, alíquota e valores dos benefícios, entre outros) e indiretamente seus dependentes e familiares.

Outras mudanças afetam diretamente os dependentes do segurado. Entende-se que para o planejamento familiar estes são os pontos mais relevantes e serão aprofundados.

Fundamental destacar que os benefícios são devidos aos dependentes somente quando o segurado não tem direito à cobertura previdenciária. No sistema brasileiro existem apenas duas situações: pensão por morte do segurado e auxílio reclusão (recolhimento do segurado à prisão).

3.1. Pensão por morte

A pensão por morte é um dos benefícios mais importantes para o planejamento familiar. Ele é a garantia e segurança que o indivíduo tem em não deixar seus dependentes desassistidos em sua falta.

3.1.1. Impacto no valor das pensões

Antes da reforma da previdência de 2019, a RMI (renda mensal inicial) da pensão por morte era garantida aos dependentes em 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, conforme artigo 75 da Lei n. 9.528/97 (BRASIL, 1997).

A EC nº 103/2019, em seu artigo 23, define novo regramento para a pensão por morte. O valor do benefício cai em um mínimo de: 60 (sessenta) pontos percentuais para 1 dependente, com acréscimo de 10 (dez) pontos percentuais por dependente adicional, limitado ao máximo de 100% (cem por cento). A RMI será sobre o valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito. A Figura 1 exhibe graficamente a evolução do valor do benefício a depender do número de dependentes.

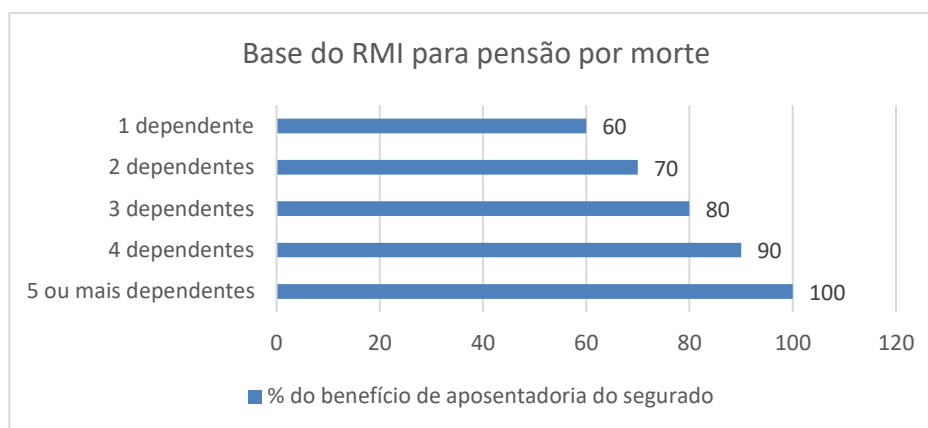


FIGURA 1 - EVOLUÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE EM RELAÇÃO AO NÚMERO DE DEPENDENTES. EC 103/2019

3.1.2. Impacto na acumulação de benefícios

A EC nº 103/2019, em seu art. 24, §1º, alterou o regramento para acumulação de benefícios de diferentes tipos e regimes. Outrora, poderia, sem limitação, acumular uma pensão por morte com aposentadoria, por exemplo. A mudança legislativa impôs limitação à cumulação e, quando permitida, foi determinada limitação de valores.

§ 1º Será admitida, nos termos do § 2º, a acumulação de:

I - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida por outro regime de previdência social ou com pensões decorrentes das atividades militares [...];

II - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de inatividade decorrentes das atividades militares [...]; ou

III - pensões decorrentes das atividades militares [...] com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social (BRASIL, 2019).

Nos casos de acumulação permitida, o art. 24, §2º, define a forma de cálculo do benefício. Será sempre mantido o benefício mais vantajoso (de maior valor), mais um percentual dos demais benefícios, conforme faixas determinadas, apurada cumulativamente:

I - 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário-mínimo, até o limite de 2 (dois) salários-mínimos;

II - 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários-mínimos, até o limite de 3 (três) salários-mínimos;

III - 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários-mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários-mínimos; e

IV - 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários-mínimos. (BRASIL, 2019).

A Figura 2 ilustra as faixas para apuração dos benefícios. Fica evidente a enorme perda do valor do benefício se o somatório dos demais benefícios exceder o valor de um salário-mínimo.

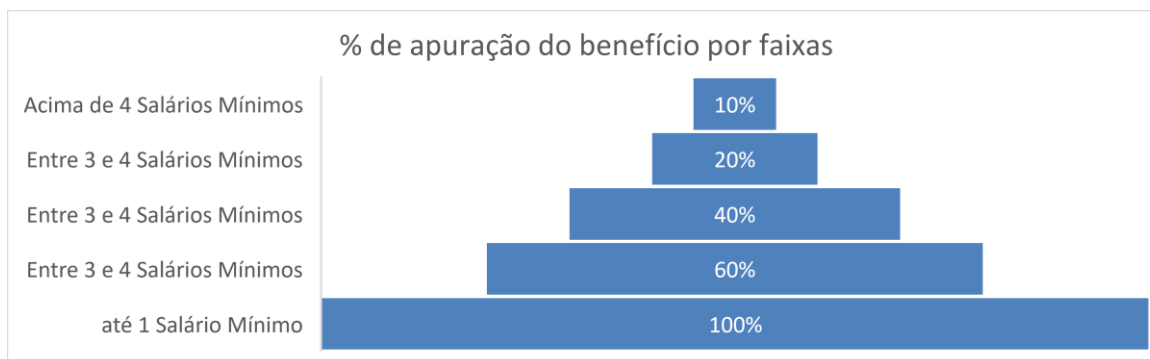


FIGURA 2 - FAIXAS PARA APURAÇÃO DOS DEMAIS BENEFÍCIOS

3.1.3. Modificações dos requisitos da pensão por morte pela Lei nº 13.135/2015

Não obstante não compor a reforma da previdência de 2019, pela importância do tema, torna-se mister abordar os critérios de idade do dependente implantados pela Lei nº 13.135/2015, para concessão do benefício de pensão por morte.

O benefício cessa em 4 (quatro) meses se o segurado não tiver cumprida a carência de 18 (dezoito) meses, na data do óbito, ou se o casamento e a união estável tiverem duração menor que 2 (dois) anos. Mesmo se cumpridos os requisitos anteriores, a duração do benefício será variável a depender da idade do pensionista, conforme elencado na Tabela 1, e passa a ser vitalício somente se o dependente pensionista estiver com mais de 44 anos de idade.

TABELA 2 - DURAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE, CONFORME IDADE DO PENSIONISTA.

Idade do pensionista (anos)	Duração da pensão (anos)
Menor que 21 (vinte e um)	3 (três)
Entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis)	6 (seis)
Entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove)	10 (dez)

Entre 30 (vinte e sete) e 40 (vinte e nove)	15 (quinze)
Entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três)	20 (vinte)
Com 44 (quarenta e quatro) ou mais	Vitalícia

3.2. Impacto no auxílio-reclusão

O auxílio-reclusão é garantido aos dependentes do segurado de baixa renda, conforme art. 201, IV da Constituição Federal de 1988. Este benefício é direito dos dependentes quando o segurado é recolhido à prisão em regime fechado e “não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”, conforme lei nº 8.213/1991, art. 80 (BRASIL, 1991).

Juntamente com a PEC 6/2019, que veio a se converter na EC nº 103/2019, o governo federal à época emitiu a Medida Provisória nº 871, de 18 de jan. 2019, com o objetivo de alterar o sistema previdenciário. Esta MP foi convertida em lei 13.846 que alterou a lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS), lei nº 8.213/1991, alterando o benefício de auxílio-reclusão.

3.2.1. Exigência de carência

Antes da alteração da lei 13.846, não existia carência para concessão do benefício, apenas requisito que a pessoa presa fosse segurada da Previdência Social. Após a referida lei, a carência passa a ser de 24 (vinte quatro) contribuições.

3.2.2. Impacto no valor do benefício

Anterior à Lei 13.846, o salário de benefício era equivalente ao último salário de contribuição do segurado, após a mudança no ordenamento jurídico, passa a ser concedido nas mesmas condições da pensão por morte, na melhor das condições. Isto porque a EC nº 103/2019, limitou o máximo do benefício ao valor de 1 (um) salário-mínimo, conforme art. 27, §1º.

4. DADOS OFICIAIS SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Para compreender o alcance das mudanças, quanto permeia na sociedade brasileira, é importante conhecer qual segmento da população é atingida. O Governo Federal divulga anualmente relatórios com dados estatísticos sobre a Previdência Social e o INSS através do Anuário Estatístico de Previdência Social - AEPS (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2022; INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2020). Destaca-se a seguir dados relevantes do AEPS de 2021 e 2019 quem permitem entender os impactos destacados no tópico anterior.

4.1. Dados referentes a quantidade de dependentes de pensões por morte

Todos os dados aqui apresentados para quantidade de dependentes de pensões por morte estão disponíveis no relatório na Seção I - Benefícios, Subseção C – Benefícios Ativos, AEPS de 2021.

O Capítulo 15 do relatório referente aos benefícios ativos, item 15.2, apresenta os dados de quantidade de dependentes recebedores de pensões por morte urbanas ativas, por grupo de vínculos e sexo, segundo os grupos de idade. Considerando a posição de dezembro de 2021, no total são 5.672.107 dependentes, destes, 4.933.786 (87%) são cônjuges, companheiros ou ex-cônjuges. Os demais dependentes identificados no relatório somam 13%: filho, irmão, pai, mãe, designado, ou não identificado. A Figura 3 apresenta estas informações de forma gráfica.

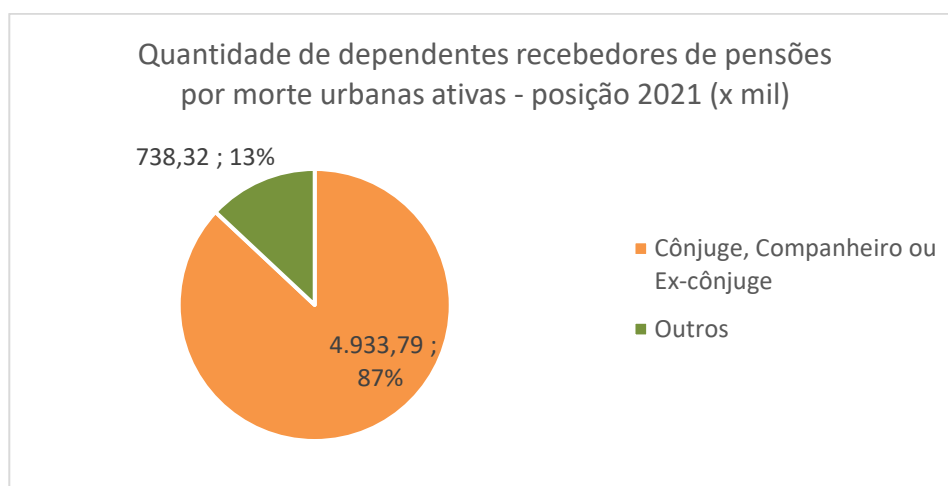


FIGURA 3 – NÚMERO DE PENSÕES POR MORTE, POR VÍNCULO ENTRE DEPENDENTE E SEGURADO. FONTE DOS DADOS: AEPS DE 2021 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2022).

Considerando o grupo de dependentes por vínculo que recebem pensões por morte urbanas em dezembro de 2021 mais representativo da população, ou seja, os dependentes cônjuges, companheiros ou ex-cônjuges (87%), passa-se a análise por faixa etária. A Figura 4 apresenta estas informações de forma gráfica.

No total são quase cinco milhões de pensões (4.933.786), sendo 88,4% do sexo feminino (4.359.109) e apenas 11,6% do sexo masculino (574.677).

Os dependentes cônjuges, companheiros e ex-cônjuges das faixas etárias de 0 a 44 anos, somam acumuladamente 277.197 pessoas, equivalentes a 4,9% de todos os dependentes pensionistas urbanos. Importante destacar estas faixas etárias, pois conforme a legislação vigente, são as faixas que não teriam direito à pensão por morte vitalícia.

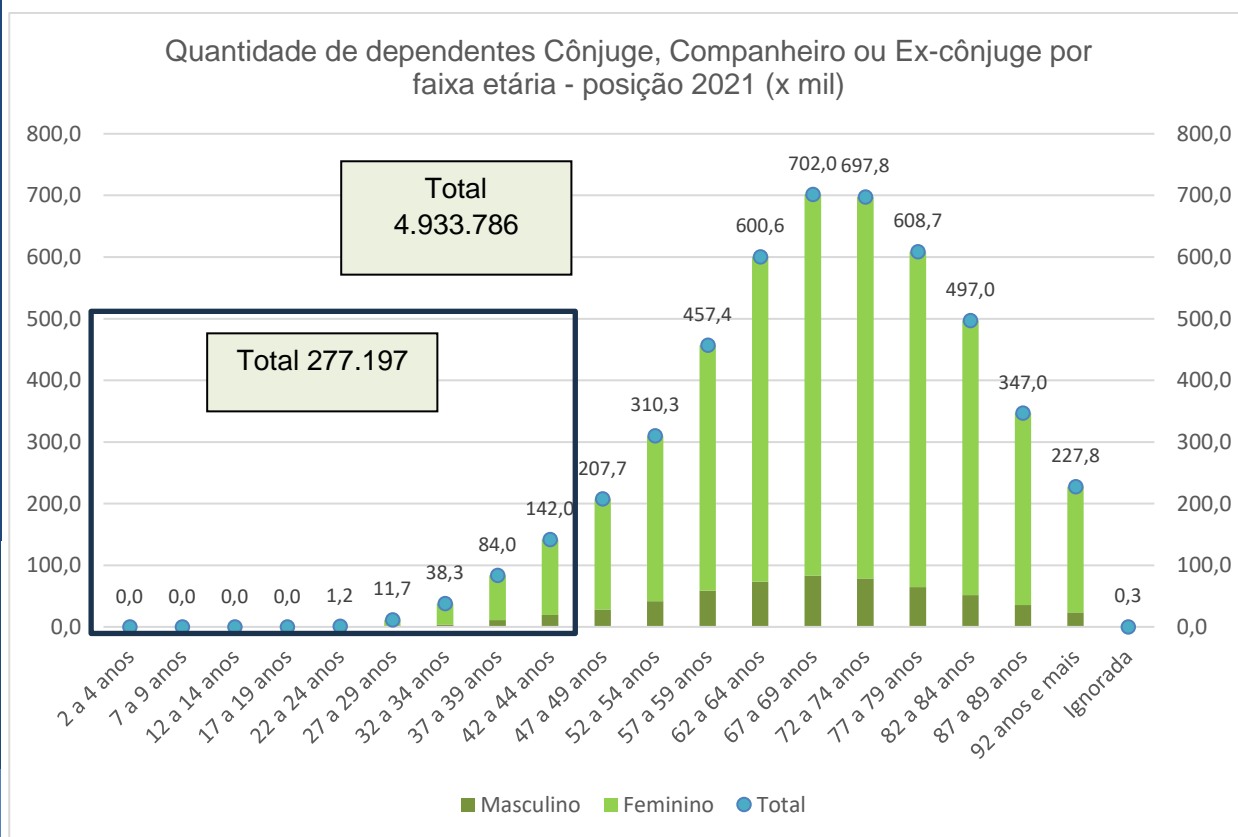


FIGURA 4 – NÚMERO DE PENSÕES POR MORTE, POR FAIXA ETÁRIA DO DEPENDENTE. FONTE DOS DADOS: AEPS DE 2021 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2022).

Quando se considera os dados para populações rurais, item 15.4, do Capítulo 15 do mesmo relatório, tem-se números muito parecidos. Cerca de 78% dos dependentes recebedores de pensões por morte rurais são do sexo feminino. Aproximadamente 5,4% dos dependentes se encaixam na faixa dos cônjuges e afins que possuem menos de 44 anos. O total geral dos dependentes pensionistas rurais são 2.393.981, posição de dezembro de 2021.

Observa-se que a quantidade de dependentes na faixa que não terão pensão vitalícia é relativamente baixa, menor que 6% do total, em sua imensa maioria mulheres. No caso concreto, entretanto, para as famílias que deixarão de receber o auxílio após algum tempo, será necessária uma reestruturação do seu modo de vida para suprir a perda do benefício. Justifica deixar estas famílias desassistidas considerando seu impacto global na Previdência?

4.2. Dados referentes aos valores dos benefícios das pensões por morte

Todos os dados aqui apresentados para os valores dos benefícios de pensões por morte estão disponíveis no relatório na Seção I - Benefícios, Subseção A – Benefícios Concedidos, nos AEPS de 2019 e 2021.

O Capítulo 2 do relatório referente aos benefícios concedidos, item 2.6, apresenta os dados de quantidade e valores mensais das pensões por morte concedidas por ano, por clientela anualmente. Neste caso, computa-se somente os novos benefícios. A Tabela 3 apresenta a evolução de 2017 a 2021 da quantidade de benefícios de pensões, os valores totais e médios destes benefícios e os valores médios em relação ao salário-mínimo vigente.

TABELA 3 - QUANTIDADE E VALOR MENSIS DE PENSÕES POR MORTE CONCEDIDAS, POR CLIENTELA.

ANO	Quantidade	Valor dos benefícios (R\$ Mil)	Média (R\$ Mil)	Média
-----	------------	--------------------------------	-----------------	-------

	Total	Urban a	Rural	Total	Urban a	Rural	Total	Urban a	Rural	% Sal. Míni mo
2017	409.1 37	279.6 44	129.4 93	591.6 18	469.9 07	121.7 10	1,446	1,680	0,940	154,3 %
2018	351.4 51	240.1 13	111.3 38	518.5 25	411.8 24	106.7 01	1,475	1,715	0,958	154,7 %
2019	409.4 51	289.1 50	120.3 01	645.6 08	524.6 78	120.9 30	1,577	1,815	1,005	158,0 %
2020	398.4 33	281.2 58	117.1 75	629.3 88	506.3 86	123.0 02	1,580	1,800	1,050	151,2 %
2021	565.6 58	422.9 18	142.7 40	952.5 38	794.8 22	157.7 16	1,684	1,879	1,105	153,1 %

Percebe-se uma tendência de aumento no valor nominal total do valor das pensões por morte concedidas entre 2017 e 2021. O mesmo ocorre com o valor médio das pensões que subiram de R\$1446 para R\$1684, conforme exibido na Figura 5. O aumento considerando apenas os valores nominais, entretanto é enganoso. A comparação do valor da pensão com o salário-mínimo vigente à época mostra um cenário diferente, conforme ilustrado na Figura 6. Percebe-se uma clara tendência de queda dos valores médios das pensões por morte, que já é baixa (em torno de 1,5 salário-mínimo). De 2017 a 2019, o valor médio das pensões por morte aumenta em relação ao salário-mínimo, de 1,54 para 1,58 salário-mínimo. Em contrapartida, em 2021 este valor retrocede para 1,53 salário-mínimo. Mostra-se, portanto, eficaz a reforma da previdência em reduzir os benefícios pagos aos segurados e seus dependentes.

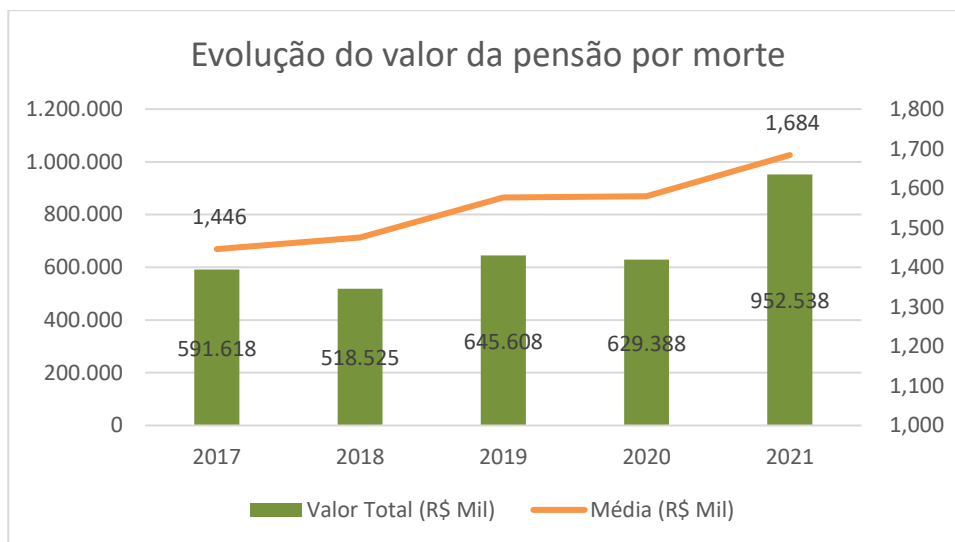


Figura 5 - Evolução dos valores das pensões por morte de 2017 a 2021. Fonte dos Dados: AEPS de 2019 e 2021 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2020; INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2022).

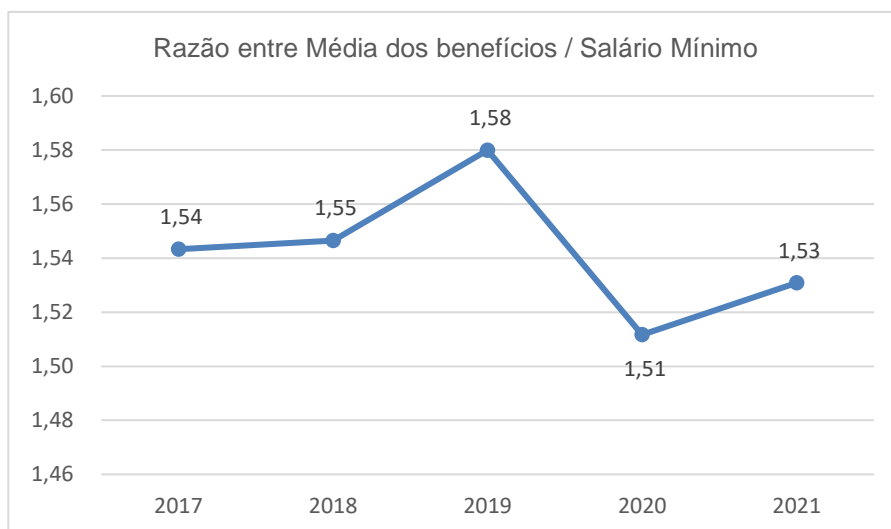


Figura 6 - Evolução dos valores médios das pensões por morte, em relação ao salário-mínimo de 2017 a 2021.

4.3. Dados referentes ao auxílio-reclusão

Todos os dados aqui apresentados para auxílio-reclusão estão disponíveis no relatório na Seção I - Benefícios, Subseção A – Benefícios Concedidos, AEPS de 2021.

O Capítulo 3 do relatório referente aos benefícios concedidos, item 3.5, apresenta os dados de quantidade de auxílios-reclusão concedidos, por clientela e sexo do segurado.

A Tabela 4 e a Figura 7 permitem acompanhar a evolução das concessões dos benefícios por clientela rural e urbana de 2019 a 2021. Fica nítido o impacto na concessão dos benefícios a partir da reforma da previdência de 2019, com redução do número de benefícios concedidos em 56%.

TABELA 4 - QUANTIDADE DE AUXÍLIOS-RECLUSÃO CONCEDIDOS POR ANO.

ANO	Urbana			Rural		
	Total	Sexo		Total	Sexo	
		Masculino	Feminino		Masculino	Feminino
2019	15.028	6.441	8.587	736	225	511
2020	9.085	3.794	5.291	475	141	334
2021	6.660	2.741	3.919	511	160	351

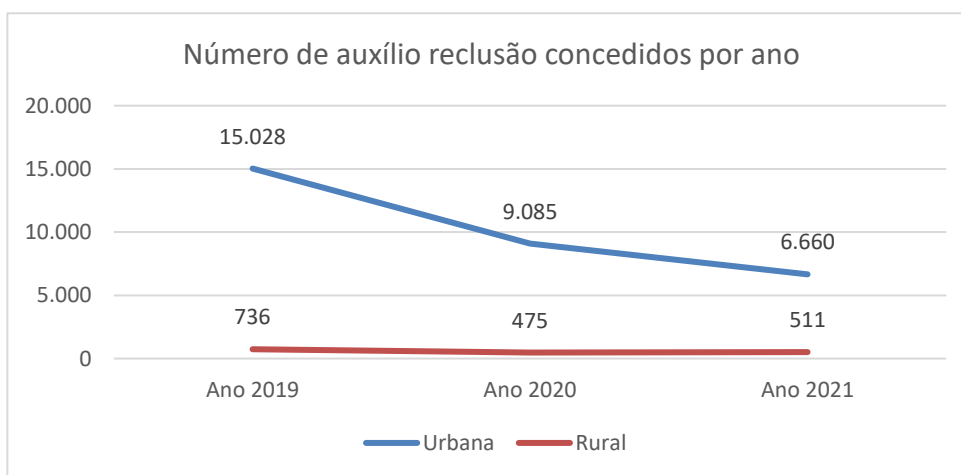


Figura 7- Quantidade de auxílios-reclusão concedidos por ano. Fonte dos Dados: AEPS de 2021 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2022).

5. CONCLUSÃO

Apresentados os destaques recentes de alteração do sistema previdenciário, a saber a redução do valor das pensões, o enrijecimento dos requisitos para acumulação dos benefícios, o aumento dos requisitos para concessão da pensão por morte e do auxílio reclusão e a alteração das regras para diminuição do valor do benefício do auxílio reclusão, é inegável que a reforma foi um poderoso instrumento normativo para redução de direitos dos segurados e de seus dependentes.

Indubitavelmente os dados oficiais do Anuário Estatístico de Previdência Social corroboram com o mesmo entendimento. Houve perda de valor real dos benefícios e restrição de acesso dos dependentes nos momentos de eventualidade: ausência e reclusão do segurado. Os dados estatísticos, ademais, escancaram a realidade que as mulheres são massivamente as mais afetadas.

Ironicamente, os reflexos da reforma agravam a desigualdade e dificultam a distribuição de renda, exatamente o modelo anterior vigente que foi refutado pela PEC nº 6/2019 por não atenderem “aos princípios constitucionais de igualdade e distribuição de renda”.

Percebe-se uma mitigação dos princípios da compreensibilidade e da universalidade de cobertura, visto que foram incorporados mais requisitos para dificultar o acesso aos benefícios e fornecer a proteção social necessária para as eventualidades.

A limitação de duração da pensão por morte para cônjuges com menos de quarenta e quatro anos não deixa de ser uma exceção disfarçada do princípio da irredutibilidade dos valores dos benefícios. Pior do que a redução dos benefícios é sua extinção a termo.

Em suma, as mudanças da Emenda Constitucional de nº 103 de 2019 atingem frontalmente o modelo familiar brasileiro. Os membros das famílias, em especial os cônjuges e companheiros, dependem cada vez mais uns dos outros para suprir a lacuna deixada pelo Estado em prover a proteção necessária à família, direito constitucional.

Não entender a fragilidade no modelo imposto é ficar exposto aos dissabores da sorte. Uma família que opta por ter apenas um de seus membros segurado pela previdência, passa a depender mais das difíceis regras de concessão, carência, cálculo dos

benefícios, entre outros. Um dos cônjuges (ou companheiros) optar por abdicar de sua vida profissional para cuidar dos filhos, torna-se uma decisão cada vez mais arriscada, principalmente se este possui menos de 43 anos.

A liberdade de constituição da vida familiar é tolhida pelas novas restrições impostas pelo sistema previdenciário brasileiro. Entender este novo modelo é imperativo para desfrutar da liberdade que lhes resta e garantir a dignidade da pessoa humana de todos os seus membros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BOSIO, Rosa Elena. **Lineamentos básicos de seguridad social**. Córdoba, Argentina: Advocatus, 2005.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional nº103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1997.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 20 de fevereiro de 2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, v. 157, n. 35-A, p. 1-36. 21 fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_

mostrarintegra?codteor=1712467&filename=Tramitacao-PEC%206/2019:. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. **Resolução ONU nº 217-A, de 10 de dezembro de 1948**. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 04 jul. 2023.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira; LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquemático**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. Edição do Kindle.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul, RS: Educ, 2015.

HORVATH, Miguel. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (BRASIL). **Relatório de Gestão de 2020**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/media/relatorio-de-gestao-2020.pdf/view>>. Acesso em: 24 mar. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (BRASIL). **Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2021**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/dados-estatisticos-previdencia-social-e-inss>>. Acesso em: 22 set. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (BRASIL). **Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2019**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/versao-onlinte-aeps-2019-/secao-i-beneficios/subsecao-a-beneficios-concedidos>>. Acesso em: 22 set. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**, in BARRETO, Vicente (Org). *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: renovar, 1997, p. 48-49.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA PODE SUBSTITUIR A JUSTIÇA CRIMINAL RETRIBUTIVA?

LETICIA VILELA LOCATELI: Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-Graduada em Direito da Diversidade e da Inclusão (Faculdade Legale) e Pós-Graduada em Prática Penal Avançada (Faculdade Focus).

RESUMO: A observação empírica e os estudos criminológicos críticos revelam as deficiências do sistema penal retributivo em cumprir suas funções declaradas, como a pacificação social e prevenção da reincidência. Em resposta a essa contestação doutrinária crescente, a Justiça Restaurativa tem surgido como uma alternativa, enfocando o empoderamento da vítima e da comunidade afetada. Contudo, a substituição total do paradigma retributivo pelo restaurativo é problemática. A voluntariedade é fundamental na Justiça Restaurativa, e a sua imposição esvazia seu potencial restaurativo. Além disso, certos crimes afetam a sociedade como um todo e violam direitos fundamentais de grupos, exigindo a preservação de um sistema de justiça criminal paralelo. Portanto, a Justiça Restaurativa não pode substituir integralmente o sistema penal, mas deve atuar de forma complementar. A incorporação de princípios restaurativos no sistema de justiça pode ser vista como um objetivo para a construção de um modelo mais eficaz, equitativo e participativo, mantendo a coexistência de ambos os paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa; Justiça Penal Retributiva; Sistema Penal.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça penal tradicional, baseado em princípios retributivos, tem sido objeto de críticas crescentes devido à sua incapacidade de atingir suas finalidades declaradas, tais como a pacificação social e a prevenção da reincidência. Neste contexto, a Justiça Restaurativa emergiu como uma alternativa promissora, destacando-se pela sua ênfase na reparação, no empoderamento das vítimas e no envolvimento da comunidade afetada. No entanto, a questão central que se coloca é se a Justiça Restaurativa deve efetivamente substituir integralmente o paradigma retributivo.

Este artigo aborda essa indagação, explorando as limitações da Justiça Restaurativa e a necessidade de um sistema de justiça criminal paralelo para casos em que a aplicação da Justiça Restaurativa seja inviável. Especialmente destaca-se que a voluntariedade é um dos princípios da justiça restaurativa e à imposição aos envolvidos prejudicaria a obtenção de fins restaurativos. Além disso, reconhece-se que determinados delitos afetam interesses

coletivos, transcendendo as partes diretamente envolvidas, tornando a manutenção de um sistema penal tradicional imperativa.

No presente contexto de debate, a integração de princípios restaurativos no sistema de justiça é considerada como uma meta na busca por um modelo mais eficaz, equitativo e participativo. A coexistência de ambas as abordagens, retributiva e restaurativa, surge como uma solução que equilibra a justiça criminal com a busca por uma justiça mais humanizada e centrada nas vítimas e recomposição de laços comunitários.

2. DESENVOLVIMENTO

A obsolescência do sistema penal tem sido amplamente discutida por estudiosos da criminologia e profissionais do direito por várias décadas. Passados mais de dois séculos, o discurso de instrumentalidade da pena, como meio para atingir fins socialmente úteis, continua sendo o principal fator legitimador do sistema penal²⁶³. Contudo, a observação empírica e os estudos criminológicos críticos demonstram que o sistema penal retributivo falha em atingir suas funções declaradas, não demonstrando, por exemplo que a aplicação das penas seja eficaz para pacificação social ou prevenção da reincidência.

Nessa perspectiva, a criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade explica que o sistema jurídico penal se estrutura de maneira a cumprir funções não explicitamente declaradas, como a sustentação do sistema econômico, a categorização de grupos sociais suscetíveis à transgressão, a segregação e neutralização de qualquer influência política que esses estratos sociais possam exercer, bem como a subsequente “desumanização” de uma parcela populacional rotulada como propensa à delinquência desde o nascimento²⁶⁴.

Do mesmo modo, o sistema penal retributivo também se mostrou incapaz de oferecer uma resposta à vítima do delito e à sociedade. A exclusão da participação da vítima e da comunidade no processo penal resulta em uma significativa lacuna de compreensão acerca do funcionamento da justiça penal, bem como da resposta fornecida ao acusado. Isso culmina no agravamento da desconfiança em relação ao sistema de justiça e na amplificação do sentimento de insegurança por parte da vítima e da comunidade.

Portanto, dentro de um cenário em que o sistema de justiça penal enfrenta crescente contestação doutrinária, observa-se um estímulo substancial ao exame crítico e discussão

²⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 200.

²⁶⁴ Sobre o assunto consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

de alternativas, notadamente a Justiça Restaurativa. Isso porque o paradigma restaurativo prioriza o empoderamento da vítima e da comunidade afetada, permitindo que desempenhem um papel central no processo com o objetivo principal de satisfazer suas necessidades. Isso contrasta com o sistema penal tradicional, que se concentra principalmente na imposição de punições aos infratores²⁶⁵.

De acordo com Howard Zehr, no contexto restaurativo, o crime é encarado como uma ruptura nas relações comunitárias, não apenas como uma violação das leis. Portanto, a Justiça Restaurativa se concentra na reparação dos danos causados pelo crime, abrangendo vítima, sociedade e infrator, em vez de meramente aplicar sanções punitivas²⁶⁶.

A justiça restaurativa não visa meramente a punição do transgressor, mas sim a sua responsabilização. Nas palavras de Zehr:

[...] a responsabilização significa que o ofensor deve ser estimulado a compreender o dano que causou. Os ofensores devem começar a entender as consequências de seu comportamento. Além disso, devem assumir a responsabilidade de corrigir a situação na medida do possível, tanto concreta como simbolicamente.²⁶⁷

Da análise das propostas, objetivos e princípios da justiça restaurativa nota-se que ela propõe um paradigma inovador de resolução de conflitos, que privilegia a recomposição dos laços comunitários, a fim de promover uma sociedade mais solidária e inclusiva. A concepção da justiça transcende a mera punição, propondo a restauração e a reconciliação como componentes essenciais da sociedade.

Diante desse panorama, assumindo as mazelas do processo penal retributivo e aceitando as premissas humanizadoras da justiça restaurativa, se apresenta a seguinte questão: deveríamos efetivamente conduzir a substituição total do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo?

No cenário atual, há uma dicotomia de perspectivas em relação ao posicionamento da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. Contudo, compreende-se que a indagação acima proposta deve ser respondida de modo negativo. Não se deve atribuir

265 Cf. ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

266 Cf. ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012

267 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 35.

à justiça restaurativa a função de substituir integralmente a justiça retributiva, mesmo que isso ocorra de forma progressiva.

Howard Zehr em seu texto "o que a justiça restaurativa não é" alerta que "*a justiça restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto ao processo penal*", pois não constitui um modelo de resposta para todas as situações²⁶⁸. Prossegue o autor explicando que não é factível que a justiça restaurativa suprima integralmente o sistema penal, mesmo em um cenário ideal, sendo que "*algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos fundamentais*"²⁶⁹.

O próprio respeito a fundamentos da Justiça Restaurativa impõe limitações a sua adoção como método único e prioritário de resolução de conflitos.

Um dos princípios essenciais da justiça restaurativa é a voluntariedade. Compreende-se que o resultado restaurativo depende da vontade e cooperação das partes envolvidas para obter a restauração. Especialmente, da perspectiva da vítima, a participação coercitiva no procedimento implicará em um novo processo de vitimização, pois provocará um sentimento de culpa e raiva, comprometendo o sucesso da restauração e o processo de superação dos traumas.

A Resolução nº 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, estabelece que a voluntariedade é um princípio que deve orientar a sua implantação. Em especial, sobre o tema estabelece o seguinte: "*É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo*"²⁷⁰.

Pallamolla alerta que a imposição do processo restaurativo esvazia seu potencial reparador e confere a ele características de punição²⁷¹. Assim, a preservação de um sistema de justiça criminal paralelo se torna imperativa, mesmo que seja adotada como

²⁶⁸ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 22.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 22.

²⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023.

²⁷¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 83.

medida excepcional, com o propósito de atender situações em que as partes não manifestem interesse no processo restaurativo ou em que este se revele infrutífero. Portanto, compreende-se que a justiça restaurativa não deve substituir inteiramente o processo penal, mas sim atuar de maneira complementar a ele²⁷².

Howard Zehr, além de defender a adoção da justiça restaurativa como prática predominante, advoga pela manutenção de algum sistema de justiça criminal ou judicial como opção²⁷³. Ele reconhece que, em determinados casos, os danos decorrentes de atos criminosos extrapolam o âmbito do grupo imediatamente envolvido e afetam a sociedade como um todo, que detém interesses coletivos vinculados à segurança, aos direitos humanos e ao bem-estar de seus membros²⁷⁴.

No mesmo sentido, a Resolução nº 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça apresenta a justiça restaurativa inserida no sistema criminal, atuando de forma coordenada com a justiça estatal. Relevante o destaque de algumas disposições do primeiro artigo da resolução sobre o tema:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma. [...]

§ 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações serem consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade²⁷⁵.

Válido destacar que apesar da inserção das práticas restaurativas no âmbito do poder judiciário, cuidou a Resolução de indicar que:

Art. 8, §5º. Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção

²⁷² *Ibidem*, p. 84.

²⁷³ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 72

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

²⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023.

penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova”²⁷⁶

Também estabeleceu que é vedado ao facilitador restaurativo “*prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo*” e “*relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos [...]*” (art. 15, incisos II e III)²⁷⁷.

É importante destacar que, embora a substituição completa da justiça criminal pela justiça restaurativa seja inviável, a alteração da lógica penal tradicional por meio da incorporação de princípios restaurativos deve ser considerada como uma meta na construção de um modelo de justiça mais eficaz, equitativo e participativo.

É imperativo enfatizar que a sociedade contemporânea se caracteriza por uma marcante cultura do individualismo, a desintegração dos laços comunitários e, conseqüentemente, a prevalência de interações sociais conflituosas. Agravando essa situação, observa-se uma progressiva deterioração da capacidade de resolver delitos de maneira colaborativa, juntamente com a consolidação de uma cultura punitiva que fundamentou a crença generalizada de que o fortalecimento do direito penal representa a resposta adequada à delinquência.

Em face desse contexto, a instituição de um sistema que prioriza abordagens restaurativas em detrimento de abordagens punitivas requer, acima de tudo, uma profunda transformação cultural. Portanto, compreende-se que a implementação da justiça restaurativa em paralelo ao sistema de justiça estatal, através da promulgação de instrumentos normativos, representa um passo positivo inicial no sentido de desconstruir a cultura punitiva, adotando um sistema de justiça mais inclusivo e humanitário.

3.CONCLUSÃO

A discussão sobre a substituição da justiça penal retributiva pelo paradigma restaurativo revela a complexidade inerente a essa transformação. Embora o sistema retributivo tenha demonstrado deficiências em cumprir suas metas declaradas, a Justiça Restaurativa não pode, e nem deve, ser vista como uma panaceia universal. A

276 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023

277 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023

voluntariedade, um princípio central do modelo restaurativo, exige que as partes envolvidas estejam dispostas a participar do processo, e a imposição do procedimento restaurativo pode desvirtuar sua natureza e conferir características punitivas.

Em situações em que o dano causado transcenda as partes ou a comunidade a que pertencem, atingindo direitos fundamentais coletivos, ou mesmo a sociedade como um todo seria necessário recorrer ao sistema de justiça retributivo, ainda que paralelo ao procedimento restaurativo. Isso porque necessário preservar interesses coletivos como direitos fundamentais, dignidade e bem-estar dos membros da coletividade. A coexistência equilibrada de ambos os paradigmas é a abordagem mais realista.

No entanto, a integração de princípios restaurativos no sistema de justiça pode ser vista como uma aspiração legítima, devendo tal proposição ser objeto de pesquisas acadêmicas futuras. A coexistência de ambas as abordagens, retributiva e restaurativa, permite um equilíbrio necessário, oferecendo uma abordagem mais humanizada, centrada nas vítimas, sem a eliminação completa do sistema penal tradicional. A busca por um sistema de justiça mais eficaz, equitativo e participativo deve ser o objetivo, e a incorporação de elementos restaurativos representa um passo significativo nessa direção.

4. REFERÊNCIAS:

ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos do Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-148972-pe.html>, acesso em 27 de out. de 2023.

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel Silva. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa no Brasil: análise crítica do projeto de lei 7006/06*. Anais da Amostra científica do CESDUCA. Disponível em: ANAIS DA MOSTRA CIENTÍFICA DO CESUCA <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/mostrac>. Acesso em 27 out. 2023

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Responsive Regulation. Oxford: Oxford University Press. 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2012.

_____. Vigiar e Punir. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. Microfísica do Poder. 25 ed. São Paulo: Graal. 2012.

_____. A Arqueologia do Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça Restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. In: Encontro Nacional Conpedi/Unicuritiba, 22. 2013, Curitiba.

_____. Justiça Restaurativa no Âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Coleção Conpedi/Unicuritiba. Vol. 1 - Acesso à Justiça.

_____. A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos. Florianópolis: domínio público, 2006.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: Evolução histórica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 12. Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL

KAROLYNE COLINO SANTANA:

Bacharela em Direito. Assessora de Magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco²⁷⁸.

RESUMO: O presente estudo visa analisar o abandono afetivo parental como ensejador da responsabilidade civil extrapatrimonial, razão pela qual serão pontuadas questões acerca da afetividade nas relações familiares à luz dos princípios constitucionais e dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Afeto. Família. Abandono. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The present study aims to analyze parental emotional abandonment as a source of extrapatrimonial civil liability, which is why questions about affection in family relationships will be addressed in light of constitutional principles and duties imposed by the legal system.

Keywords: Affection. Family. Abandoned. Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre o dever de afeto vem ganhando importante atenção nos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o direito de família. A conveniência da responsabilidade civil extrapatrimonial decorrente do abandono afetivo começa a ser levantada em virtude do amplo leque de proteção destinado aos indivíduos pela Constituição Federal de 1988, que é preceptora de inúmeros princípios aplicáveis na seara do direito de família.

Desde 1988, com a promulgação da atual Carta da República, que é resultante de um processo de redemocratização, o indivíduo ganhou um papel fundamental, passando a ser o centro de todas as atuações estatais, de forma que todos os Poderes devem agir de forma a garantir todos os direitos fundamentais que lhe são assegurados. Assim, a família, como núcleo de convivência coletiva e entidade de extrema importância na sociedade, não poderia ter sido excluída desse leque protecionista, motivo pelo qual

278 E-mail: karolcolino@hotmail.com

passou a gozar da mesma proteção, onde vários princípios constitucionais devem ser-lhes aplicados de maneira semelhante.

2. DESENVOLVIMENTO

A sociedade, como organismo social que é, vem evoluindo e passando por constantes mutações que refletem de forma direta nas relações concernentes ao direito de família, já que é no seio familiar que acontecem as mudanças mais significativas.

Verifica-se que o conceito de família do início do século XX é totalmente diferente do atual, havendo que se falar ainda, que hoje não existe mais aquele dito modelo de família, mas sim um mosaico de entidades familiares, todas reconhecidas pelo direito.

Até o século passado, a família tinha como pilar dois aspectos: o matrimônio, estabelecido pelo casamento civil e o vínculo biológico, que eram imprescindíveis para sua formação. Já nos dias atuais, com a modificação do conceito de família, de acordo com o doutrinador Paulo Lobo, é necessário a presença de três elementos para sua caracterização, quais sejam, afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

Partindo para a análise do ordenamento jurídico, é possível constatar que a Constituição Federal de 1988, assim como nenhuma outra, reconhece a família como entidade preceptora de princípios e da personalidade do indivíduo, de modo que ela visa salvaguardar a relação familiar de convívio baseada no cuidado e afeto dos pais para com seus filhos.

A Magna Carta é clara ao preconizar em seu artigo 227 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, consagrando assim, um direito constitucional que os filhos têm de serem cuidados e protegidos por seus pais em qualquer situação, sem que haja qualquer restrição advinda da formação familiar em que estejam incluídos.

No entanto, o que se ver no cotidiano, é este dever sendo descumprido, e conseqüentemente, o direito dos filhos sendo maculado por culpa exclusiva de um dos pais. A situação é mais comum, sendo vislumbrada constantemente naqueles casos em que os pais e filhos não habitam no mesmo lar.

As justificativas para o desafeto são diversas, mas geralmente o pai ou mãe que abandonam reputam que suas obrigações com o filho abarcam tão somente a prestação de alimentos, esquecendo-se do seu dever de educar e acompanhar a vida e o

crescimento de seu filho, a fim de que lhe seja assegurado a mais ampla proteção de seus interesses.

Um importante princípio a ser mencionado neste momento, trata-se de um macroprincípio que reflete em várias normas constitucionais, além de incidir nas relações familiares, é o princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no corpo constitucional em seu artigo 1º, inciso III.

Sabe-se que este princípio é pilar do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um vetor paradigmático de interpretação e integração. Através dele podemos garantir que o Estado e sobretudo o Direito, devem promover a própria dignidade da pessoa humana, pautando suas ideias e atuações de acordo com aquilo que será mais benéfico ao indivíduo, respeitando não apenas a integridade física, mas também a moral e a psicológica, assim como implementem condições para que o ser humano alcance da tão sonhada felicidade.

No sentido de confirmar a ampla projeção conferida ao ora princípio, os doutrinadores Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa, citam em sua obra, o seguinte entendimento de Rodrigo Pereira da Cunha, precursor da tese que defende a possibilidade da responsabilização:

“O Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. (...) Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Responsabilidade Civil por abandono afetivo*. In: *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, ob. cit., p. 406)

Assim, mais que orientar a atuação estatal, podemos dizer que a referida norma-princípio é norma de eficácia horizontal, devendo se fazer presente e ser respeitada também nas relações entre particulares, sobretudo naquelas do âmbito familiar, entre pais e filhos, servindo como fundamento para a responsabilidade civil em razão do abandono afetivo.

Além da dignidade da pessoa humana, como já mencionado anteriormente, no corpo constitucional encontramos uma série de princípios aplicáveis à seara familiar, dentre eles podemos citar o princípio da solidariedade familiar, extraído por analogia do princípio da solidariedade social, previsto no art. 3º, inc. III, da CRFB/88, de onde infere-se que todos os membros da família devem atuar para a formação de um ambiente capaz de promover o bom desenvolvimento dos filhos, onde eles sintam-se acolhidos e protegidos.

Já a norma do art. 226, §7º, da CRFB/88, ao prescrever que o planejamento familiar deve ser pautado na paternidade responsável, permite a extração de um outro princípio, o da paternidade responsável. Outrossim, pode-se afirmar que não apenas a paternidade, mas toda e qualquer relação parental deverá ser exercida com responsabilidade.

Seguidamente, o texto do artigo 227, caput, da Constituição Federal, assevera ser "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." Logo, através da leitura desta norma é possível a identificação de dois importantes de princípios que sempre são levantados pela doutrina na fundamentação da responsabilidade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

À vista disso, é possível constatar já no corpo constitucional, lei suprema do ordenamento jurídico, normas que dispõem sobre o dever e a responsabilidade dos pais com seus filhos, as quais já servem oportunamente como justificativa legal para a reparação pecuniária ora tratada.

Diante desta conjuntura, abriu-se espaço para questionar se a ausência de afeto no âmbito familiar seria capaz de deixar sequelas na esfera psicológica do indivíduo, aptas a justificar uma eventual reparação civil a título de danos extrapatrimoniais.

As posições são diversas, e até o presente momento não há qualquer consenso na esfera doutrinária ou judicial.

Os defensores da possibilidade da indenização utilizam como fundamento legal o disposto no art. 227, da CRFB/88, já citado acima, além de outras disposições infraconstitucionais preceituadas no art. 1643 do Código Civil e no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribuem o poder familiar e responsabilidade dos pais diante da educação e proteção.

Através destes, sustentam que o dano seria eminente diante da obrigação dos pais em prestar auxílio psicológico aos filhos. Contudo, também há o reconhecimento de que do ponto de vista jurídico, o amor é uma faculdade, porém o cuidar é uma obrigação legal.

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ocorrência de danos morais decorrente do abandono afetivo.

De acordo com o Tribunal “Uma interpretação sistemática desse conjunto de regras, pois, permite concluir que o abandono afetivo de um pai ou mãe para com a sua filha pode, ainda que em caráter excepcional, ser objeto de condenação em reparação de danos morais, especialmente quando bem demonstrada a existência dos pressupostos da responsabilidade civil.”

Na ementa da referida decisão constou o seguinte:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. 1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade

civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. **5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho.** 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso). 7- Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máximas de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar. 8- Fato danoso e nexo de causalidade que ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que

atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de psicoterapia, gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida. 9- Sentença restabelecida quanto ao dever de indenizar, mas com majoração do valor da condenação fixado inicialmente com extrema modicidade (R\$ 3.000,00), de modo que, em respeito à capacidade econômica do ofensor, à gravidade dos danos e à natureza pedagógica da reparação, arbitrase a reparação em R\$ 30.000,00. 10- É incabível condenar o réu ao pagamento do custeio do tratamento psicológico da autora na hipótese, tendo em vista que a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes no bojo de ação de alimentos contemplava o valor da mensalidade da psicoterapia da autora, devendo eventual inadimplemento ser objeto de discussão naquela seara. 11- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar procedente o pedido de reparação de danos morais, que arbitro em R\$ 30.000,00), com juros contados desde a citação e correção monetária desde a publicação deste acórdão, carreando ao recorrido o pagamento das despesas, custas e honorários advocatícios em razão do decaimento de parcela mínima do pedido, mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença.(STJ - REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021) (destaquei).

Por outro lado, quem defende a impertinência da reparação apresenta a justificativa de que o ato ilícito, previsto no art. 186 do Código Civil, instituto que autoriza a indenização, deve ser devidamente comprovado, e que ainda, ninguém pode ser obrigado a amar, não podendo o Poder Judiciário impor tal encargo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do artigo foi tratada sobre a importância do papel da família no desenvolvimento do ser humano. Demonstrou-se que a Constituição Federal cuida de forma especial das relações familiares, uma vez que estas são instrumentos fundamentais para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tomando por bases deveres relacionados à família, começaram a surgir debates sobre a existência de um dever legal de promoção de afeto e se a sua ausência seria capaz de provocar dano moral. O tema vem ganhando importantes discussões, encontrando defensores de ambos os lados. No entanto, não há, até o presente momento, jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Eduardo. MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1887697_7365c.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1698701056&Signature=RU8hylwK1Ch1%2FQ7bDb%2BRsFrtRq4%3D>. Acesso em: 28 out. 2023.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ADOÇÃO À BRASILEIRA: PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL

ALLAN DIEGO ANDRADE SANTOS:

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Tiradentes.²⁷⁹

RESUMO: Adotar é um ato de amor, estando esse presente na humanidade desde as primeiras civilizações possuindo como objetivo perpetuar o legado da família. Para que uma adoção seja materializada, faz-se necessário que os pretendentes a adotantes perpassem por um burocrático processo, esse que é regulamentado pela Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Em que pese o trâmite seja para ofertar maior segurança às crianças institucionalizadas, bem como conferir igualdade de oportunidades aos adotantes, corriqueiramente esse é burlado pelo fenômeno social da adoção à brasileira, sendo essa uma forma encontrada de adotar sem que seja necessário adentrar ao Judiciário, ocorre que a adoção à brasileira é crime, conforme artigo 242 do Código Penal. Nesse ínterim, o presente artigo possui como objetivo realizar uma análise da adoção à brasileira a lume dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e afetividade, confrontando a preservação da criança e do adolescente sobre a necessidade do Estado em conferir penalização dos incorrentes, assim como também institucionalização da criança e/ou adolescente. Como metodologia foi pesquisa exploratória, utilizando-se do método qualitativo e dedutivo para a análise de arcabouço teórico coletado por pesquisa bibliográfica. Como resultado foi possível inferir que a jurisprudência majoritária adota o posicionamento da prevalência do melhor interesse da criança e da afetividade, deixando de auferir penalidade aos sujeitos infratores, assim como também de destinar a criança a institucionalização, visto que isso iria conferir manifesto prejuízo a essa.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção à brasileira. Afeto. Melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT: Adopting is an act of love, which has been present in humanity since the first civilizations, with the aim of perpetuating the family legacy. In order for an adoption to materialize, it is necessary for prospective adopters to go through a bureaucratic process, which is regulated by Law No. 8069 of 1990 and the Statute of Children and Adolescents. Despite the fact that the procedure is to offer greater security to institutionalized children,

279 E-mail: allandiego.adv@hotmail.com

as well as to provide equal opportunities to adopters, this is routinely circumvented by the social phenomenon of Brazilian adoption, which is a way to adopt without having to go to the Judiciary, it turns out that Brazilian adoption is a crime, according to article 242 of the Penal Code. In the meantime, this article aims to carry out an analysis of adoption in the Brazilian way in light of the principles of the best interest of the minor and affectivity, confronting the preservation of the minor with the need for the State to penalize the offenders, as well as the institutionalization of the child. and/or teenager. As a methodology, it was exploratory research, using the qualitative and deductive method for the analysis of the theoretical framework collected by bibliographical research. As a result, it was possible to infer that the majority jurisprudence adopts the positioning of the prevalence of the best interest of the minor and of affectivity, no longer incurring a penalty to the violating subjects, as well as destine the child to institutionalization, since this would confer manifest damage to this.

KEYWORDS: Brazilian adoption. Affection. Best interest of the minor.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos introdutórios sobre a adoção; 3. O direito da criança e do adolescente; 4. Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?; 4.1. Conceituação; 4.2. Jurisprudência; 5. Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

A perpetuação da espécie é possibilitada através da procriação, contudo, nem todos os animais são dotados de tal possibilidade, podendo ser inférteis por condições individuais de seu corpo. Não obstante a essa impossibilidade, muitos são os estudos que caracterizam o conceber descendentes como um movimento natural e inerente à vida, entretanto, em hipótese do animal em questão ser o humano, ora esse senciente e consciente, verifica-se que o ter filhos também é um desejo afetivo.

Ao verificar a etimologia da palavra adoção, tem-se que essa é advinda do latim "de adoptio", a qual significa tomar alguém como filho. Nesses termos, têm-se que a adoção é um instituto solene presente no cotidiano da humanidade desde as primeiras civilizações, possuindo como objetivo proclamar laço familiar através de registro civil independente do adotante e adotado possuírem relação de parentesco.

O inserir outrem que não consagruíneo no laço familiar é um ato de amor, visto que promove a aproximação entre membros naturais e um novo membro diverso para a construção de vinculação sócio-afetiva. Entretanto, apesar de bastante poético o seu conceito, frisa-se que para que o fim da adoção seja atingido em território pátrio, faz-se necessário que os pretendentes a adotantes perpassem por um processo demasiadamente

burocrático, uma vez que esse detém como ímpeto comprovar se esses são aptos a ser uma família para uma criança em situação institucional.

Para que a adoção nacional seja lograda é necessária bastante paciência, pois são variadas fases que compõem a qualificação de futuros pais, bem como períodos de adaptação entre a criança e a família até que seja dada sentença com corolário registro civil. A imposição de rígidos trâmites é justificada na intenção de atestar que os pretendentes a adotantes estão aptos a criar uma criança que se encontra em situação vulnerável, coibindo que essas sejam destinadas a pessoas que queiram se aproveitar sexualmente ou monetariamente, a exemplo do tráfico de órgãos e de menores.

Nesse ínterim, em que pese sejam empregadas diversas burocracias para que se efetive a adoção, extrai-se da fática nacional a ocorrência do fenômeno chamado de “adoção à brasileira”, a qual perfaz uma transgressão do ordenamento jurídico que é o ato de registrar filho de outrem como se seu biológico fosse. Essa tática é comumente utilizada para que seja burlado o sistema árduo de adoção, todavia, configura crime de acordo com o artigo 242 do Código Penal.

A adoção à brasileira é demasiadamente polêmica, devendo-se ser analisada de forma individualizada, visto que invoca o conflito de licitude com a primazia do princípio do melhor interesse da criança, ora esse viga de sustentação do direito da criança e do adolescente.

Destarte, o presente artigo possui como objetivo realizar uma análise da adoção à brasileira a lume dos princípios do melhor interesse da criança e afetividade, confrontando a preservação da criança sobre a necessidade do Estado em conferir penalização dos incorrentes, assim como também institucionalização da criança e/ou adolescente.

Para que o objetivo geral seja logrado, foram instituídos objetivos específicos, os quais são: a) caracterizar o processo de adoção no Brasil; b) dispor acerca dos princípios que revestem a adoção no Brasil; e c) dissertar acerca do crime de adoção à brasileira e confrontar a teoria com a prática dos tribunais brasileiros.

O artigo é caracterizado pela pesquisa exploratória, utilizando-se do método qualitativo, para caracterizar os aspectos gerais da adoção do Brasil. Ademais, foi-se também aplicado o método dedutivo através da análise de jurisprudências concernentes a adoção à buscando evidências da corrente que é seguida pelos Tribunais: punição ou perdão judicial?. No que tange a coleta de arcabouço basilar teórico, esse foi engendrado a partir da pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de doutrina, jurisprudências, artigos de conclusão de curso e revistas acadêmicas.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A ADOÇÃO

Não apenas um ato de amor, a adoção também é um ato de coragem, visto que se é necessário para alcançar o fim, ora de ter um filho, perpassar por um processo demasiadamente burocrático.

Muitos são os motivos para se adotar e, entre esses, a esterilidade de um dos componentes do casal, a impossibilidade de gerar em razão do gênero biológico, a ausência de vontade de gerar vida no próprio corpo, ajudar crianças em situação de orfanato e, principalmente, todos esses resumidos a autonomia de vontade de crescer o laço familiar independente dos obstáculos. Assim, de acordo com Madaleno (2021), a adoção perfaz uma imitação da natureza, pois estabelece através do meio jurídico um laço de pai/mãe com filho que não foi concebido pelo casal e/ou pai/mãe solo.

A adoção na contemporaneidade é uma via dupla, pois não apenas serve para satisfazer o desejo do adulto de ser pai/mãe, mas também de contemplar a criança com um local sadio para o seu crescimento e desenvolvimento como cidadão.

A família é o berço da sociedade, sendo esse o primeiro grupo em que o indivíduo é interposto quando nasce com vida. Por ser o seu primeiro núcleo, ele é responsável por ensinamentos basilares, condutas morais, éticas e de educação para a convivência em grupo quando. Ademais, a família também é responsável por prover os subsídios necessários para a manutenção da vida, assim como também proteger a criança de todos os perigos que a sociedade oferece, principalmente a violência.

Para que uma criança e/ou um adolescente seja cadastrado para adoção, faz-se necessário que todas as vias de o interligar com o seu núcleo biológico sejam esgotadas. Nesses termos, apenas crianças que não mais possam ser inseridas no bojo da família natural são colocadas sob a possibilidade de ser colocada sob nova guarda.

O artigo 227, §5º, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a adoção deverá ser assistida, em todas as suas fases, pelo Poder Público, sendo esse competente de estabelecer quais as condições para a sua materialização. Desse modo, para que a adoção seja oportunizada, deve-se seguir as premissas da redação da Lei nº 12.010/2009 em comunhão com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, reúne-se os seguintes requisitos para que a adoção seja, de fato, efetivada conforme prospera o Estatuto da Criança e do Adolescente:

1- Idade mínima de 18 anos do adotante (art. 42, caput);

2- Diferença de idade de, no mínimo, dezesseis anos entre o adotante e o adotado (art. 42, §3º);

3- Consentimento dos pais ou representantes legais de quem se deseja adotar;

4- Concordância do adotado quando tiver idade igual ou superior a 12 anos (art. 28, §2º);

5- Processo judicial (art. 47, caput); e

6- Efetivo benefício para o adotando, fundado no Princípio do Superior ou Melhor Interesse para a Criança ou Adolescente (art. 43).

Os requisitos dispostos não são facultativos, mas sim devem ser preenchidos de forma cumulativa.

A primeira etapa do processo de adoção é a manifestação de vontade dos adotantes, sendo essa atestada em Varas da Infância e Juventude da comarca em que se reside. Assim, os adotantes passarão por um processo de entrevistas com psicólogos e assistentes sociais, esses que irão emitir relatórios acerca da aptidão dos prováveis pais para a criação e proteção de uma criança. Em hipótese de satisfação da primeira fase, significa que atenderam os requisitos impostos pelos artigos 29 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo seguir para o curso preparatório de adoção.

O curso preparatório para a adoção será novamente de testagem, sendo durante todas as aulas prestadas avaliações que comporão laudos análogos a provas para o processo judicial. De acordo com os laudos, poderá o juiz deferir ou não a pretensão da adoção, sendo fundamentada a decisão a aptidão e adaptação dos adotantes aos critérios testados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Em caso de deferimento, os pretendentes a adotantes são inseridos no Sistema de Cadastro Nacional de Adoção, no qual irá descrever o perfil da criança que deseja adotar.

O Sistema de Cadastro Nacional de Adoção obedece a ordem cronológica de cadastro de adotantes e, com isso, são identificadas crianças com o perfil de interesse para aqueles que estão a mais tempo na fila. Em caso de encontro do perfil ideal, a Vara da Infância e da Adolescência ou Fórum irá informar e, se houver interesse, é promovido um encontro entre as partes.

Superada a fase preliminar de encontro, em hipótese de tanto os adotantes quanto os adotados gostarem da interação, iniciará o estágio de convivência, esse que será de, no máximo, 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por igual prazo.

O processo de convivência é acompanhado por profissionais integrantes da equipe técnica do Poder Judiciário, sendo esses responsáveis por visitas periódicas e entrevistas surpresa, para que seja atestado que a criança está em um local sadio e prospero ao seu desenvolvimento. Assim, a equipe a cada visita irá emitir laudos que irão compor provas para a decretar a sentença final de adoção.

Ultrapassado o período de convivência, o juiz irá proferir sentença na qual irá deferir ou não a adoção, sendo no caso positivo lavrado novo registro civil para a criança. Importa frisar que o Estado se preocupa com a preservação dos poderes da família biológica e, por isso, reserva todos os dados acerca dos pais biológicos, direitos e deveres do filho legítimo para que, em caso de interesse, esses sejam reivindicados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

O trâmite até a materialização final da adoção é burocratizado e moroso, sendo esse fundamentado em atestar que o lar adotivo será, de fato, um ambiente harmônico e saudável para a criança.

3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente é um ser vulnerável e, como tal, recebe proteção integral do Estado para garantir o seu bem-estar livre de nocividade ao seu desenvolvimento sadio. Com isso, para melhor dispor acerca dos direitos específicos a esses sujeitos, o Estado legislou o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo esse responsável por dirimir mais acertadamente acerca de temáticas que detenham criança como parte.

Em que pese haja o Estatuto da Criança e do Adolescente, esse não é o único instrumento utilizado para decidir litígios em que a criança é parte, devendo ser salientada a suma importância dos princípios para esse ramo do direito em específico que é a adoção.

De acordo com Mello (2009), o princípio pode ser caracterizado como um mandamento nuclear de um sistema que se dispõe de forma fundamental para irradiar sobre diversas normas os critérios de efetuação da compreensão do sistema normativo, a fim de lhe promover o sentido harmônico de interpretação frente ao caso concreto.

Com isso, têm-se que os princípios são, em tese, norteadores que irão suprir lacunas jurídicas existentes e irão equilibrar a letra de lei, o caso concreto, contexto fático e o tempo em que o litígio está inserido. Desse modo, pode-se concluir que os princípios

são interpostos no cotidiano jurídico com função auxiliar da norma expressa, possuindo sua aplicabilidade certa, apesar da ausência de expressão em redação.

A adoção é regida por imprescindíveis princípios, sendo eles: Afetividade, Dignidade Humana e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Dessa forma, considerando a ampla importância de tais princípios para a temática, o presente capítulo irá caracterizar cada um destes, dissertando qual a sua contribuição para o instituto da adoção.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, traz que o Brasil é constituído em um Estado Democrático de Direito, sendo esse fundamentado em princípios basilares, com isso, em seu inciso III, há a aparição do termo Dignidade da Pessoa Humana.

Decerto é que se observar a teoria dos princípios de Robert Alexy (2003) e Ronald Dworkin (2002), há a prevalência comum de que os princípios não possuem hierarquia, estando todos em igual patamar de importância. Em que pese essa máxima seja bastante proliferada na doutrina jurídica, há autores, a exemplo de Martins (2021) e Motta (2019) que afirmam que o princípio da Dignidade Humana detém o poder de superprincípio, visto que é um ponto de irradiação para a materialização dos direitos dos cidadãos.

O teor de superprincípio exsurge pela Dignidade Humana ser a fundamentação dada para que sejam conferidos ao indivíduos direitos ditos como mínimos, os quais são nomeados em ordem pátria como “direitos fundamentais”.

A fim de conceituação do que concerne tal princípio de suma valência para o Estado Democrático de Direito, faz-se necessário atentar preliminarmente para os ensinamentos de Moraes (2022, p. 19):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Desse modo, entende-se acerca do princípio da dignidade humana como um patamar mínimo de garantias que o Estado deve ofertar para o seu cidadão. Com isso, realizando uma convergência entre a dignidade e a família, deve-se observar que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 traz a temática da família com a seguinte redação:

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.

O artigo clarificado traz que se perfaz competência da Família, sociedade e Estado, de modo concorrente, assegurar a criança a prioridade absoluta, devendo ser destinado subsídios para a manutenção de sua vida e, entre esses, a dignidade.

Em análise aguçada ao artigo, é de exequível percepção que a família é posta como principal responsável pela manutenção da criança, visto que essa é o primeiro núcleo social em que o indivíduo é inserido e, por isso, detém como objetivo basilar a formação da personalidade e cidadania.

Ademais de perpassa de ensinamentos e também de oferta de mínimos à vida, a família transcende o mero laço sanguíneo sendo, em parcela majoritária, um recanto de afeto. Não obstante a palavra afeto não se faça presente de modo expreso no ordenamento jurídico, essa detém vasta importância para a seara de família.

Para Silva Júnior (2010), o afeto é um fator determinante na composição das famílias contemporâneas, pois não representa apenas um laço que envolve os integrantes, é algo naturalmente desenvolvido na personalidade humana e que é cultivada através da convivência. O principal escopo da proteção ao princípio da afetividade é a promoção da felicidade do viver em comum, abrangendo toda a população em suas particularidades sentimentais.

Neste sentido, destaca-se ensinamento de Maria Berenice Dias (2006, p. 61):

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

A afetividade é também o sentimento propulsor da adoção, pois a integração de uma criança em um novo bojo familiar não é apenas executada para que essa seja ensinada, assistida e protegida, mas sim para proporcionar a criação de um vínculo amoroso que irá contrair respectiva felicidade.

Explicados os princípios da dignidade humana e afetividade, imperioso agora é caracterizar a primazia do melhor interesse da criança.

Para a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, o melhor interesse da criança em situação de adoção é quando esse goza de proteção social para receber oportunidades, advindas essas de legislação ou demais artifícios legais, para que seja novamente inserido em contexto familiar e, assim, possa obter sadio desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Para a Estudiosa Caroline de Cássia Francisco Buosi (2012, p. 114), esse princípio de tamanha importância para o direito de família, pode ser explicado de modo semelhante:

Um dos princípios base fundadores que protegem o menor é o Princípio do Melhor Interesse da Criança, pelo qual as necessidades da criança devem estar acima dos interesses dos seus pais, analisando cada caso concreto. A necessidade de analisar cada caso concreto se dá na possibilidade de perceber as condições de vida daquela criança, seu ambiente físico e social e as relações afetivas que estabelece com os seres a sua volta, haja vista que estão em plena construção da base de personalidade.

Infere-se das palavras da autora que o supramencionado princípio é avaliado diante do caso concreto, devendo cada situação fática ser individualizada para melhor dirimir acerca de suas possíveis resoluções, pondo a criança em grau de maior interessado e maior beneficiário ou prejudicado diante da decisão judicial.

No que cerne a adoção, válido é atribuir que é preferência da família natural de que a criança continue inserida em seu meio, contudo, quando a sua permanência se faz impossibilitada, esse é o meio pelo qual se oportuniza a criança ou adolescente o amparo de uma nova estrutura família atestada de competência para percutir com suas obrigações como tal.

O artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando, devendo ser fundamentada em motivos legítimos.

4 ADOÇÃO A BRASILEIRA: crime ou ato de amor?

As relações familiares são prioridade protetional ao Estado Brasileiro, possuindo esse instrumentos que reprimem condutas que violem a integridade desse núcleo de suma importância.

Conforme aludido alhures, a paternidade, maternidade e, principalmente, a filiação possuem vasta proteção em sede constitucionais, sendo essa justificada em prol de garantir a família o desenvolvimento sadio e completo. Nesses termos, para que o status quo de harmonia não seja maculado, no Brasil existe a vedação ao registro de filho de outrem como se seu fosse, sendo essa conduta ilícita considerada crime popularmente conhecido como “adoção à brasileira”.

Desse modo, o presente capítulo detém como ímpeto descrever o que perfaz o crime da adoção à brasileira, dispondo do seus preceitos jurídicos e justificativas de vedação em território pátrio. Em segundo momento, o capítulo contrai a demonstração prática do tratamento recebido pela adoção à brasileira nos tribunais brasileiros, trazendo à baila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, (STJ) e Tribunais de Justiça dos Estados.

4.1 Conceituação

A adoção à brasileira é um termo empregado ao “jeitinho brasileiro” de adotar, ou seja, de burlar o sistema processual de materialização da adoção. A prática é configurada como crime, conforme redação do art. 242, caput, do Código Penal.

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena (BRASIL, 1940, online).

Pode-se extrair do artigo cristalizado que configura o ato comumente chamado de adoção à brasileira registrar filho de outrem como se seu fosse, dar parto alheio como próprio, ocultar ou também o substituir. Com isso, atenta-se que o objeto jurídico a ser protegido é o da veracidade da filiação, visto que é direito de todo e qualquer individuo saber das suas origens biológicas e, tal crime, obstaculiza esse fim.

Em que pese a conduta seja criminosa, o parágrafo único do artigo traz a hipótese em que os atos descritos foram praticados pautados em razões nobres, ou seja, para priorizar o interesse da criança e, em razão da prevalência dos interesses da criança e/ou adolescente, pode o juiz deixar de aplicar a pena e conceder o perdão judicial, bem como apenas aplicar pena pedagógica de detenção, sendo essa mais branda em comparativo a reclusão.

De acordo com Paula (2007), a criminalização de tal ato é o instrumento que o Estado possui para que possa amparar a integralidade da família, protegendo a dignidade do laço biológico e o direito da criança e do adolescente de saber a sua verdadeira descendência.

Ocorre que a prática é demasiadamente rotineira, sendo um de seus motivos a ausência de investigação comprobatória dos laços biológicos durante o registro de nascido vivo efetiva-se junto ao Cartório de Registro Civil, nos moldes do 54 da Lei nº 6.015/1973 - Lei de Registros Públicos. Assim, para que seja realizado o registro, basta que os ditos pais apresentes apenas seus documentos e afirmem a filiação, sendo assim uma lacuna para que incorram na adoção à brasileira.

A adoção à brasileira vem sendo comumente praticada do Brasil, por mais que seja por nobre motivo, tal prática vem a ser uma dissimulação e uma infração a lei, visto que é tratada como crime no capítulo "dos crimes contra o estado de filiação" (capítulo II do Título VII), tipificada no artigo 242 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940). (BOCHNIA, 2010, p.98)

Muitas são as causas que fundamentam a prática ser configurada como crime em território pátrio e, para o presente estudo, inerente é suscitar alguma destas.

Existem diversos motivos para a utilização desse meio, como pessoas que não desejam se submeter ao trâmite legal de adoção - como gastos com a constituição de um advogado ou idas às audiências no Fórum -, pessoas que não desejam tornar a adoção pública, ou ainda pessoas com receio de que lhe sejam retirados o menor, do ambiente familiar já constituído afetivamente, para que a mesma seja entregue a outra família já cadastrada no devido processo de adoção. Além disso, é relativamente fácil para os que querem "adotar à brasileira", visto que, só é necessário um registro de nascimento falso (FONSECA, 2013, p. 27).

Conforme aponta Fonseca na citação acima, os motivos preliminares que fazem com que seja utilizada a adoção à brasileira é a burocracia do trâmite legal, visto que esse é demasiadamente demorado por deter de diversas etapas a serem superadas.

Outrossim, nem sempre a adoção ocorre de modo planejado, podendo-se citar os casos em que há o encontro com menores abandonados e a criação do vínculo pela convivência. Nessa hipótese, a ausência de regulamentação se dá sob o receio da retirada da criança já inserida na família ser retirada da convivência do adotante e, por isso, esses pais preferem burlar o sistema.

O autor Cabral (2017) ainda destaca outro fator preponderante para com a proibição da adoção à brasileira é a coibição da criança ser exposta a vulnerabilidade ou situações de risco, a exemplo da venda destas para o mercado sexual ou tráfico de drogas.

Desse modo, ao menor indício da prática da ação ilegal, deve o Estado impor medidas de preservação da criança e do adolescente, sendo muitas vezes necessária a ordem de busca e apreensão nos lares adotivos irregulares, conforme será aprofundado no tópico posterior.

4.2 Jurisprudências

No presente subcapítulo, foi-se utilizado o instrumento de pesquisa de busca jurisprudencial no site JusBrasil, sendo utilizado como palavra chave os termos “adoção à brasileira” e “adoção irregular”. Como resultado, foram encontradas diversas decisões proferidas em sentido contrário ao procedimento, visto que a legislação expressamente o consagra como crime, entretanto, também foi possível identificar decisões favoráveis fundamentadas sob o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A primeira jurisprudência a ser analisada é o Habeas Corpus nº HC 404545/CE, o qual deteve como Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e foi julgado na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com a narrativa do caso concreto, os adotantes possuíam vínculo entre si de união estável homoafetiva e não entraram, em momento algum, no processo de adoção e tampouco manifestaram interesse em adotar, todavia, certo dia, foram surpreendidos com uma criança deixada dentro de uma caixa de papelão, apenas com 17 (dezessete) dias de vida. Após a surpresa, iniciaram as investigações sob a tentativa de localizar a genitora e ao a contatar, essa afirmou não ter condições para dar devida criação a criança, sendo mais benéfico que essas ficassem sob a guarda do casal.

Ocorre que, quando a criança completou 10 (dez) meses, foi dada ordem de busca e apreensão desta para a institucionalização, sendo essa fundamentada em razão da burla ao sistema de adoção. O casal irresignado com a medida judicial, adentrou com Habeas Corpus, o qual foi concedido.

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E ADOÇÃO. MENOR IMPÚBERE (10 MESES DE VIDA). CASAL HOMOAFETIVO. ENTREGA PELA MÃE. ADOÇÃO. PROCEDIMENTO FORMAL INICIADO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA TERATOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, que foi recolhida em abrigo após longo convívio com a família que o recebeu como filho, impõe afastar de plano o óbice formal da Súmula nº 691/STF. 2. O menor, então com 17 (dezessete) dias de vida, foi deixado espontaneamente pela genitora na porta dos interessados, fato descoberto após a conclusão de investigação particular. 3. A criança vem recebendo afeto e todos os cuidados necessários para seu bem-estar psíquico e físico desde então, havendo interesse concreto na sua adoção formal, procedimento já iniciado, situação diversa daquela denominada adoção "à brasileira". 4. A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor. 5. Ordem concedida. (HC 404.545/CE, Rel. Ministro RICARDO 47 VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017).

Observa-se na ementa acima que a busca e apreensão apenas foi fundamentado na burocracia do sistema de adoção, contudo, o caso concreto dispõe que desde que o menor foi recebido no lar os seus interesses foram prevalecidos, visto que passou a receber os cuidados necessários para o bem-estar físico e psíquico, contraindo dos pais adotivos amor e afeto, bem como subsídios vitais a respectiva manutenção.

O Ministro Relator, ao fundamentar o seu voto, proferiu que a ordem de retirada da criança do seu lar não estava aliada ao princípio do melhor interesse do menor, ainda mais pelo fato de que a diligência não foi motivada por denúncia de suposta ameaça ou perigo ao tutelado, apenas em razão da burla ao cadastro de adotantes. Desse modo, imperioso é trazer in *verbis* o voto do Ministro:

Inicialmente, afere-se dos autos que o menor foi recebido em ambiente familiar amoroso e acolhedor, quando então recém-nascido, não havendo riscos físicos ou psíquicos ao menor neste período, quando se solidificaram laços afetivos, até mesmo porque é cediço que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente. [...] Registre-se que ao afeto vem se atribuindo valor jurídico, e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade. [...] Todavia, refoge a qualquer lógica, ou mesmo razoabilidade, transferir a guarda dessa criança primeiramente a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo tão somente em nome da segurança jurídica e de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao interesse do menor. [...] Por sua vez, consigna-se que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa sobretudo à constituição de família substituta ao menor, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano HC 404.545/CE, Rel. Ministro RICARDO 47 VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017).

Atenta-se que o voto foi pautado em razão dos laços afetivos formados, visto que mesmo que a criança detivesse idade tão tenra, o convívio cotidiano fez crescer um amor que engendra a relação familiar. Assim, houve a primazia ao princípio do melhor interesse do menor, sendo esse vencedor em face do formalismo exacerbado do processo, concedendo a permanência do menor no lar adotivo.

A segunda jurisprudência a ser analisada é a decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Criminal nº 2012.015205-2-SC, *in verbis*.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FAMÍLIA. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA" (ART. 242, CAPUT, DO CP). RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA APLICAÇÃO DE PENA. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. ESPOSA COAUTORA. CONFISSÕES EM JUÍZO CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS QUE COMPROVAM A PRÁTICA DO ILÍCITO. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE À REALIZAÇÃO DA CONDUTA EVIDENCIADA. CONSTATADA A MOTIVAÇÃO NOBRE. GENITORA QUE NÃO

DESEJA FICAR COM A RECÉM-NASCIDA E O ENTREGA AOS RÉUS PARA O CRIAREM. APLICABILIDADE DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (APR: 2012015205-2 SC (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 24/09/2012, Primeira Câmara Criminal Julgado).

O caso acima clarificado se trata de apelação criminal interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina em face de sentença monocrática em que foi conhecida a prática da adoção à brasileira, contudo, cabível o perdão judicial com fulcro no art. 107, IX, do Código Penal.

O caso em tela demonstra que em 2002, J. M. G. e N. dos S. G. (marido e mulher), conheceram a genitora da criança, ainda grávida e apenas com 16 (dezesesseis anos), essa que manifestou o interesse de entregar a prole para a adoção, visto que não possuía condições psíquicas e financeiras para a criar. Com isso, os três fizeram um combinado quando a criança nascesse, esse que era consubstanciado no registro desta com o nome da biológica e de J. M. G., ora marido de N, dos S. G., conforme assim se concretizou. Mister é suscitar que o acordo apenas foi firmado em termos de registro, mas sem a oferta e percepção de qualquer tipo de vantagem pecuniária.

Em decisão de piso, o juiz decidiu pela configuração do crime disposto no art. 242, caput do Código Penal, contudo, sem que fosse empregada a punibilidade em razão do perdão judicial, visto que todos confessaram o delito, bem como não foi ofertada nenhuma vantagem pecuniária.

Em fundamentação acerca da manutenção do perdão judicial em sede de Apelação, retira-se o seguinte trecho do voto do relator:

In casu, o que os pais visavam com a adoção à brasileira era regular o direito da criança e não os seus próprios interesse, tanto é que possuíam outros dois filhos. Os réus buscaram ficar com a menor com o intuito de criá-la como se sua filha fosse, ante o consentimento da mãe biológica, e sem envolver qualquer tipo de ajuste pecuniário ou de promessa de benefício em favor da última. Outrossim, os acusados, especialmente a ré N., acolheram a criança, proporcionando-lhe um ambiente familiar e de carinho, no qual prevaleceu o bem-estar da menina, sendo que em nenhum momento houve o dolo de prejudicá-la. A intenção primordial dos

acusados, aqui, era a de amparar e de proteger a recém-nascida, que, até então, seria abandonada pela mãe (APR: 2012015205-2 SC (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 24/09/2012, Primeira Câmara Criminal Julgado).

Decerto é que esse reconheceu a conduta ilícita, mas em que pese esse reconhecimento, o perdão judicial foi aplicado, bem como a manutenção da criança do lar, para que assim pudesse proteger o melhor interesse do menor em permanecer em um lar amoroso e com recursos de a prover.

A terceira jurisprudência a ser cristalizada é o Recurso Especial nº 1567812/SC, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. GÊMEOS. PODER FAMILIAR. NULIDADE DA RENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. MÃE BIOLÓGICA EM SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE ADOÇÃO. VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. RECURSO PROVIDO. (REsp 1567812/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 05/12/2016) (grifo da autora).

O caso em tela demonstra uma ação de adoção cumulada com regulamentação de guarda, visto que as crianças sempre estiveram sob a guarda de suposto pai biológico e da madrasta, sendo direito desta materializar legalmente a adoção. Ocorre que, durante a persecução da ação, foi realizado exame DNA no suposto pai, descobrindo que este não era, de fato biológico.

Em piso, o juiz julgou improcedente o pedido de adoção da madrasta, assim como também ordenou a busca e apreensão para a institucionalização das crianças, bem como em mandado para excluir o nome desta da certidão de nascimento dos gêmeos.

Outrossim a sentença de primeiro grau, o casal irresignado interpôs Apelação, na qual trouxe comprovações de que a mãe biológica das crianças vivia em estado de vulnerabilidade e não possui condições para criar as duas crianças, assim como que esta sempre manifestou o desejo de que estas fossem criadas pelo suposto pai e sua companheira.

Importante é trazer à baila o voto do Relator da Apelação, esse que dispôs que os danos do recolhimento das crianças a um abrigo macularia o princípio do melhor interesse da criança, visto que os gêmeos já conviviam com o casal há mais de 05 (cinco) anos. Com

isso, têm-se que a má-fé dos litigantes não deveria contrair prejuízo aos menores e, por isso, o Recurso deveria ser provido de modo a revogar a institucionalização destes, a exclusão do dito pai do registro civil, assim como conceder regularização a situação da madrasta em face destes.

É certo, conforme consignado no aresto recorrido, que na hipótese dos autos se evidencia a ocorrência da chamada adoção à brasileira, tendo sido desrespeitadas pelos requerentes as normas que regulam a adoção, especialmente a necessidade de inscrição prévia no cadastro nacional de adoção. Não é menos verdade que a conduta dos requerentes foi extremamente reprovável, pois segundo se colhe do acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, alteraram a verdade dos fatos, além de terem realizado falso registro de nascimento, conduta tipificada no Código Penal, tendo estabelecido vínculo afetivo com os menores por se esquivarem das diligências judiciais expedidas ainda em 2011. Os casos de adoção irregular sempre provocam discussões acaloradas entre os que entendem deva ela ser reprimida a todo custo, de modo a não ser premiada a má-fé dos adotantes, e aqueles que pensam ser necessária a análise da situação em concreto, buscando identificar de que forma será possível atender o melhor interesse da criança. [...] O que se tem, no momento, são duas crianças inseridas em um lar no qual vivem há mais de cinco anos, com a recomendação para que sejam recolhidas a um abrigo, sem entender, porém, a razão pela qual lá estarão e porque seus "pais" não podem mais lhes fazer companhia. Os danos psicológicos são constatáveis de pronto e são de difícil reparação. Se serão ocasionados pelos adotantes ao descumprirem as ordens judiciais, ou se decorrem do próprio sistema de adoção, não importa, o fato é que atingem menores, cuja proteção e bem-estar imantam todo o sistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se não é possível premiar a má-fé dos requerentes, também não é possível que por ela respondam crianças de tenra idade (REsp 1567812/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 05/12/2016) (grifo da autora).

Decerto é que todas as jurisprudências anteriores demonstraram a manutenção das crianças em seus lares de adoção à brasileira, contudo, em que pese essa decisão seja demasiadamente comum nos tribunais brasileiros, há também a ocorrência massiva de

casos em que se é indeferida a manutenção dos menores a convivência com os adotantes irregulares.

EMENTA: HABEAS CORPUS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. MEDIDA LIMINAR PROTETIVA DE ACOlhIMENTO DE CRIANÇA EM ABRIGO. GRAVE SUSPEITA DA PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA" EM DUAS OCASIÕES DISTINTAS. INDÍCIOS DE ADOÇÃO DE CRIANÇA MEDIANTE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA. GRAVIDEZ FALSA. INDUZIMENTO A ERRO. AMEAÇA GRAVE A OFICIAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ABRIGAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Em regra, não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes 3. Todavia, em situações excepcionais, como no caso dos autos, em que não chegou a se formar laços afetivos entre a adotada e a família substituta, em razão da reiterada prática de crimes contra o estado de filiação, da suspeita de pagamento para obtenção de criança em outro processo, do indício de simulação de gravidez e de ameaça de morte a Oficial de Justiça no cumprimento do seu dever, não é recomendável, em nome do princípio do superior interesse da criança, que ela fique no lar da família substituta. Criança bem adaptada no abrigo em que se encontra, recebendo cuidados e acompanhamento médico de sucesso. 4. Não conheço do habeas corpus. (HC 418.431/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

O habeas corpus acima ementado foi impetrado em razão da ordem de busca e apreensão de criança que estava sob guarda dos adotantes, o qual foi indeferido. A não promoção deste se deu em razão do caso concreto explicitar que a mãe biológica entregou a criança recém-nascida em troca de vantagem pecuniária, não configurando a proteção em lar para a primazia do interesse do menor, mas sim em benefício dos seus próprios intentos.

Durante a persecução processual se restou comprovado que o impetrante do habeas corpus, ora pai adotante, era reincidente na adoção à brasileira, visto que já era a segunda criança que registrava como se seu filho biológico fosse.

A situação trazida é peculiar, delicada e excepcional, pois trata de uma criança que completou um ano de idade em novembro do ano corrente e que foi levada por ordem judicial, para uma casa de abrigo quando tinha apenas dois meses, pela presença de fortes indícios de que M Z, pela segunda vez, registrou outro filho de O L, pessoa em situação de rua, em cartório como se fosse seu, mesmo sabendo que não era, para combater a chamada 'adoção a brasileira' e desestimular a burla ao procedimento judicial da adoção. [...] Outra circunstância que chama a atenção e é relevante, a meu sentir, para a aferição de eventual ilegalidade na decisão impugnada, é que diferentemente do que ocorreu na primeira ação, em razão do conhecimento pelo Ministério Público da reiteração na prática de adoção ilegal e de sua ação rápida, não houve tempo hábil formação de vínculo afetivo entre Y Z e a família que supostamente o adotou ilegalmente, haja vista que a criança conviveu com ela por apenas 2 (dois) meses e 11 (onze) dias, até ser levada para o abrigo aos 6/12/2016. [...] Apesar da existência de registro de que eles cuidavam bem de Y Z e cuidam atualmente de seu irmão unilateral Y D Z, entendo que os padrões éticos por eles adotados, o desrespeito para com a lei e com o Poder Judiciário, recomendam, no momento, a manutenção de Y Z no acolhimento institucional que atende, em princípio, o seu melhor interesse, de modo a preservar e garantir o seu desenvolvimento sadio e não colocá-lo, assim, em uma possível situação de risco

Verifica-se que em julgamento do Habeas Corpus a criança já possuía 01 (um) ano de idade, entretanto, encontrava-se institucionalizada desde os seus 2 (dois) meses e 11 (onze) dias. Conforme o relator, o tempo de convivência com os adotantes, ora de 2 (dois) meses e 11 (onze) dias, não foi suficiente para criar vínculos e, com isso, a decisão de retirá-la do lar não conferia prejuízo que maculasse o princípio do melhor interesse do menor.

Destaca-se que o casal já era infrator reincidente no art. 242 do Código Penal, sendo a decisão de indeferimento pedagógica quanto a coibir a prática da ilegal adoção sem perpassar por burocracia necessária a verificar os indícios de paternidade benéfica por adoção.

Têm-se que a manutenção da criança em situação de adoção à brasileira é inteiramente dependente do caso concreto, devendo ser verificado, sobretudo, o melhor interesse do menor e os danos que podem vir a ser causados pela institucionalização desta até que seja legalmente adotada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção é um ato de amor, sendo esse motivado por diversas causas, seja pela impossibilidade de gerar um filho; pelo anseio da maternidade/parternidade solo; pela ausência de desejo de gerar, mas de se ter filho; por afeto a uma criança em situação de vulnerabilidade e entre outras. Apesar de inúmeras razões, todas essas culminam em um único objetivo: o de estabelecer um vínculo familiar socioafetivo independente de relação de parentesco sanguíneo.

Para que o objetivo da adoção seja preservado, o Estado possui um burocrático sistema, sendo necessário que os pretendentes a adotantes o superem com eficiência para que adentrem a fase de dissertação de criança que deseja e posterior período de adaptação caso encontrada. Os árduos trâmites possuem como objetivo evitar que as crianças sejam desviadas a novas situações de vulnerabilidade, bem como que confirmam perigo a sua integridade.

A fim de coibir práticas que burlem o processo de adoção, o legislador do Código Penal dispôs redação do artigo 242, sendo esse o vedado expresso ao registro de filho de outrem como se seu fosse, bem como o ato de ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

Apesar de expressamente ilegal tal prática, a adoção à brasileira é um fenômeno social corriqueiro, devendo esse ser analisado de forma individual para que o Estado não venha a contrair prejuízos para a criança.

Conforme abrilhantado pelas jurisprudências clarificadas, muitas são as decisões da manutenção da criança e do adolescente no seio da família adotiva, mesmo que o vínculo tenha sido gerado de forma irregular. A manutenção se justifica pela análise a lume dos princípios da afetividade e do melhor interesse, visto que apesar da constituição do laço tenha sido originada de forma ilícita, a família provê os subsídios necessários para a sua vida e proteção.

Decerto é que o processo de adoção demasiadamente burocrático confere segurança às crianças, bem como é uma forma de dispor um processo igualitário e justo a todos da relação, pois é seguida uma ordem cronológica de cadastro, entretanto, a verdade é que a institucionalização por muitas vezes é cruel e com longos períodos de espera,

conferindo ansiedade aos sujeitos. A criança com anseio de ser adotada e receber afeto, bem como dos pais de finalmente ter um filho.

Nesse ínterim, o que se observa da jurisprudência é que mais importante que a obediência ao estrito processo da adoção, bem como a legislação que confere punibilidade daqueles que incorrem na adoção à brasileira, mais importante é a felicidade da criança, devendo ser priorizada o laço estabelecido com a família, bem como os recursos que são provindos a esta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights**: balancing, and rationality. Ratio Juris, New York, v. 16, n. 2, 2003.

BOCHNIA. Simone Franzoni. **Da Adoção**: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família. Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

Disponível em: <

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/17098/Disserta%3%a7%3%a3o%20Da%20ado%3%a7%3%a3o%20-%20categorias%2c%20paradigmas%20e%20pr%3%a1ticas%20no.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03/02/2023.

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

BRASIL. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. In: Lei Nacional da Adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 01/02/2023.

BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 01/02/2023.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. In: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01/02/2023.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012. Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CABRAL, Sofia Alpes. **O sistema de adoção brasileiro**: A adoção direta em confronto com o cadastro nacional de adoção. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, UFPE. Recife, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção**. Corregedoria Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em 01/02/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Família. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Carolina L. **Paternidade socioafetiva, Adoção à Brasileira e suas Atuais Implicações**. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2006.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Método, 2019. Curitiba: J.M., 2007.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira**: registro de filho alheio em nome próprio. In IBDFAM, 2011. Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/publicacoes/livros/detalhes/162/Ado%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Brasileira:%20Registro%20de%20Filho%20Alheio%20em%20nome%20pr%C3%B3prio>>. Acesso em: 02/02/2023.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E TIPICIDADE

GABRIELA GONÇALVES EVANGELISTA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA Unidade Linha Verde

VICTÓRIA REIS EVANGELISTA FERREIRA DAMASCENO²⁸⁰

(coautora)

NATÁLIA MARRA

(orientadora)

RESUMO: No presente artigo verifica-se como objetivo principal analisar se o consentimento da vítima interfere ou não na tipificação do tráfico internacional de pessoas. Para que haja um melhor entendimento acerca do assunto, anteriormente será estudado o que abrange este crime e possíveis causas que o ensejam como, por exemplo: o contexto histórico, seu conceito, as mudanças que ocorreram na tipificação deste crime na legislação brasileira ao decorrer dos anos, os documentos e tratados internacionais existentes acerca do assunto por conta dos avanços dos Direitos Humanos, quais os perfis das vítimas, expondo, ao final, uma conclusão a respeito do que foi apresentado.

Palavras-chave: Tráfico internacional de pessoas; Direitos Humanos; Tráfico humano; Consentimento da vítima; Tipificação.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze whether or not the victim's consent interferes with the definition of international human trafficking. In order to have a better understanding of the subject, we will first study what this crime encompasses and the possible causes that give rise to it, such as: the historical context, its concept, the changes that have occurred in the classification of this crime in Brazilian legislation over the years, the existing international documents and treaties on the subject due to advances in human rights, the profiles of the victims, and, at the end, a conclusion regarding what has been presented.

Keywords: International trafficking in persons; Human rights; Human trafficking; Consent of the victim; Classification.

280 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA Unidade Linha Verde

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem a finalidade de apresentar o que vem a ser o crime do tráfico internacional de pessoas, o contexto histórico, como se dá a tipicidade deste crime e se o consentimento da vítima interfere ou não no momento da configuração do crime, não visando esgotar todos os ramos que envolvem este assunto. O tráfico de pessoas é visto como uma das violações mais críticas dos direitos humanos, que alcança milhares de vítimas ao redor do mundo e que reduz a vida humana ao mero interesse pelo lucro, alcançando o mercado global, e devido a isto, países ao redor do mundo e organizações não governamentais trabalham em leis e se juntam, realizando tratados internacionais para tentar impedir este delito e apoiar e proteger as vítimas. (GLOBAL, 2021)

O tráfico de pessoas definido como um crime transnacional complexo (FAVALESSA; FONSECA; JACOB, 2023), também pode envolver o tráfico de órgãos, tecidos ou partes do corpo, a exploração do sexo e do trabalho, adoção ou casamento ilegal, etc. A ONU o define melhor no Protocolo de Palermo de 2003, desta forma, a escravidão e a exploração acabam sendo inerentes a prática do tráfico.

É um crime muito ligado a questões culturais, econômicas, na instabilidade política, em conflitos, etc., pois, as pessoas, fugindo de uma realidade desesperadora, buscam um consolo em outros lugares, o que pode ocorrer através de falsas promessas de uma vida melhor por parte de aliciadores fingindo serem boas pessoas. (GLOBAL, 2021).

O período mais marcante na história do Brasil envolvendo este ilícito, que na época não era tratado como um crime, mas como um ato corriqueiro que alimentava a economia global da época, foi no tempo Colonial que durou até o final do Império. Durante este período ocorria o tráfico de pessoas que eram tratados como objetos, sendo trazidos da África e levados não só para o Brasil, mas para outros países em navios negreiros com péssimas condições: não havia higiene, passavam fome e navegavam muito cheios, devido a isso, muitos escravos morriam no trajeto. (ARAÚJO, 2022).

A globalização potencializou o desenvolvimento tecnológico, havendo um aumento significativo no número de casos de tráfico de pessoas, já que o avanço da tecnologia proporciona aos traficantes atalhos para a prática do delito, permitindo, por exemplo, que os traficantes façam a transmissão ao vivo das vítimas sofrendo abusos a consumidores interessados no mundo todo, atraindo mais clientes e, conseqüentemente, tornando este mercado mais lucrativo (TAVARES, 2019). Com o crescimento de casos, aumenta-se a indagação que já existe há anos: se o consentimento da vítima é ou não importante para que haja a configuração da tipicidade do crime. Esse e os tópicos supracitados serão esclarecidos a seguir.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO DO TRÁFICO DE PESSOAS

Constitui conhecimento público e notório o fato que desde os primórdios da humanidade o poder sempre fora exercido pelo mais forte em detrimento daquele menos favorecido, seja do ponto de vista físico, social ou cultural, de modo que, as raízes históricas da formação da sociedade, em diferentes localidades, remetem em sua maioria ao trabalho derivado de força escrava.

No Brasil, os contornos não diferem da realidade acima descrita, ante a predominância do trabalho baseado exclusivamente na servidão desde a período colonial até os idos da Lei Áurea, cuja data remonta a 13 de maio de 1888, a qual declarou extinta a escravidão na sociedade brasileira.

Nesse aspecto, percebe-se que o tráfico de pessoas no Brasil detém suporte histórico e remonta ao período escravocrata, o qual por certo, possui influência determinante até os dias atuais, seja na visão enraizada das vítimas enquanto objeto passível de comercialização, seja na forma como a prática se constrói, consoante expõe Thais de Camargos Rodrigues na obra *Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual* (RODRIGUES, 2013, p.56):

Havia os senhores que enfeitavam as negras com joias de ouro, rendas e roupas finas e as ofereciam aos clientes. Outros obrigavam as negras, muitas delas ainda crianças, a se oferecer nas ruas e nos portos, onde desembarcavam marinheiros com toda espécie de moléstia, sobretudo sífilis. Havia ainda as que ficavam expostas nas janelas, seminuas, nas zonas de meretrício. (RODRIGUES, 2013, p.56).

Dessa forma, extrai-se que os direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os indivíduos, sobretudo a partir do enfoque da dignidade da pessoa humana foram alvo, no decorrer de séculos, de patentes ofensas, as quais não se restringiram tão somente as pessoas negras, circunstância evidente ante a magnitude da problemática tratada no presente estudo.

No entanto, em que pese a amplidão da problemática, tem-se que os primeiros debates sobre a temática retroagem ao ano de 1885 no Congresso Penitenciário de Paris, todavia, a primeira medida efetiva surge apenas em 1904 com o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, o qual fora promulgado pelo Brasil, acompanhado da Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas datada de 1910.

Em ambas as oportunidades causa estranheza, no entanto, a proteção conferida tão somente às mulheres e posteriormente às crianças, enquanto camada vulnerável, o que por certo, atraiu lacunas quanto as medidas adotadas a todas as eventuais vítimas, sem qualquer distinção, razão pela qual no ano de 2000 surge o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas – vastamente anunciado como o Protocolo de Palermo, o qual foi devidamente promulgado no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n. 5.017, de 12/03/2004.

A partir de então, são estabelecidos os contornos resolutos quanto a definição do tráfico de pessoas, apontado no referido protocolo da seguinte forma:

Recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sob a outra pessoa, para o propósito da exploração (...) inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos (NAÇÕES UNIDAS, 2000).

Nessa toada, observa-se que o Brasil marchou a passos largos quanto a necessidade de regramento específico sobre o assunto, momento rompido pela Lei 13.344 de 2016, responsável pela redação do art. 149-A do Código Penal, a qual disciplina que incorre nas penas previstos no referido artigo, aquele que:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual. (BRASIL, 1940)

Desta feita imperioso se faz o estudo do referido tipo penal e suas especificidades, consoante passa-se a expor.

2.1 Análise do Crime e sua Tipicidade

A definição dada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Protocolo de Palermo, em seu artigo 3º é:

Por “tráfico de pessoas” entende-se” o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos. (BRASIL, 2004)

Para que se possa analisar este crime é necessário fazer uma investigação do que cerca este assunto. Para começar, é essencial averiguar as causas, ou seja, o que motiva isso a acontecer. Como já fora dito, vai desde circunstâncias sociais e culturais, até ocasiões de guerras, corrupção e migrações forçadas, históricas, entre outras. Tudo o que pode levar as vítimas a procurar chances melhores de vida, podendo levar muitas a caírem em golpes.

Outro ponto a se observar é a respeito de como os aliciadores fazem o tráfico acontecer, isto é, os seus métodos que, devido a globalização, avançaram muito e vem evoluindo cada vez mais, tornando-se mais recorrente. Eles utilizam de documentos falsos para que suas vítimas consigam sair das fronteiras com identidades diferentes ou mesmo esperam até que a vítima chegue até o local do cárcere para só então eles reterem os documentos dela para que ela fique impossibilitada de sair do local, articulam mentiras para enganar suas vítimas (seja por promessas de emprego ou de estudo, sites de namoro, etc.), dívidas por serviço, etc. Por ser um crime mais oculto e com diversas formas de ser praticado, é mais difícil das autoridades o detectarem e o combaterem, sendo de suma importância a cooperação internacional e a conscientização da sociedade. (ANJOS; PERES; PERES, 2022).

Segundo a Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), mesmo que o narcotráfico continue sendo o mercado ilícito mais lucrativo, o crescimento que o comércio ilícito de pessoas está apresentando se mostra muito preocupante, podendo chegar a apresentar tanto dinheiro quanto o comércio de drogas e armas mundialmente, sendo um crime que afeta cerca de 2,5 milhões de pessoas e movimenta aproximadamente 32 bilhões de dólares por ano, segundo a Organização das Nações Unidas (LANGER, 2015). Entretanto, por ser um crime obscuro e difícil de ser descoberto é complicado estabelecer números exatos. O que se pode afirmar é que este delito está presente em todos os países.

Já em relação as vítimas, qualquer um pode ser, porém existem perfis mais vulneráveis, sendo estes mais recorrentes no crime de tráfico de pessoas como, por exemplo: mulheres, crianças, migrantes e refugiados, desempregados, grupos étnicos minoritários, pessoas em situação de pobreza ou situadas em áreas rurais e LGBTQ+. A vulnerabilidade da vítima é fator primordial e que chama bastante atenção dos aliciadores, sendo por isso que são mais habituais como vítimas. (TAVARES, 2019).

O tráfico de pessoas no Brasil é tipificado conforme o artigo 149-A do Código Penal, tratando-se de um crime de tipo misto alternativo ou crime de ação múltipla, podendo ser praticado mediante uma conduta do dispositivo ou por mais de uma conduta ao mesmo tempo, ou seja, quando em uma mesma situação o agente pratica uma ou mais de uma das oito condutas previstas pelos verbos núcleos previstas no artigo supracitado, gera somente um delito, sendo condutas alternativas: agenciar (ser representante de alguém); aliciar (seduzir ou atrair alguém para alguma coisa); recrutar (atrair pessoas, formando um grupo, para determinada finalidade); transportar (levar alguém ou alguma coisa de um lugar para outro, se usando de algum meio de transporte); transferir (levar algo o alguém de um lugar para outro); comprar (adquirir algo através de um pagamento); alojar (dar abrigo a alguém); acolher (proporcionar hospedagem). (NUCCI, 2020, p. 965).

Tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa, não exigindo qualquer característica específica dos dois, configurando crime comum, e, tocante a liberdade individual (bem jurídico protegido pelo art. 149-A do CP) consiste em um bem jurídico indisponível, isto é, o consentimento da vítima não interfere na configuração da tipicidade da infração. Mas essa questão do consentimento da vítima será abordada com mais enfoque no próximo tópico.

O agente tem que ter a intenção (elemento subjetivo) de restringir a liberdade da vítima, independentemente de quais meios irá utilizar para que isso seja possível, realizando qualquer das oito condutas previstas pelos verbos núcleos alojados no caput - agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher - com o fim que esteja descrito em qualquer dos cinco incisos, não será necessário que as vítimas sejam exploradas ou não, pois o crime é formal, se concretizando com apenas com a conduta

nuclear. Contudo, é necessário que a pessoa que está praticando tais atos tenha a intenção específica contida em um dos cinco incisos do dispositivo penal. Se não houver, o tipo penal não se amolda, podendo se encaixar em qualquer outro tipo. (BITENCOURT, 2016).

Em 2022 uma paranaense escapou de um esquema de prostituição internacional, em que ela foi atraída pelos aliciadores através de promessas de emprego ofertadas por uma agência de empregos para trabalhar na Espanha. A vítima, que não quis se identificar, disse que foi convidada para trabalhar de baby sitter em uma cafeteria, mas quando ela chegou ao local, viu que não era nada do que falaram. A mulher conseguiu escapar e voltou para o Brasil sem precisar se prostituir, mas vive com traumas desde que voltou ao país. (BUENO; BITENCOURT, 2022)

Quanto ao âmbito internacional existem alguns exemplos de tratados e convenções de proteção às vítimas do tráfico de pessoas, como: Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Convenção de Palermo), Convenção sobre os Direitos das Crianças, Convenção Europeia contra o Tráfico de Seres Humanos, Protocolo da União Africana sobre o Tráfico de Pessoas, entre outros. Todavia o que mais possui destaque internacionalmente é o Protocolo de Palermo, conhecido também como Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Se um país quiser ser signatário do Protocolo de Palermo deverá também ser signatário da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, porque os dois documentos deverão ser interpretados de maneira conjunta. (CHAMARELLI, 2011). O Brasil ratificou o Protocolo em 12 de março de 2004, entretanto, mesmo com a ratificação, o Código Penal brasileiro ainda possuía uma lacuna no tocante ao tráfico internacional de pessoas. (PISCITELLI, 2016).

Foi apenas com a promulgação da Lei 13.344 em 2016 que foi realizada uma profunda mudança no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao tráfico humano. Antes, o tráfico de pessoas era tutelado no Código Penal brasileiro apenas pelos artigos 231 e 231-A, porém se referia ao tráfico que objetivava somente a exploração sexual. De acordo com Nucci, esses dispositivos já se encontravam ultrapassados, pois além deles preverem apenas uma modalidade das diversas que o crime realmente abarca (exploração sexual, trabalho forçado, tráfico de órgãos ou de tecidos, adoção ou casamento ilegal, exploração infantil), permitiam que o termo "prostituição" fosse usado como sinônimo de exploração sexual, o que não é adequado, pois as pessoas que seguem para o exterior com o intuito de se prostituírem não são vítimas do tráfico humano, já que vão tendo consciência de todo o processo envolvido e mesmo assim consentem com isso. (NUCCI, 2020).

Diante do exposto, se mostra evidente que o crime do tráfico de pessoas detém suas origens e práticas concebidas em um passado distante, que foram sendo moldadas e amplificadas pela tecnologia e pela globalização, tendo como suas vítimas, na maior parte das vezes, pessoas em situação de vulnerabilidade, que costumam desconhecer o perigo que correm. Com isso, a lei busca estar se inovando para abarcar esses casos e proteger as vítimas. Sendo assim, pessoas que, por vontade própria, consentem em participar deste tipo de conduta, estariam apresentando algum tipo de elemento relevante para a descaracterização do crime de tráfico? Até que ponto o tráfico deixa de ser considerado uma conduta criminosa e passa a ser atípica quanto ao consentimento da vítima? Mostra-se a importância da análise do consentimento da vítima diante do referido crime, que se segue no próximo capítulo.

3.0 CONSENTIMENTO NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Segundo Laura Lowenkron, duas coisas definem o consentimento: o ato de vontade e a total capacidade de exercer livremente a própria vontade. Portanto, depreende o conceito de autonomia individual, este que tem como preceito um autodomínio, ou seja, decisões que sejam livres de coações de qualquer tipo, partindo de uma pessoa que tenha concordado voluntariamente, exercendo seu livre arbítrio, isto é, ser senhor de si mesmo. Portanto, o consentimento só seria válido para as pessoas que fossem verdadeiramente livres, autônomas e racionais. (LOWENKRON, 2015). Para Anjos, poder não é o mesmo que autonomia, mas autonomia é uma expressão de poder, que na modernidade é muito valorizada. (ANJOS, 2006, p. 177).

Para Raylla, a autonomia veio da expressão grega *autos*, que pode ser traduzida por “lei” ou “governo”, o que indica uma noção de “autogoverno”, isto é, a habilidade da pessoa se reger de acordo com o que ela acha que seja melhor para si. Este seria o princípio da autonomia de acordo com autores da época, sendo utilizado como base moral em criação de políticas públicas. (ALBUQUERQUE, 2016)

Mas há situações em que essa autonomia na capacidade pode ser descaracterizada, invalidando o consentimento. São casos em que há a presença da vulnerabilidade. No artigo 217-A do Código Penal brasileiro incorrerá em crime se praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, mesmo que haja consentimento desse menor. Pode-se concluir que mesmo com a permissão do sujeito menor de idade, esse consentimento não terá importância. Tanto a menoridade, quanto a doença mental ou a incapacidade de oferecer resistência são consideradas como tipos de vulnerabilidade, esta que é uma incapacidade natural que impede o discernimento (capacidade de razão). Assim, para que seja feita uma avaliação se o sujeito possui ou não capacidade, esta não vai depender apenas de uma análise da idade que a pessoa possui, mas em um conjunto de atributos que a constituem. (LOWENKRON, 2015).

Nessa ordem de ideias estabelecidas, sobretudo no que concerne ao profissional do sexo, que, voluntariamente, se dispõe a residir em outro país, é que se encontra a fundamental análise do consentimento da vítima no crime previsto no art. 149-A que, após mudanças que ocorreram através da nova legislação, a vontade da vítima, através de seu consentimento em determinados situações, passou a se expressar de uma maneira mais relevante.

Isso pois, trata-se de circunstância capaz de afastar a incidência das sanções previstas no referido tipo, já que, aqui não há qualquer atividade ilícita, mudança legislativa atual e necessária quanto a devida definição e as hipóteses que abarcam o tráfico internacional de pessoas, consoante entendimento disserta Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2020, p.965):

O tráfico de pessoas dá-se em todas as hipóteses descritas nos cinco incisos do novel artigo, além do que também criticávamos o uso do termo prostituição, como meta do traficante e da vítima. Foi alterado para a forma correta, substituindo prostituição por exploração sexual. Nem sempre a prostituição é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. Ademais, a prostituição individualizada não é crime, no Brasil, de modo que muitas mulheres (e homens) seguem para o exterior, justamente com esse propósito e não são vítimas de traficante algum. Em suma, a alteração é bem-vinda e, em nosso entendimento, quanto à parte penal, tecnicamente bem feita.

Dessa forma, o que se percebe foi um verdadeiro e cristalino avanço legislativo no que concerne às variadas formas de trabalho existentes desde a antiguidade e, portanto, a exclusão da conduta típica nas hipóteses as quais se tratar de pessoa com idade superior a 18 (dezoito) anos, portanto, capaz, sendo o consentimento tão somente afastado quando restar evidente e suficientemente demonstrado que este ocorreu mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, interesse máximo do direito penal.

Isso porque, as condutas descritas no art.149-A sobressaem quanto ao consentimento, estabelecendo uma verdadeira linha tênue entre a conduta reprovável e aquela despenalizada.

Feito tal apontamento, destaca-se a partir das inovações trazidas pela Lei 13.344 de 2016, o impasse levado ao Poder Judiciário no que tange a caracterização das condutas

aptas a atraírem as sanções impostas pela norma, em especial, no que concerne a eventuais depoimentos de vítimas na mesma situação e/ou inseridas em outras redes de tráfico.

Além disso, Rogério Greco elenca três requisitos fundamentais, em se tratando de causa supralegal, para caracterização de exclusão da tipicidade:

- 1 - que o ofendido tenha capacidade para consentir;
- 2 - que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;
- 3- que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos uma relação de simultaneidade à conduta do agente.

Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 478) fala em menção às lições de Lélío Braga Calhau (apud, LÉLIO BRAGA CALHAU, *Vítima e direito penal*, p. 81):

O Código Penal Brasileiro não incluiu o consentimento do ofendido como causa de exclusão do crime. Mesmo assim, deve o mesmo ser reputado como uma cláusula supralegal, haja vista que o legislador não poderia prever todas as mutações das condições materiais de exclusão, sendo que a criação de novas causas de justificação, ainda não elevadas ao direito positivo, corrobora para a aplicação da justiça material.

Os tribunais superiores interpretam e analisam de diversas formas quanto ao consentimento e as provas que caracterizam a tipicidade do crime. Porém, em geral, é possível observar que as jurisprudências dos tribunais qualificam a fraude, ameaça, uso da força, coação, rapto, engano ou abuso de vulnerabilidade como elementos essenciais para avaliarem a configuração do crime de tráfico internacional de pessoas. (SILVA, 2023)

Os tribunais também levam em conta se as vítimas foram ludibriadas quanto às condições de trabalho, remuneração, entre outros aspectos relevantes, e se essas informações fraudulentas foram determinantes para sua decisão de consentir em serem traficadas. (SILVA, 2023)

O julgado abaixo evidencia que não foi constituído crime, uma vez que as vítimas possuíam liberdade sexual e não sofreram nenhum tipo de violência ou fraude para saírem do país.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ULTRA-ATIVIDADE

DO ART. 231 DO CP E ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO ART. 149-A DO CP. LEI N. 11.344/16. ABOLITIO CRIMINIS. 1. Após o advento da Lei n. 13344/16, somente haverá tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, em se tratando de vítima maior de 18 anos, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual. 2. A prostituição, nem sempre, é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. No Brasil, a prostituição individualizada não é crime e muitas pessoas seguem para o exterior justamente com esse propósito, sem que sejam vítimas de traficante algum. 3. No caso, o tribunal a quo entendeu que as supostas vítimas saíram voluntariamente do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade (violência, grave ameaça, fraude, coação e abuso). Concluir de forma diversa implica exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ. Jurisprudência/STJ. (BRASIL, 2020).

Portanto, uma pessoa adulta e capaz que consente em se associar a prostituição não estaria sendo forçada e, portanto, o tráfico humano não seria tipificado neste caso.

Tocante as vítimas menores de idade, não há previsão expressa tocante ao consentimento no tráfico humano, mas elas não ficam fora da proteção. A vulnerabilidade estaria configurada tanto pelo fato de as vítimas serem menores de idade, por não possuírem o discernimento completo para livremente decidirem suas vidas, como também se elas estiverem dentro das hipóteses já reconhecidas em que, mesmo havendo o consentimento ele não será relevante, estando caracterizado o crime do tráfico de pessoas. (SILVA, 2023)

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E QUADRILHA. ART. 231 E 288 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016. VÍTIMAS MENORES DE IDADE. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTORIDADE E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. A Lei 13.344/2016 expressamente revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma

normativo o artigo 149-A, estabelecendo nova tipologia para o crime de tráfico de pessoas, cuja conduta ainda permanece criminalizada pela referida lei, uma vez que o novo tipo penal prevê todas as hipóteses anteriores, aplicando-se, no caso, o princípio da continuidade normativo típica da conduta. 2. À luz do Protocolo de Palermo e da Lei 13.344/16, somente há tráfico de pessoas, se presentes as ações, meios e finalidades nele descritas. Por conseguinte, a vontade da vítima maior de 18 anos apenas será desconsiderada, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual. 3. Com relação ao elemento normativo 'fraude' ou 'abuso' - sobretudo o 'abuso' - é importante assinalar que as vítimas eram menores de idade (Suellen tinha apenas 13 anos e Priscila tinha 16. Muito embora a atual lei não faça mais menção ao fato de ser essa vulnerabilidade presumida, não há dúvidas de ainda que as circunstâncias relacionadas à fraude (engodo) para levar as meninas para o Oiapoque/AP, não fossem convincentes, remanesceria a presunção de abuso das menores. 4. O abuso, no caso, nasce tão somente da idade das vítimas, mas também, sem dúvida, de sua condição social. Trata-se de adolescentes sem instrução ou com baixa instrução, residentes em áreas de pouco atendimento social e com grande ocorrência de prostituição. Não se pode olvidar o fato de que crianças e adolescentes são vítimas sensíveis e, não raro, não têm conhecimento pleno das consequências da sua ação. 5. O aparente consentimento das menores sobre a natureza das atividades que iriam desempenhar no garimpo, ou sua conduta de familiaridade com termos chulos e de conotação sexual não as coloca fora da proteção constitucional (art. 227 da Constituição Federal) que o ordenamento jurídico confere à criança e adolescente. 6. Apelação não provida. (DISTRITO FEDERAL, 2020).

E é a partir disso que se ilustra a problemática a ser trabalhada no presente estudo, vez que, se relaciona com o imbróglio enfrentado a nível mundial, de tal forma que imprescindível torna-se a reflexão e análise do artigo inserido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, as formas forjadas de consentimento baseadas, em sua maioria, em um futuro esperançoso imaginado pelas vítimas, seja a partir da remuneração elevada, bem como da ascensão social, fatores dominantes para a permanência e dificultosa erradicação do imbróglio na atualidade.

3.1 O Consentimento no Parâmetro Internacional

Como já foi dito, o tráfico de pessoas é uma violação aos direitos humanos, que diminui as pessoas a meros objetos para comércio. Por ser um crime que evolui e se torna mais complexo a cada dia, para combatê-lo de uma forma mais eficaz, países com objetivos em comum tiveram que se unir e adequar suas legislações aos parâmetros internacionais. Há casos em que vários Estados são envolvidos pois, vítimas não são apenas transferidas dentro de um mesmo território, mas também de um país para outro e, se não houver uma união, a solução se tornará mais dificultosa. (FAVALESSA, FONSECA, JACOB, 2023)

O Brasil, por exemplo, fez mudanças na legislação brasileira para se moldar a norma internacional ao que concerne no tráfico humano. Há uma única diferença entre os dois e é em relação a como eles abordam a questão do consentimento da vítima em seus textos.

O Protocolo de Palermo, em seu artigo 3º, deixa expressamente dito que se a vítima do tráfico de pessoas tiver sido coagida a consentir através de ameaça, ou ao uso de força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, seu consentimento será considerado inválido.

Já o artigo 149-A do Código Penal não aborda a temática de forma transparente, se limitando apenas aos verbos núcleos no caput, as finalidades nos incisos, e as causas de aumento e de diminuição da pena nos parágrafos. Mas mesmo não havendo essa previsão de forma expressa, existe o entendimento dos Tribunais e da Lei 13.344/16 (Lei que inseriu no CP o art. 149-A) de que o consentimento só será irrelevante quando conquistado através de ameaça, violência física ou moral, sequestro, fraude, engano e abuso. (BARBOSA; BORGES, 2022).

Todavia, mesmo com essa diferença no texto das duas Leis, elas chegam a um mesmo entendimento em relação a questão do consentimento. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses supracitadas, não haverá vício de consentimento, ou seja, este será considerado e não ocorrerá a caracterização do crime do tráfico de pessoas.

Um exemplo de vício de consentimento previamente citado é o caso de uma vítima de 23 anos, em uma situação de extrema pobreza, receber falsas promessas de uma vida melhor em outro país, feitas por um homem. A vítima então decide ir voluntariamente, porém, quando chega ao local percebe que tudo não passava de uma mentira. O consentimento neste caso não seria considerado por ter sido obtido através de situação de vulnerabilidade, configurando o crime de tráfico internacional humano.

Outra situação seria uma pessoa de 23 anos, por livre e espontânea vontade, também estando em uma situação de vulnerabilidade, se submeter ao tráfico internacional de pessoas para praticar prostituição em outro país, estando sob o controle de uma organização criminosa, com o intuito de mudar de vida. O consentimento neste caso seria considerado, visto que nenhuma situação supracitada se enquadraria neste caso e, por consequência, o tráfico humano não estaria tipificado. (BARBOSA; BORGES, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico internacional humano não é uma novidade e vem se aperfeiçoando com o tempo e com o avanço da tecnologia, atingindo milhares de vítimas ao redor do mundo, indo de encontro aos direitos humanos fundamentais mínimos que todo ser humano tem direito.

Todavia, mesmo havendo a criação de novos meios para a prática do tráfico de pessoas com o passar dos anos, também houve a origem de novos pensamentos e novas formas de confronto e, com isso, passou-se a ter a repressão e prevenção deste crime, através de uma cooperação em âmbito internacional dos países, com assinatura de tratados internacionais, estabelecimento de diretrizes e proteção às vítimas, a conscientização da sociedade sobre o assunto, desenvolvimento e criação de leis eficazes, como foi com o art. 149-A do Código Penal brasileiro, entre outros. Conclui-se quanto a isto que mesmo com este aparato o tráfico humano ainda permanecerá gerando uma grande lucratividade para quem o pratica, devido à dificuldade que ainda existe ao enfrentamento frente aos seus diversos meios de funcionamento, o tornando um problema global bastante desafiador para as autoridades.

Concernente ao consentimento da vítima, quanto ao previsto pelo Código Penal brasileiro, fica claro que ele não prevê expressamente a questão do consentimento, deixando a cargo das decisões dos Tribunais, o que difere da norma internacional, que prevê este assunto expressamente. Porém, possuem o mesmo entendimento: o consentimento da vítima maior e capaz excluirá o crime, só não sendo relevante para a tipificação do tráfico internacional de pessoas quando obtido através das situações expostas, as quais, pela ameaça, pelo uso da força, pela coação, pelo rapto, pela fraude, pelo engano, pelo abuso de autoridade, por situação de vulnerabilidade ou pela entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios. Ainda é importante salientar que a saída para o exterior com a intenção de se prostituir, por si só, não transforma a pessoa em uma vítima, visto que ela possui sua liberdade individual e, o entendimento dos Tribunais acerca desse assunto é que haveria o livre consentimento nestes casos. Deste modo, cada caso deve ser avaliado de acordo com suas particularidades para que se chegue a melhor conclusão possível, atendendo as necessidades e protegendo os direitos de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raylla. **Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade**, Brasília - DF, 2016. 27 out. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/ygKNVBXcF3dJF6349tWZxbN/?format=pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

ANJOS, Márcio Fabri. A Vulnerabilidade Como Parceira Da Autonomia. **A Vulnerabilidade Como Parceira Da Autonomia**, São Camilo - SP, v. 2, n. 2, p. 173-186, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967>. Acesso em: 23 out. 2023.

ARAÚJO, Larissa Barros. **Tráfico Internacional de Pessoas**. São Paulo, p. 1-33, 5 dez. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/29492>. Acesso em: 30 set. 2023.

BARBOSA, Guilherme Dalbon; BORGES, Paulo César Corrêa. **O consentimento da vítima no tráfico de pessoas: até onde o Estado interventor interfere na autonomia da vontade**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 26, n. 43, p. 73, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A nova e equivocada tipificação do crime de tráfico de pessoas**. São Paulo, p. 1-25, 2016. Disponível em: https://web.archive.org/web/20180421085041id_/http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/viewFile/2-26/720. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16/10/2023

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.html> Acesso em: 16 de jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial**. AgRg nos EDcl no AREsp 1625279 DF. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Gleivia de Oliveira Dantas, Wallace Pimentel, Alexandre Fantoni De Moraes e Jorge Barros Filho. Relator: Min. Reynaldo

Soares Da Fonseca, Brasília, 23 de junho de 2020. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/882650323>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BUENO, Daiana; BITTENCOURT, Vitor Hugo. '**Acreditei que era uma agência de emprego', diz vítima de tráfico de pessoas que conseguiu fugir da Espanha; veja como denunciar**: Paranaense relata que escapou de um esquema de prostituição internacional. Promessas de emprego viram casos de exploração sexual e de trabalhos análogos à escravidão, segundo especialistas. Curitiba: G1, 29 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/06/29/trafico-de-pessoas-aliadores-usam-redes-sociais-para-falsas-promessas-traumatizante-diz-vitima-que-conseguiu-fugir-saiba-como-denunciar.ghtml>. Acesso em: 1 out. 2023.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAMARELLI, Stella Freitas. **O Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil**: políticas públicas adotadas após a promulgação do Protocolo de Palermo, Brasília, 20 set. 2011. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/1987>. Acesso em: 2 set. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal. **APR:00060203420124013100**. Terceira Turma. Apelante: Paulo Cezar Chagas. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora: Desembargadora Federal Monica Sifuentes. Brasília. 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/1220266481>. Acesso em: 22 mai. 2023.

FAVALESSA, Liliane da Silva; FONSECA, Luma Vilela Ramos; JACOB, Alexandre. **Análise da relevância do consentimento para configuração do tráfico internacional de pessoas**. Espírito Santo, v. 8, n. 1, 16 ago. 2023. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, p. 1-14. DOI <https://doi.org/10.61164/rmnm.v8i1.1498>. Disponível em: <https://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/1498>. Acesso em: 1 out. 2023.

Global. Organização das Nações Unidas (ONU). **Número de vítimas de tráfico num ano ultrapassou 50 mil no mundo**: ONU estima que número real de vítimas seja muito maior; análise aponta migrantes e pessoas sem emprego como os mais vulneráveis; Covid-19 ameaça piorar tendência geral de aumento no tipo de crime em nível global. [S. /], 2 fev. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/02/1740252>. Acesso em: 20 set. 2023.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1, Rio de Janeiro, 18ª Edição, 2016.

LANGER, André. **O tráfico de pessoas movimenta quase tanto dinheiro quanto o comércio de drogas e armas em nível mundial**: O tráfico de seres humanos. O negócio do comércio de pessoas”, assinala que o tráfico de pessoas movimenta já quase tanto dinheiro quanto o comércio de drogas e armas. Espanha: Obras Misionales Pontificias, 28 jul. 2015. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/169-noticias-2015/545058-o-trafico-de-pessoas-movimenta-quase-tanto-dinheiro-quanto-o-comercio-de-drogas-e-armas-em-nivel-mundial>. Acesso em: 1 out. 2023.

LOWENKRON, Laura. **Consentimento e vulnerabilidade**: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual*, Campinas - SP, n. 2012, p. 225-258, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gC9XJ9zVMFWWhLGnNbPPf3Wv/?lang=pt#>. Acesso em: 23 out. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de Palermo** - Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Nova York, 15 de novembro de 2000. Acesso em: 23 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2020. 1649 p. Disponível em: <https://doceru.com/doc/nxes0ce0>. Acesso em: 25 set. 2023.

PERES, Sthefani Pinheiro dos Passos; ANJOS, Isabela Andreazza; PERES, Marcos Roberto de Souza. **A Pesquisa sobre Tráfico de Pessoas no Brasil**: Uma Revisão Sistemática. Curitiba, v. 22, ed. 5, 11 maio 2022. Disponível em: <http://www.conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/970>. Acesso em: 4 out. 2023.

PISCITELLI, Adriana. **Entre as "máfias" e a "ajuda"**: A Construção de Conhecimento sobre Tráfico de Pessoas. Campinas, p. 1-35, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/3S3KVXPNd88BwYjzP6cXdpD/?lang=pt>. Acesso em: 27 set. 2023.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento**. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-30102012-102346/en.php>. Acesso em: 21 set. 2023.

SILVA, Rebeca. **Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Gama - DF, p. 1-25, 2023. Disponível em:

<https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/2684/1/Rebeca%20Silva.pdf>.
Acesso em: 24 out. 2023.

TAVARES, Jéssica Mirella da Silva. **Globalização e Tráfico de Pessoas no Século XXI: Mecanismos de Cooperação Transnacional no Pós 11/09 no Combate ao Crime Organizado Transnacional**, Recife, 2019. Disponível em:
<http://54.94.8.198/index.php/academico/article/view/2037>. Acesso em: 27 set. 2023.

O DIREITO INTERNACIONAL DO REFÚGIO: CONCESSÃO DO REFÚGIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA.

MARIA CLARA APARECIDA SANTIAGO:

Graduanda em direito pelo Centro
Universitário de Jales - Unijales²⁸¹

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo central analisar a eficácia do procedimento de concessão de refúgio no Brasil, considerando sua natureza humanitária e emergencial, bem como a crescente demanda por solicitações de refúgio e as limitações do sistema brasileiro em atender a esse grupo vulnerável. No contexto brasileiro, a regulamentação da concessão de refúgio é estabelecida pela Lei 9.474/97. Entretanto, essa legislação revela-se insuficiente diante do aumento expressivo das solicitações de refúgio pendentes no país. Esse cenário de alta demanda e recursos limitados colocam os solicitantes de refúgio em uma espera prolongada por um resultado, mesmo quando a natureza do procedimento exige celeridade. Essa demora muitas vezes resulta em negligência por parte das autoridades e coloca os refugiados em condições precárias, o que vai de encontro aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana. Portanto, a pesquisa se propõe a avaliar o procedimento de concessão de refúgio no Brasil, identificando suas limitações e as razões por trás da ineficácia do sistema em atender adequadamente esse grupo vulnerável. Ao fazer isso, busca-se contribuir para a reflexão sobre a necessidade de reformas legislativas e administrativas que permitam uma resposta mais eficiente e condizente com os princípios humanitários e de proteção aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: Refúgio. Proteção. Direitos Internacionais.

ABSTRACT: The present study's central objective is to analyze the effectiveness of the asylum granting procedure in Brazil, considering its humanitarian and emergency nature, as well as the growing demand for asylum requests and the limitations of the Brazilian system in serving this vulnerable group. In the Brazilian context, the regulation of granting asylum is established by Law 9,474/97. However, this legislation proves to be insufficient in view of the significant increase in pending asylum requests in the country. This scenario of high demand and limited resources places asylum seekers in a prolonged wait for a result,

281 Email: smariaclara.7@outlook.com

even when the nature of the procedure requires speed. This delay often results in negligence on the part of the authorities and places refugees in precarious conditions, which goes against the fundamental principles of human dignity. Therefore, the research aims to evaluate the asylum granting procedure in Brazil, identifying its limitations and the reasons behind the system's ineffectiveness in adequately serving this vulnerable group. In doing so, we seek to contribute to reflection on the need for legislative and administrative reforms that allow for a more efficient response consistent with humanitarian principles and the protection of human rights.

KEYWORDS: Refuge. Protection. International Rights.

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento das migrações forçadas, decorrentes de conflitos armados, perseguições políticas, étnicas e religiosas, assim como das consequências das mudanças climáticas, a proteção da pessoa humana em situações de vulnerabilidade se tornou uma questão central no âmbito do Direito Internacional.

Nesse contexto, o Direito Internacional do Refúgio emergiu como um instrumento fundamental para a salvaguarda dos direitos e da dignidade das pessoas que buscam refúgio em países estrangeiros. A concessão do refúgio representa não apenas um ato jurídico, mas também um compromisso moral e ético da comunidade internacional para com aqueles que enfrentam riscos iminentes.

Este artigo visa aprofundar a análise sobre o papel desempenhado pelo Direito Internacional do Refúgio na proteção da pessoa humana, explorando sua evolução histórica, princípios fundamentais e desafios contemporâneos.

Ao investigar a concessão do refúgio como um mecanismo de amparo, pretende-se compreender como os Estados e atores internacionais podem colaborar de maneira mais eficaz para garantir que a pessoa humana, independentemente de sua origem, possa encontrar abrigo e segurança diante das adversidades globais.

O Direito Internacional dos Refugiados tem seu embasamento não apenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também na compreensão de que direitos e deveres são universais, aplicando-se a todos os seres humanos em escala global, independentemente de vínculos estatais. A pesquisa, de natureza qualitativa descritiva, utiliza consultas documentais e bibliográficas para explorar documentos dos sistemas global e regional, investigando a evolução da proteção de refugiados.

No século XX, a internacionalização dos direitos humanos ganhou destaque, dada sua natureza fundamental aplicável a toda a humanidade. Isso se torna crucial em meio ao atual grande fluxo migratório causado por fatores diversos, como conflitos armados, calamidades internas, instabilidades políticas e desastres ambientais.

O artigo busca sistematicamente examinar a evolução dos Direitos Humanos dentro da governança global, atendendo aos anseios da humanidade quanto à efetivação desses direitos. Para tal, o estudo identifica os atores envolvidos no sistema global e regional de proteção de refugiados.

A estrutura do artigo contempla diferentes seções, a primeira discorre sobre a evolução da proteção internacional dos direitos humanos, com enfoque no direito dos refugiados no contexto brasileiro e questões de cosmopolitismo jurídico.

A segunda aborda o surgimento da proteção internacional de refugiados, incluindo a evolução histórica no Brasil.

A terceira seção enfatiza o papel crucial da Polícia Federal na efetivação de medidas de proteção aos refugiados em nível global. Por fim, a quarta seção explora a proteção de refugiados, destacando os principais instrumentos normativos do sistema regional.

Esse enfoque holístico do Direito Internacional dos Refugiados considera não apenas o desenvolvimento normativo, mas também as nuances políticas e humanitárias envolvidas na proteção global de indivíduos em situação de refúgio.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

No decorrer da história, nos mais diversos contextos, ocorreram conflitos em meio a sociedade. Esses confrontos, de forma objetiva impactaram a população, de modo que, em certos casos era cada vez mais difícil a vivência em seu território de origem, gerando uma expansão em relação a migração.

Nesse sentido, um dos conflitos mais marcantes da história foi o da Primeira Guerra Mundial que aconteceu entre os anos de 1914 e 1918. Nesse período o mundo ficou devastado, onde milhares de pessoas foram mortas, enquanto outras sofreram negativamente com os resultados.

Após a guerra, a pobreza, a perda de familiares e a ausência dos provedores familiares resultaram em um êxodo significativo de cidadãos em busca de refúgio. A Europa testemunhou uma enorme onda de deslocamento, com cerca de três milhões de pessoas

migrando para diferentes países em busca de segurança e oportunidades. No entanto, muitos desses refugiados não foram naturalizados nos Estados que os acolheram, levando a um problema de apátrida, onde essas pessoas não possuíam uma nacionalidade reconhecida.

A Revolução Russa e os efeitos da Primeira Guerra Mundial desencadearam um conflito interno na Rússia, resultando em impactos significativos no país. Esses eventos levaram quase dois milhões de russos a deixarem seu país, migrando principalmente para a Noruega. As razões para essa migração eram variadas, incluindo a necessidade de fugir das consequências do conflito interno, bem como a busca por melhores condições de vida. A Noruega foi um dos países mais afetados por essa migração em massa, que foi impulsionada tanto por necessidade, quanto por aspirações por uma vida melhor.

Em 1921, com a consolidação do instituto do refúgio após a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial, organizações influentes como a Liga das Nações e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha propuseram a criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos (ACRR).

Esse órgão seria coordenado pelo governo norueguês e tinha como objetivo principal proteger os refugiados russos que haviam deixado seu país. O ACRR buscava repatriar esses refugiados de volta à Rússia ou estabelecê-los em assentamentos temporários, oferecendo-lhes assistência e apoio durante esse processo.

Assim, em 1921, o Conselho da Sociedade das Nações autorizou a criação de um Alto Comissariado para Refugiados. A intenção inicial era que fosse criado um órgão voltado especificamente para tratar de refugiados russos, porém, após a constatação da existência de refugiados armênios na Grécia, optou-se por uma definição abrangente e geral do mandato do Comissariado, voltado para toda e qualquer questão relativa aos refugiados. Foi escolhido o norueguês Fridtjof Nansen, que o presidiu até sua morte em 1930. (RAMOS, 2021, p.7).

Devido aos acontecimentos ocorridos anteriormente, a Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951, deu-se o entendimento do termo Refugiados no seu Artigo 1º, todo indivíduo que esteja sendo perseguidos ou sofriam temor baseada em sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou pertença a certo grupo social, ou devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, que era imposto em seu território de origem e eram obrigados a deixarem e não pudessem retorna-los. Nas palavras de Rossa (2015, p.20):

[...] É possível observar uma tendência similar na política imigratória brasileira, seja pela redação da lei atual que se reflete na constituição do Conselho Nacional de Imigração ou pelo teor das resoluções por ela emitidas. Pode-se afirmar, portanto, que a reação particular de diferenciação entre o cosmopolitismo estrangeiro e a migração de massa de trabalho “forçada” é muitas vezes institucionalizada através de órgãos governamentais. Isso se reflete pelas normativas que regulam vistos de investidores e empresários, frequentemente vistos como atrativos e bem-vindos, aos quais a emissão de vistos é facilitada mediante a comprovação do valor de capital a ser investido no país e de quanta mão de obra será gerada. A outra face dessa lógica coloca o migrante “mão de obra” na outra extremidade da equação, dificultando a sua obtenção de visto como um subterfúgio para obstaculizar sua entrada no mercado de trabalho, pelo viés de proteção dos “interesses nacionais”. (ROSSA, 2015, p 20 apud ANNONI, p 33).

2.1 Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como a Convenção de 1951, é um tratado internacional fundamental no campo do direito dos refugiados. Foi adotada em 28 de julho de 1951 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e entrou em vigor em 22 de abril de 1954, após a Segunda Guerra Mundial.

A convenção tem como objetivo principal definir quem é considerado um refugiado e estabelecer os direitos e obrigações dos refugiados e dos Estados em relação a eles.

Diante ao exposto, existem elementos principais elencados na Convenção de 1951 ao qual define um refugiado como uma pessoa que possui um temor fundado de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, e que está fora do país de sua nacionalidade e não pode ou não deseja se beneficiar da proteção desse país. Com isso, estabelece o princípio de não devolução, que proíbe os Estados de “devolverem” um refugiado a um país onde sua vida ou liberdade estejam em risco.

Art. 2º - Obrigações gerais

Todo refugiado tem deveres para com o país em que se encontra, os quais compreendem notadamente a obrigação de se conformar às

leis e regulamentos, assim como às medidas tomadas para a manutenção da ordem pública.

Art. 3º - Não discriminação

Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem.

Art. 4º - Religião

Os Estados Contratantes proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos (Convenção de 1951).

Importante ressaltar julgado:

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO COMPARADO. REFÚGIO POR PERSEGUIÇÃO RELIGIOSA. CONFLITO ISRAEL-PALESTINA. CONDIÇÕES. IMIGRAÇÃO DISFARÇADA. CONARE. REQUERIMENTO INDEFERIDO. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANIELLE ANNONI (COORD). 35 POLÍTICAS PÚBLICAS DE MIGRAÇÃO E RELAÇÕES EXTERIORES. [...] 2. O refúgio é reconhecido nas hipóteses em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país por algum dos motivos elencados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e cessa no momento em que aquelas circunstâncias deixam de existir. Exegese dos arts. 1º, III, e 38, V, da Lei 9.474/97. 3. A concessão de refúgio, independentemente de ser considerado ato político ou ato administrativo, não é infensa a controle jurisdicional, sob o prisma da legalidade. 4. Em regra, o Poder Judiciário deve limitar-se a analisar os vícios de legalidade do procedimento da concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes do STJ. 5. Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro cujo pedido foi regularmente

apreciado por órgão formado por representantes do Departamento de Polícia Federal; do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur) e dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e do Desporto, nos termos do art. 14 da Lei 9.474/1997. Precedentes do STJ e do STF. 6. A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado. 7. No Direito Internacional Público, o instituto jurídico do refúgio constitui exceção ao exercício ordinário do controle territorial das nações, uma das mais importantes prerrogativas de um Estado soberano. Cuida de concessão ad cautelam e precária de parcela da soberania nacional, pois o Estado-parte cede temporariamente seu território para ocupação por não súdito, sem juízo de conveniência ou oportunidade no momento da entrada, pois se motiva em situação delicada, em que urgem medidas de proteção imediatas e acordadas no plano supranacional. 8. O refúgio, por ser medida protetiva condicionada à permanência da situação que justificou sua concessão, merece cautelosa interpretação, justamente porque envolve a regra internacional do respeito aos limites territoriais, expressão máxima da soberania dos Estados, conforme orienta a hermenêutica do Direito Internacional dos Tratados. Exegese conjunta dos arts. 1º, alínea "c", item 5, da Convenção DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E O BRASIL 36 Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e 31, item 3, alínea "c", da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. 9. **Não se trata de fechar as portas do País para a imigração - mesmo pelo fato notório de que os estrangeiros sempre foram bem-vindos no Brasil -, mas apenas de pontuar o procedimento correto quando a hipótese caracterizar intuito de imigração, e não de refúgio.** 10. Recurso Especial provido para denegar a Segurança. (REsp 1174235/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 28/02/2012) (grifo nosso).

Contudo, mediante aos direitos e obrigações dos refugiados é estabelecido uma série de direitos fundamentais, incluindo o direito à vida, liberdade pessoal, educação, trabalho remunerado, assistência pública, documentação e liberdade de religião. Além

disso, eles têm direito à proteção jurídica, incluindo acesso a tribunais e a assistência de organizações que prestam serviços aos refugiados.

Ainda, a convenção estabelece que os Estados devem aplicar as disposições da convenção aos refugiados que se encontram em seu território. Eles são obrigados a garantir direitos e liberdades básicos aos refugiados, bem como a fornecer proteção e assistência adequadas. Ademais, a convenção também aborda soluções duradouras para os refugiados, incluindo o retorno voluntário ao país de origem quando as condições de perseguição tenham cessado, a integração local nos países de acolhimento e o reassentamento em um terceiro país quando a permanência no país de refúgio não é possível.

A Convenção de 1951, complementada pelo Protocolo de 1967, constitui o principal marco internacional que delimita os direitos e o status dos refugiados. O Protocolo eliminou limitações temporais da convenção original e expandiu sua aplicação para situações posteriores a 1951. Juntas, a Convenção e o Protocolo formam a estrutura legal fundamental para a proteção global dos refugiados, estabelecendo as diretrizes essenciais para sua segurança e bem-estar.

ARTIGO 1 - Disposições Gerais

§1. Os Estados Membros no presente Protocolo comprometer-se-ão a aplicar os artigos 2 a 34, inclusive, da Convenção aos refugiados, definidos a seguir.

§2. Para os fins do presente Protocolo, o termo "refugiado", salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras "em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e..." e as palavras "...como consequência de tais acontecimentos" não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro.

O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica; entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea "a" do §1 da seção B do artigo 1 da Convenção aplicar-se-ão, também, no regime do presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante tenham sido ampliadas de conformidade com o §2 da seção B do artigo 1 da Convenção (BRASIL, 1972).

3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA

O direito internacional dos direitos humanos tem como objetivo proteger a vida, a saúde e a dignidade das pessoas, elas são conhecidas como refugiados e possuem o direito de proteção em outros territórios. A finalidade é buscar reconstruir suas vidas, devido o transtorno que ocorre em seus estados. Segundo a afirmação de Guilherme Assis de Almeida (2000, p. 373-383.):

A definição ampliada do termo refugiado coaduna-se, precisamente, com o significado original da palavra asilo. A ideia seria de oferecer à pessoa, vítima de uma violência, a possibilidade de encontrar uma proteção em um lugar seguro para viver e para fruir sua liberdade. Essencialmente, aquele que busca asilo é, em geral, alguém que está fugindo de uma situação insuportável de violência, em qualquer definição possível do termo.

A proteção internacional da pessoa humana é um conceito amplo que abrange os direitos humanos e as obrigações dos Estados de garantir esses direitos a todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, raça, gênero, religião ou qualquer outra condição, conforme o 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:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (BRASIL, 1988).

Desta forma, está enraizada em diversos instrumentos jurídicos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Existem tratados e convenções internacionais específicos que protegem diferentes aspectos dos direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e culturais, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Esses instrumentos estabelecem obrigações legais para os Estados, que devem respeitar, proteger e garantir os direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição. Isso inclui a prevenção de violações dos direitos humanos, a investigação e punição de violações, a reparação para as vítimas e a adoção de medidas legislativas, administrativas e judiciais adequadas para garantir a efetividade dos direitos humanos.

Portanto, também envolve mecanismos de supervisão e monitoramento, como os comitês de especialistas, os procedimentos de relatórios periódicos, os mecanismos de petições individuais e as jurisdições internacionais, que ajudam a garantir a responsabilização dos Estados e a aplicação efetiva dos direitos humanos.

No geral, a proteção internacional da pessoa humana busca promover a dignidade, a igualdade e os direitos fundamentais de todas as pessoas em todo o mundo, e os Estados têm a obrigação de garantir essa proteção através de políticas, leis e práticas que respeitem e promovam os direitos humanos.

3.1 Pacto de San José da Costa Rica

O Pacto de San José da Costa Rica é um tratado internacional que estabelece os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas nas Américas. Oficialmente conhecido como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 1969), o pacto foi adotado em 22 de novembro de 1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

O pacto reconhece uma ampla gama de direitos humanos, incluindo o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento, expressão e associação, ao devido processo legal, à igualdade perante a lei, à liberdade de consciência e religião, ao direito de reunir-se pacificamente, entre outros.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente (CIDH, 1969).

O pacto estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como um órgão de supervisão encarregado de promover e proteger os direitos humanos nas Américas.

A CIDH recebe petições individuais e pode realizar investigações sobre violações dos direitos humanos nos Estados-membros. Além da CIDH, o pacto criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem competência para interpretar e aplicar as disposições da convenção. A Corte é responsável por tomar decisões sobre casos apresentados contra os Estados-membros e emitir opiniões consultivas sobre questões jurídicas relacionadas aos direitos humanos.

Contudo, os Estados-partes do pacto têm a obrigação de respeitar, proteger e garantir os direitos humanos reconhecidos na convenção. Isso inclui adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais adequadas para prevenir violações dos direitos humanos, investigar e punir violações e garantir a reparação para as vítimas. Além disso, os Estados têm a possibilidade de fazer reservas ou denúncias em relação a determinadas

disposições do pacto, desde que não sejam incompatíveis com o objetivo e propósito da convenção.

O Pacto de San José da Costa Rica tem desempenhado um papel significativo na promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas. Ele complementa outros instrumentos internacionais de direitos humanos e fornece um quadro jurídico regional para a proteção dos direitos fundamentais na região americana.

3.2 Comitê nacional para os refugiados

O CONARE é um órgão colegiado brasileiro responsável pela análise e decisão dos pedidos de refúgio no país. Foi criado em 1997, por meio da Lei nº 9.474/97 e está vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. O papel do CONARE é analisar os pedidos de refúgio apresentados por estrangeiros que se encontram no Brasil e que alegam serem vítimas de perseguição em seus países de origem.

O comitê é composto por representantes de diversos ministérios e entidades, incluindo o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Saúde, o Ministério da Educação, o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) e a sociedade civil.

Após a apresentação do pedido de refúgio, o CONARE é responsável por conduzir o processo de análise, investigação e entrevista do solicitante. Com base nas informações e evidências apresentadas, o comitê toma uma decisão sobre o pedido, concedendo ou negando o refúgio. De acordo com o Artigo 12, da Lei nº 9.474/97:

Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Art. 13. O regimento interno do CONARE será aprovado pelo Ministro de Estado da Justiça.

Parágrafo único. O regimento interno determinará a periodicidade das reuniões do CONARE (BRASIL, 1997).

Em caso de deferimento do pedido, o solicitante passa a ser reconhecido como refugiado e recebe uma carteira de registro, que lhe confere direitos e proteção no Brasil. Esses direitos incluem o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à liberdade de movimento, entre outros.

É importante destacar que o CONARE atua de acordo com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, em especial a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967. Esses instrumentos estabelecem os critérios e as responsabilidades dos Estados em relação aos refugiados.

O CONARE desempenha um papel fundamental na proteção e no acolhimento de refugiados no Brasil, garantindo o acesso a direitos e a possibilidade de reconstrução de suas vidas em um ambiente seguro.

4 ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL NO BRASIL

A atuação da Polícia Federal (PF) no contexto do refúgio envolve diversas atividades relacionadas à segurança e proteção dos solicitantes de refúgio e refugiados no Brasil. Algumas das principais áreas de atuação são o recebimento e análise de pedidos de refúgio o Departamento é responsável por receber e processar os pedidos de refúgio apresentados por estrangeiros que buscam proteção no Brasil. Esse processo inclui a verificação de documentos, entrevistas com os solicitantes e análise dos fundamentos do pedido.

O órgão deve realizar para identificar possíveis casos de fraude no processo de refúgio, como a falsificação de documentos ou informações falsas, essas considerações visam garantir a integridade do sistema de proteção e evitar abusos.

A Polícia Federal emite documentos e autorizações de residências para os solicitantes de refúgio e refugiados, como a Carteira de Registro Nacional Migratório (CRNM) (para os reconhecidos como Refugiados) e o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório (para os solicitantes de Refúgio). Conforme o Artigo 2º, do Decreto 9.277/2018:

Recebida a solicitação de refúgio, a Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional. Parágrafo único. Com a emissão do protocolo a que se refere o caput, a Polícia Federal fornecerá gratuitamente o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório (BRASIL, 2018).

Esses documentos permitem que os refugiados tenham acesso a direitos básicos, como trabalho, educação e saúde. De acordo com o Artigo 3º do Decreto 9.277/2018:

O Documento Provisório de Registro Nacional Migratório produzirá os seguintes efeitos:

I - constituirá, para todos os fins, o documento de identificação do solicitante de refúgio, até a decisão final do processo no Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 12 da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997; e

II - permitirá ao seu portador o gozo de direitos no País, dentre os quais:

a) a expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social provisória para o exercício de atividade remunerada no País;

b) a abertura de conta bancária em instituição integrante do sistema financeiro nacional;

c) a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF;

d) o acesso às garantias e aos mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social decorrentes da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961, e da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017; e

e) o acesso aos serviços públicos, em especial, os relativos à educação, saúde, previdência e assistência social.

Parágrafo único. O Documento Provisório de Registro Nacional Migratório não substitui os documentos de viagem internacional (BRASIL, 2018).

A Polícia Federal (PF) desempenha um papel abrangente na questão do refúgio no Brasil. Além de processar pedidos de refúgio, ela também supervisiona e controla as fronteiras nacionais, especialmente em áreas com alto fluxo migratório. Essa função tem o objetivo de prevenir a entrada irregular de pessoas, assegurar a segurança do país e identificar potenciais casos de solicitação de refúgio. Dessa forma, a PF colabora internacionalmente ao trocar informações, compartilhar boas práticas e cooperar com outros países no combate ao tráfico de pessoas e ao crime organizado. A atuação da PF é crucial tanto para a segurança nacional quanto para a proteção dos direitos dos refugiados.

É importante ressaltar que a atuação da PF no contexto do refúgio está em conformidade com a legislação nacional e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados.

O objetivo principal é garantir a proteção dos direitos dos solicitantes de refúgio e refugiados, bem como a segurança do país.

4.1 Refugiados em situação irregular no Brasil

No Brasil, a situação dos refugiados em situação irregular é um tema delicado e complexo. Apesar do país ser parte da Convenção das Nações Unidas sobre Refugiados, que estabelece direitos e responsabilidades em relação aos refugiados, muitos enfrentam dificuldades para regularizar sua condição legal no território brasileiro.

Existem várias razões pelas quais os refugiados podem se encontrar em situação irregular no Brasil, incluindo a falta de informação sobre os procedimentos de pedido de refúgio, as obrigações para o processo e a demora na análise dos pedidos de refúgio pelo governo brasileiro. Contudo, a Lei n. 9.474/1997 enfatiza que a entrada irregular de um estrangeiro no Brasil não impede sua possibilidade de solicitar refúgio.

Refugiados em situação irregular confrontam desafios significativos, incluindo acesso limitado a serviços essenciais como saúde e educação, maior vulnerabilidade à exploração e emprego informal. A ausência de documentação regular pode expô-los a abusos e violações de direitos humanos.

Segundo o Alto-comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), somente **1% dos jovens refugiados no mundo frequentam instituições de ensino superior ou universidades**. Uma grande diferença da média global de jovens matriculados, que é de 36%.

São diversos os fatores que colaboram para essa realidade. Conforme aponta a UNESCO no relatório "Proteção do direito à educação", em muitos casos os refugiados não possuem a documentação necessária (como identidade e histórico escolar), algo que é intensificado pela falta de reconhecimento transfronteiriço de certificados e equivalências.

O relatório também expressa que, pela vulnerabilidade econômica das famílias dessas crianças e jovens, muitos acabam sendo pressionados a realizar atividades assalariadas, tendo que trabalhar precocemente ao invés de estudar. Isso significa que as crianças e adolescentes refugiadas são mais vulneráveis ao trabalho infantil e à exploração (Politize, 2022).

O governo brasileiro tem tomado medidas para lidar com essa questão. Por exemplo, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) é responsável pela análise dos pedidos de refúgio e pela concessão do status de refugiado. O CONARE tem trabalhado para acelerar o processo de análise e reduzir a burocracia.

Além disso, existem organizações da sociedade civil e agências da ONU que prestam assistência aos refugiados no Brasil, oferecem apoio jurídico, assistência social, capacitação profissional e outras formas de ajuda.

É importante ressaltar que a situação dos refugiados em situação irregular é um desafio complexo, que requer esforços conjuntos do governo, da sociedade civil e da comunidade internacional para garantir a proteção e os direitos dessas pessoas.

4.2 Extradução

A extradução é o processo pelo qual um país entrega um indivíduo acusado ou condenado por um crime a outro país que o solicita. Geralmente, a extradução ocorre quando existe um tratado de extradução entre os dois países envolvidos, estabelecendo os termos e condições para o processo.

No entanto, quando uma pessoa é reconhecida como refugiada, ela tem direito à proteção internacional de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados. A concessão do status de refugiado significa que a pessoa teme fiel em seu país de origem com base em raça, religião, nacionalidade, pertencendo a um determinado grupo social ou opiniões políticas, e, portanto, ela recebe proteção contra a extradição para esse país.

A extradição de um refugiado pode ser impedida por várias razões legais e humanitárias, incluindo o princípio de não-devolução, que proíbe a transferência de uma pessoa para um local onde sua vida ou liberdade pode estar em risco.

No entanto, é importante observar que existem casos em que a extradição de refugiados é possível. Por exemplo, se uma pessoa for acusada de cometer crimes graves ou de segurança nacional no país que a pedido de extradição, alguns países podem optar por conceder a extradição, desde que garantam que os direitos humanos da pessoa sejam protegidos.

Em resumo, o status de refugiado geralmente impede a extradição de uma pessoa para seu país de origem, mas existem espécies diferenciadas, especialmente em casos de crimes graves ou ameaças à segurança nacional. Cada situação é avaliada pelas autoridades competentes, levando em consideração os tratados internacionais e as leis nacionais pertinentes.

Portanto, conforme o artigo 33, da Lei 9.474/97, foi decidido pelo STF que a concessão do refúgio tem relevância com a matéria de extradição. Sendo assim, certificando que o reconhecimento da condição de refugiado impede o prosseguimento do pedido extraditacional. Como exemplo a ementa abaixo:

EMENTA: Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando - então sacerdote da Igreja Católica - em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados - CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. 1. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da

extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. 2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo - a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado - o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. 3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder - desde que compreendido na esfera de sua competência - não significa invasão da área do Poder Judiciário. 4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. 5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext. 493).

4.3 Expulsão

A expulsão de um refugiado geralmente ocorre quando o país que o acolheu decide revogar seu status de refugiado e manda-lo embora. No entanto, é importante ressaltar que a expulsão de refugiados é uma medida extrema e deve ser tomada de acordo com as leis e regulamentos internacionais de direitos humanos.

De acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, um refugiado não pode ser expulso para um país onde sua vida ou liberdade esteja em perigo. Além disso, o princípio da não-devolução estabelece que nenhum refugiado deve ser devolvido a um país onde possa enfrentar sofrimento

No entanto, existem situações em que um refugiado pode ser expulso, isso pode ocorrer se ele cometer crimes graves ou representar uma ameaça à segurança do país que o acolheu. Nesses casos, é necessário seguir um processo legal para garantir que a expulsão seja justa e proporcional.

Contudo, é importante que os países ajam em conformidade com as leis e regulamentos internacionais ao lidar com a expulsão de refugiados, garantindo o respeito aos direitos humanos e o princípio da não-devolução. Conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951:

Art. 32 - Expulsão

1. Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.
2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em virtude de decisão proferida conforme o processo previsto por lei. A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional, o refugiado deverá ter permissão de fornecer provas que o justifiquem, de apresentar um recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente.
3. Os Estados Contratantes concederão a tal refugiado um prazo razoável para procurar obter admissão legal em outro país. Os Estados Contratantes podem aplicar, durante esse prazo, a medida de ordem interna que julgarem oportuna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo caracterizado por fluxos migratórios crescentes e pela ocorrência de conflitos internos, perseguições e violações dos direitos humanos, o tema do Direito Internacional do Refúgio se torna cada vez mais relevante. A análise detalhada empreendida neste artigo permitiu compreender a profunda importância da concessão do refúgio como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana em situações de grave risco.

O Direito Internacional do Refúgio é alicerçado em princípios e normas que visam garantir não apenas a segurança física dos refugiados, mas também a salvaguarda de seus direitos fundamentais, dignidade e integridade. A concessão do refúgio é intrinsecamente ligada à noção de solidariedade global, na qual os Estados se comprometem a oferecer abrigo e amparo àqueles que fogem de perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social.

No mais, restou demonstrado que a concessão do refúgio é um ato que transcende fronteiras geográficas e culturais, representando um verdadeiro exercício de responsabilidade compartilhada entre Estados e atores internacionais. A eficácia desse instrumento depende da cooperação entre nações, do cumprimento das obrigações previstas na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e de sua adaptação aos desafios contemporâneos, como a migração forçada devido às mudanças climáticas e os deslocamentos causados por conflitos armados.

No entanto, a pesquisa evidenciou que o sistema de proteção internacional do refúgio enfrenta obstáculos significativos. Entre eles, destaca-se a falta de harmonização entre as legislações nacionais, a carência de recursos para a assistência aos refugiados e a emergência de discursos políticos que promovem a xenofobia e a restrição de direitos. Nesse contexto, a consolidação do Direito Internacional do Refúgio exige um compromisso renovado dos Estados em enfrentar tais desafios e assegurar que a concessão do refúgio não seja apenas uma formalidade burocrática, mas sim um ato genuíno de proteção e acolhimento.

Em suma, o presente estudo confirmou que a concessão do refúgio desempenha um papel crucial na defesa da pessoa humana, representando um marco na história dos direitos humanos e da solidariedade internacional. A busca contínua pela justiça, respeito aos direitos fundamentais e cooperação entre Estados e atores da sociedade civil são fundamentais para fortalecer a eficácia desse instrumento e garantir um futuro mais seguro e digno para os refugiados em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção Relativa ao estatuto dos refugiados de 1951**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>>. Acesso em: 12 maio 2023.

ACNUR. **Proteção**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/protecao/>>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

ALMEIDA, Guilherme Assis. **A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 95, p. 373-383, 2000.

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2023.

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2023.

BRASIL, **Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)**. O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: Decisões comentadas do CONARE. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/24507.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2023.

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

BRASIL. Constituição (1997). **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. BRASÍLIA, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2023.

BRASIL. Constituição (1969). Decreto nº 678, de 22 de novembro de 1996. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. BRASÍLIA, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2023

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2023

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969**. 2. Direitos humanos, jurisprudência. 3. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 4. Tribunal internacional, jurisprudência. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018**. Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2018/Decreto/D9277.htm>>. Acesso em: 17 de maio de 2023

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Dispõe sobre a concessão de asilo político**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1008**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14729216>>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 17 de maio de 2023.

POLITIZE, 2022. **Migrantes e Refugiados: desafios aos seus direitos**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/migrantes-e-refugiados-desafios-aos-seus-direitos/>>. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

RAMOS, André de C. **Direito Internacional dos Refugiados**. Editora Saraiva, 2021, Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555597578/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo1.xhtml\]!/4/2/16/1:806\[%C3%BAgi%2Co%20e\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555597578/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo1.xhtml]!/4/2/16/1:806[%C3%BAgi%2Co%20e])>. Acesso em: 11 de setembro de 2023

TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Acórdão nº 5334308. Disponível em: <<https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5334308>>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

DA VALORAÇÃO DO AFETO: UMA ANÁLISE ACERCA DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL E SEUS EFEITOS

MATHEUS PAULO DE ANDRADE:

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos. Defensor Público do Estado do Paraná²⁸².

Resumo: O presente artigo versa sobre o tema “da valoração do afeto, através da indenização por abandono afetivo parental”, sob a ótica jurídica e científica, uma vez que cada vez mais as vítimas de abandono afetivo estão buscando tutela jurisdicional em face do dano que sofreram. A grande problemática é que a prática de valorar o abandono pode ser vista como uma forma de banalização, bem como um facilitador para aumentar o aparecimento de genitores presentes, mas ausentes afetivamente. Assim, a fim de analisar o processo que levou a essa realidade brasileira, foram feitas pesquisas bibliográficas e documentais, com fulcro em entender melhor sobre quais são os requisitos para fazer jus à indenização, além de seus efeitos. Ao término, observar-se-á que é extremamente necessária a indenização por abandono afetivo parental, pois possui o viés de reparação em face do dano sofrido, mas ela não possui viés social, haja vista que o afeto não advém de tutela judicial.

Palavras-chave: Abandono afetivo parental; família; indenização; o preço do amor;

1 - INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o ambiente jurídico tem dado visibilidade para debates intensos e complexos sobre a interseção entre questões afetivas e o sistema legal.

Entre todas as discussões, a que tem ganhado mais destaque a cada dia como objeto de reflexão e controvérsia é a indenização por abandono afetivo parental. Trata-se de um tópico que, à primeira vista, parece destoar das tradicionais noções de justiça e responsabilidade civil, uma vez que envolve a avaliação e valoração do afeto no contexto das relações familiares.

282 E-mail: matheusandrade.adv@gmail.com

Este artigo científico visa analisar o intrigante mundo da valoração do afeto no âmbito legal, em especial na indenização por abandono afetivo parental, bem como quais os seus efeitos na sociedade atual.

Ocorre que em sociedades cada vez mais complexas e fragmentadas, as dinâmicas familiares se encontram em constante mudança e enfrentam desafios que têm gerado um aumento nas ações judiciais que buscam a contraprestação financeira por danos emocionais decorrentes da falta de afeto de pai ou pais presentes no seu período de desenvolvimento.

As questões centrais que este estudo aborda são: é possível valorar a falta de afeto? A valoração do afeto pode levar a uma convivência forçada e talvez ainda mais danosa?

O afeto, muitas vezes considerado um valor inestimável e intangível nas relações familiares, encontra-se no centro de um dilema jurídico que exige uma reflexão aprofundada.

Para alguns, a indenização por abandono afetivo parental representa um avanço na proteção dos direitos emocionais e psicológicos dos filhos, proporcionando uma via para responsabilizar aqueles que negligenciam suas obrigações afetivas. Para outros, a judicialização do afeto levanta preocupações sobre a judicialização excessiva das relações familiares e o impacto potencialmente adverso sobre a própria natureza do vínculo entre pais e filhos.

Neste contexto, pretende-se através de uma análise crítica e uma revisão aprofundada da jurisprudência e da literatura relevante, além de, claro, o método de pesquisas bibliográficas e documentais, examinar o cabimento da indenização por abandono afetivo parental, além de verificar quais os efeitos sociais desse fenômeno.

2 - A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família, conforme entendemos hoje, possui uma história de evolução significativa ao longo do tempo. Em épocas passadas, a estrutura familiar era extremamente patriarcal, na qual o papel do pai era, principalmente, o de provedor, responsável por garantir o sustento financeiro do lar, enquanto a mãe era encarregada dos afazeres domésticos e da educação dos filhos.

Nesse contexto, era raro ver os pais envolvidos nos cuidados diários das crianças, uma vez que esse papel estava quase exclusivamente reservado às mães. Além disso, os filhos nascidos fora do casamento frequentemente enfrentavam situações de desigualdade e exclusão dentro do âmbito familiar e social, haja vista que suas necessidades e direitos

muitas vezes eram negligenciados, restringindo o acesso a benefícios e garantias que as crianças legítimas desfrutavam.

No entanto, ao longo do tempo, a sociedade e o sistema jurídico passaram por mudanças significativas para abordar essas disparidades. O ordenamento jurídico atual estabelece princípios de igualdade, afirmando que todos os filhos têm direitos iguais, independentemente das circunstâncias de seu nascimento. Essa mudança de perspectiva reflete um entendimento mais igualitário das relações familiares e dos direitos das crianças.

Hoje em dia, os pais são incentivados a compartilhar responsabilidades em relação aos cuidados dos filhos, promovendo uma abordagem mais equitativa na criação e educação. A igualdade entre os filhos, sejam eles nascidos de casamentos, uniões estáveis ou fora de qualquer relação formal, é reconhecida como um princípio fundamental, assegurando que todas as crianças tenham os mesmos direitos e oportunidades, conforme disserta Lúcio M. G. Júnior:

Cabe destacar que o foco legislativo mudou para priorizar a proteção da família e da pessoa dos filhos de forma equitativa, em detrimento da proteção do casamento e dos filhos legítimos. Estabeleceu a igualdade, o que significava que todos os filhos teriam os mesmos direitos, fossem eles concebidos no casamento ou não.(JÚNIOR, 2020, p.25)

Essa transformação reflete uma compreensão mais contemporânea das dinâmicas familiares, na qual a igualdade de gênero e o respeito aos direitos das crianças desempenham um papel central. Embora desafios e desigualdades ainda possam existir em algumas situações, as mudanças legais e sociais no tratamento igualitário dos filhos representam um avanço significativo em direção a uma sociedade mais justa e inclusiva. Portanto, a evolução na concepção da família e dos direitos das crianças ao longo dos anos reflete o constante esforço de adaptar as normas e valores à realidade em constante mudança.

Com o passar do tempo, a sociedade passou por mudanças, em especial da entrada da mulher no mercado de trabalho, assim, a dinâmica familiar mudou consideravelmente, vez que agora não há o que se falar em um tipo de família, mas de vários tipos, através das quais o estado de filiação pode ser decorrente de laços sanguíneos e também de laços afetivos. Sobre isso, Ana Jessica Alves disserta sobre:

A família contemporânea não é mais fundada em valores como o matrimônio ou a consanguinidade, apenas, mas apresenta como

fundamento principal a afetividade, pouco importando o modelo familiar que se adote, desde que neste esteja presente a comunhão de afeto como fim comum entre os entes. (ALVES, 2013, p.2)

Arelado ao vínculo afetivo entre pais e filhos, a Constituição Federal de 1988 atribui aos pais o dever de criar e educar os filhos, dever este que tem o intuito de proporcionar o melhor desenvolvimento da prole, contribuindo com seu crescimento de forma digna e satisfatória, vez que a família "é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social" (GONÇALVES, 2009, p.1).

Sobre a essência da entidade familiar, Rafael N. M. de Oliveira e Bruna Melo entendem que:

Daí pode-se entender que a essência de ser família vai muito além da ascendência, pois sua grandeza não se limita à linhagem sanguínea. As relações familiares não se garantem pela ciência, não se determinam pelo sangue, esse vínculo tem um papel definitivamente secundário para a determinação de maternidade ou paternidade. Ser mãe ou ser pai é muito mais nobre do que ter a mesma genética correndo nas veias. (OLIVEIRA; MELO, 2017, p.58)

Neste sentido, não há mais o que se falar em diferentes tipos de formação familiar, ou até mesmo de estado de filiação, haja vista que tanto o ordenamento jurídico como o ambiente social já reconhecem que é possível configurar família além do vínculo sanguíneo, mas também através do vínculo afetivo.

3 - OS DEVERES PARENTAIS

É amplamente reconhecido que crianças e adolescentes merecem ter sua dignidade respeitada de maneira integral, especialmente porque se encontram em um estado de vulnerabilidade inerente até atingirem a maioridade aos 18 (dezoito) anos. Esse período de desenvolvimento, caracterizado por sua transição para a vida adulta, demanda cuidado e proteção especial, a fim de garantir que seus direitos e interesses sejam preservados.

Nesse contexto, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) desempenham um papel fundamental ao disciplinar e estabelecer claramente quem detém a responsabilidade de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes. Essa preocupação se reflete no reconhecimento da necessidade de um ambiente seguro e acolhedor para o desenvolvimento saudável desses indivíduos, bem como na promoção de igualdade de oportunidades, educação, saúde e proteção.

Constitucionalmente restou estabelecido que é dever dos pais garantir aos seus filhos a dignidade e a convivência familiar, nos termos do art. 227, destacando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na garantia dos direitos das crianças e adolescentes. Isso implica que os pais, familiares, instituições e órgãos governamentais compartilham a tarefa de assegurar que as necessidades e interesses desses jovens sejam atendidos de maneira adequada, *in verbis*:

art. 227. É dever da família, (...) 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)

Da mesma forma, o art. 229 traz o dever dos pais em “assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988), sobre o qual dissertam Claudiane, Jô e Izabela:

É sabido que ninguém está obrigado a amar alguém mesmo que este alguém seja seu próprio filho, ou seja, seu descendente. Mas nem por isso ele poderá estar ausente aos seus encargos e compromissos com o seu filho. É por esta razão que a lei maior do país impõe a paternidade responsável, ou seja, a responsabilidade em colocar mais uma criança no mundo. (...). (SOUSA; CARVALHO; CRUZ, 2013, p.7)

Na mesma linha, o art. 1.634 do Código Civil atribui aos pais o dever de criação e educação dos filhos, bem como de possuírem sua guarda, conforme dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

(...) (BRASIL, 2002)

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é fundamental e delinea detalhadamente os direitos e proteções assegurados às crianças e adolescentes, oportunidade em que estabelece as responsabilidades das famílias, da sociedade e do Estado, bem como define os direitos e garantias específicos das crianças e adolescentes, incluindo o direito à educação, saúde, lazer, proteção contra abusos e exploração, entre outros.

Da mesma forma, o referido diploma legal trouxe o direito da criança ou adolescente possuir uma convivência saudável com seus familiares, nos seguintes dizeres:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

Nota-se que o Poder Legislativo se preocupou em assegurar às crianças e aos adolescentes o direito ao bom desenvolvimento e convivência familiar, por meio do qual atribuiu aos genitores o dever de salvaguardar esses direitos.

Quando analisados os preditos deveres sob a ótica da estrutura familiar atual, torna-se claro que o afeto é indispensável para o desenvolvimento da prole e também para a efetivação da criação e educação dos filhos, por parte dos pais.

Isto posto, verifica-se que a ausência do afeto na criação dos filhos pode desencadear diversos problemas:

A ausência dessa convivência acarreta sérios prejuízos físicos, morais e psíquicos à criança e ao adolescente, surgindo a responsabilidade civil como uma possível tentativa de solução, e que será abordada no item derradeiro desta pesquisa. (OLIVEIRA; MELO, 2017, p.69)

Assim, é reconhecido e positivado o direito à convivência familiar, podendo ele se enquadrar como direito fundamental, ante sua indispensabilidade para a boa formação de caráter dos indivíduos da sociedade.

Ademais, é imprescindível a presença dos pais na vida da prole, em especial na infância, momento da construção de seu caráter e personalidade, ocasião em que os genitores deverão contribuir positivamente para a prestação dos auxílios necessários, sendo eles morais ou intelectuais.

Ante todo o exposto, percebe-se que a legislação brasileira reconhece a importância de garantir a dignidade e os direitos das crianças e adolescentes através da Constituição

Federal, do Código Civil e do ECA, ao estabelecerem claramente a responsabilidade compartilhada de pais, famílias, sociedade e órgãos estatais na proteção e promoção do bem-estar das crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento, reconhecendo a vulnerabilidade inerente desse grupo e a necessidade de proteção integral.

4 - DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO PARENTAL

A responsabilização civil é uma possibilidade em diversas áreas do Direito Civil, incluindo o Direito de Família, em que a necessidade de amparo em casos de danos se faz presente. Como mencionado anteriormente, é fundamental reconhecer que a figura do genitor desempenha um papel crucial no desenvolvimento saudável de seus filhos. Assim, a ausência desse vínculo pode privar a criança ou adolescente de uma fonte essencial de motivação e apoio, aumentando o risco de enfrentar problemas psicopatológicos e emocionais.

Quando uma criança é afastada do afeto parental, ela é submetida a uma carência de convívio afetivo, moral e psicológico, o que pode resultar em sérios danos a seu direito fundamental à dignidade. Essa privação afeta profundamente o bem-estar emocional e psicológico da criança, podendo abrir feridas emocionais que nunca serão curadas. Portanto, a falta de convívio com um dos genitores pode resultar em danos que justificam uma possível ação de indenização por danos morais:

Preenchidos os requisitos da responsabilização civil e havendo prova do efetivo prejuízo à formação do indivíduo, a indenização por danos morais surge como o meio judicial mais eficaz para inibir as condutas irresponsáveis dos pais que podem gerar prejuízos irreversíveis aos seus filhos, bem como para proporcionar condições de oferecer auxílios psicológicos para tratar a dor a que foram submetidos; ou seja, como uma forma de tentar amenizar os danos direcionados àquela criança ou adolescente abandonado afetivamente. Assim, sendo negado o afeto, o respectivo genitor se torna responsável pelas consequências psicológicas que poderão ser geradas nos filhos em razão da ausência afetiva, caracterizando-se, portanto, como um ato contrário ao ordenamento jurídico, sendo cabível a sanção no campo da responsabilidade civil. (PINHEIRO, 2022, p.54)

Salienta-se que a mera obrigação de pagamento de pensão alimentícia, embora seja uma responsabilidade financeira importante, não pode ser considerada suficiente para

cumprir de maneira integral o papel de pai ou mãe, haja vista que o valor pecuniário é apenas um aspecto dos cuidados necessários para o bem-estar da criança.

Ademais, o convívio afetivo e a presença ativa dos genitores na vida de seus filhos são igualmente cruciais, da mesma forma o afeto, orientação moral e emocional, apoio psicológico e desenvolvimento de laços familiares saudáveis não podem ser substituídos unicamente pelo aspecto financeiro.

Para Maria Berenice Dias a inobservância das obrigações parentais agride a integridade psicofísica dos filhos, princípio resguardado pela lei constitucional. Essa transgressão ao direito do filho é uma situação em que se configura o dano moral, e, como tal, exige ônus indenizatório, devendo o *quantum* da indenização ser satisfatório para suprir os custos que se fizerem primordiais para atenuar os danos psicológicos (DIAS, 2011, p.461).

Assim, entendido que há o cabimento de indenização por abandono afetivo, outra questão surge que é respeito da valoração do referido afeto, é possível dizer que:

Nos tempos atuais, é possível perceber uma tendência relativa à diminuição do foco tão somente nos danos patrimoniais, em que há a valorização exclusiva do bem material, passando-se a valorizar também, de forma proporcional, os direitos da personalidade e os sentimentos do indivíduo, chamados de bens extrapatrimoniais. (PINHEIRO, 2022, p. 33)

Sabe-se que nunca será possível estabelecer o valor do dano sofrido no âmbito do abandono afetivo parental, por possuir caráter subjetivo, mas segundo Tartuce, para que ocorra uma valoração adequada deve-se levar em consideração os seguintes aspectos: conduta humana, culpa, nexo de causalidade, dano ou prejuízo suportado, para tanto o Superior Tribunal de Justiça preceitua que:

A reparação de danos em virtude do abandono afetivo tem fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que não se confundem com as situações de prestação de alimentos ou perda do poder familiar, relacionadas ao dever jurídico de exercer a parentalidade responsavelmente (BRASIL, 2022).

Assim, o entendimento que se tem é que a indenização por abandono afetivo tem função de punir o pai ou a mãe que não prestou à prole o afeto necessário para sua formação.

Maria Berenice Dias ainda preceitua que a figura paterna que se abster de cumprir com os direitos fundamentais da criança ou do adolescente, e lhe causar danos, será suscetível a reparação pecuniária, não somente para amenizar o prejuízo acarretado, ou punir a conduta ilícita, mas pelo abandono desmotivado do vulnerável, passando assim a demonstrar a valorização do afeto na relação familiar (DIAS, 2011, p.46).

5 - CASOS REAIS E ANÁLISE DE PRECEDENTES

5.1 - Precedentes do STJ

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) precisou avaliar um caso no qual um pai cortou relações abruptamente com a filha quando a ela tinha 6 (seis) anos, após ter sido presente em sua vida. O homem “deixou de se importar” com a filha após romper sua união estável com a mãe da garota. A magistrada que julgou o ocorrido entendeu que havia correlação entre as ações/omissões do sujeito paterno e o prejuízo vivenciado pela jovem menina - tudo isso notoriamente atestado por laudo pericial conclusivo (BRASIL, 2022).

Em sua decisão, a juíza Nancy Andrighi destacou que a reparação dos danos causados pelo abandono afetivo tem fundamento jurídico próprio, vez que não há restrição legal para a aplicação das regras inerentes à responsabilização civil (BRASIL, 2022).

A jovem, com 14 (quatorze) anos de idade quando do ajuizamento da ação, foi assistida pela mãe. Em primeira instância, o juiz fixou indenização em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Em sede recursal, o pedido foi entendido como improcedente. Inconformadas, sujeitaram sua insatisfação ao STJ, o qual, atendendo a todo o ocorrido e ao peso dos danos causados, arbitrou o pagamento de perdas e danos no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Isto por que, conforme elucida a Ministra Relatora Nancy Andrighi, “o recorrido ignorou uma conhecida máxima: existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho” (BRASIL, 2022, online).

5.2 - Precedentes do Tribunal de Justiça do Acre

A Vara Civil de Tarauacá, no Acre, condenou um homem a pagar o total de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) em razão do cometimento de abandono afetivo parental. Apesar do caso estar tramitando em segredo de justiça, sabe-se que o homem deixou de ter contato com o filho após o final do relacionamento com a mãe da criança (G1 AC, 2023).

Em 2011, quando o pequeno filho tinha apenas 4 (quatro) anos de idade, foi realizado um exame de DNA, o qual serviu tão somente para confirmar a paternidade da criança. Naquela feita, foi arbitrado o pagamento de pensão alimentícia em 36% do salário mínimo nacional (G1 AC, 2023). Em 2011, o salário mínimo vigente remontava os R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), com variação de R\$ 5,00 (cinco reais) para mais no mês de março (IPARDES, online), de maneira que o pensionamento devido era de aproximadamente R\$ 195,00 (cento e noventa e cinco reais).

O pai, entretanto, pagava somente R\$ 50,00 (cinquenta reais) para auxiliar no sustento da criança (G1 AC, 2023). Além disso,

Ainda conforme o processo, o homem não escondia que não sentia amor pelo filho e privou a criança de atenção, acompanhamento e carinho. Nos raros momentos em que pai e filho se encontraram, a Justiça destaca que o acusado constrangia e até humilhava a criança. (G1 AC, 2023, online)

Portanto, em sede de sentença, o juiz Guilherme Fraga, além de determinar o montante indenizatório, estabeleceu a necessidade do genitor voltar a pagar a pensão alimentícia na mesma proporção anteriormente estipulada (G1 AC, 2023, online).

5.3 - Precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo

A seguir, ver-se-á situação na qual a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) negou o recurso proposto pelo genitor e manteve a condenação do homem ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) (EUGÊNIA, 2023).

Tal qual conta Eugênia:

Segundo o processo, a filha alegou que o pai não teve participação em sua criação e sempre ofereceu tratamento discriminatório em comparação às outras filhas, de relação conjugal. Disse que ela sequer foi apresentada ao restante da família.

O pai, por sua vez, alegou que manteve relacionamento próximo com a criança até os cinco anos, mas passou a ter dificuldades de convívio, segundo ele, em virtude de dificuldades impostas pela mãe, o que não foi comprovado ao longo do processo. (EUGÊNIA, 2023, online)

Conforme explica a relatora do caso, a Desembargadora Hertha Helena de Oliveira, o pai haveria cumprido com suas obrigações materiais (provavelmente pagava a pensão

alimentícia e ajudava a prover eventuais outras coisas), mas o pagamento de perdas e danos por abandono material tem fundamento, como o próprio nome diz, no afeto, na necessidade de garantir atenção e cuidados indispensáveis à criação da pequena e inocente criança (EUGÊNIA, 2023).

O homem cumpriu com os deveres legais e, em sua defesa, alegou ter tido participação ativa na criação da filha até seus 5 (cinco) anos, o que só comprova que o abandono afetivo efetivamente aconteceu - e sem justo motivo, conforme as provas produzidas em fase instrutória. Quanto às filhas conjugais do homem, essas sempre tiveram tratamento digno, o que aponta que a discriminação se baseava em tratar-se de uma filha proveniente de adultério (EUGÊNIA, 2023).

5.4 - Da necessidade de pacificar precedentes jurisprudenciais

A pacificação dos precedentes jurisprudenciais na área de família é de suma importância para o sistema judiciário e para toda a sociedade. Isso porque o direito de família lida com questões pessoais e emocionais profundas, em destaque as questões inerentes ao abandono afetivo parental, de maneira que a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais são fundamentais para garantir a segurança jurídica e que justiça seja verdadeiramente vivenciada pelo filho abandonado.

Quando os precedentes não são pacificados, criam-se ambiguidades e incertezas, tornando mais difícil que as partes envolvidas saibam plenamente de seus direitos e tenham noção de como a lei será aplicada em seus casos específicos.

Além disso, a pacificação dos precedentes na seara familiar promove a igualdade e a uniformidade na aplicação da lei. Isso significa que situações similares serão tratadas de forma semelhante pelos tribunais, independentemente da jurisdição, de maneira que menos injustiças serão cometidas. Isso é crucial para evitar decisões contraditórias e garantir que as pessoas tenham acesso a um sistema de justiça justo e consistente, independentemente de onde vivam ou do juiz que estiver julgando o caso, e sem precisar prorrogar o processo mediante intermináveis recursos, falta de celeridade essa que só faz piorar uma situação que por si só já é muito difícil.

Outro aspecto relevante é que o alinhamento dos precedentes pode economizar tempo e recursos do sistema e dos litigantes. Quando os tribunais seguem precedentes claros e estabelecidos, há menor necessidade de levar as brigas judiciais até o último grau de jurisdição, pois as partes podem prever melhor o resultado de seus casos e, muitas vezes, buscar acordos mais rapidamente.

Por fim, isso contribui para o desenvolvimento e a evolução do direito. À medida que decisões consolidadas se tornam referências, os tribunais podem se concentrar em questões legais mais complexas e atualizadas, adaptando-se às mudanças sociais e culturais, e permitindo uma resolução mais célere aos processos, conforme determinações constitucionais.

Isso tudo é essencial para manter o direito das entidades familiares relevante e eficaz, protegendo-os em uma sociedade em constante transformação. Portanto, a pacificação dos precedentes jurisprudenciais na área de família é um pilar fundamental para a estabilidade, justiça e eficiência do sistema jurídico.

6 - DOS EFEITOS DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO PARENTAL

Conforme previamente abordado, a indenização por abandono parental é um tema de complexidade notável e que pode desencadear uma série de impactos, uma vez que está estritamente ligada a questões relativas ao afeto, responsabilidade parental e implicações legais.

Quando se considera o impacto da indenização sobre as vítimas que buscam compensação devido ao dano emocional decorrente da ausência de afeto parental, é possível perceber que o valor recebido desempenha um papel fundamental na validação de seus sentimentos.

A compensação financeira pode ser interpretada como uma forma de reconhecimento dos danos psicológicos que sofreram ao longo de suas vidas, pois para muitos, essa indenização representa uma medida de justiça e um sinal de que sua dor e sofrimento não foram ignorados. Contudo, é importante lembrar que essa validação emocional, embora necessária, também pode ser acompanhada por uma gama de emoções complexas, incluindo ressentimento, raiva e tristeza, à medida que confrontam o abandono e a negligência por parte do genitor ausente.

Quanto aos efeitos nos genitores, as respostas podem ser diversas, vez que para alguns, a ação legal de busca por indenização pode servir como um catalisador para a reconciliação e a reconstrução dos relacionamentos familiares.

A consciência das consequências legais pode motivar um genitor a repensar suas ações e a buscar um relacionamento mais saudável com seus filhos, entretanto, é preciso reconhecer que, em alguns casos, essa aproximação forçada pode dar origem à figura do "genitor presente, mas ausente", ou seja, o pai ou mãe que está fisicamente presente, mas demonstra falta de interesse afetivo genuíno, ocasionando situações nas quais o genitor

busca cumprir apenas suas obrigações legais sem um investimento emocional significativo nas relações familiares:

Se ficar decidido que haja indenização nesses casos, podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então, a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo. (ALVES, 2013, p. 7)

É importante destacar que a complexidade das relações familiares não pode ser reduzida a uma fórmula simples, devendo ser considerado que cada situação é única e os impactos variam de acordo com as circunstâncias específicas, até porque a indenização por abandono parental levanta uma série de questões sensíveis relacionadas ao afeto, aos relacionamentos familiares e à justiça, e a compreensão desses efeitos é essencial para um tratamento equilibrado e justo das questões envolvidas.

De forma cristalina, nesta ótica, percebe-se que não é posto fim no problema, pois a ausência de afeto ainda será uma característica presente na relação.

A indenização por abandono parental tem o potencial de afetar significativamente as dinâmicas familiares.

Já aqueles que buscam compensação financeira frequentemente consideram a ação como uma forma de justiça, mesmo que essa busca possa criar divisões e tornar as relações familiares ainda mais complexas, pois a busca por indenização tem o afã de sanar uma dor que perseguiu a vítima durante a ausência de afeto, de forma que a relação imprescindível para seu crescimento já se encontrava abalada, antes mesmo da propositura da ação.

No âmbito legal, cada vez mais cresce a judicialização do afeto e das relações familiares, representando um desafio para o sistema legal. A necessidade de avaliar o valor do afeto e da negligência parental, muitas vezes com base em critérios subjetivos, coloca pressão sobre os tribunais e pode gerar jurisprudência variada, tendo em vista que “[...] não há como quantificar a ausência afetiva e compensá-la por meio de uma indenização

de natureza monetária. O amor é resultado de algo alheio ao nosso entendimento, e não da coação” (ALVES, 2013, p. 8)

Além disso, a indenização por abandono parental levanta questões sobre a extensão da responsabilidade legal dos pais em relação ao bem-estar emocional de seus filhos. À medida que os tribunais enfrentam um número crescente de casos relacionados ao abandono afetivo, torna-se necessário considerar as implicações financeiras e legais de tais decisões.

Em suma, a indenização por abandono parental tem efeitos variados em relação a todas as partes envolvidas, desde as vítimas em busca de compensação até os próprios progenitores e o sistema legal. Compreender esses efeitos é fundamental para avaliar as implicações e desafios dessa prática e para buscar abordagens mais abrangentes e eficazes para lidar com o abandono parental e suas consequências.

A busca por indenização representa um ato de busca por justiça emocional e financeira, mas também destaca a necessidade de prevenção e intervenção precoces para proteger o bem-estar das crianças e preservar as relações familiares.

7 - CONCLUSÃO

O presente artigo analisou as características da indenização por abandono afetivo parental, ao longo do qual foram exploradas as complexas implicações e os desafios que surgem quando há a tentativa de valorar a relação de afeto entre pais e filhos, vez que se trata de uma dimensão estritamente subjetiva e emocional, em termos jurídicos e sociais.

Os debates sobre a indenização por abandono afetivo parental refletem a tensão subjacente entre a necessidade de reconhecer e proteger os direitos emocionais dos indivíduos, atrelado ao dever constitucional dos pais de cuidar e de criar os filhos e a preocupação de que a judicialização do afeto possa minar a autonomia e as dinâmicas familiares.

A indenização pode fornecer uma via de responsabilização para aqueles que negligenciam suas obrigações parentais, proporcionando uma ferramenta para proteger os interesses das crianças. Entretanto, existe o receio de que tal abordagem possa promover a litigiosidade excessiva e prejudicar a natureza fundamentalmente afetiva das relações familiares.

O presente artigo revelou que a valoração do afeto nos tribunais é um tema multifacetado que carece de consenso e clareza. A jurisprudência varia amplamente, refletindo diferentes abordagens adotadas pelos sistemas judiciais em relação à

indenização por abandono afetivo parental, principalmente de alguns Tribunais serem contrários à indenização, sob a prerrogativa de que não se pode obrigar um pai a amar seu filho, bem como, que tal atitude não pode ser de responsabilidade do Estado.

No entanto, independentemente da posição adotada, é evidente que a questão do afeto não pode ser ignorada no contexto legal. Assim como, apesar de se tratar de matéria não pacificada, muitos tribunais já entendem como possível e devida a indenização por danos derivados do abandono afetivo parental, estipulando-se valores a serem pagos.

A judicialização do afeto tem implicações que se estendem além das questões legais. Ela traz à luz a importância de reconhecer a complexidade das relações familiares e a necessidade de equilibrar a proteção dos direitos emocionais com a promoção da autonomia familiar.

É sabido ser impossível valorar a falta que um ente parental faz na criação de uma criança, bem como que o dinheiro jamais vai ser capaz de preencher esse espaço vazio deixado pela sensação de desamor vivenciada ao longo do crescimento.

No entanto, é relevante observar a importância de alternativas à litigação, como a mediação e a educação para resolução de conflitos, que podem fornecer abordagens mais construtivas para resolver disputas familiares.

Por fim, a valoração do afeto no contexto legal é um desafio que ainda não está unificado nos tribunais, motivo pelo qual demanda atenção contínua, sempre considerando o impacto emocional e psicológico das ações nas famílias e buscar um equilíbrio entre a proteção dos direitos das partes envolvidas e a preservação das relações familiares saudáveis.

8 - REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jessica Pereira Alves. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. **Revista de Direito & Dialogicidade**, v. 04, n. 1, 2013, ISSN 2178-826Xv. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/588>. Acesso em: 05 de nov. 2023.

BRASIL. **Código Civil (CC)**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 out 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC)**. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 out 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out 2023.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 out 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: 2022**. Pai é condenado a pagar R\$30.000,00. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022022-Pai-e-condenado-a-pagar-R--30-mil-de-danos-morais-por-abandono-afetivo-da-filha.aspx>. Acesso em: 06 de nov. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

EUGÊNIA, Maria. Pai é condenado a indenizar filha por abandono afetivo. **São Paulo: Metrôpoles, 2023**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/pai-e-condenado-a-indenizar-filha-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 06 out 2023.

Evolução do salário mínimo - Brasil - maio 1995/janeiro de 2019. **IPARDES: Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social, online**. Disponível em: http://www.ipardes.gov.br/pdf/indices/salario_minimo.pdf. Acesso em: 06 out 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. 4º ed. v.6, p.01.

Homem deve pagar mais de R\$ 52 mil de indenização para filho por abandono afetivo no Acre. **Globo: G1 Acre e Amazônia, 2023**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2023/03/11/homem-deve-pagar-mais-de-r-52-mil-de-indenizacao-para-filho-por-abandono-afetivo-no-acre.ghtml>. Acesso em: 06 nov 2023.

JÚNIOR, Lúcio Marcos Granado. **A Proteção da Família na Constituição Federal de 1988**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito e Relações Internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4185>. Acesso em: 29 out 2023

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-130, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/53652>. Acesso em: 05 de nov. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, v. 12, n. 1, 2017, ISSN 1980-7791. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/rdp.v12n1.p52%20-%2080>. Acesso em: 05 de nov. 2023.

PINHEIRO, Raira Valle. **Os reflexos jurídicos do abandono afetivo parental e a precificação do amor à luz da responsabilidade civil**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/28595>. Acesso em: 29 out 2023

SOUSA, Claudiane Aparecida de; CARVALHO, Jô de; CRUZ, Izabela Batista. Abandono afetivo realizado pelos genitores: dever de indenizar?. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2013, ISSN 2236-1286. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/10>. Acesso em: 05 de nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2013

A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA COMPATIBILIDADE COM A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

MICHELLE FERNANDA SANTOS DE ALMEIDA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Facuminas – Montes Claros/MG. Advogada OAB/MT.²⁸³.

ANA FLÁVIA REZENDE ALVES.²⁸⁴

(coautora)

RESUMO: O presente estudo almeja verificar a compatibilidade da realização da audiência de custódia por videoconferência com a proteção da dignidade humana a partir da adequada interpretação desse instituto à luz do garantismo penal. Essa medida possui previsão normativa nacional e internacional, as quais o Brasil possui o dever de cumpri-las integralmente. Assim, utilizou-se da metodologia dedutiva para analisar, sob o viés principiológico, a lei, doutrina e o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de se excepcionar a regra da audiência de custódia presencial.

PALAVRAS-CHAVE: audiência de custódia; videoconferência; compatibilidade; dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar as normativas que versam sobre a audiência de custódia, seus princípios essenciais e a correta interpretação que se deve realizar para o alcance de sua finalidade. Nesse sentido, os estudos iniciam-se a partir dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que impuseram a observância do direito à audiência presencial com autoridade judicial competente após a efetuação de qualquer prisão. Em seguida, houve o reconhecimento do referido direito no âmbito do direito interno pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, por previsão expressa no

²⁸³ E-mail: michelle.fernanda25@hotmail.com

²⁸⁴ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduada em Arbitragem, Conciliação e Mediação pela Faculdade Integrada Instituto Souza - FaSouza. Advogada OAB/MG.

Código de Processo Penal após as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime.

Com efeito, após a análise normativa, examinou-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que permitiu, excepcionalmente, o emprego de videoconferência nas audiências de custódia, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que esse meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos. Visou-se perquirir se essa inovação na interpretação do art. 3º-B, §1º, do Código de Processo Penal condiz com a adequada leitura dos institutos do direito processual penal a partir do garantismo penal.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A audiência de custódia é um ato judicial que consiste na imediata condução da pessoa presa à presença de uma autoridade judiciária competente, para sua oitiva, com o objetivo de se verificar as circunstâncias em que ocorreu a prisão e, por consequência, se foram obedecidos os preceitos legais. Visa, essencialmente, constatar a legalidade e o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais no ato da prisão, isto é, se a integridade física da pessoa presa foi preservada e não houve agressões, maus-tratos ou uso de tortura pela força policial.

Com efeito, Caio Paiva ensina que:

A audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim, como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.²⁸⁵

Diante da importância desse instituto, em âmbito internacional, o Brasil se comprometeu por meio da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

²⁸⁵ PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 31.

(CADH) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) a realizar a audiência de custódia nos termos do disposto no art. 7º item 5 da CAH e art. 9º item 3 do PIDCP, respectivamente:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.²⁸⁶

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.²⁸⁷

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, comumente conhecida como Pacote Anticrime, o art. 310 do Código de Processo Penal previu expressamente que, após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até vinte e quatro horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do apreendido, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público.

Nessa audiência, o juiz deverá, fundamentada e alternativamente, relaxar a prisão ilegal; convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Caso transcorridas as vinte e quatro

²⁸⁶ BRASIL. Decreto nº 678/1992 promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22/11/1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 05/11/2023.

²⁸⁷ BRASIL. Decreto nº 592/1992 promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16/12/1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05/11/2023.

horas sem a realização de audiência de custódia e sem motivação idônea, a prisão tornar-se-á ilegal, devendo ser relaxada pela autoridade competente.²⁸⁸

3 A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VÍDEOCONFERÊNCIA COM A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

É sabido que a Lei nº 11.419/2006 - responsável pela informatização do processo judicial - autorizou a tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais nos âmbitos civil, trabalhista e penal, por meio eletrônico, bem como que os artigos 185, §2º, 217 e 222, §3º, do Código de Processo Penal permitem a realização de interrogatórios e inquirição de testemunhas por videoconferência.

Ocorre que, de modo diametralmente oposto, o art. 3º-B do CPP vedou expressamente a possibilidade do emprego de videoconferência na audiência de custódia a ser realizada pelo juiz das garantias. Frise-se que, em 24/08/2023, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305²⁸⁹, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do *caput* desse dispositivo legal, isto é, da implantação e do efetivo funcionamento do juiz das garantias, tendo fixado um prazo de doze meses, prorrogável por mais doze meses, para a adoção das medidas legislativas e administrativas necessárias à sua adequada operacionalidade nas várias funções elencadas, incluindo a realização de audiência de custódia posterior a prisão em flagrante ou prisão por mandado judicial.

Todavia, embora o legislador tenha vedado a utilização da videoconferência nas audiências de custódia no art. 3º-B, §1º, do CPP e o STF declarado a constitucionalidade de seu *caput*, esta Corte Superior atribuiu interpretação conforme a Constituição para autorizar excepcionalmente a audiência de custódia por videoconferência:

estabelecer que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade fática, momento em que se realizará a audiência com a presença do ministério público e da defensoria pública ou de advogado constituído, cabendo, excepcionalmente, o emprego de videoconferência, mediante

²⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Penal: Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.298, julgado em 24/08/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 05/11/2023.

decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos;²⁹⁰

Todavia, com a devida vênia, há posicionamentos doutrinários que entendem não ser possível a referida exceção por ser a audiência de custódia um ato judicial essencialmente presencial. Nesse viés, o próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU, na Observação Geral nº 35, aduz ser necessário o contato físico entre o juiz e a pessoa que deverá ser ouvida:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura ou dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.²⁹¹

Convém ressaltar que a lei processual penal deve ser interpretada à luz do modelo penal garantista, de Luigi Ferrajoli, que visa limitar o poder estatal e conferir uma nova interpretação aos institutos do direito penal e processual penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, o princípio da legalidade estrita não permite a alteração do sentido literal da norma para reduzir o âmbito de proteção dos institutos das ciências criminais quanto aos direitos dos acusados, sendo certo que Superior Tribunal de Justiça entende dessa forma.²⁹²

É cristalino que a audiência de custódia foi criada justamente para efetivação dos direitos fundamentais e, por mais que se tenha pontuado no julgado do STF a condição “desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos”²⁹³, na prática, torna-se difícil essa verificação. Como consequência, sem a

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Observação Geral nº. 35, aprovada em 16.12.2014, § 34, do Comitê de Direitos Humanos da ONU In PAIVA, Caio. Op. Cit, p. 121/125.

²⁹² BRASIL. O Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção), no REsp 1.890.981-SP - Recurso Repetitivo – Tema 1087, julgado em 25/05/2022, decidiu que “a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)” fundamentando, dentre outros argumentos, na posição topográfica das normas.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.298, julgado em 24/08/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 05/11/2023.

segura verificação, há riscos aos direitos dos custodiados que precisam ser levados em consideração e análise.

Nesse sentido, transcreve-se parte dessa problemática evidenciada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em manifestação ao STF, na ADI nº 6.841, quanto à presença do agente que efetuou a prisão no espaço físico da sala em que ocorreria a audiência virtual e a baixa qualidade de imagem de vídeo, as quais impedem que o juiz tome efetivo conhecimento de eventuais abusos:

(...) se presencialmente ainda há diversos fatores que confluem para que as práticas de maus tratos e tortura resem invisíveis, iniciando-se pelo receio de exposição dos fatos pela própria vítima, imagine-se este procedimento por meio de um equipamento de videoconferência, perante o qual a pessoa presa estará na Delegacia, ou seja, dentro de uma instituição policial, sem a presença de um juiz, tendo ao seu lado tão somente um agente do aparato estatal de segurança pública, personificando o próprio praticante do ato de que a pessoa presa foi vítima e eventualmente ao lado do próprio torturador.

Como relatar qualquer abuso na atuação dos órgãos de segurança pública nesse cenário?

(...)

E, quando se rompe, essa inicial barreira quase intransponível, surgem outras que demonstram a impossibilidade de se verificar situações de agressão por meio virtual. Para exemplificar, cita-se audiência de custódia virtual realizada em 24.04.2021, na comarca de Guarulhos (projeto piloto do estado), processo nº 1501111-57.2021.8.26.0535. Em tal situação, a pessoa presa narra agressões perpetradas pelos agentes policiais, mesmo em solo policial, e tenta mostrar na câmera a marca das agressões. Note-se que o laudo de exame de corpo de delito também apontou “escoriação escapular com 3cm” (...).

Contudo, note-se que o magistrado não só se omitiu em tomar qualquer providência, mesmo diante das informações de violência estatal, como negou a própria agressão (...).

Não se presumindo má-fé do magistrado, verifica-se que ele não conseguiu visualizar a lesão por meio virtual, devido à má qualidade da imagem que era exibida, apesar de já haver sinalização da agressão no laudo de exame de corpo de delito.²⁹⁴

Desse modo, observa-se que a audiência de custódia presencial é imprescindível e mais segura para reduzir os atos de tortura e maus-tratos e garantir a integridade física e dignidade humana da pessoa presa, como assegurado no Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura instituído pela Lei nº 12.847/2013²⁹⁵. Além disso, o cumprimento dessa exigência legal e convencional mostra-se como instrumento de combate à cultura do encarceramento e à adequada responsabilização dos agentes violadores das normativas protetivas.

4 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, tem-se que a audiência de custódia é uma garantia fundamental do preso para a proteção de seus direitos fundamentais, sua integridade física e do princípio da dignidade humana, positivado na Constituição e em tratados internacionais. Assim, para a sua concretização com mais segurança e efetividade, é imperioso que o ato se realize de forma presencial.

Por certo, a audiência de custódia, ao efetivar o princípio da dignidade humana, ainda tem o condão de atenuar os reflexos de um sistema anteriormente inquisitório, sendo um aliado na redução das prisões ilegais e, por consequência, viabilizando um processo penal acusatório garantista e a própria efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal: Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992 promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16/12/1966**. Disponível em:

²⁹⁴SÃO PAULO. Manifestação da Defensoria Pública na ADI nº 6.841. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/manifest_adi.pdf>. Acesso em 05/11/2023.

²⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 05/11/2023.

BRASIL. **Decreto nº 678/1992 promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22/11/1969.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 05/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 05/11/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **REsp 1.890.981-SP** - Recurso Repetitivo – Tema 1087. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=154772055®istro_numero=202002140433&peticao_numero=&publicacao_data=20220627&formato=PDF>. Acesso em 05/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.298.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 05/11/2023.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

SÃO PAULO. **Manifestação da Defensoria Pública na ADI nº 6.841.** Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/manifest_adi_pdf.pdf>. Acesso em 05/11/2023.

O INSTITUTO PROCESSUAL DA CURADORIA ESPECIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O SEU CARÁTER PROTETIVO

MONIQUE ALVES MARQUES:

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Conciliadora do Tribunal de Justiça da Bahia.

RESUMO: O presente trabalho consiste na análise ordenada do instituto processual da curadoria especial, para isso, buscou-se traçar um panorama focado no seu caráter protetivo. Foi apresentado, inicialmente, um enfoque conceitual da curadoria especial, bem como as teorias que buscam qualificar a natureza jurídica do instituto. E em um segundo momento foi realizado um exame pormenorizado das previsões legais e das particularidades da atuação curador especial na busca de garantir o direito do contraditório, da ampla defesa e da isonomia ao vulneral processual. Por fim, foi exposto um estudo sobre atribuição da Defensoria Pública no exercício da curadoria especial, nessa linha analisou-se abrangência do termo “necessitado”, utilizado na redação do art. 134 da Constituição Federal, bem como os conceitos trazidos na doutrina de função típica e atípica da Defensoria Pública. No trabalho foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo por referencial teórico obras doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais. Destaca-se que o presente estudo tem por objetivo, demonstrar a importância do instituto processual da curadoria especial para efetivação de valores direcionadores do Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: curador especial. Defensoria Pública. vulnerabilidade processual.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CURADORIA ESPECIAL: ENFOQUE CONCEITUAL. 2.1 Natureza Jurídica do Instituto da Curadoria Especial. 2.1.1 Teoria da Representação. 2.1.2 Teoria Da Substituição. 2.1.3 Teoria Distintiva. 3. PREVISÕES LEGAIS DE ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL. 3.1 Nomeação de Curador Especial aos Incapazes. 3.1.1 Incapaz que concorre com seu representante na partilha quando houver colisão de interesses. 3.2 Curador Especial do réu preso revel. 3.3 Curador Especial do réu citado fictamente. 3.4 Curador Especial na Execução e na Ação Monitória. 3.5 Nomeação de Curador Especial ao ausente nos processos de Inventário e Partilha. 3.6 Nomeação de Curador Especial na ação de interdição. 4. CURADORIA ESPECIAL COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. 4.1 O Ministério Público na atuação da Curadoria Especial. 4.2 Funções da Defensoria Pública. 4.2.1 Conceito Jurídico de Necessitado: Sentido Estrito e Sentido

Amplio. 4.2.2 Funções Típicas e Atípicas. 4.3 Da investidura legal do exercício da curatela pelo Defensor Público: impropriedade do termo “nomeação” judicial. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1.INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil apresenta em seu art. 72 a previsão da Curadoria Especial, dispondo que o juiz nomeará curador especial ao incapaz, se este não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com o daquele, bem como disciplina que será nomeado curador especial ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto este não tiver constituído advogado.

Indo além da previsão das hipóteses de cabimento o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 72, em inovação legislativa acentuada, traz a previsão expressa da atribuição da Defensoria Pública na curadoria especial.

Apesar do art. 72 do NCPC representar o dispositivo legal mais marcante direcionado a figura do curador especial, o código processual em dispositivos esparsos também prevê a figura do curador especial, como, por exemplo, no capítulo do Inventário e da Partilha, que no art. 671 dispõe que o juiz nomeará curador especial "ao ausente, se não o tiver" e ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante. Ademais, no procedimento especial da interdição o art. 752 prevê a nomeação de curador especial ao interditando, caso este deixe de constituir advogado.

Não obstante as previsões legais sobre as hipóteses de cabimento e da atribuição da Defensoria Pública como detentora exercício da curadoria especial, o tema é cercado de debates doutrinários, bem como de jurisprudências, uma vez que dele emanam questões práticas que abarca desde o problema em determinar o verdadeiro alcance da função da Curadoria Especial no que toca ao conceito de vulnerabilidade no processo, até a polêmica em torno do termo “nomeação” de Defensor Público por juiz, perpassando pela questão de ser ou não função típica ou atípica da Defensoria o múnus da curadoria especial.

Desse modo, o tema do presente trabalho volta-se para a análise do instituto processual da curadoria especial tomando como embasamento seu motivo de existência e a sua função no processo cível. A escolha do tema deve-se a importância de se pensar e discutir esse instituto jurídico que, a despeito das disposições legislativas, ainda representa para alguns uma incompreensível figura processual.

2.CURADORIA ESPECIAL: ENFOQUE CONCEITUAL

Partindo de uma visão neoconstitucionalista do processo ou do neoprocessualismo²⁹⁶, que impõe ao intérprete da norma processual uma leitura dos institutos processuais à luz das normas constitucionais, o atual modelo processual deve ser visto como instrumento de efetivação do direito material cujo vértice normativo axiológico é a Constituição.

É notável que o CPC de 2015 foi delineado sob a ótica neoprocessualista, uma vez que, além dos diversos dispositivos espalhados pelo Código que prestigiam valores constitucionais, o seu art. 1º expressamente prega que as normas processuais devem ser interpretadas conforme os valores e princípios constitucionais²⁹⁷. É partindo dessa visão neoprocessualista que o conceito do instituto da curadoria especial deve ser forjado.

Em primeiro lugar, é forçoso ter em mente, para entender a conceituação do instituto, que um processo lastreado por valores constitucionais é procedimento estruturado nos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa. Em segundo lugar, é necessário ter por entendido que a todos deve ser garantido o direito de escolher um defensor de sua confiança quando seus interesses estão em jogo dentro do processo, esse direito encontra amparo nos princípios da isonomia, contraditório e da ampla defesa.

Todavia, existem situações em que a pessoa se encontra em tamanha situação de vulnerabilidade que sequer possui defensor constituído para resguardar seus interesses jurídicos. Acontece que, no atual modelo neoprocessualista, é inaceitável que aqueles que se encontram em determinadas situações de vulnerabilidade não tenham um defensor para resguardar seus direitos em juízo, o que infringiria os princípios supracitados.

Foi para esses casos que a lei processual instituiu a figura do curador especial, que tem como escopo proteger os interesses de certas pessoas que, por se enquadrarem em determinadas situações legalmente previstas, são consideradas vulneráveis processuais.

²⁹⁶ A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo; b) processualismo e c) instrumentalismo. Nada obstante, alguns doutrinadores mencionam uma quarta fase cuja denominação é Neoprocessualismo. Costuma-se associar o neoprocessualismo ao desenvolvimento da teoria do formalismo-valorativo, para destacar a relevância que se deve dar aos valores constitucionalmente na construção e aplicação do formalismo processual. (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 52 e 53).

²⁹⁷ BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015. Art. 1º. "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Na atual sistemática processual a principal previsão do instituto da Curadoria Especial está insculpida no art. 72 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 72. O juiz A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.²⁹⁸

Dá análise do artigo supramencionado é possível verificar que a curadoria especial visa o balanceamento do processo em que uma das partes está em situação de presumível vulnerabilidade processual. Importante compreender que o art. 72 abaliza casos nos quais a vulnerabilidade processual está ligada a uma integração da capacidade processual e, neste ponto, é oportuno diferenciar a capacidade material de capacidade processual.

A capacidade material compreende a concepção da capacidade civil plena que é dividida em Capacidade de Direito que é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres que todas as pessoas humanas possuem, e a Capacidade de Fato ou de exercício que é a aptidão para exercer pessoalmente atos da vida civil com efeitos jurídicos.

Já a Capacidade Processual também chamada de capacidade de estar em juízo é a aptidão para praticar atos processuais pessoalmente, ou seja, independentemente de assistência ou representação²⁹⁹.

A capacidade processual está ligada com a capacidade de exercícios para os atos da vida civil, contudo a relação não é absoluta. Nesse sentido, doutrina Araken de Assis “a pessoa dotada de capacidade de exercício tem, necessariamente, capacidade de direito ou personalidade processual. No entanto, a personalidade processual revela-se mais extensa que a capacidade de direito” ³⁰⁰.

O professor Fredie Didier explica que existe uma apertada relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade civil plena). Entretanto, são capacidades distintas podendo o sujeito ser processualmente capaz e materialmente incapaz ou processualmente incapaz e materialmente capaz³⁰¹.

²⁹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

²⁹⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 375 e 376.

³⁰⁰ Assis, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 34.

³⁰¹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 376).

A previsão de nomeação de curador especial nos casos do art. 72, inciso I do CPC contempla hipótese de incapacidade processual cuja origem está na incapacidade material, uma vez que o dispositivo prevê a determinação de nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade.

Por outro lado, é possível visualizar na hipótese do inciso II do art. 72 cuja determinação do dispositivo legal é a nomeação de curador especial ao réu preso e ao revel citado por edital ou por citação com hora certa, enquanto não for constituído advogado, uma incapacidade puramente processual, já que o curador vem representar em juízo sujeito capaz materialmente, mas incapaz processualmente.

No inciso II o fundamento da curatela especial é a ausência do réu revel, seja porque foi citado fictamente, seja porque está preso. O legislador considerou que aqui o demandado está em posição de fragilidade para defender-se em juízo.

Pelo fio do raciocínio, vê-se que o ordenamento jurídico concebeu que determinadas pessoas são prejudicadas no seu exercício de direitos enquanto posicionadas em situações caracterizadoras de incapacidade processual como, por exemplo, a incapacidade civil, a incapacidade processual do réu preso e do citado de forma ficta.

Importante frisar, que as hipóteses legais do art. 72 do CPC não são as únicas previstas na legislação pátria para atuação do curador especial, veremos no decorrer do trabalho os demais casos que demandam a aplicação do instituto.

Partindo da compreensão dos pontos abalizados, podemos conceituar a curatela especial como instituto de direito processual cujo escopo é a tutela do sujeito que está em uma condição de vulnerabilidade processual prevista na lei 302, assegurando a este a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais e permitindo a sua participação real e equilibrada no processo civil.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA CURADORIA ESPECIAL

302 Para DIDIER inclusive há casos de vulnerabilidade atípica que demandariam a nomeação de curador especial: "É possível que, em situações atípicas de vulnerabilidade processual, o juiz designe um curador especial à parte, fora das hipóteses do art. 72, como forma de zelar pelo efetivo contraditório. Basta pensar na hipótese de o advogado não comparecer à audiência de instrução, em que serão ouvidas as partes e algumas testemunhas; para não prejudicar o equilíbrio do contraditório, o juiz poderá determinar que um defensor público, presente no fórum, atue como curador especial naquela audiência." (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.114).

Não é pacífica, na doutrina, a questão pertinente à determinação da natureza jurídica do instituto da curadoria especial. Os textos doutrinários sobre o tema apresentam diferentes posicionamentos quando da qualificação e justificação da existência do instituto.

O cerne da discussão gira em torno dos conceitos de *legitimidade ad causam*, representação processual e legitimidade extraordinária, também denominada de substituição processual, e qual posição o curador especial encontra-se no processo.

Não obstante há, majoritariamente, três teorias distintas que buscam qualificar a curadoria especial tendo por base a sua atuação no processo: Teoria da representação, Teoria da substituição processual e Teoria distintiva³⁰³. Pois bem, analisaremos as três teorias com acuidade para melhor compreender instituto.

2.1.1 TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

De início, cabe esclarecer que o instituto da representação judicial acontece quando um indivíduo está em juízo em nome alheio com escopo de defender interesse alheio.³⁰⁴

Aqui é importante lembrar certos conceitos processuais para que o tema seja bem compreendido. Em primeiro lugar, é cogente ter em mente que o nosso novo Código de Processo Civil elegeu como condições da ação a *legitimidade ad causam* e o interesse de agir, vejamos: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”³⁰⁵.

Em relação à legitimidade o art. 18 do NCPC foi categórico quando dispôs que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Pelo fio do raciocínio, em regra, as pessoas somente podem estar em juízo na condição de partes, ou seja, demandando e defendendo direitos que afirmam ser próprios. Essa legitimidade é denominada de ordinária³⁰⁶.

303 Roger, Franklin. Princípios institucionais da defensoria pública : De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União) / Franklin Roger, Diogo Esteves. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

304 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.419.

305 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

306 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza.-7.ed –São Paulo: Saraiva 2016, p.157.

Pelo conceito de dado a representação judicial constata-se que o representante judicial não é legitimado ordinário, uma vez que, como já mencionado, ele está em juízo em nome alheio com escopo de defender interesse alheio. Assim, o representante judicial é uma exceção ao art. 18 do NCPC. Diante disso, indaga-se: o que é o representante judicial?

O instituto da representação processual está ligado à integração da capacidade processual, em outras palavras, surgirá à figura do representante judicial quando uma parte carente de capacidade processual estiver em juízo³⁰⁷.

O art. 70 do CPC³⁰⁸ que dispõe que “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade de estar em juízo”. Mais adiante o art. 71 traz a solução para os casos de incapacidade material em juízo, aquela que compreende a concepção da falta de capacidade de fato ou de exercício, determinando que o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

Para a teoria da representação o art. 72 do CPC, que dispõe sobre a curatela especial, apresenta uma hipótese de integração de capacidade processual onde o curador especial é representante judicial do incapaz processual, devendo este ser entendido como sujeito vulnerável processualmente, seja por não ter capacidade civil plena e não ter sido essa carência suprida por um representante legal, como na hipótese do inciso I do art. 72, seja por não possuir capacidade puramente processual, hipótese do inciso II do art. 72.

Desse modo, para os defensores da teoria da representação o curador especial é representante judicial ad hoc nomeado pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual. Nessa sintonia, leciona o prof. Fredie Didier:

“O curador especial é representante judicial, e não material; sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação. Trata-se de um representante ad hoc nomeado pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante o processo, e somente durante o processo”.

³⁰⁷ Sobre capacidade processual leciona Cândido Dinamarco: “capacidade de estar em juízo é capacidade de atuação processual. Ela vem denominada pela doutrina, também, como capacidade processual ou *legitimidade ad processum*. Tal é a capacitação a atuar nos processos em geral e não se confunde com a qualidade para gerir uma determinada causa, que é a *legitimidade ad causam*”. (Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p.282).

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

No dizer de Araken de Assis, quando da conceituação do instituto da curatela especial: “chama-se de curador especial a pessoa designada pelo juiz para representar a parte em juízo, suprindo-lhe déficit presumível na atuação (...) o curador assume seu papel por ato do juiz da causa. Logo, a figura do curador distingue-se, completamente da parte”.³⁰⁹

Para a adequada percepção da teoria da representação deve-se compreender a incapacidade em sentido processual, relacionada com a vulnerabilidade processual do sujeito no processo. Assim, para os adeptos dessa teoria o curador especial não é parte no processo, mas apenas surge para suprimento da capacidade processual da parte. Parte é o representado, incapaz processualmente, cuja incapacidade foi suprida com a nomeação do curador especial.

Pelo fio do raciocínio, vê-se que, para os simpatizantes da teoria da representação, a falta do curador especial nos casos em que a lei prevê a sua atuação está ligada a carência de requisito subjetivo de validade do processo, qual seja a capacidade processual³¹⁰.

Desse modo, a atuação do curador especial estaria limitada a certos atos processuais atrelados a funções defensivas, não podendo ele, por exemplos, propor reconvenção³¹¹, pedido contraposto ou mesmo denunciar a lide nos casos de evicção, uma vez que são demandas.

Na mesma linha de raciocínio a teoria da representação defende que não será válido ao curador especial praticar ações de disposição do direito, como reconhecer a

³⁰⁹ Assis, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 66.

³¹⁰ O Prof. Fredie Didier explica a necessidade do uso correto dos termos ‘pressuposto processual de validade’ e ‘requisito de validade’: “Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de pressupostos de validade. (...) Pressupostos processuais é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência do processo” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.368).

³¹¹ Em sentido contrário a Jurisprudência tem entendido pela possibilidade do Curador especial propor Reconvenção (O curador especial tem legitimidade para propor reconvenção em favor do réu cujos interesses está defendendo. (Info 613). STJ. 4ª Turma. REsp 1.088.068-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 29/08/2017).

procedência do pleito, renunciar, confessar ou transigir. Ademais, nem mesmo o poder de desistência pertenceria ao curador especial.

Como bem doutrina o Prof. Fredie Didier, adepto da teoria da representação, não poderia o autor desistir da lide sem o consentimento do réu representado pelo curador especial “a defesa apresentada pelo curador faz o réu presente em juízo, razão pela qual é imprescindível o consentimento do réu, representado pelo curador especial, à proposta de revogação da demanda feita pelo autor.”³¹²

Nessa sintonia, Cristiano Chaves elucida sobre a invalidade de o curador especial praticar atos de disposição no processo:

“a anuência ao pedido formulado pelo autor, eventualmente manifestada pelo curador especial implica, iniludivelmente, em absoluta nulidade do processo, por cercear a defesa daquele cujos interesses lhe incumbia preservar e garantir. Esse o modo criado por lei para garantir a efetividade do contraditório e da ampla defesa, não podendo o curador praticar atos de disposição do direito que é disputado no processo”³¹³.

Apresentada a teoria que coloca o curador especial na posição de representante judicial do curatelado, passaremos para abordagem da próxima corrente doutrinária.

2.1.2 TEORIA DA SUBSTITUIÇÃO

A teoria da substituição processual defende que o legislador atribuiu ao curador especial à chamada legitimidade extraordinária para atuar em juízo. A doutrina de forma majoritária utiliza o termo legitimidade extraordinária como sinônimo de substituição processual.

Recorde-se, por oportuno, que a regra consiste nas pessoas estarem em juízo na condição de partes, ou seja, demandando e defendendo direitos que afirmam ser próprios, vimos que essa legitimidade é denominada de ordinária.

O art. 18 do CPC é explícito quanto à regra geral, bem como adverte a possibilidade do ordenamento jurídico permitir hipóteses em que determinada pessoa

312 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 392

313 FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente. (garantia do contraditório). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/798>. Acesso em: 6 abr. 2021.

poderá ser autorizada a figurar em juízo em nome próprio na defesa de interesses alheios. Vejamos o texto do artigo 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”³¹⁴.

Pois bem, entende-se por legitimidade extraordinária ou substituição processual a autorização legal para se postular em juízo direito alheio em nome próprio. No dizer de Leonardo Greco, quando da elucidação sobre a legitimidade extraordinária, “muitas vezes a lei reconhece que o próprio titular da relação jurídica de direito material pode não estar em condições de concretamente exercer a sua postulação ou defesa em juízo. Nesses casos, confere a algum outro sujeito a legitimação extraordinária para figurar como sujeito do processo. São os casos de substituição processual”³¹⁵.

O conceito usual empregado pela doutrina brasileira para substituição processual foi retirado dos estudos do doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda e é determinado como postular em nome próprio direito alheio³¹⁶. Tal conceito é utilizado pelo Código de Processo Civil Italiano no seu art. 81317, que cuida da substituição processual, tendo servido de inspiração para o art. 18 do Código de Processo Civil brasileiro.

A substituição processual ou legitimidade extraordinária constitui exceção ao princípio de que apenas o titular da lide pode deduzi-la em juízo, mediante o exercício do direito fundamental de ação previsto no art. 5º, inc. XXXV da CF. Para a teoria da substituição o curador especial seria um substituto processual do curatelado³¹⁸, em outras palavras, seria aquele autorizado por lei para defender em nome próprio direito alheio.

314 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

315 GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. Leonardo Greco. - São Paulo : Dialética, 2003, p. 41.

316 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli, Jovene, 1928, n. 1 nota. 1, p.596 e 597.

317 ITALIA. Lei nº 1443/1940. “Art. 81 Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (Codice di procedura civile - Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940)”. Na tradução para o português: Além dos casos expressamente previstos em lei, ninguém pode fazer valer o direito de outrem no processo em seu próprio nome

318 MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2021. Também entende que o curador especial é um substituto processual GRECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

Nas palavras doutrinárias da prof. Tereza Arruda Alvim “quando atua na função de curador especial (art. 72), o defensor público age em nome próprio na defesa de interesse alheio, podendo propor ações ou procedimentos inerentes ao pleno exercício dessa função”³¹⁹.

Colocado na posição de substituto processual o curador especial seria parte no processo, do outro lado, o curatelado, titular do direito discutido, não seria parte. Ademais, para configurar a substituição processual é necessário que o ordenamento jurídico atribua a alguém o direito de defender interesse de outrem em juízo.

Barbosa Moreira doutrinou com maestria quando escreveu sobre legitimação extraordinária. Para o autor nem sempre legitimação extraordinária será sinônimo de substituição processual. Para elucidar o tema, Moreira, decompôs a legitimação extraordinária em legitimação extraordinária autônoma, legitimação extraordinária subordinada e legitimação extraordinária concorrente. Nas palavras do autor:

“É variável a extensão da legitimação extraordinária. Já se registrou que, às vezes, fica o seu titular autorizado a propor ou a contestar demandas pertinentes à situação jurídica alheia, e noutras hipóteses tão-somente a intervir em processo já instaurado pelo (ou em face do) legitimado ordinário, pura: deduzi-la junto com este. Por esse prisma contrapõem-se, de um lado, a legitimação extraordinária autônoma, e de outro a legitimação extraordinária subordinada”³²⁰.

Na lição de Barbosa Moreira somente ocorrerá verdadeira substituição processual nos casos em que a legitimação extraordinária for autônoma e exclusiva. Em outras palavras, só terá caráter de substituição processual quando o titular do direito material não quiser ou não puder agir no processo³²¹.

A crítica feita à teoria da substituição processual encontra-se, exatamente, no sentido de que a substituição processual seria forma extraordinária de legitimação, ocorrendo apenas quando a parte titular do direito material estiver ausente na lide.

³¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p.1611.

³²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. Revistas dos Tribunais. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p.50.

³²¹ Há posicionamentos que defendem que também ocorre substituição processual nos casos de legitimação extraordinária concorrente. Pedro Henrique Torres Bianchi (BIANCHI, Pedro Henrique Torres. Substituição Processual e Coisa Julgada no Processo Civil Individual.2014 Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 41).

Contudo, em relação à curadoria especial, o curatelado continua presente na lide na hipótese do inciso I do art. 72 do CPC, apenas sem capacidade de estar em juízo sozinho.

2.1.3 TEORIA DISTINTIVA

Para os adeptos da teoria distintiva a natureza jurídica da curadoria especial apresenta variação conforme a hipótese legal de atuação. Nesta linha de inteligência, no caso de atuação em prol do interesse de incapazes, teria natureza jurídica de representação processual.

Por outro lado, nos casos de atuação em benefício de réu preso ou citado fictamente, ou mesmo, o réu ausente, a natureza jurídica da curadoria especial seria de parte extraordinariamente legitimada, substituindo, assim, o curatelado no processo. Sobre o curador especial apresentar diferentes naturezas discorre o prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“O art. 72, do CPC, enumera quais são essas funções, que têm diferentes naturezas. Algumas vezes, o curador especial atuará como representante legal do incapaz que esteja provisoriamente privado de um representante definitivo. Outras, a sua função não será propriamente a de representar ou assistir o incapaz, mas assegurar o direito de defesa ao réu preso ou àquele que foi citado fictamente”³²².

Assim sendo, no primeiro caso do inciso I do art. 72, a curadoria especial estaria no processo como representante judicial com a função de suprir a capacidade processual do curatelado, não sendo o curador especial parte no processo. A parte na relação jurídico processual seria o indivíduo incapacitado.

Para a teoria distintiva o incapaz não seria substituído com a nomeação do curador especial, na realidade, haveria uma soma no processo entre o curador especial, integrando uma incapacidade processual, e o indivíduo incapacitado, parte na lide, formando um binômio representante/representado³²³.

322 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 196.

323 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 160.

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva apresentam hipóteses em que a curadoria especial teria natureza jurídica de representação:

“(i) incapaz sem representante legal (art. 72, I, 1ª parte, do CPC/2015 e art. 142, parágrafo único, 2ª parte, do ECA); (ii) incapaz cuja representação restar com prometida pela colidência de interesses (art. 72, I, 2ª parte, do CPC/2015 e art. 142, parágrafo único, 1ª parte, do ECA);(iii) citando impossibilitado de receber citação (art. 245 do CPC/2015); (iv) incapaz quando concorrer na partilha com o seu representante legal (art. 671, II, do CPC/2015); e (v) interdição (art. 752, § 2º, do CPC/2015)³²⁴”.

Diferentemente, nas hipóteses de atuação em benefício de réu preso ou citado fictamente, adotaria a curadoria especial natureza jurídica de substituto processual.

Dessume-se, desse modo, por conta da típica vulnerabilidade processual desses sujeitos, que a legislação teria concedido ao curador especial legitimação extraordinária para proteger, em nome próprio, os direitos do réu ausente ou réu preso, como forma de suprir a potencial carência do direito de defesa.

Assim, na possível ausência do réu citado fictamente e do distanciamento processual do réu preso, incidirá a figura curador especial para agir como parte extraordinariamente legitimada, substituindo o curatelado na lide.

Lembra o prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, que nomeado curador especial ao réu preso ou ao réu citado fictamente, “ele atuará inexoravelmente no polo passivo, em favor do réu preso, mas não como seu representante legal (...) sua função é de assegurar-lhe o direito de defesa”.³²⁵

Outra não é a orientação de Diogo Esteves e Franklyn Roger ao apontar o art. 72, II do novo CPC como exemplo de hipótese de substituição processual, ponderando que: “se adotarmos a teoria distintiva podemos tomar como exemplo a hipótese de Curadoria Especial com fundamento no art. 72, II do novo CPC (...) como hipótese de

324 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 161.

325 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 197.

substituição processual, realizando uma definição da natureza jurídica com maior apuro”³²⁶.

Por fim, para os adeptos da teoria distintiva a curadoria especial possui natureza jurídica de substituto processual nos seguintes casos: “(i) réu preso (art. 72,II, 1ª parte, do CPC/2015); O réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II, 2ª parte, do CPC/2015); e (III) ausente (art. 671 ,I, do CPC/2015) 327”.

3. PREVISÕES LEGAIS DE ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL

Realizada a explanação sobre os aspectos introdutórios sobre a curadoria especial, como o conceito e natureza jurídica do instituto, cumpre analisar as situações em que a lei elenca a nomeação de curador especial.

Do exame das hipóteses legais será possível verificar quais os casos em que o legislador constatou caracterizada a vulnerabilidade processual dos sujeitos envolvidos em uma demanda judicial, bem como a consequente necessidade de nomeação de curador especial a fim de garantir a participação de forma equânime desses sujeitos no processo.

Importante destacar, logo de início, que além das hipóteses espalhadas pelo Código de Processual Civil existem também determinação de nomeação de curador especial em legislações especiais. Dito isto, passaremos a apreciação de cada situação elencada.

3.1 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AOS INCAPAZES

Como visto, na parte do enfoque conceitual, a capacidade processual também chamada de capacidade de estar em juízo é a aptidão para praticar atos processuais pessoalmente, ou seja, independentemente de assistência ou representação. Essa capacidade processual é pressuposto de validade do processo.

326 FRANKLIN Roger. Esteves Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo Código De Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 327.

327 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 161.

Igualmente foi visto que, em certos casos, a capacidade processual está ligada com a capacidade de exercícios para os atos da vida civil, chamada capacidade material, entretanto a relação não é absoluta³²⁸.

A incapacidade material, por disposição da lei civil (art. 3º e 4º do Código Civil³²⁹) é suprida por um representante legal (pais, tutor ou curador, como determina o art. 71 do CPC³³⁰), contudo, às vezes, durante algum tempo, o incapaz fica privado de representante legal, seja porque o anterior faleceu e não houve tempo hábil para nomear outro, seja por qualquer outro motivo. Assim, se houver necessidade desse incapaz participar de um processo será nomeado um curador especial.

Decorre, então, como imposição legal que mesmo quando o incapaz não tiver representante legal, seus interesses jurídicos estarão a amparado, tendo em vista que a lei definiu que lhe seja nomeado curador especial, especialmente por conta da consequente nulidade ou anulabilidade dos atos praticados pelo incapaz não representado ou assistido.

A previsão de nomeação de curador especial para incapazes nos casos do art. 72, inciso I do CPC contempla hipótese de incapacidade processual cuja procedência está na incapacidade material, uma vez que o dispositivo prevê a determinação de nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade. Vejamos a hipótese:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade³³¹;

Na hipótese da 1ª parte do inciso I do art. 72 (incapaz, se não tiver representante legal) constata-se que o curador especial não será o representante definitivo do incapaz, uma vez que sua atuação se limitará a ação em que foi nomeado, até que haja a definitiva nomeação de novo representante³³².

328 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 376.

329 BRASIL. Lei. nº10.406/2002.

330 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

331 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

332 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. - 7ª. Ed. - São Paulo: 2016, p. 196.

Já na 2ª parte do inciso I do art. 72, que versa sobre o conflito de interesses entre o incapaz e o seu representante legal, a norma prevê a nomeação de curador especial no processo cujo conflito for verificado, não obstante nos demais atos da vida civil o representante legal continuará sendo o da previsão do art. 71 do CPC.³³³

Pontes de Miranda conceitua conflito de interesses entre o incapaz e o seu representante legal como sendo “qualquer situação em que o ganho de causa por parte do incapaz diminuiria, direta ou indiretamente, qualquer interesse econômico ou moral do pai, tutor ou curador”³³⁴.

Nesse sentido Marcus Vinicius Rios expõe exemplo para a nomeação de curador especial na hipótese da 2ª parte do inciso I do art. 72. Observemos:

“uma mulher mantém com um homem uma relação prolongada, da qual nasce um filho, reconhecido pelo pai. Posteriormente, ela tem um segundo filho, não reconhecido, razão pela qual decide ajuizar ação de investigação de paternidade. Imagine-se que antes do ajuizamento o suposto pai faleça. A ação ainda será possível e deverá ser aforada pelo segundo filho em face do herdeiro do suposto pai que, no caso, é o filho mais velho, por ele reconhecido. Tanto um quanto o outro terão de ser representados pela mãe. Mas é impossível que ela figure como representante legal tanto do autor como do réu, dado o manifesto conflito de interesses. Para evitá-lo, ao réu será dado curador especial”.

Sobre nomeação de curador especial ante conflito de interesses entre pais e filho, ensina Teresa Arruda Alvim: “o juiz deverá nomear curador especial mediante requerimento do filho ou do Ministério Público. Por se tratar, contudo, de uma imposição legal na defesa dos interesses do incapaz, a nomeação deve ser admitida até mesmo de ofício”.³³⁵

333 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p. 196.

334 MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 286/287.

335 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários do Código de Processo Civil*/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

Ademais, o art. 142 do ECA também prevê a nomeação de curador especial para os incapazes sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual³³⁶.

Destaca-se, por fim, que o art. 178 do NCPC³³⁷ dispõe que o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz. Já o § 4º do art. 162 do ECA destaca que quando o procedimento de destituição de poder familiar for iniciado pelo Ministério Público não haverá necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou do adolescente. Essa é, inclusive, a posição adotada pelo STJ no REsp 1177622/RJ³³⁸:

Pela leitura dos dispositivos, conclui-se que, mesmo diante do conflito de interesses entre pais e filhos na ação de destituição do poder familiar, não será nomeado curador especial aos incapazes, entendendo-se por resguardados os interesses desses diante da presença do Ministério Público na ação.

Portanto, para o STJ não existe lesão processual a criança ou adolescente apta a justificar a nomeação de curador especial, considerando que a proteção deles é uma das funções institucionais do Ministério Público, devendo ser o *parquet* o órgão competente para promover e acompanhar a ação de destituição do poder familiar³³⁹.

3.1.1 INCAPAZ QUE CONCORRE COM SEU REPRESENTANTE NA PARTILHA QUANDO HOVER COLISÃO DE INTERESSES

O art. 671 do NCPC prevê a nomeação de curador especial ao incapaz quando, concorrendo na partilha com o seu representante, houver conflito de interesses entre eles.

Art. 671. O juiz nomeará curador especial:

336 BRASIL. Lei nº 8.069/1990.

337 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

338 STJ – Terceira Turma. AgRg no REsp 1177622/RJ, rel. Min. RICARDO BILLAS BÔAS CUEVA, DJe 29/04/2014.

339 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Ação de destituição do poder familiar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99adff456950dd9629a5260c4de21858>>. Acesso em: 22/04/2021.

II - ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses³⁴⁰.

Todavia, não é em todos os casos de inventário e partilha que haverá colisão de interesses entre incapaz e seu representante, tão somente haverá nomeação de curador especial na ocorrência de evidenciada colisão de interesses.

Aponta a prof. Teresa Arruda Alvim que “o NCPC teve o cuidado de apontar situação que já estava sedimentada na doutrina: a mera concorrência na partilha é insuficiente para que o representante seja afastado de suas funções e seja nomeado um curador especial ao incapaz”.³⁴¹

Assim sendo, a atuação do curador especial apenas se dará na ausência de representação legítima, ou seja, quando comprovado o conflito de interesses. Não havendo esse conflito o incapaz seguirá sendo representado por seu representante legal, cabendo ao Ministério Público o múnus de fiscalizar os interesses dos incapazes nas ações de partilha.

3.2 CURADOR ESPECIAL DO RÉU PRESO REVEL

Como forma de garantir a plenitude do contraditório e o devido processo legal ³⁴², a lei processual civil determina que seja nomeado curador especial ao preso revel que atuará no polo passivo da demanda.³⁴³.

Decorre, então, da preocupação do legislador de que o réu preso, em razão da prisão, não tenha condições de se proteger de forma adequada, uma vez que, encarcerado, possa não ter meios de contratar advogado, ou mesmo esforçar-se para obter os meios para a defesa de seus interesses.

Importante esclarecer que se o réu preso contratar advogado e apresentar defesa, não existirá necessidade de nomeação do curador especial. Nessa sintonia Marcus Vinicius Rios: “O CPC atual afasta a dúvida que pairava na lei antiga: só será nomeado

340 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

341 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015, p. 1517.

342 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 138.

343 . 72 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

curador especial ao réu preso revel. Se o réu, apesar de preso, constituir advogado e apresentar defesa, não haverá necessidade de nomeação do curador”³⁴⁴.

No mesmo sentir, Fredie Didier Jr, asseverando que para designação de curador especial ao réu revel preso “não basta estar preso; é preciso que o réu tenha sido revel - inova-se em relação ao CPC-1973, que não exigia a revelia do réu preso para a nomeação do curador especial”³⁴⁵.

Outra questão, pertinente ao tema, é sobre a modalidade de prisão que o art. 72 do NCPC estaria se referindo, já que o dispositivo não cita qual a espécie de prisão. Para o prof. Marcus Vinicius Rios não existirá necessidade de nomeação de curador especial se o réu cumprir pena em regime de prisão que não traga barreira ao seu direito de defesa, como a prisão do regime aberto ou domiciliar. Contudo, o autor faz uma reserva, quando mesmo nesses casos ficar provado lesão na defesa, a nomeação do curador far-se-á indispensável³⁴⁶.

Vê-se que a nomeação de curador especial ao réu preso se dará, qualquer que seja a modalidade de prisão, desde que exista efetivo cerceamento da liberdade.

Ademais, a simples nomeação do curador especial, em prol do réu preso que não apresenta defesa, afasta os efeitos da revelia. Em outras palavras, a nomeação de curador especial, ainda que não apresente a contestação, dando apenas ciência ao réu preso revel, controverte os fatos alegados pelo autor na inicial, arredando-se os efeitos da revelia³⁴⁷.

3.3 CURADOR ESPECIAL DO RÉU CITADO FICTAMENTE

A bilateralidade da audiência, entendida como sendo a possibilidade de permitir que tanto autor, quanto réu deduzam argumentos em juízo e tenham a oportunidade de

344 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

345 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 389.

346 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

347 OLIVA, Jose Roberto Dantas. Revel citado por edital : nomeação de curador especial é imanente ao princípio do contraditório? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 16. 2001, p. 163.

provar a veracidade do que alegam, levou o legislador a impor a nomeação de curador especial nas hipóteses de citação ficta (citação editalícia ou por hora certa)³⁴⁸.

Buscou-se, dessa forma, a efetivação do contraditório, resguardando os interesses daquele réu revel, já que, por ter sido ele citado fictamente, não se tem confiança se a revelia provém dele não querer se defender, ou de não ter tido conhecimento do processo.³⁴⁹

Em explicação simples, a citação por edital é uma modalidade de citação ficta, ou seja, presume-se que o destinatário tenha tomado conhecimento do conteúdo desta pela publicação do edital. Já a citação com hora certa, por sua vez, será realizada quando o Oficial de Justiça, tendo procurado por duas vezes o citando em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, suspeita que ele esteja se ocultando para não receber a citação³⁵⁰.

Explica o prof. Marcus Vinicius Rios que para nomear curador especial “quando a citação é ficta, o juiz deve aguardar o prazo de resposta, dada a possibilidade de que o réu tenha sabido do processo e constitua advogado, apresentando defesa”³⁵¹.

Dessa forma, o réu citado fictamente não aparece em juízo por inatividade involuntária, já que não teve ciência da citação, atuando em seu benefício o curador especial que terá a função de defendê-lo, apresentando contestação. A peça de defesa deverá ser oferecida depois de já ter se encerrado o prazo originário de contestação³⁵².

348 FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

349 FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

350 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.143.

351 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

352 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.144.

Importante não confundir essa hipótese de nomeação de curador especial ao réu citado fictamente com a simples revelia do réu citado pessoalmente que por inatividade voluntária, não contesta a ação. Nesse sentido esclarece os doutrinadores Diogo Esteves e Franklyn Roger:

“Caso o réu responda à citação ficta e apresente defesa nos autos do processo, não haverá necessidade de intervenção da curadoria. Do mesmo modo, em havendo o comparecimento espontâneo do curatelado no curso do processo, ou sendo comprovada sua ciência inequívoca sobre a demanda, cessa imediatamente a intervenção da curadoria especial, assumindo o réu o feito no estado em que se encontra. A atuação do curador especial ocorrerá apenas de forma subsidiária, quando for necessário garantir o equilíbrio do contraditório ante a ausência do réu citado fictamente”³⁵³.

A apresentação da defesa pelo curador especial é cogente e o prazo é impróprio. Dessa forma, se não cumprir o encargo poderá ser trocado e até sofrer sanções no âmbito administrativas, porém não haverá preclusão do ato³⁵⁴.

Nesse sentido, o prof. Calmon de Passos, foi claro: “Se nomeado, faz-se inativo, impõe-se o seu afastamento, nomeando-se quem de fato desempenhe as atribuições do cargo³⁵⁵”.

Em relação ao múnus do curador, cabe a ele trazer aos autos o que for possível em benefício do acusado, uma vez que em grande parte dos casos, como ele não tem relação direta com o réu, pode não ter muitas informações ou elementos para constituir a defesa, devendo, assim, fazer o que tiver ao seu alcance em prol de garantir um contraditório efetivo³⁵⁶.

353 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 145.

354 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

355 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998, v. 3, p. 380.

356 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.197.

É nessa sintonia que o CPC de 2015, no parágrafo único do art. 341, abarca como uma das hipóteses de contestação por negativa geral àquela apresentada por curador especial³⁵⁷. Verifica-se que, em regra, cumpre ao réu oferecer impugnação específica dos fatos expostos na peça inaugural, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos não contraditos. Entretanto, a contestação por negativa afasta a presunção de veracidade, oriundos da revelia.

Decorre, também, do dever que o curador especial possui de promover a defesa do réu, a proibição de anuir com o pedido autoral, sob pena de violar o princípio do contraditório e causar desequilíbrio na relação processual. Assim, o desempenho do curador especial em atividade distinta da promoção de defesa, pode provocar nulidade do ato, além de provocar em descumprimento do seu múnus público³⁵⁸.

Dessume-se, de forma cristalina, que na busca da concretização do direito ao contraditório o legislador impôs o ônus defensivo do réu citado fictamente nas mãos do curador especial, estando este proibido de praticar qualquer ato que não seja se desincumbir do dever de apresentar defesa, mesmo que, por negativa geral

3.4 CURADOR ESPECIAL NA EXECUÇÃO E NA AÇÃO MONITÓRIA

Pelo já apontado não há dúvida quanto à necessidade de nomeação de curador especial réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. A questão que se apresenta neste momento é sobre a obrigação de nomear curador especial a estes sujeitos na execução, bem como na ação monitória.

Em relação ao processo de execução a súmula 196 do STJ esclarece à necessidade de nomeação de curador especial, colocando fim a dúvida que planava antes na sua edição. Note: "Súmula 196 do STJ - ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos".

357 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

358 FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 21 de abril de 2021.

Outra não é a orientação da doutrina. Nesse sentido, esclarece o prof. Marcus Vinícius Rios Gonçalves³⁵⁹:

o curador especial nomeado na fase cognitiva continuará atuando na fase executiva, podendo valer-se de todas as formas de defesa, como a impugnação e as exceções e objeções de pré-executividade, nos casos em que elas forem admitidas. Se a execução for por título extrajudicial e o executado for citado fictamente, será nomeado curador especial, que poderá apresentar embargos. Eis um exemplo de ação que pode ser ajuizada pelo curador especial.

Apesar do teor da súmula apontar a nomeação de curador especial ao executado revel citado fictamente, a doutrina tem entendido que a mesma regra deve ser aplicada para o executado preso³⁶⁰.

Em relação à nomeação de curador especial ao réu citado fictamente na ação monitória, apesar de posições divergentes³⁶¹, o que prevalece atualmente é o entendimento jurisprudencial pela possibilidade.³⁶² Ademais, pelo teor da súmula nº 282 do STJ que diz "Cabe a citação por edital em ação monitória", extrai-se que na inércia do réu citado fictamente caberá a nomeação de curador especial para apresentar de embargos em favor do réu e esses embargos terão natureza de contestação, motivo pelo qual poderá ser realizado por negativa geral³⁶³.

359 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199

360 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199.

361 Alguns juízes entende não ser cabível a citação ficta na ação monitória. Argumento: não sendo o réu encontrado após a citação para efetivar o pagamento, a ação perderia o objeto, não sendo possível a citação ficta, já que o curador especial não poderia cumprir a finalidade da ação que seria o pagamento. (STJ - Resp. 173.591-MS 1998/ 0031903; 4, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10/05/2000).

362 Nessa orientação o acórdão do STJ: PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO MONITÓRIO. CITAÇÃO POR EDITAL. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DA QUARTA TURMA. DOUTRINA. RECURSO ACOLHIDO. - É possível a citação por edital do réu em ação monitória. No caso de revelia nomear-se-á curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos. (STJ. Resp297421 MG 2000/0146985-1, Relator: MINÍSTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Data de julgamento 09/05/2001 – SEGUNDA SEÇÃO).

363 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.199.

3.5 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO AUSENTE NOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO E PARTILHA

Com escopo de introduzir o tópico, cumpre, de início, trazer o texto do artigo 671 do NCPC, que está localizado no capítulo do Inventário e da partilha:

Art. 671. O juiz nomeará curador especial:

I - ao ausente, se não o tiver;

II - ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses.³⁶⁴

Tendo em vista que o inciso II do art. 671 já foi abordado no ponto 3.1.1 do presente trabalho. Cabe agora o enfoque no inciso I.

Pela leitura do inciso I, verifica-se que em processo de inventário e partilha, ocorrendo a ausência de um dos sucessores no processo de partilha ou no inventário poderá ser nomeado ao ausente um curador especial.

E de início é importante já esclarecer que este ausente do art. 671 do Código de Processo Civil não é o mesmo ausente do direito material cível que é aquele entendido como a “pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhes os bens”³⁶⁵.

No direito material a ausência é tratada como morte presumida, sendo o art. 22 do CC/02 o dispositivo que esclarece a circunstância que autoriza o juiz a declarar a ausência de uma pessoa e nomear um curador para gerir os seus bens e negócios. ³⁶⁶. Como já dito, neste trabalho, a curadoria especial é instituto de direito processual e não material. Deste modo, não há de se dar ao termo “ausente” do art. 671 a acepção jurídica do termo “ausente” do direito material³⁶⁷.

³⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

³⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral/ Carlos Roberto Gonçalves.- 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p.206.

³⁶⁶ BRASIL. Lei nº 10.406/2002.

³⁶⁷ Nesse sentir Diogo Esteves e Franklyn Roger: “Dessa forma, não há como atribuir à palavra ausente, empregada pelo legislador no art. 671, I, do CPC/2015, acepção propriamente jurídica. Se o sujeito for judicialmente declarado ausente pelo juiz, nos termos do art. 22 e seguintes do CC/2002, receberá curador civil (figura de direito material), e não curador especial (figura de direito processual). Dentro dessa ordem,

O art. 25 do Código Civil deixa claro a quem compete a curadoria dos bens do declarado ausente, ou seja, daquele que teve sua morte presumida, não apontando em nenhum momento o curador especial. Note:

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º - Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

§ 2º - Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§ 3º - Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador³⁶⁸.

Assim sendo, o termo ausente do art. 671 do NCCPC deve ser entendido no sentido comum de "pessoa que não compareceu ou não está presente"³⁶⁹ no processo.

Nos processos de inventário e partilha, sendo impossível a localização de algum dos sucessores ou estando este em local de difícil acesso, após a citação por edital e a permanente inércia do sucessor, será nomeado curador especial para atuar nos autos, conforme previsão do art. 626 do NCCPC. ³⁷⁰

Assim, além da citação dos sucessores pelos correios será publicado edital, tendo em vista tratar-se de ações onde há necessária provocação da participação dos interessados incertos e desconhecidos³⁷¹.

caso o indivíduo judicialmente declarado ausente venha a figurar como autor ou réu em algum processo judicial, terá seus interesses representados pelo curador civil, e não pelo curador especial. (SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública / Organizador Franklyn Roger Alves Silva - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p.149)

368 BRASIL. Lei nº 10.406/2002.

369 AUSENTE In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/ausente/>>. Acesso em: 27/04/2021.

370 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

371 Art. 259. Serão publicados editais: III - em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

Decorre, então, da inércia do sucessor a citação por edital a necessidade de o juiz nomear curador especial para atuar nos autos, já que não se tem confiança de que o sucessor, citado por edital, tenha tomado conhecimento da ação de partilha ou de inventário.

3.6 NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL NA AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Em regra, a incapacidade civil das pessoas naturais acaba quando elas alcançam a maioridade, ou seja, ao atingir a idade de dezoito anos³⁷². Assim, a partir desse momento a pessoa se torna apta a exercer sozinha todos os atos da vida civil, sem necessitar ser representada ou assistida.

No entanto, pode acontecer da pessoa ter alcançado a maioridade, mas por determinadas razões não ter condições praticar sozinho atos da vida civil³⁷³. Nessas hipóteses será necessário interditá-la, pois existe uma presunção de que maiores de dezoito anos de idade são capazes absolutamente³⁷⁴.

Para entender qual a atuação do curador especial no procedimento da interdição e quando essa atuação ocorrerá é necessário apreender certos pontos do procedimento.

Em relação à legitimidade para propor o pedido de interdição é o art. 747 do NCPC que estabelece o rol:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

³⁷² É o que preceitua o art. 5º: "A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil". (BRASIL. Lei nº 10.406/2002).

³⁷³ O art. 4º do CC/02 elenca hipóteses de causas de incapacidade. A menoridade é uma delas, contudo existem outras que podem atingir pessoas maiores de dezoito anos e que estão nos incisos II, III E IV do CC/02. (BRASIL. Lei nº 10.406/2002)

³⁷⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.693.

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial³⁷⁵.

Se a peça inaugural estiver preenchendo todos os requisitos constantes dos art. 319, 749 e 750 do CPC, o juiz designará data para entrevistar o interditando, determinando que ele seja citado para comparecer³⁷⁶.

Após a entrevista poderá o interditando impugnar o pedido de interdição através de advogado no prazo de 15 dias³⁷⁷. Ocorre que muitas vezes, diante da incapacidade, o requerido não constitui advogado e é nessa situação que a legislação processual civil prevê a nomeação de curador especial. Assim, quando não houver a constituição de advogado, será nomeado curador especial para o interditando que deverá realizar a impugnação do pedido, mesmo que, diante da falta de elementos nos autos, faça impugnação por negativa geral³⁷⁸.

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva expõem, acertada, justificativa para nomeação de curador especial ao interditando que não constituiu advogado:

No processo de interdição, porém, subsiste inegável antagonismo de interesses entre o interditando (...) e o requerente que pretende exercer sua representação legal. Por essa razão, embora possa vir a exercer futuramente a curadoria civil do interditando, o autor da interdição não detém condições de desempenhar legitimamente a figura de representante legal do potencial incapaz no curso da própria ação interditória. Dessa forma, por não possuir o interditando condições de estar sozinho em juízo e por estar sua representação processual comprometida pela contraposição de interesses, se

³⁷⁵ BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015.

³⁷⁶ É o que dispõe o atual CPC. Vejamos: Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

³⁷⁷ Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido. § 2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

³⁷⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.694.

afigura indispensável que alguém exerça o papel de representante do indivíduo alegadamente incapaz durante o curso do processo de interdição³⁷⁹.

Doutrina, ainda, o Prof. Marcus Vinicius Rios Gonçalves sobre a opção legislativa da nomeação de curador especial ao interditando: “é que a interdição pode ser utilizada para fins diversos daqueles para os quais foi prevista. Há casos em que é requerida não em razão de verdadeira incapacidade, mas para afastar alguém da gerência de seus negócios”³⁸⁰.

Dessa forma, diante de sujeito verdadeiramente incapacitado, é presumível que não exista a probabilidade de constituição de advogado. Logo, não seria plausível que o interditando ficasse sem defesa no procedimento que poderá levar à sua incapacidade. Portanto, o CPC determina que, caso o interditando não constitua advogado, ser-lhe-á nomeado curador especial³⁸¹.

Questão fortemente debatida era sobre a necessidade de nomear curador especial ao interditando mesmo que o MP estivesse atuando como fiscal da ordem jurídica na ação, ou seja, quando ele não fosse o autor do pedido de interdição³⁸².

A razão do debate era a previsão do art. 1.179³⁸³ do CPC de 1973, que previa que quando a interdição fosse requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomearia ao interditando curador à lide. Assim, a conclusão que muitos faziam é que no caso de ação de interdição proposta por outro legitimado, que não o *parquet*, não seria necessária

379 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.156.

380 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016, p.694.

382 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Nulidade do processo de interdição pela não realização do interrogatório (entrevista). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5ad742cd15633b26fdce1b80f7b39f7c>>. Acesso em: 08/05/2021.

383 BRASIL. Lei nº 5.869/1973 - Art. 1.179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

a nomeação de curador especial, pois o Ministério Público já cuidaria dos interesses do interditando na condição de fiscal da ordem jurídica³⁸⁴.

Ocorre que, com a edição do atual CPC de 2015, haverá a necessidade de nomeação de curador especial ao interditando tenha a ação sido proposta pelo Ministério Público ou não³⁸⁵. Assim, com o advento do novo Código processual a nomeação de curador especial estará condicionada a constituição ou não de advogado pelo interditando³⁸⁶.

Importante destacar, neste momento, que alguns autores defendem que mesmo que o interditando constitua advogado nos autos da interdição deveria ser nomeado curador especial. ³⁸⁷.

Por fim, constata-se que o legislador verificou ser presumível a vulnerabilidade processual do interditando, uma vez que presume-se que nem sempre haverá a possibilidade de constituição de advogado, justamente por estarmos diante de um pedido de declaração de incapacidade. Assim, diante da provável incapacidade civil do interditando e da possivelmente representação processual comprometida pela contraposição de interesses, o legislador cuidou de buscar a tutela dos direitos do interditando no processo de interdição.

4. CURADORIA ESPECIAL COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

384 Nesse sentido era a jurisprudência da 4ª Turma do STJ (REsp 1.099.458-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014).

385 Pela disposição do art. 752, § 2º do CPC 2015 o interditando poderá constituir advogado para defendê-lo no processo, e somente se ele não apresentar advogado é que o juiz irá nomear um curador especial. (BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015).

386 É esse o atual posicionamento do STJ. (REsp 1686161/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017).

387 Nessa linha Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva: "Como no início do procedimento de interdição não é possível determinar adequadamente se o interditando possui o tirocínio necessário para eleger e outorgar validamente mandado ao seu patrono, e como a resposta para este questionamento apenas será efetivamente alcançada tardiamente com a prolação da sentença, a cautela recomenda que o direito à ampla defesa e ao contraditório seja efetivamente assegurado por intermédio de curador especial. A constituição de advogado na ação interditória, portanto, não deveria afastar a atuação da curadoria especial; pelo contrário, deveria ser considerada providência meramente aditiva". (SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador:JUSPODIVM, 2015, p. 156).

Apesar da Defensoria Pública já existir em alguns Estados brasileiros antes da Constituição Federal de 1988³⁸⁸ é com a sua promulgação que é efetivado o reconhecimento nacional da instituição como função essencial à Jurisdição e responsável pela assistência jurídica dos necessitados.

Atualmente o caput do art. 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, 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 inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Após a promulgação da Carta Magna foi publicada a lei complementar nº 80 de 1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como prescreve normas gerais para organização das Defensorias Públicas nos Estados. A supracitada lei complementar alocou no inciso XVI do art. 4º o exercício da curadoria especial como função institucional da Defensoria Pública³⁸⁹. Daquele momento em diante aos Defensores Públicos coube exercer o múnus da curadoria especial.

Apesar do Código de Processo Civil de 1973 prevê a figura do curador especial em seu art. 9º, não havia no diploma legislativo a designação específica de um órgão para exercer a função. É o Código de Processo Civil de 2015 que, em harmonia com a lei complementar nº 80/94, vai trazer no parágrafo único do art. 72 a curadoria especial como atribuição da Defensoria Pública.

Atualmente não resta qualquer dúvida sobre a Defensoria Pública ser o órgão encarregado pelo instituto da Curadoria Especial, contudo veremos adiante, que tal instituto processual já fez parte das atribuições do Ministério Público.

4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL

388 Queiroz, Laryssa Saraiva. Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita / Laryssa Saraiva Queiroz. –Teresina: EDUFPI, 2020, p. 49.

389. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; BRASIL. LC 80/94.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a curadoria especial foi exercida pelo Ministério Público em alguns Estados brasileiros .390 Inclusive, o Estado de São Paulo chegou a regulamentar a função através do art. 41 da LC 304/84.

Art. 41. São atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes: (...)

II - funcionar como curador especial do réu revel, citado por edital ou com

hora certa, e que não tenha ciência da ação que lhe está sendo proposta, bem como em favor do réu preso;³⁹¹

Ocorre que a atuação do Ministério Público como curador especial causava grandes debates sobre a dupla legitimidade da atuação do *Parquet*, havia casos em que ele atuava como fiscal do ordenamento jurídico e ao mesmo tempo estava na posição de curador especial de determinado sujeito. Nesse sentido, Mazzili apresentou a seguinte constatação:

Se o Ministério Público, como órgão do Estado, propõe uma ação na defesa dos interesses globais da sociedade, apesar de sua posição formal de parte (sujeito ativo da relação processual) nem por isso deixa de zelar pela ordem jurídica. Ser parte não significa não ser fiscal da lei e vice-versa (...).Entretanto, quando é representante da parte, ou substituto processual, ou mesmo quando intervém protetivamente em razão da qualidade da parte (...), está finalisticamente destinado a proteger o interesse personificado que lhe legitima a intervenção³⁹².

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973³⁹³ houve a inclusão, no rol das atribuições do Ministério Público, art. 82, da proteção do interesse público, deixando

390 No Estado de São Paulo o Ministério Público exerceu o encargo de curador especial até 1991, quando a LC Estadual n. 667/91 revogou o art. 41, II, da LC n. 304/82. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Teoria geral / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 1 – 17.ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 184).

391 SÃO PAULO. Lei Complementar 304/84.

392 MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2021, p. 27.

393 BRASIL. Lei. 5.860/ 73.

claro o papel do *Parquet* como defensor da sociedade e contribuindo para retirada da função de curador especial das suas atribuições³⁹⁴.

Mais tarde, com a promulgação da CF de 1988, ficou consolidado o papel do Ministério Público como guardião da ordem Jurídica e de interesses sociais, tendo atuação nas causas de interesses individuais apenas quando envolver interesses indisponíveis³⁹⁵.

Por fim, com a publicação da LC nº 80/94³⁹⁶ a Curadoria Especial passou a constar no rol de atribuições da Defensoria Pública e, em 2015, com o NCPC, essa atribuição passou a estar de forma expressa na nova norma processual civil. Sobre a mudança de competência do exercício da curadoria especial explica Carolina Brambila com maestria:

Podemos conjecturar que, entre outros fatores, a explicação da modificação da competência para o exercício da curadoria especial passa pela evolução do papel do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em razão da tendência de migração de suas atribuições, na esfera cível, da atuação em defesa de interesses individuais para a defesa de direitos coletivos da sociedade³⁹⁷.

Importante salientar, que atualmente, ainda, há um déficit de defensores públicos nas Comarcas brasileiras, podendo ocorrer casos em que não haverá Defensor Público para atuar em casos onde a nomeação de curador especial se faz cogente. Destarte,

394 BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf >. Acesso em: 10.maio.2021, p.60.

395 CF de 1988 - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

396 BRASIL. LC 80/94.

397 BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf >. Acesso em: 10.maio. 2021, p.60.

diante da falta de Defensor Público na Comarca, existem doutrinadores que defendem a liberdade do juiz para nomear outro sujeito para o exercício do múnus³⁹⁸.

Inclusive, há posicionamentos de que essa escolha judicial poderia recair em quem não é advogado e, nessa hipótese, o curador nomeado terá que contratar advogado para apresentar as petições em juízo, já que é necessária capacidade postulatória para oferecer as defesas do curatelado³⁹⁹.

4.2 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Pelo que até agora foi apresentado, conclui-se que desde a sua institucionalização na CF de 1988 até os dias atuais a Defensoria Pública sofreu importantes mudanças ligadas ao seu papel institucional.

A previsão da instituição no art. 134 da Carta Magna está conectada a interpretação do art. 5º, LXXIV do texto constitucional que descreve o dever do Estado de prestar assistência jurídica de forma integral e gratuita aos que demonstrarem carência financeira⁴⁰⁰. Já a disposição do art. 134 da CF assevera que à Defensoria Pública compete à 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 Carta Magna⁴⁰¹.

Para a melhor compreensão das funções institucionais da Defensoria Pública é de extrema importância perceber a abrangência do termo “necessitado” utilizado na redação do art. 134 da CF, bem como entender os conceitos trazidos na doutrina de função típica e atípica da Defensoria Pública. É com esse escopo que o trabalho passará para os pontos a seguir.

4.2.1 Amplitude do Conceito Jurídico de Necessitado: Sentido Estrito e Sentido Amplo.

398 Nesse sentido Marinoni, Arenhart e Mitidieiro (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni; Sergio Cruz Arenhart; Daniel Mitidieiro. 3ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 222).

399 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Atuação do Defensor Público como curador especial (Direito Processual Civil). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2012/07/atuacao-do-defensor-publico>> Acesso em: 11 de maio de 2021.

400 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

401 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Saber qual amplitude do conceito jurídico de pessoa necessitada é importante para compreender quem é o titular do direito à assistência jurídica apontada pelo texto constitucional. Ademais, esse conceito refletirá no desempenho da Defensoria Pública.

O termo “necessitado” usado pela constituição levou, por vezes, a leituras limitadas do conceito jurídico de pessoa necessitada, tendo sido a atuação da Defensoria Pública entendida, por certo tempo, como aquela ligada apenas aos necessitados econômicos⁴⁰².

No entanto, o termo deve ser entendido de forma aberta e não restrita, é nesse sentir que o prof. Caio Paiva propõe a distinção entre “necessitado em sentido estrito” e “necessitado em sentido amplo”.

O sentido estrito estaria ligado à fragilidade existencial provocada pela privação de direitos sofrida por determinada pessoa em razão da falta de recursos materiais, como, por exemplo, direito a saúde, moradia, alimentação, etc. Assim, o termo “necessitado” seria ligado a um viés econômico ⁴⁰³.

Já no sentido amplo o termo necessitado vai além do aspecto financeiro, abrange uma conjuntura de vulnerabilidades presentes na sociedade por características não econômicas. Desse modo, necessitado em sentido amplo, também chamado de necessitado organizacional pela doutrina, seria todo indivíduo que estaria dentro de um grupo excluído pela sociedade: deficientes, idosos, presos, etc. Todos os componentes desses grupos seriam vulnerais de certa maneira e, por isso, sujeitos a atuação da Defensoria Pública⁴⁰⁴.

Para melhor compreender quem é o necessitado organizacional importante trazer o conceito de pessoa em situação de vulnerabilidade trazido no documento internacional das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade:

⁴⁰²GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 85-109; Disponível em <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf> Acesso em 12 de maio de 2021, p. 87.

⁴⁰³ PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019, p. 103.

⁴⁰⁴ PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019, p. 106/107.

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. 405.

Hoje, o entendimento doutrinário e jurisprudencial⁴⁰⁶ está assentado na compreensão de que os necessitados apontados no artigo 134 da CF 1988 compreendem tanto os necessitados em sentido estrito como também os em sentido amplo. Ademais, com as mudanças realizadas em 2009 na LC 80/94407, em especial com a alteração da redação do inciso XI no art. 4º, ficou consolidada a abrangência do termo necessitado. Vejamos o texto:

Art. 4º, XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Percebe-se, assim, a materialização da legitimidade da Defensoria Pública para prestação da assistência jurídica não só ao necessitado econômico, mas igualmente a outros grupos considerados vulneráveis.

Entendida a abrangência do termo “necessitado” e, em contrapartida, compreendido quem deverá ser o titular do direito à prestação da assistência jurídica realizada pela Defensoria Pública, passaremos a análise dos conceitos doutrinários de funções típicas e atípicas e analisaremos onde a atribuição da curadoria especial estaria encaixada.

4.2.2 Funções Típicas e Atípicas

405 REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. Disponível em < <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> > Acesso em 12 de maio de 2021.

406 Nesse sentido o julgado do STJ: “A expressão “necessitados” prevista no art. 134, caput, da CF/88, que qualifica e orienta a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo. Assim, a Defensoria pode atuar tanto em favor dos carentes de recursos financeiros como também em prol do necessitado organizacional (que são os “hipervulneráveis”)”. STJ. Corte Especial. EREsp 1192577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 (Info 573).

407 Em 2009 a lei Nacional da Defensoria Pública sofreu importantes alterações promovidas pela LC 132/2009.

Doutrinariamente as funções da Defensoria Pública são classificadas em Típicas e Atípicas, sendo atribuída a classificação aos Defensores Públicos Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva⁴⁰⁸.

Ocorre que, quando essa divisão foi cunhada, os doutrinadores não direcionaram especificamente para a nomenclatura de funções típicas e atípicas da Defensoria Pública⁴⁰⁹, tendo em vista que na época o órgão, apesar de já existir em alguns Estados, ainda não tinha sido institucionalizado, o que ocorreu apenas com a Constituição de 1988⁴¹⁰.

Assim, a nomenclatura foi usada para classificar as funções da chamada “Assistência Judiciária”. No sentir dos defensores, para além das funções típicas, que seriam aquelas ligadas a defesa dos financeiramente fragilizados, estariam funções atípicas, que projetam a proteção aos não carentes financeiramente. Vejamos as linhas mestras:

Averbe-se, finalmente, que, dentre as atribuições da Assistência Judiciária como órgão do Poder Público, prosperam determinadas atividades de conteúdo atípico, em razão de a sua gênese não se encontrar sediada no pré-questionamento do estado do juridicamente necessitado.

408 É apontada, doutrinariamente, a obra intitulada de “Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado”, elaborada por Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva, como sendo a implantadora do debate sobre função típica e atípica. (GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 85-109; Disponível em < https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf> Acesso em 12 de maio de 2021, p. 94).

409 Em 1984, época da obra, a instituição da Defensoria Pública era denominada de “Assistência Judiciária” e os ocupantes de seus cargos eram chamados de Defensores Públicos. (ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021. p. 293).

410 MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi: 10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047. Acesso em: 2021-05-13, p.69).

Como exemplo desta afirmação, podem ser citados, no campo do Direito Processual Penal, a defesa do réu revel e, incidentalmente, a daquele cujo patrono contratado não comparece ao ato do qual deveria participar. Na área cível, no Estado do Rio de Janeiro, a curadoria especial, inserida entre as atribuições dos defensores públicos, demonstra, também, a hipótese examinada⁴¹¹.

Atualmente, o art. 5º, LXXIV, da Carta Magna fortalece a função típica da Defensoria Pública, uma vez que coloca como direito fundamental a prestação da assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos⁴¹².

Pelo fio do raciocínio, a prestação do serviço da assistência jurídica como função típica dependeria de uma prévia avaliação financeira do sujeito interessado, já que o critério é econômico. Assim, caberia ao pretense assistido provar que não tem recursos financeiros para arcar com despesas judiciais⁴¹³. Assim, residiria no pré-questionamento do estado do juridicamente necessitado.

Em outra linha, estariam às funções atípicas que não dependeriam de pré-questionamento sobre a condição financeira do sujeito e estariam amparadas em previsões legais. Daí advertir Cleber Francisco Alves que o exercício da função atípica:

ocorre sempre que a Defensoria Pública é chamada a atuar na representação de partes que, por qualquer motivo, não tenham constituído advogado, por exemplo, sempre que a questão sub iudice envolva direitos indisponíveis, como é o caso da liberdade, na área do direito criminal. Sua atuação se justifica nesses casos, para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal; por isso, também há no rol das funções institucionais previstas na Lei Complementar nº 80/94 a expressa previsão, no Inciso VIII, da importante atuação da Defensoria Pública perante estabelecimentos policiais e penitenciários, com o objetivo

411 MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 156.

412 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um Novo Código de Processo Civil para uma Nova Defensoria Pública Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.355.

413 BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf >. Acesso em: 10. maio. 2021.

de assegurar a todas as pessoas presas a proteção dos direitos e garantias individuais, independentemente de serem ou não necessitados economicamente. Mesmo nas causas cíveis, quando o réu estiver em lugar ignorado não tendo sido possível efetivamente haver certeza de que ele tenha tomado conhecimento de que é parte num processo judicial, caberá à Defensoria Pública exercer a representação processual dos interesses desse Réu ausente, desempenhando o múnus de Curador Especial.⁴¹⁴

Apesar da abordagem a respeito das funções institucionais típicas e atípicas ser largamente empregada pela doutrina, importantes críticas tem sido feitas no âmbito teórico. Com ênfase à realizada pelo Professor e Defensor Público José Augusto Garcia que no seu dizer:

à luz do novo modelo institucional positivado pela LC 132/09, resta reducionista e anacrônica a classificação tradicional das funções da Defensoria, que as divide em típicas e atípicas com base na situação econômica do assistido. Apesar do seu mérito inicial, tal classificação, filha de uma visão inevitavelmente individualista da instituição - já que formulada há algumas décadas -, não consegue mais abraçar os vários tipos de atuação institucional nos dias presentes. ⁴¹⁵

Para além da crítica, com proficiência, o prof. José Augusto Garcia propôs outra classificação para as funções institucionais da Defensoria Pública. Denominando-as de atribuições “tradicionais” e atribuições “não tradicionais”, ou “tendencialmente solidaristas”⁴¹⁶.

414 ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021, p. 364.

415 GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.483-484.

416 GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.483-484.

Na linha intelecção do prof. José Augusto Garcia a atribuição “tradicional” está constituída no paradigma do individualismo, a qual abarca as atribuições atreladas falta de recursos financeiros. Enquanto que, as atribuições “não tradicionais” se baseiam no paradigma solidarista, podendo estar ou não ligadas à carência econômica. O doutrinador aponta os vários tipos atribuições “não tradicionais”:

- b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, v. g., em uma ação civil pública relativa a direitos difusos (...);
- c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo, porém a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (...);
- d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiência (...);
- e) e atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses (...) da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível.⁴¹⁷

Resta inegável o quanto as atribuições da Defensoria Pública evoluíram desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, seja pelas disposições iniciais da LC 80/94 ou pelas mudanças em seu texto promovidas pela LC 132/2009.

Nesse sentido, destaca-se, a atribuição reconhecida pela Jurisprudência pátria de “guardiã dos vulneráveis” em todo e qualquer processo onde se discuta interesses de grupos considerados vulneráveis. No entendimento do STJ seria admissível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído⁴¹⁸.

Diante do apresentado, dúvida inexistente: exercer o múnus de curador especial é atribuição do Defensor Público. E já há muito tempo era esse o entendimento, mesmo

⁴¹⁷ GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 484.

⁴¹⁸ STJ. 2ª Seção. EDcl no REsp 1712163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019 (Info 657).

antes da previsão da função no inciso XVI do art. 4 da Lei Nacional da Defensoria, LC 80/94419.

Ademais, pelo explanado, e usando a classificação do prof. José Augusto Garcia, o exercício da curadoria especial pode ser alocada como atribuição “não tradicional” da Defensoria Pública, pois não há um pré-questionamento sobre a questão econômica do curatelado, sendo a atuação do Defensor Público legitimada por previsão legal, bem como na busca da proteção de valores relevantes do ordenamento jurídico⁴²⁰: a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4.3 Da investidura legal do exercício da curatela pelo Defensor Público: impropriedade do termo “nomeação” judicial.

Hoje é inegável que a atribuição da curadoria especial é da Defensoria Pública, vez que expressamente prevista na Lei Complementar 80/1994421, bem como por disposição do atual Código de Processo Civil de 2015: “a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”⁴²².

Apesar de claramente ser uma atribuição legal, frequentemente fala-se que o juiz nomeará Defensor Público para atuar como curador especial, o que, de certa forma, imprime o entendimento que atribuição advém de ordem judicial. Daí que a utilização do termo “nomeação” é criticada por determinados doutrinadores⁴²³.

Com a institucionalização da Defensoria Pública pela CF de 1988 e o seu reconhecimento como uma instituição independente e autônoma o magistrado não

419 Nessa linha, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva afirmavam que o exercício da curadoria especial na área cível, no Estado do Rio de Janeiro, estaria dentro as atribuições dos defensores públicos como função atípica. (MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 156).

420 GARCIA, José Augusto. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos - e Responsabilidades - para uma Instituição enfim Essencial. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 484.

421 Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; BRASIL. LC 80/94.

422 BRASIL. Lei nº 13.105/ 2015

423 Nesse sentido FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 131.

poderia determinar que um defensor público exercesse a curadoria especial no processo. A posição correta a ser tomada pelo juiz encontra-se na abertura de vista ao Defensor Público para que ele, detentor da atribuição, analise o caso para verificar se está dentro das previsões legais para o exercício da curadoria especial⁴²⁴.

Nesse sentir Roger Franklin e Diogo Esteves: "Toda e qualquer intimação judicial determinado a atuação compulsória da Defensoria Pública deverá ser recebida como simples solicitação de análise, cabendo ao Defensor Público natural avaliar a ocorrência de hipótese legal de atuação institucional"⁴²⁵.

Nesta senda, uma vez que curadoria especial tem por alvo tutelar os interesses jurídicos daqueles que estão em situação de vulnerabilidade no processo, proporcionando-lhes um amparo para que seus direitos possam ser protegidos em juízo, e é do Defensor Público o múnus dessa atribuição, também caberia a dele a análise final da existência ou não da vulnerabilidade processual.

Ademais, caso o juiz discordasse de eventual despacho de não-atuação do Defensor Público como curador especial poderia enviar Ofício à Corregedoria da Defensoria Pública, para que os fatos fossem apurados⁴²⁶.

Um ponto que merece destaque é no caso de ausência de Defensoria Pública instalada na Comarca. Nessa situação, para resguardar os princípios da isonomia, contraditório e da ampla defesa, caberá, de forma excepcional, ao juiz nomear advogado dativo e, assim, preservar os direitos do sujeito em situação de vulnerabilidade processual⁴²⁷.

Conclui-se, por fim, que a Defensoria Pública tem o múnus de atuar de forma ativa no exercício da curadoria especial nas situações encaixadas nos dispositivos legais. E na

424 OLIVEIRA Pedro González Montes de. Não se deve "nomear" a Defensoria Pública como Curador Especial. Revista Consultor Jurídico: 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/tribuna-defensoria-nao-nomear-defensoria-publica-curador-especial#author>> Acesso em 16.05.2021.

425 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.132.

426 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.132.

427 FRANKLIN Roger, Diogo Esteves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015, p.131.

realização desse dever funcional também cabe a ela apontar se é ou não caso do exercício da curatela especial, uma vez a Defensoria possui autonomia funcional para agir, o que significa não estar subordinada a ordem judicial para atuação.

5. CONCLUSÕES

Extraem-se as seguintes conclusões do estudo desenvolvido:

1. A curatela especial é instituto de direito processual cujo escopo é a tutela do sujeito que está em uma condição de vulnerabilidade processual prevista na lei. O instituto tem fundamento nos princípios do contraditório, devido processo legal e a garantia do direito da paridade de armas no processo.
2. Não é pacífica, na doutrina, a questão sobre a natureza jurídica do instituto da curadoria especial. Os textos sobre o tema expõem diferentes posicionamentos e o cerne da discussão gira em torno dos conceitos de legitimidade *ad causa*, representação processual e legitimidade extraordinária e qual posição o curador especial encontra-se no processo.
3. Apesar da cisão doutrinária, a teoria que parece mais acertada processualmente é a que coloca o curador especial como representante processual da parte, ou seja, a teoria da representação que abarca a incapacidade em sentido processual relacionada com a vulnerabilidade processual do sujeito. Deste modo, o curador especial não deve ser entendido como parte na lide, mas apenas surge para suprir a incapacidade processual da parte.
4. Exercer o múnus da curadoria especial é legalmente atribuição da Defensoria Pública e, apesar da distinção clássica entre funções típicas e atípicas, não resta dúvida que com a inclusão das funções atípicas no rol de atribuições da Defensoria Pública a atuação do Defensor Público como curador especial pode ser classificada como função típica "não tradicional", de forma que a antiga dicotomia entre função típica e atípica estaria superada.
5. Apesar de usual, é de certa maneira impróprio falar em nomeação de Defensor Público para atuar como curador especial, uma vez que tal atribuição não advém de ordem judicial, mas de investidura por força de lei, não havendo que se falar em cessação da nomeação ou designação da Defensoria Pública por ordem judicial. Ademais, diante da autonomia funcional para agir cabe a Defensoria Pública apontar se é ou não caso do exercício da curatela especial, devendo o juiz, diante do caso, dar vista dos autos ao Defensor Público.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. (tese de doutorado). A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça /Orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro : PUC-Rio, Departamento de Direito, 2005. Disponível em <
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>> Acesso em 13.05.2021.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais/ Araken de Assis. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

BEGA, Carolina Brambila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:<
https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013105924/publico/TESE_Versao_Integral_Carolina_Brambila_Bega_10012013.pdf>. Acesso em: 10.maio.2021.

BIANCHI,. Pedro Henrique Torres. Substituição Processual e Coisa Julgada no Processo Civil Individual. 2014 Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil : volume único / Cassio Scarpinella Bueno. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2ª Ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale. Napoli, Jovene, 1928

DINAMARCO, Cândido Rangel.Instituições de direito processual civil. 1.ed.São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um Novo Código de Processo Civil para uma Nova Defensoria Pública. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). Disponível em: <
<https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>> Acesso em: 03 de abril de 2021.

FRANKLIN Roger. Esteves Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo Código De Processo Civil. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador: JUSPODIVM, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública / Organizador Franklyn Roger Alves Silva - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Princípios institucionais da Defensoria Pública : De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União) / Franklin Roger, Diogo Esteves. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

SILVA, Franklin Roger, Diogo Esteves. Defensoria Pública: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) (Coleção Repercussões do Novo CPC) Salvador:JUSPODIVM, 2015.

STOLZE, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral/ Carlos Roberto Gonçalves.- 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Teoria geral / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 1 – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquemático/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 7ª. Ed. – São Paulo: 2016.

GONZÁLEZ Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. Revista Publicum; Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 85-109; Disponível em <
https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Pedro_Gonz%C3%A1lez_-_DP_e_30_anos_de_Constit_-_2018.pdf> Acesso em 12 de maio de 2021.

GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. Leonardo Greco. - São Paulo : Dialética, 2003.

MACIEL, Rafael Fernandes. Possibilidade de citação por edital na ação monitória. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2995>. Acesso em: 4 maio 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni; Sergio Cruz Arenhart; Daniel Mitidieiro. 3ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILI. Hugo Nigro. Curadoria de Ausentes e Incapazes. Artigo publicado na Revista Jurídica, n. 481, p. 63, nov. 2017, Ed. Notadez, Sage e Síntese, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curcpc15.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2021.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MEIRA, Marcos. O Neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual: algumas reflexões sobre o neoprocessualismo e o projeto do novo Código de Processo Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36710>. Acesso em: 3 abr. 2021.

MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle T. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". Revistados Tribunais. São Paulo: RT, 1969, n. 404.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047. Acesso em: 2021-05-13.

OLIVA, Jose Roberto Dantas. Revel citado por edital: nomeação de curador especial é imanente ao princípio do contraditório? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 16. 2001.

OLIVEIRA Pedro González Montes de. Não se deve "nomear" a Defensoria Pública como Curador Especial. Revista Consultor Jurídico: 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/tribuna-defensoria-nao-nomear-defensoria-publica-curador-especial#author>> Acesso em 16.05.2021.

PAIVA Caio. FENSTERSEIFER Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora: CEI, 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita / Laryssa Saraiva Queiroz. –Teresina: EDUFPI, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOUTO, Patrick José, Técnicas processuais de tutela do vulnerável no Código de Processo Civil para construção da decisão adjudicada e a adequada promoção de acesso à justiça / Patrick José Souto. – 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários do Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Ed – São Paulo: Edidota Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Ação de destituição do poder familiar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99adff456950dd9629a5260c4de21858>>. Acesso em: 22/04/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Nulidade do processo de interdição pela não realização do interrogatório (entrevista). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5ad742cd15633b26fdce1b80f7b39f7c>>. Acesso em: 08/05/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Atuação do Defensor Público como curador especial (Direito Processual Civil). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2012/07/atuacao-do-defensor-publico-como.html#:~:text=Caso%20o%20curador%20especial%20n%C3%A3o,apresentar%20as%20defesas%20do%20r%C3%A9u.>> Acesso em: 11 de maio de 2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Legitimidade da defensoria para propor ACP em defesa de juridicamente necessitados. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/502e4a16930e414107ee22b6198c578f>>. Acesso em: 12/05/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Admite-se a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/35b50410da00df8ef6c41f0cb537a9a3>>. Acesso em: 13/05/2021.

RECURSO DE APELAÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS

GERALDO ZIMAR DE SÁ JÚNIOR:

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (2013); Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2016); Servidor Público Federal.428

Resumo: primando pela primazia do julgamento do mérito, bem assim pela efetividade do processo, a edição do novo Código de Processo Civil, publicizado por meio da Lei n. 13.105/2015, trouxe inúmeras alterações procedimentais no contexto normativo que, até então, regulamentava o exercício do direito de ação, do contraditório e da ampla defesa. No elenco das modificações introduzidas, vale destacar a possibilidade da parte apelada, por meio da sua peça de resposta recursal, veicular matérias discutidas no curso da fase de conhecimento, mas não abarcadas pelo instituto da preclusão, tampouco passíveis de impugnação por agravo de instrumento. Nessa ordem de ideias, busca-se compreender a estrutura da dinâmica recursal hoje vigente no contexto do recurso de apelação, especialmente no que toca à natureza jurídica das contrarrazões recursais, enquanto uma mera petição de resposta ou como um recurso próprio de natureza subordinada.

Palavras-chave: Recurso de apelação. Novo Código de Processo Civil. Contrarrazões recursais. Natureza jurídica.

Abstract: Striving for the primacy of the judgment on the merits, as well as for the effectiveness of the process, the enactment of the new Code of Civil Procedure, published through Law No. 13.105/2015, brought numerous procedural changes in the normative context that, until then, regulated the exercise of the right of action, the adversarial process and the full defense. In the list of modifications introduced, it is worth highlighting the possibility for the appellant, through its appellate response, to convey matters discussed in the course of the cognizance phase, but not covered by the institute of estoppel, nor subject to challenge by interlocutory appeal. In this vein, we seek to understand the structure of the appellate dynamics currently in force in the context of the appeal, especially

428 E-mail: geraldojrsa.adv@gmail.com

with regard to the legal nature of the appellate counter-arguments, as a mere petition for response or as a self-appeal of a subordinate nature.

Keywords: Appeal. New Code of Civil Procedure. Counter-arguments. Legal nature.

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais. 2. Requisitos de admissibilidade. 3. Efeitos decorrentes da interposição. 4. Contrarrazões recursais: origem, noções conceituais e natureza jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A prática forense informa que a busca por um provimento jurisdicional face a uma relação jurídica deduzida em juízo não traz como consectário, em regra, o conformismo de ambas as partes com o resultado meritório obtido; e é neste compasso - frente ao inconformismo -, que se busca a reapreciação das matérias decididas em um primeiro juízo cognitivo por meio de um recurso dirigido a órgão hierarquicamente superior e de composição colegiada.

Dentre o rol do artigo 994 do Código de Processo Civil, cabe destacar o recurso de apelação como base de impugnação das sentenças de primeiro grau, buscando especialmente a reforma ou a invalidação desta.

O recurso de apelação se encontra pormenorizado nos artigos 1.009 a 1.014 do Código de Processo Civil e apesar de ter conservado sua estrutura normativa à luz da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), passou por modificações sensíveis na aferição do contraditório.

Com efeito, a atual estrutura argumentativa da resposta ao recurso de apelação interposto permite, ao apelado, o exercício de verdadeira manifestação de insurgência primária, a partir do questionamento de matérias decididas pelo juízo de primeiro grau, mas não acobertadas pela preclusão e insuscetíveis de questionamento por meio do recurso de agravo de instrumento. É a dicção do disposto no art. 1.009, §1º, do já citado novo Código de Processo Civil.

Assim, o presente estudo científico pretende promover a análise das alterações promovidas pela nova legislação instrumental no que toca, sobretudo, à natureza jurídica das contrarrazões recursais, passando, por óbvio, por noções conceituais básicas e propedêuticas da seara recursal.

O presente estudo se desenvolveu com auxílio de pesquisa bibliográfica e da análise da jurisprudência mais atualizada a respeito da temática discutida.

1 NOÇÕES GERAIS

Os recursos são meios de impugnação postos à disposição das partes litigantes para que estas possam, ao exercer o seu inconformismo, buscar a melhor solução para a lide, aperfeiçoando a discussão deduzida em juízo e ampliando o âmbito da análise argumentativa.

É comum que, em uma relação em que prepondera o conflito de interesses, a parte que se sinta prejudicada com a decisão objetive a revisão desta. Assim, com o intuito de evitar abusos e desvio de poder, além de assegurar que o princípio da segurança jurídica seja salvaguardado, a lei instrumental oferece à parte a chance de uma revisão da decisão por outra autoridade e, caso seja verificado que o seu direito foi violado, seja aquela modificada, reformada, esclarecida ou até mesmo invalidada.

O doutrinador Nelson Nery Junior (2004) conceitua o instituto do recurso como sendo:

O meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. [NELSON NERY, 2004]

Dentre aqueles expostos no rol recursal veiculado pelo artigo 994 do Código de Processo Civil, destaca-se o recurso de apelação como sendo aquele interposto em face de sentença proferida por juiz de primeiro grau, buscando a reforma ou invalidação da referida decisão que põe fim à fase cognitiva. Nesse sentido, determina o artigo 1.009 do Código de Processo Civil: "da sentença cabe apelação", não importando, pois, a carga decisória dela constante - se com ou sem resolução do mérito -.

A parte pede a reforma da sentença quando acredita que nesta decisão há "*error in judicando*" (erro do magistrado ao analisar a lide). O pedido de reforma pode ser total ou parcial. Se a parte impugna toda a decisão, é total; se impugna apenas alguns pontos, é parcial. A reforma da decisão possui caráter substitutivo, visto que o acórdão do tribunal substitui a sentença de 1º grau.

Já a invalidação ou anulação da sentença ocorrerá quando nesta decisão existir "*error in procedendo*" (erro na forma/estrutura da decisão). Assim são definidos os casos em que o tribunal não possui, a rigor, aptidão para simplesmente reformar a sentença, uma vez que deve remeter os autos novamente ao juiz de primeiro grau para prolação de uma nova decisão.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara (2011):

O prazo para interposição da sentença é de 15 dias, nos termos do artigo 508 do CPC, para isto o prazo deve ser contado a partir da data de intimação da sentença (a qual poderá ser feita através de audiência de instrução e julgamento ou através do Diário Oficial) segundo disciplina o artigo 184 do Código de Processo Civil. [ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, 2011]

Em uma verdadeira virada procedimental, o Código de Processo Civil de 2015 não mais atribuiu ao juízo de primeiro grau o dever de promover um prévio juízo de admissibilidade do apelo. Em verdade, determina que, cumpridas as formalidades definidas em lei, os autos deverão ser remetidos ao juízo hierarquicamente superior independentemente de prévio juízo de admissibilidade, conforme art. 1.010, §3º do sobredito *Codex*.

2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Assim como os demais recursos constantes do rol do artigo 994 do Código de Processo Civil, a apelação possui uma série de requisitos gerais de admissibilidade, os quais devem ser satisfeitos como forma de se viabilizar o pleno exame das razões de interposição.

Nos termos do artigo 1.003, §5º, do Código de Processo Civil, a apelação deve ser interposta no prazo de quinze dias. Tal prazo, conforme o “caput” do art. 1.003 será deflagrado a partir da data em que os advogados, a Defensoria Pública e/ou o Ministério Público forem intimados da decisão. É o requisito formal que avalia o exercício tempestivo do inconformismo das partes.

A petição recursal deve ser dirigida ao órgão “a quo” (juízo recorrido), que, a partir disso, deverá viabilizar o contraditório, abrindo espaço para manifestação da parte adversa na relação processual-recursal, o que poderá ser instrumentalizado por meio das contrarrazões recursais (a serem apresentadas em prazo similar àquele ofertado para a interposição do recurso).

O exercício da insurgência ainda demanda o pagamento das despesas processuais correlatas, na forma do art. 1.007 do Código de Processo Civil, as quais serão dispensadas no caso de recurso apresentado pelo Ministério Público, pelos Entes Federados e suas respectivas autarquias, além daqueles que gozarem de isenção legal (art. 1.007 do CPC).

A parte recorrente deve ter legitimidade para explicar seu inconformismo - isto é, deve ter sido sucumbente em algum aspecto da demanda -, o que o fará por meio do recurso legalmente determinado para sua situação (em salvaguarda ao princípio da unirrecorribilidade recursal).

Por fim, a relação jurídico-processual deve evidenciar a inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer, enquanto requisito negativo de admissibilidade que impacta diretamente na possibilidade de exercício da vontade recursal ou mesmo na viabilização do julgamento da insurgência.

3 EFEITOS DECORRENTES DA INTERPOSIÇÃO

Grande parte da doutrina tradicional identifica, em relação à interposição de recursos, a ocorrência de dois principais efeitos dela decorrentes: os efeitos devolutivo e suspensivo. O primeiro, existente em todas as modalidades recursais do nosso ordenamento jurídico, consiste, sumariamente, na devolução do conhecimento ao órgão *ad quem* da matéria impugnada em sede de razões recursais, a fim de que se possa proceder ao seu reexame. Já no que tange ao segundo efeito, por meio dele se busca impedir a eficácia satisfativa da decisão, até a superveniência do julgamento do recurso.

Essa subdivisão, contudo, não encerra as perspectivas que se sobrepõem com o manejo dos recursos, uma vez que os efeitos já apresentados se referem, preponderantemente, a interposição dos recursos e as consequências relativamente à decisão recorrida. Desta feita, merecem ser referenciados oportunamente, além dos transcritos acima, os efeitos translativo, expansivo e regressivo, os quais são inerentes a determinadas espécies de recursos.

No que tange à profundidade do recurso de apelação, consagrada no §1º do artigo 1.013, podemos referenciar que o efeito devolutivo devolverá ao conhecimento do órgão *ad quem* não somente aquilo que foi decidido pelo juízo monocrático e impugnado pela parte recorrente, mas todas as questões discutidas e ventiladas nos autos.

Segundo os ensinamentos de Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁴²⁹: "*é como se em relação aos fundamentos e às questões discutidas, o órgão ad quem se colocasse na posição de órgão ad quo, devendo examinar todos aqueles que foram suscitados*", ou seja, o órgão de segundo grau pode, inclusive, proceder à análise de fundamentos não

⁴²⁹ GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios, coordenação: Pedro Lenza. *Direito Processual Civil Esquematizado*. - 2.ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 492.

observados pelo juízo de primeiro grau, especialmente os fundamentos ventilados pelas partes em suas respectivas alegações recursais.

Analisando os demais efeitos decorrentes do manejo recursal, cabe tecer comentários acerca do efeito suspensivo, de que, em regra, é dotada a apelação. O efeito suspensivo é caracterizado como adjetivo que dispõem alguns recursos para obstar a plena eficácia da decisão guerreada. A doutrina de Marcos Vinicius Rios Gonçalves (acima referenciada) nos informa que a suspensividade da decisão existe desde que haja a mera expectativa de interposição do recurso de apelação, ou seja, proferida e publicada a sentença, no interstício temporal de quinze dias - prazo para interposição do recurso de apelação - não poderá haver execução da referida decisão, haja vista a potencialidade da sustação da sua eficácia mediante a interposição de incidente recursal dotado do adjetivo suspensivo. Ou seja, depreende-se que a suspensão ocorre desde o momento em que se vislumbra a possibilidade potencial de manejo de recurso dotado de efeito suspensivo. Infere-se, assim, inicialmente, que, recebido o recurso de apelação em seu efeito suspensivo, a sentença recorrida pode ser considerada como mera declaração de situação jurídica, uma vez que não irradia seus efeitos no mundo jurídico até que seja julgado o recurso interposto, o que faz com que boa parcela da doutrina critique a incidência de efeitos suspensivos sobre a decisão vergastada, tendo em vista o distanciamento dos princípios deontológicos do processo, como bem assevera MARINONI (2000)430:

Uma das formas preferidas pela parte interessada em procrastinar os efeitos da sentença é o recurso, já que ele permite que o réu mantenha indevidamente na sua esfera jurídico-patrimonial por mais um bom período de tempo. O recurso, neste sentido, é uma excelente desculpa para o réu sem razão beneficiar-se ainda mais do processo em detrimento do autor. [MARINONI, 2000].

Com relação às hipóteses de não incidência de efeito suspensivo no âmbito do recurso de apelação, há situações excepcionais em que a própria lei instrumental expõe que a apelação não culminará na sustação da eficácia da decisão impugnada, isto é: a regra é a ocorrência do efeito suspensivo automático, decorrente da mera interposição do recurso de apelação. Em casos excepcionais e previstos em lei, contudo, a apelação não será dotada de efeito suspensivo.

As hipóteses de não incidência automática do efeito suspensivo estão positivadas no artigo 1.012, §1º, do Código de Ritos Processuais, por meio do qual é estabelecido que não se dotará de efeito suspensivo o recurso interposto em face de: "sentença que

430 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. A ed. rev ampl. São Paulo: malheiros, 2000.

homologue divisão ou demarcação; condene à prestações alimentares; extingue sem resolução do mérito os embargos à execução, ou os julgue improcedentes; julgue procedente pedido de instituição de arbitragem; que decrete a interdição e, por fim, confirma, concede ou revoga tutela provisória”. Fácil admitir, portanto, que os casos que refutam o efeito suspensivo guardam correlação lógica com a necessidade de urgência na resolução da demanda, dados os direitos nela implicados.

Passada a análise dos efeitos suspensivo e devolutivo, tem-se o efeito translativo, que seria a aptidão que possuem os recursos, em geral, de permitir ao órgão *ad quem* examinar matérias de ordem pública de ofício, vindo a conhecer ainda que não tenham sido suscitadas pela parte recorrente. É o que nos informa as lições de NELSON NERY (2006)⁴³¹, senão vejamos:

As questões de ordem pública podem ser apreciadas pelo órgão *ad quem*, mesmo que não tenha este sido instigado a se pronunciar sobre este questão, mesmo que ainda não tenha sido analisada pelo tribunal a quo, o que não enseja a qualificação da sentença como extra, ultra ou infra petita.

Sobre o efeito translativo, saliente-se, por fim, que todos os recursos a nível ordinário são dotados desse efeito, o que, por óbvio, não acontece com os recursos extraordinário e especial (não obstante as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que admitem plenamente o conhecimento de matérias de ordem pública no âmbito do recurso especial).

O efeito expansivo, por sua vez, seria a aptidão de que dispõem alguns recursos para irradiar eficácia para além dos limites objetivos ou subjetivos traçados previamente pelo ato de interposição. Nessa ordem de ideias, o efeito expansivo objetivo seria vislumbrado quando o resultado do julgamento da insurgência tiver aptidão para abarcar pretensões não inicialmente suscitadas pelo ato impugnatório, haja vista a relação de prejudicialidade existente entre determinados pedidos; o efeito expansivo subjetivo, por outro lado, será aferível nos casos de litisconsórcio, quando o recurso interposto por um dos litisconsortes, a depender das circunstâncias, tiver aptidão para ser aproveitado pelos demais. É o que ocorre com o litisconsórcio unitário, quando as matérias ventiladas por um dos litisconsortes forem comuns aos demais.

⁴³¹ NERY JR., Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. V. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Por fim, o efeito regressivo é a possibilidade inerente a alguns recursos de viabilizar a devolução da matéria impugnada ao próprio juízo prolator da decisão objurgada. Vale dizer, o efeito regressivo se refere à possibilidade de reconsideração franqueada ao juízo "a quo", que poderá se retratar do seu posicionamento inicial.

No âmbito do recurso de apelação, o efeito regressivo, no contexto do Código de Processo Civil de 2015, é viabilizado em hipóteses específicas, a saber: diante do indeferimento da petição inicial, na forma do art. 331, §1º, do CPC; nos casos de improcedência liminar do pedido, conforme art. 332, §3º, do CPC e nos casos de extinção do feito sem resolução do mérito, à luz do art. 485, §7º, do CPC.

4 CONTRARRAZÕES RECURSAIS: ORIGEM, NOÇÕES CONCEITUAIS E NATUREZA JURÍDICA

Cada recurso dispõe de um regramento próprio, com procedimento peculiar e sistemática de julgamento individualizada. Não obstante, todos eles possuem um ponto de contato: a possibilidade de contraposição às razões recursais. Essa possibilidade guarda inteira correlação com o princípio do contraditório, o qual "*consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo*" (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 36).

Para cada recurso, portanto, a lei faculta a possibilidade de resposta. Seja por meio de contraminuta, contrarrazões ou de simples petição, o ordenamento jurídico sempre busca resguardar o direito de resistência da parte adversa no âmbito recursal.

Nessa ordem de ideais, as contrarrazões recursais no âmbito do recurso de apelação correspondem à resposta apresentada pelo apelado, objetivando rebater os argumentos ventilados pela parte apelante. Essa conceituação básica, contudo, foi colocada à prova com o advento do art. 1.009, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a nova disposição não limita a peça de resistência a uma "mera resistência" no âmbito recursal. Pela nova diagramação legal, as contrarrazões recursais também podem ser utilizadas como meio de se veicular impugnação à decisão proferida no curso da fase de conhecimento, mas não passível de rediscussão pela via do agravo de instrumento, independentemente de ter sido ela levantada ou não no recurso de apelação.

Para ARRUDA ALVIM (2016, págs. 485/486), imperioso analisar a nova sistemática à luz dos parâmetros da revogada legislação adjetiva:

Registre-se, ainda, que na sistemática do CPC/2015, quando a decisão a respeito de questões resolvidas na fase de conhecimento

não comportar agravo de instrumento, sua impugnação deve ser suscitada: (a) em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou (b) nas contrarrazões à apelação interposta pela parte contrária (art. 1.009, § 2.º, do CPC/2015). Há aqui um alargamento da matéria suscetível de apelação: pelo novo Código, as decisões interlocutórias poderão ser alvo de apelação, desde que delas não caiba agravo de instrumento. Na sistemática anterior (CPC/1973), era necessária a interposição de agravo, retido ou de instrumento, sob pena de preclusão. O CPC/2015 inova, tornando expressas as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, eliminando o agravo retido, e remetendo o restante das questões decididas no curso do processo para preliminares do julgamento do recurso de apelação.

As modificações empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015 guarda correlação com o desaparecimento do agravo retido, responsável por alterar sobremaneira o regime de preclusão no curso da fase cognitiva. A matéria decidida, antes impugnável pela via do agravo retido, agora tem sua preclusão diferida e postergada ao momento da interposição da apelação ou de apresentação das contrarrazões. Isto é, se a parte não impugnar questão decidida por meio de decisão interlocutória não passível de agravo de instrumento, seja em preliminar de apelação ou por meio de contrarrazões, a preclusão restará consolidada.

Sobre a nova dinâmica instaurada acerca da preclusão, BUENO (2016, págs. 689/690) assevera:

O § 1º do art. 1.009 só faz sentido pela supressão do agravo retido. Inexistente aquele recurso, as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento não ficam sujeitas a preclusão até o proferimento da sentença, cabendo à parte, se assim entender necessário, suscitá-las em preliminar de apelação ou em contrarrazões. Entendo que para o apelante (aquele que interpõe o recurso de apelação) o silêncio acerca daquelas decisões interlocutórias em seu recurso significa preclusão. Sendo o apelado o suscitante dessas questões, é o caso de viabilizar ao apelante vista dos autos, no que é expresso o § 2º do art. 1.009, exigência que decorre suficientemente dos arts. 9º e 10. Se o apelado (aquele em face de quem a apelação é interposta) nada disser acerca dessas questões, haverá, sobre elas, preclusão. Acerca da suscitação dessas

decisões em razões ou contrarrazões de apelo, entendo importante destacar que não há necessidade de a parte (ou terceiro) que se prejudique com elas tomar qualquer providência. Não prevaleceu, na versão final do CPC de 2015 exigência que chegou a ser aprovada no Projeto da Câmara, que estabelecia figura desconhecida no direito processual civil brasileiro, um “protesto”, apenas para evitar que a questão precluisse, permitindo que ela fosse reavivada em apelo ou em contrarrazões. Felizmente, o Senado, na última etapa do processo legislativo, recusou a proposta que, bem entendida, tornava a extinção do agravo retido mais nominal do que substancial, formalizando, desnecessariamente, o processo e comprometendo, até mesmo, um dos pontos altos anunciados desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto. No sistema que prevaleceu, insisto, basta que o interessado, na apelação ou nas contrarrazões, suscite a decisão não agravável de instrumento – que não estará, até então, atingida pela preclusão – para permitir sua revisão pelo Tribunal competente.

Considerando a formatação acima apresentada, a doutrina moderna vem referenciando as contrarrazões recursais como uma medida de caráter híbrido, de recurso e resposta, em contraponto à natureza meramente impugnatória inerente à codificação processual civil de 1973.

Para CUNHA E DIDIER JR. (2015, págs. 516 e 517), as contrarrazões ao recurso de apelação possui, atualmente, natureza dúplice:

A parte eventualmente prejudicada por uma decisão interlocutória não agravável poderá, tendo em vista a interposição de apelação pela outra parte, recorrer contra esta decisão interlocutória, nas contrarrazões que apresentar à apelação da parte adversária. Em outras palavras, as contrarrazões veiculam um recurso do apelado. Elas consistem num instrumento por meio do qual o apelado poderá recorrer contra uma interlocutória não agravável. Essa é a primeira premissa para a compreensão correta deste dispositivo: a “suscitação”, pela parte vencedora, nas contrarrazões, das decisões interlocutórias não agraváveis, é um recurso. Não se trata de ratificação de recurso interposto, como no revogado modelo do agravo retido, exatamente porque não há o que ser ratificado: a parte não havia recorrido; a parte recorre neste exato momento. Assim, as contrarrazões, nesse caso, tornam-se instrumento de dois atos

jurídicos processuais: (a) a resposta à apelação da parte adversária; (b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento. Este recurso é uma apelação do vencedor. Não se deve estranhar: como visto em item precedente, no sistema do Código de Processo Civil de 2015, a apelação é um recurso que também serve à impugnação de decisões interlocutórias – aquelas não impugnáveis por agravo de instrumento. É inevitável a comparação com a contestação, instrumento de defesa, mas que, pelo sistema do Código de Processo Civil de 2015, também pode veicular a reconvenção (art. 343 do CPC); a contestação veicula a reconvenção do réu, da mesma forma que as contrarrazões veiculam um recurso do apelado. A circunstância de este recurso ser apresentado na peça de contrarrazões não o desnatura, assim como a reconvenção não perde a natureza de demanda por vir acompanhada da contestação, em uma mesma peça. Exatamente porque é recurso, a parte final do § 1º do art. 1.009 impõe a intimação do apelante (parte vencida), para que se manifeste sobre esta “suscitação” feita pela parte vencedora nas contrarrazões. Justamente por ser um recurso, se a parte vencedora dele não se valer, haverá preclusão em relação à decisão interlocutória não agravável.

A doutrina especializada, portanto, converge em reconhecer a natureza híbrida das contrarrazões recursais – de recurso e resposta –. Contudo, o mesmo consenso não existe quanto à formatação da natureza recursal da pretensão veiculada na peça de contrarrazões. Nesse sentido, discute-se se essa pretensão estaria subordinada ou não ao recurso principal.

Para MELLO (2016, pág. 2.487), o recurso apresentado no bojo da peça de contrarrazões não guarda relação de prejudicialidade com o recurso de apelação interposto pela parte adversa:

Poder-se-ia dizer que a impugnação de interlocutórias em contrarrazões guarda relação de dependência com a apelação pois estaríamos diante de um recurso (a impugnação da interlocutória nas contrarrazões) subordinado ao recurso principal (a apelação), como fosse a primeira uma espécie de recurso adesivo. Pensamos que a ideia, venia concessa, não procede, e o dizemos com fulcro em regra básica de interpretação: o recurso adesivo subordinado ao principal perfaz exceção, pois a regra vigente é a da manifestação recursal livre,

independente, conforme expressa dicção do art. 997, caput, do CPC/2015; no CPC/2015, se a parte quiser lançar mão de recurso subordinado (adesivo), deverá fazê-lo expressamente, interpondo o recurso adesivo previsto nos §§ do art. 997 e sujeitando-se às condições ali estabelecidas. Esta é a exceção (recurso adesivo), e como tal deve ser interpretada restritivamente. Optando por impugnar a decisão interlocutória em contrarrazões, que recurso adesivo não é, não há que se cogitar de subordinação recursal entre contrarrazões nas quais se impugna interlocutória e a apelação. Mutatis mutandis, e guardadas as devidas proporções, a impugnação de interlocutória em contrarrazões está para a apelação como a contestação com pedido contraposto está para a petição inicial: a desistência da ação pelo autor não impede a apreciação do pedido contraposto formulado pelo réu (TJRS, ApCiv 70014407225, 12.^a Segunda Câmara Cível, rel. Cláudio Baldino Maciel, j. 06.04.2006) bem como a desistência da apelação não impede a apreciação da impugnação de interlocutória formulada pelo apelado em contrarrazões. Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogerio Licastro Torres de Mello, Primeiros Comentários ao Novo CPC – artigo por artigo, Ed. RT, São Paulo, 2015, p. 1.440)

Lado outro, parcela da doutrina defende a subordinação entre a pretensão recursal veiculada nas contrarrazões e o recurso principal. Segundo essa percepção doutrinária, a análise da questão recursal posta nas contrarrazões estaria subordinada ao conhecimento da apelação. A posição acima é justificada com base no princípio do interesse: para essa parcela da doutrina, o não conhecimento da apelação desnaturaria o interesse recursal do apelado, que não disporia de vantagens decorrentes de reforma ou anulação de decisão interlocutória proferida no juízo de piso.

Na defesa do posicionamento acima, CÂMARA (2015, págs. 510/511) ensina que:

É, então, absolutamente fundamental admitir-se a interposição de apelação para impugnação da decisão interlocutória, somente. Resulta daí uma relevante consequência: é que se a parte que poderia ter interposto apelação autônoma para impugnar a decisão interlocutória não o fizer, deixando para impugná-la em contrarrazões de apelação, esta será um recurso subordinado (gênero a que se integra outra espécie, o recurso adesivo), devendo-se aplicar à hipótese, no que couber, o regime estabelecido para os

casos de interposição adesiva de apelação. Deste modo, não admitindo, por qualquer motivo, a apelação, não poderá o tribunal conhecer do pedido recursal formulado em sede de contrarrazões. Além disso, essas contrarrazões com natureza recursal deverão preencher todos os requisitos de admissibilidade da apelação (inclusive quanto a preparo, se este for exigido pela legislação local), sob pena de não ser admissível a análise da pretensão recursal nela veiculada (o que, evidentemente, não excluirá o exame das contrarrazões propriamente ditas, assim entendido o ato de impugnação ao recurso interposto pela outra parte). Registre-se, ainda, que – senão sempre, pelo menos na maioria das vezes – o desprovido do recurso principal tornará prejudicada a apelação interposta de forma subordinada nas contrarrazões. Pense-se, por exemplo, no caso de ter a parte vencedora recorrido, na peça de contrarrazões, contra uma decisão interlocutória que indeferiu a produção de certa prova. Ora, desprovido o recurso principal, interposta pela parte vencida, não haverá mais interesse em verificar se a parte vencedora tinha ou não direito à produção da prova, já que mesmo sem ela terá obtido êxito quanto ao mérito da causa. Deverá o órgão julgador do recurso, em casos assim, declarar prejudicado o recurso subordinado.

Com a devida vênia ao posicionamento que defende a ausência de subordinação entre a pretensão recursal do apelado e o recurso principal, ousa-se discordar dos fundamentos desse embasamento teórico. Em verdade, em consonância com a posição de Alexandre Freitas Câmara (acima apresentada), percebe-se que a eventual desistência do recurso principal impactará diretamente o interesse recursal do apelado, uma vez que a sentença que lhe fora favorável restará acobertada pelo manto da coisa julgada.

A análise acima se apresenta como imprescindível ao próprio contexto do processamento da apelação nos tribunais, já que, considerando-se a independência das pretensões, a ordem de análise das matérias é irrelevante. Noutro contexto, reputando-se subordinada a pretensão lançada nas contrarrazões ao recurso principal, dever-se-ia, inicialmente, conceber-se a admissibilidade deste apelo e das suas razões, para só então, após, caso se revelasse necessário, apreciar a impugnação levantada pelo apelado (exercida em face de decisão interlocutória não submissa ao regime do agravo de instrumento).

Como consignado no curso da presente exposição, o Código de Processo Civil de 2015 modificou, sobremaneira, a sistemática das contrarrazões recursais, dela suprimindo

o mero caráter de resposta ao apelo. Compreender e sistematizar o entendimento acerca da atual natureza jurídica de tal peça processual se apresenta imprescindível ao bom andamento processual, com o devido resguardo dos princípios da segurança jurídica, da satisfação integral do mérito e da duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

O inconformismo é inerente ao ser humano. À luz do princípio do duplo grau de jurisdição, o ordenamento jurídico pátrio viabiliza a manifestação processual do inconformismo pela via dos recursos dirigidos a uma instância superior, colegiada, com capacidade de revisitar e amadurecer a análise da casuística posta à apreciação do Estado-Juiz.

Dentre o catálogo de recursos estampados no art. 994 do Código de Processo Civil, o presente estudo se concentrou nos aspectos da apelação, enquanto medida a ser apresentada em face da sentença (ato pelo qual se coloca fim ao processo de cognição). No contexto da apelação, destacaram-se as modificações promovidas pela Lei n. 13.105/2015 em face das contrarrazões recursais, na forma do art. 1.009, §1º, do multicitado CPC.

Em uniformidade, a doutrina especializada compreende que a lei instrumental modificou a natureza jurídica das contrarrazões recursais, dotando-a de uma natureza dúplix: de resposta e de recurso, eis que, por meio dela, o apelado poderia se insurgir contra decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau, mas insuscetíveis de questionamento pela via do agravo de instrumento.

Não obstante a uniformidade acima exposta, a doutrina diverge no que toca à formatação da pretensão recursal veiculada nas contrarrazões recursais, se subordinada ou não ao recurso principal.

Com a devida vênia ao posicionamento divergente, percebe-se, na prática, em consonância com o escólio de Alexandre Freitas Câmara, que a eventual desistência do recurso principal impactará diretamente o interesse recursal do apelado, uma vez que a sentença que lhe fora favorável restará acobertada pelo manto da coisa julgada.

Assim sendo, resta indiscutível o caráter modificador do novo Código de Processo Civil no que tange à natureza jurídica das contrarrazões recursais, de modo a justificar a necessidade do presente estudo científico, mormente considerando os impactos a serem observados no processamento do recurso de apelação no âmbito dos tribunais e os indissociáveis efeitos desse julgamento na operacionalização dos princípios da segurança jurídica, da satisfação integral e da duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o Novo CPC - Lei 13.105/2015**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella, coord. **Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 1o a 22 317**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1 v.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Vol. II**.- 15 .ed.- Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CANÇADO, Ana Flávia; FREIRE, Blenda Maria. **A teoria da causa madura e o duplo grau de jurisdição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2658, 11 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17599>>. Acesso em: 17 de out. de 2023.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor: duas novidades do CPC/2015**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 6 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios, coordenação: Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquemático**.-2.ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.
- JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. -3.ed.- rev. ampl. São Paulo: Malheiros.
- MELLO, Rogerio Licastro Torres de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Recursos Cíveis na Prática**. -3.ed.-. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

NERY JR., Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins.**- 9.ed.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.**- 2. ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1.- 51.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 1 v.

O PROCESSO LEGISLATIVO RESPEITANTE À EDIÇÃO DO ART. 531, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A REGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 95/1998 E A INAPLICABILIDADE DO RITO DA COERÇÃO PESSOAL AOS ALIMENTOS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA

ITALO MENEZES DA SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Sergipe. Servidor Público do Tribunal de Justiça de Sergipe⁴³².

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a tramitação legislativa referente à edição do art. 531, *caput*, do Código de Processo Civil, regida pela Lei Complementar n. 95/1998. Por fim, o estudo compreende que a referida análise autoriza conclusão segundo a qual o legislador ordinário pretendeu vedar a utilização do procedimento da prisão civil à cobrança dos alimentos de natureza indenizatória.

Palavras-chave: Alimentos. Cobrança. Prisão.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legislative process regarding the edition of art. 531, *caput*, of the Code of Civil Procedure, governed by Complementary Law no. 95/1998. Finally, the study understands that the aforementioned analysis authorizes the conclusion that the ordinary legislator intended to prohibit the use of the civil arrest procedure for the collection of food of a compensatory nature.

Keywords: Foods. Charge. Prison.

1 INTRODUÇÃO

Distintamente do fluxo legislativo ordinário inerente ao bicameralismo federal, o projeto de lei aprovado no Congresso Nacional que redundou na Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) fora gestado no Senado Federal, mediante instauração de

432 E-mail: i.menezes@live.com

Comissão Especial de Juristas, capitaneada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, em 1º de outubro de 2009⁴³³.

Destarte, porquanto o limiar da tramitação propriamente dita tenha partido do Senado Federal, mediante apreciação do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 166/2010, a Câmara dos Deputados atuou na condição de casa revisora, despojada da ordinária qualidade de casa deflagradora.

No que toca especificamente ao dispositivo sob apreciação, as mutações derivadas da laboriosa tramitação legislativa exigem compassada análise. Isto porque se revela relevante a investigação pertinente ao *iter* legislativo que desembocou na edição textual com o fito de municiar o exegeta das condições circundantes à confecção do texto legal, especialmente quanto à intenção do legislador ordinário.

2 A TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA REFERENTE AO ARTIGO 531, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Consoante proposição originária constante do anteprojeto, os dispositivos pertinentes à satisfação de pretensão executiva de alimentos restavam subdivididos da seguinte forma, inseridos no Capítulo II (Da Obrigação de Pagar Quantia Certa): sob as Seção I (Do Cumprimento da Obrigação de Indenizar Decorrente de Ato Ilícito), tocando, inclusive, a pretensão de alimentos, conforme disciplina do art. 498; e sob a Seção II (Do Cumprimento da Obrigação de Prestar Alimentos), com regência nos arts. 499 e 500, tão somente quanto aos alimentos legítimos.

Nesta oportunidade, imperiosa à transcrição das referidas disposições:

(...)

Seção I

Do cumprimento da obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito

Art. 498. **Quando a indenização por ato ilícito prevista na sentença incluir prestação de alimentos**, caberá ao devedor constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

433 Ato n. 379/2009 lavrado pelo então Presidente do Senado Federal, José Sarney de Araújo Costa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 04 de novembro de 2023.

§ 1º Esse capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do credor em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo.

§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

Seção II

Do cumprimento da obrigação de prestar alimentos

Art. 499. Será obrigatória a inclusão, na folha de pagamento, sempre que o devedor da prestação alimentícia for servidor público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho.

Parágrafo único. A ordem judicial será dirigida à autoridade, à empresa ou ao empregador, por ofício, dela constando os nomes do credor e do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Art. 500. Não sendo satisfeita a obrigação, poderá o credor requerer a intimação do devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, sob pena de prisão pelo prazo de um a três meses.

§ 1º O cumprimento da pena referida no *caput* não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas; satisfeita a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 2º Não requerida a execução nos termos desta Seção, observar-se-á o disposto no art. 495. (negritos não constantes do original)

Da superficial leitura dos dispositivos suso mencionados, mormente da topográfica distinção entre as seções, possível aferir a inequívoca interdição aposta no anteprojeto quanto à aplicabilidade do rito da prisão civil no cumprimento de título que veicule prestação de alimentos indenizativos.

Isto porque a originária redação do art. 498 tão somente indicava ao credor a garantia de constituição de capital “cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão”, ademais de outras medidas constrictivas de cunho exclusivamente patrimonial minudenciadas nos parágrafos inseridos no referido dispositivo.

É mister salientar que a precisa demarcação procedimental à luz da espécie alimentícia – indenizativa ou legítima – atendeu ao desiderato de clareza e de ordenação lógica que deve pautar a atividade legiferante.

Isto porque, conforme específicas disposições constantes da Lei Complementar n. 95/1998434:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com **clareza, precisão e ordem lógica**, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

(...)

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

434 Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

(...) (destaques não constantes do original)

Entretanto, após submissão do citado anteprojeto à Comissão Temporária especialmente designada para este fim, houve sensível alteração da disciplina imprimida pela Comissão de juristas no tocante às medidas coercitivas disponíveis ao cumprimento de título que veicula pretensão de exigir alimentos de natureza indenizatória.

Ao revés da inclusão das duas espécies procedimentais, registrados sob subseções distintas, no capítulo sobre cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, consoante relatório geral emitido pelo Senador Valter Pereira, as duas anteriores subseções comporiam um capítulo próprio cognominado “Do Cumprimento de Obrigação de Prestar Alimentos”.

Dispensando qualquer distinção topográfica no texto legal, o rito autorizativo da prisão civil enquanto medida extrema de coerção pessoal também fora expressamente estendido aos alimentos de natureza indenizatória. Deste modo, os dispositivos ostentaram a seguinte redação:

Capítulo IV

DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Art. 514. No cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 515. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterà os nomes e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deva ser feito o depósito.

Art. 516. Não requerida a execução nos termos deste Capítulo, observar-se-á o disposto nos arts. 509 a 513, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 517. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios, independentemente de sua origem.

Art. 518. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º Esse capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo.

§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas. (negritamos)

Assim, após a inserção da expressão “independentemente de sua origem” no artigo que serviu à delimitação da abrangência do rito da coerção pessoal, não haveria como questionar a inequívoca eleição legislativa do procedimento da prisão civil para a exigibilidade de prestação alimentar, sem qualquer restrição afeta à natureza dos alimentos.

Houve considerável alteração da sistemática vigente sob a égide do Código Buzaid que, reproduzido em essência pela Comissão de juristas, tão somente disponibilizava ao credor a constituição de capital, como mecanismo ordinário para securitização do direito creditício, e o desconto incidente sobre folha de pagamento, na hipótese delineada pelo superado § 2º do art. 475-Q do Código de Processo Civil de 1973.

Encaminhado o Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 à Câmara dos Deputados, instância revisora⁴³⁵, houve redimensionamento da matéria com tendente aproximação à ideia gestada na Comissão de juristas. Isto porque o substitutivo da Câmara dos Deputados suprimiu a expressão “independentemente de sua origem” do anterior artigo 517, renumerado para 545, mantendo-se a higidez da topologia e das demais disposições:

(...)

Art. 545. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos legítimos definitivos ou provisórios.

§ 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.

⁴³⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

§ 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.

(...) (negritamos)

Por derradeiro, ante as numerosas modificações impostas ao texto aprovado no Senado Federal, houve remessa do Substitutivo da Câmara dos Deputados àquela Casa, que permaneceu silente quanto à supressão da expressão “independentemente de sua origem” no texto final⁴³⁶, encaminhado ao Executivo.

Neste particular, consoante parecer aprovado e emitido pela Comissão Temporária do Senado Federal⁴³⁷ para apreciação do Substitutivo, houve expressa manifestação de vontade da Casa deflagradora no sentido do acolhimento da supressão aposta pela Câmara dos Deputados, nos termos explicitados pelo eminente Relator⁴³⁸:

A definição de “alimentos legítimos”, embora vinculada por muitos civilistas aos alimentos de Direito de Família, não encontra previsão legal, o que pode gerar dúvidas quanto ao alcance do dispositivo, razão por que não convém o seu emprego no dispositivo em epígrafe.

Dessa forma, assim como o atual art. 733 do Código de Processo Civil não individualiza a espécie de alimentos autorizadores da prisão civil no caso de inadimplência, o novo Código também não o fará, **o que desaguará na conclusão de manutenção da orientação jurisprudencial pacificada até o presente momento, firmada no sentido de que o não pagamento de alimentos oriundos de Direito de Família credenciam a medida drástica da prisão**. Aliás, essa é a dicção do inciso LXVII do art. 5º da Carta Magna e do Pacto de San José da Costa Rica

436 Apresentadas 186 emendas parlamentares ao Substitutivo da Câmara dos Deputados, nenhuma versou acerca da supressão da expressão “independentemente de sua origem”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

437 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1567531221351&disposition=inline>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

438 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1567531221351&disposition=inline>. Acesso em 04 de novembro de 2023, p. 145-6.

(Convenção Americana de Direitos Humanos), as quais somente admitem a prisão civil por dívida, se esta provier de obrigação alimentar.

De mais a mais, os alimentos de Direito de Família são estimados de acordo com a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado, de modo que, em princípio, o devedor tem condições de arcar com esses valores. **Se não paga os alimentos, é porque está de má-fé, ao menos de modo presumido, o que torna razoável a coação extrema da prisão civil em prol da sobrevivência do alimentado.**

Já os alimentos indenizativos (aqueles que provêm de um dano material) são arbitrados de acordo com o efetivo prejuízo causado, independentemente da possibilidade do devedor. Dessa forma, a inadimplência do devedor não necessariamente decorre de má-fé. **A prisão civil, nesse caso, seria desproporcional e poderia encarcerar indivíduos por sua pobreza. O mesmo raciocínio se aplica para verbas alimentares, como dívidas trabalhistas, honorários advocatícios etc.**

Enfim, a obrigação alimentar que credencia à prisão civil não é qualquer uma, mas apenas aquela que provêm de normas de Direito de Família. Nesse sentido, convém manter a redação do art. 545, *caput*, do SCD alinhada à Constituição Federal e ao Pacto de San José da Costa Rica, de maneira a subsistir a previsão de que somente os alimentos provenientes de Direito de Família dão ensejo à medida drástica da reclusão civil.

(...) (destaques não constantes do original)

Perlustrando as razões ventiladas no parecer emitido quanto ao Substitutivo, possível aferir que houve acurado sopesamento entre as circunstâncias que expressamente afastam os alimentos de natureza indenizatória dos alimentos de natureza familiar, justificando a conformação legislativa diferenciada quanto ao procedimento aplicável para sua exigibilidade.

2.1 Atividade legiferante e a Lei Complementar n. 95/1998

Pontuada em subtópico anterior, a Lei Complementar n. 95/98 cumpre o mister de intermediar legislativamente a previsão abrigada no art. 59, parágrafo único, da Constituição Republicana de 1988, *verbis*.

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (negritos não constantes do original)

Enquanto enumera prescrições imprescindíveis à feitura de atos normativos – inclusive os expedidos pelo Poder Executivo, a suso mencionada lei complementar, em toda sua extensão, atenta-se à necessária coesão, integridade e clareza que devem animar o texto legal. Desta forma, possibilitar-se-á ao exegeta a escorreita extração de conteúdo normativo compatível com os anseios legislativos que implicaram a atividade legiferante.

Proscreeve-se, portanto, a comunicação truncada entre o legislador e o intérprete, imprescindível, outrossim, ao alcance da segurança jurídica que deve pautar as manifestações estatais decorrentes do ordenamento jurídico.

Na esteira do hodiernamente mais sentido dever de estabilidade das manifestações estatais – jurisdicionais, administrativas e, também, da esfera controladora, sobreleva ainda mais intensamente a necessidade de emprego indubitado e não vacilante de termos de concreção mais facilmente alcançável, evitando-se a utilização de termos cujo conteúdo seja indeterminado, optando-se pela utilização técnica mais amplamente aceita da linguagem.

Sensivelmente anunciado este anseio por intermédio da edição da Lei n. 13.655/2018, a qual imprimiu giro copernicano ao Decreto-Lei n. 4.657/42, especificamente na leitura do art. 23 e art. 24, cuja redação se transcreve:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (destaques não constantes do original)

Portanto, a despeito do paradigma hermenêutico que veicula a compreensão segundo a qual o conteúdo normativo não se confunde com texto normativo – legislativo, administrativo ou regulamentar, é, decerto, o texto normativo o ponto proemial para atividade exegética. Por isto, deve franquear ao intérprete subsídio suficiente à captação adequada da intenção consubstanciada no texto a fim de que não se divorcie das pretensões tutelares inseridas no texto normativo.

Atenta a estas observações, a Lei Complementar n. 95/98 prescreve que “o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva”, consoante art. 7º, III.

Ademais, especificamente o art. 11 da multicitada lei enuncia prescrições de observância obrigatória pelos redatores com o fito de garantir a univocidade e clareza que

devem imprimir ao texto legal mediante denodado e sóbrio emprego do vernáculo. Neste sentido:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens. (negritos não constantes do original)

Da leitura do dispositivo retro transcrito é possível extrair valiosas lições quanto à obtenção da clareza, precisão e observância à ordem lógica.

Especificamente no que toca à garantia de precisão, imprescindível à necessária delimitação do âmbito de incidência do conteúdo normativo, indica-se ao exegeta balizas seguras à segregação de situações parcialmente símiles, resguardando-se suas disparidades.

Na discussão sob desate, conforme enunciado em linhas prefaciais deste capítulo, na redação do vigente art. 545 do Código de Processo Civil proposta pela Comissão

Especial no âmbito da Casa Iniciadora, o Senado Federal inserira a expressão “independentemente de sua origem” na redação do *caput*, veiculando a expressa possibilidade de o procedimento da coerção pessoal ser eleito pelo credor de alimentos.

Pois bem.

A expressão “independentemente de sua origem” é replicada no texto processual civil da Lei n. 13.105/15 em algumas outras disposições, emprestando maior amplitude às previsões sob sua égide.

Ilustrativa a consignação no festejado § 2º do art. 833 do Código de Processo Civil. O citado dispositivo enumera, à luz da teoria do patrimônio mínimo, hipóteses de impenhorabilidade, garantindo-se que a efetividade da prestação jurisdicional executiva não será alcançada ao arrepio do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em cotejo com estes dois valores de considerável relevância no ordenamento jurídico pátrio – acesso à efetiva jurisdição e a garantia de existência digna, o § 2º do art. 833 aponta exceções à regra estabelecida no *caput* – impenhorabilidade – quanto às hipóteses dos incisos IV e X, transcritos a seguir:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

(...)

(destaques não constantes do original)

É evidente que o temperamento à estática regra inscrita no *caput* atende à forma prescrita no art. 11, III, "c", da Lei Complementar n. 95/98, que dispõe que os parágrafos

servem à expressão dos “aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

No que toca especificamente à expressão “independentemente de sua origem”, há pacifismo quanto ao seu emprego no sentido de albergar em seu âmbito as espécies alimentares indicadas nos arts. 528 a 533 do Código de Processo Civil. Houve expressa sinalização pelo legislador no sentido da máxima amplitude ao dispositivo.

Lastreada nesta previsão textual, a jurisprudência caminha no sentido da delimitação do conteúdo deste parágrafo de forma o mais ampla possível a fim de albergar, como pretendeu o legislador ordinário, todas os créditos de natureza alimentar.

Neste sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, capitaneada pela Ministra Nancy Andrighi, à unanimidade, afetou o REsp n. 1.815.055/SP439 (Tema 1153) à Corte Especial a fim de que se possibilite a uniformização da compreensão que se emprestará ao § 2º do art. 833 do Código de Processo Civil quanto à execução de verbas honorárias, de invidiosa natureza salarial.

Identicamente, também com esteio na exceção inscrita no § 2º do art. 833, a Corte Superior Trabalhista⁴⁴⁰ carrega itinerante jurisprudência no sentido da aplicabilidade da

439 Julgado em 10 de setembro de 2019, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, afetação em 06 de maio de 2022.

440 (...) A Corte *a quo* entendeu que “os salários são absolutamente impenhoráveis, conforme consta no caput do artigo 833 do CPC, o que, por si só, afasta qualquer ordem de constrição, ainda que parcial”. Destacou que “a exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que não há que se confundir o pagamento de prestação alimentícia *stricto sensu*, estabelecida no referido dispositivo legal, com crédito decorrente de ação trabalhista”. Com efeito, o artigo 833, inciso IV, do CPC/2015 prevê que são absolutamente impenhoráveis os salários e remunerações. Ocorre que o § 2º do mesmo dispositivo de lei estabelece que “o disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como relativamente às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 7º, e no art. 529, § 3º”. Desse modo, à luz da nova ordem processual, a impenhorabilidade dos vencimentos não se aplica aos casos em que a constrição seja para fins de pagamento de prestação alimentícia “independente de sua origem”. Consoante o entendimento do TST, as verbas de natureza salarial devidas ao empregado estão abarcadas nessa exceção, ao contrário do que entendeu o Regional. Nesse contexto, o Tribunal Pleno dessa Corte superior decidiu alterar a redação da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2 a fim de esclarecer que o entendimento ali preconizado se aplica apenas às penhoras realizadas sobre salários quando ainda em vigor o CPC de 1973, o que não é o caso dos autos. Na hipótese, impõe-se a observância do novo Código de Processo Civil, razão pela qual inaplicável a Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-3 do TST. Revela-se, portanto, viável a pretensão do exequente de penhora sobre salários e proventos do executado, desde que observado o limite previsto no artigo 529, § 3º, do CPC/2015. (...) (TST – RR: 10019093220165020612, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 10/04/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2019).

referida disposição quanto à satisfação de verbas salariais trabalhistas, as quais também gozam de natureza alimentícia.

Noutra ilustrativa passagem, o Código de Processo Civil emprega a expressão “independentemente de sua origem” para autorizar à autoridade judiciária a dispensa da caução no tocante ao cumprimento de título provisório que constitua crédito alimentar, na inteligência do art. 521, I. Não há qualquer especificação quanto à natureza alimentar do crédito; ao revés, o dispositivo sob comento atrai para seu campo de incidência quaisquer títulos dotados de exigibilidade provisória que tenham constituído crédito de natureza alimentar.

Nestas duas passagens codificadas sobre as quais recaíram as observações deste parágrafo, houve expressa consignação quanto ao empréstimo de maior amplitude ao texto legal a fim de albergar todas as prestações de natureza alimentar, independentemente de sua causa originária.

Expressou-se o legislador ordinário em conformidade à prescrição do art. 11, II, “b” da Lei Complementar n. 95/98, porquanto tenha empregado idêntica expressão linguística “independentemente de sua origem” para ilustrar a mesma ideia “evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”, em homenagem à precisão que deve orientar a confecção textual normativa.

3 CONCLUSÃO

Possível concluir, a partir das sucintas considerações, que a investigação do processo legislativo, partindo do nascedouro da propositura legislativa e alcançando a aposição de sanção presidencial, serve como mecanismo integrador de significado ao texto legal com vistas à confecção da norma jurídica o mais espelhada possível à vontade legislativa que se pretendeu imprimir.

Mormente no âmbito do Poder Legislativo da União, integrado por duas Casas Legislativas de composições plurais, a complexidade da tramitação implica mais denodada atenção quanto à captação dos ânimos envolvidos na edição do texto a fim de que não haja divórcio entre o texto legal e a norma jurídica deduzida para a casuística posta sob o crivo do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Na hipótese sob desate, houve desvirtuamento entre a pretensão de regulação emprestada pela Comissão de Juristas à amplitude de aplicabilidade do rito da prisão civil quando da apreciação originária pelo Senado Federal. Logo após, mediante emenda supressiva, a Câmara dos Deputados restaurou a compreensão da Comissão de Juristas

após a exclusão da expressão “independentemente de sua origem” do promulgado art. 545 do Código de Processo Civil, devolvendo ao texto tramitante a concepção originária.

Por derradeiro, quando da apreciação do Substitutivo, o Senado Federal compreendeu no sentido da manutenção da supressa levada a efeito pela Câmara dos Deputados, consignando no parecer final, expressamente, que a concepção jurisdicional e doutrinária vigentes no âmbito doméstico seriam mantidas, interditando-se o rito da prisão civil quanto à exigibilidade de créditos alimentares indenizatórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1998. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm. Acesso em 04 novembro de 2023.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 março 2015. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 04 novembro de 2023.

A RESISTÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS ÀS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO EM COOPERAÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS: UMA CRÍTICA

VINICIUS NUNES DE PAULA:

Delegado de Polícia Federal e Especialista em Ciências Criminais – PUC Minas⁴⁴¹

RESUMO: Este artigo examina a postura dos Estados Unidos quanto à não admissão de equipes conjuntas de investigação em cooperações jurídicas internacionais, optando apenas por investigações paralelas e troca de informações para fins de inteligência. A análise crítica busca compreender as implicações dessa postura e as possíveis consequências para a eficácia da cooperação internacional em matéria penal.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional; Estados Unidos; Equipes Conjuntas de Investigação; Ministério Público; Inteligência.

1. INTRODUÇÃO.

O atual cenário globalizado impõe aos Estados a necessidade de estreitar laços e construir mecanismos eficazes de cooperação jurídica internacional. Em face das complexidades dos crimes transnacionais, como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, terrorismo, entre outros, torna-se imperativo que as nações colaborem para assegurar a eficácia das investigações e a devida responsabilização dos envolvidos. Nesse contexto, as equipes conjuntas de investigação emergem como uma prática promissora, permitindo que os Estados-partes compartilhem expertise, recursos e informações em tempo real.

No entanto, nem todos os países adotam essa perspectiva colaborativa de forma integral. Os Estados Unidos da América, por exemplo, mantêm uma abordagem restritiva quanto à formação de equipes conjuntas de investigação em cooperações jurídicas internacionais. Ao invés disso, o país norte-americano prefere conduzir investigações paralelas, compartilhando informações de forma limitada e essencialmente para fins de inteligência.

Esta abordagem, além de representar um desvio das práticas internacionais mais progressistas, pode ser percebida como um entrave à eficácia das investigações em casos que envolvam múltiplas jurisdições. Este artigo visa examinar a postura dos Estados Unidos

441 E-mail: viniciusnunesmg@gmail.com

nesse contexto, discutindo suas implicações e propondo reflexões acerca da necessidade de um maior comprometimento com a cooperação internacional.

2. O MODELO AMERICANO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

2.2 Contextualização Histórica

O sistema de cooperação jurídica internacional dos Estados Unidos remonta à sua longa tradição de exercer jurisdição extraterritorial, particularmente em áreas como a repressão à pirataria e à escravidão. No entanto, ao longo do século XX, com o surgimento de ameaças transnacionais crescentes, a necessidade de mecanismos mais robustos de cooperação tornou-se evidente.

2.2 Estrutura e Mecanismos

Os Estados Unidos têm uma ampla rede de tratados de assistência jurídica mútua (MLATs) com diversos países. Esses tratados servem como base legal para a cooperação em investigações criminais, permitindo a troca de informações e evidências. Contudo, a atuação americana é caracterizada por um alto grau de unilateralidade. Embora os MLATs facilitem a troca de informações, os EUA frequentemente adotam uma abordagem de "investigação paralela".

2.3 Investigação Paralela vs. Equipes Conjuntas

A investigação paralela, como adotada pelos Estados Unidos, implica que cada país conduza sua própria investigação independentemente, compartilhando apenas informações específicas para fins de inteligência ou quando estritamente necessário. Em contraste, as equipes conjuntas de investigação permitem que representantes de diferentes jurisdições trabalhem juntos, compartilhando recursos, informações e expertise de forma contínua.

A preferência dos EUA pela investigação paralela pode ser atribuída a várias razões:

- **Proteção de Fontes e Métodos:** Os EUA, possuindo uma das maiores capacidades de inteligência do mundo, são cautelosos ao compartilhar informações que possam revelar seus métodos de coleta.

- **Questões Legais e Procedimentais:** Diferenças substanciais entre os sistemas jurídicos podem criar desafios ao trabalhar em estreita colaboração com outras nações. Os EUA podem estar relutantes em se envolver profundamente em investigações conjuntas devido a preocupações sobre possíveis complicações legais.

- Controle e Autonomia: Conduzir investigações independentes permite aos Estados Unidos manter um grau de controle sobre o processo, sem comprometer sua autonomia ou abordagem estratégica.

2.4 Implicações e Limitações

Embora a abordagem de investigação paralela possa oferecer algumas vantagens em termos de autonomia e proteção de informações sensíveis, ela também apresenta limitações significativas. A falta de colaboração em tempo real pode levar a lacunas na coleta de informações, redundâncias e, em alguns casos, conflitos jurisdicionais.

Além disso, ao optar por não participar plenamente das equipes conjuntas de investigação, os EUA podem estar se privando do acesso a informações cruciais e à expertise local que só pode ser obtida através de uma colaboração mais estreita.

Em um mundo cada vez mais interconectado, onde ameaças transnacionais exigem respostas coordenadas, essa postura pode não ser apenas um desvio das práticas internacionais progressistas, mas também um entrave à eficácia das respostas jurídicas e investigativas.

3. A IMPORTÂNCIA DAS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO

3.1 Definição e Propósito

Equipes conjuntas de investigação referem-se à colaboração formal entre dois ou mais Estados, com o objetivo de conduzir investigações criminais em situações que envolvam interesses mútuos. Ao invés de operar de forma isolada, os Estados-partes compartilham informações, recursos e expertise, buscando maximizar a eficácia das investigações em situações transfronteiriças.

3.2 Eficiência e Efetividade

A criação de uma equipe conjunta proporciona diversos benefícios operacionais:

- Fluxo Contínuo de Informação: A natureza colaborativa das equipes conjuntas garante uma troca de informações em tempo real, reduzindo a possibilidade de desencontros informacionais e assegurando a rapidez na tomada de decisões.

- Aproveitamento de Expertise Compartilhada: Cada país membro pode trazer à mesa uma perspectiva única e especializada, enriquecendo a abordagem investigativa e proporcionando insights que, de outra forma, poderiam ser negligenciados.

- Redução de Redundâncias: Ao compartilhar informações e coordenar esforços, os Estados podem evitar duplicidades, economizando recursos e tempo.

3.3 Confiança Mútua e Cooperação Diplomática

As equipes conjuntas de investigação não são apenas ferramentas operacionais, mas também veículos de construção de confiança entre os Estados. Ao trabalharem juntos em prol de um objetivo comum, as nações fortalecem laços diplomáticos e promovem uma atmosfera de cooperação mútua.

3.4 Desafios e Considerações

Apesar de seus benefícios, a implementação de equipes conjuntas não é isenta de desafios:

Divergências Legais e Procedimentais: Os sistemas jurídicos variam consideravelmente entre os países, e harmonizar práticas pode ser uma tarefa árdua.

Questões de Soberania: A colaboração estreita pode levantar preocupações sobre a interferência em assuntos internos de um Estado.

Proteção de Informações Sensíveis: Assim como os Estados Unidos, muitos países são cautelosos quanto ao compartilhamento de informações críticas, temendo comprometer fontes ou métodos de coleta.

3.5 O Caso Paradigmático da União Europeia

Um exemplo notório da eficácia das equipes conjuntas é o modelo adotado pela União Europeia. Com o amparo legal do Tratado de Prüm e outras legislações supranacionais, os Estados-membros da UE têm estabelecido equipes conjuntas para lidar com questões de terrorismo, tráfico de drogas e outros crimes graves. A experiência da UE destaca o potencial das equipes conjuntas para melhorar a qualidade e a rapidez das investigações, ao mesmo tempo em que reforça o espírito de solidariedade e cooperação entre os Estados-membros.

4. CONSEQUÊNCIAS DA POSTURA AMERICANA

4.1 Limitação na Compreensão Global dos Casos

Ao conduzir investigações paralelas, os Estados Unidos correm o risco de ter uma visão fragmentada dos crimes transnacionais. Sem a colaboração direta com outros

Estados envolvidos, nuances específicas e contextuais do caso podem ser ignoradas, comprometendo a compreensão total do escopo do crime e seus agentes.

4.2 Ineficiências e Retardos Processuais

A falta de colaboração em tempo real pode gerar ineficiências, como redundâncias e lacunas nas investigações. Adicionalmente, a necessidade de constantes solicitações formais de informações, inerente à investigação paralela, pode prolongar desnecessariamente o tempo de resposta e retardar a evolução da investigação.

4.3 Erosão da Confiança Internacional

Ao optar por uma abordagem mais isolacionista e unilateral, os Estados Unidos podem transmitir uma mensagem de desconfiança a seus parceiros internacionais. Esse posicionamento pode erodir a confiança mútua, vital para a construção de relações diplomáticas fortes e estáveis.

4.4 Desaproveitamento de Expertise Externa

Conduzir investigações sem a colaboração direta de outros Estados significa prescindir de sua expertise local. Informações contextuais, conhecimento sobre organizações criminosas regionais e técnicas investigativas específicas são ativos valiosos que os Estados Unidos podem estar negligenciando ao não formar equipes conjuntas.

4.5 Potenciais Conflitos Jurisdicionais

Em casos em que várias jurisdições têm interesses legítimos, a falta de coordenação pode levar a conflitos sobre quem deve processar os suspeitos ou como as evidências devem ser compartilhadas e utilizadas. Sem um entendimento mútuo e colaboração direta, há espaço para disputas e mal-entendidos.

4.6 Implicações para Vítimas e Testemunhas

A falta de uma abordagem unificada pode complicar a situação das vítimas e testemunhas de crimes transnacionais. Com múltiplas jurisdições conduzindo investigações separadas, esses indivíduos podem ser submetidos a múltiplos interrogatórios, enfrentar desafios logísticos ou até mesmo serem colocados em risco devido à falta de coordenação na proteção das testemunhas.

4.7 Enfraquecimento do Combate ao Crime Transnacional

Em última análise, ao não adotar uma abordagem mais colaborativa, os Estados Unidos podem estar enfraquecendo o combate global ao crime transnacional. Em uma era onde a interconexão e a rapidez da informação são cruciais, a hesitação em formar equipes conjuntas pode ser um retrocesso na luta contra ameaças globais.

5. CONCLUSÃO

A globalização e o advento das tecnologias de informação intensificaram a natureza transfronteiriça do crime, tornando cada vez mais evidente a necessidade de uma cooperação jurídica internacional robusta e eficaz. As equipes conjuntas de investigação surgem como um modelo ideal para enfrentar esses desafios, combinando os recursos, a expertise e o conhecimento contextual dos Estados envolvidos.

A postura dos Estados Unidos, contudo, reflete uma abordagem mais reservada e unilateral, priorizando investigações paralelas em detrimento da colaboração direta com outros Estados. Embora existam razões legítimas para tal escolha, como a proteção de informações sensíveis e a preservação da autonomia jurisdicional, os efeitos colaterais dessa decisão são inegáveis. As potenciais lacunas na investigação, o risco de desentendimentos jurisdicionais e a possível erosão da confiança internacional são consequências que podem comprometer o combate eficaz ao crime transnacional.

O paradigma atual exige uma reavaliação das práticas e protocolos de cooperação internacional. Para que se possa enfrentar ameaças que não reconhecem fronteiras, é preciso que a resposta também seja sem fronteiras, baseada em solidariedade, confiança mútua e colaboração.

Neste contexto, espera-se que os Estados Unidos, como uma das nações mais influentes e capazes do mundo, reconsidere sua postura e avalie os benefícios inerentes às equipes conjuntas de investigação. O combate ao crime, em sua complexidade global, exige não apenas força e recursos, mas também união e cooperação entre as nações. O futuro da segurança global pode muito bem depender da capacidade dos Estados de trabalhar juntos, de forma integrada e harmoniosa, em prol de um objetivo comum.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Raquel Dodge. "Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal." *Série IDP*, 2010.

BASSIOUNI, M. Cherif. "International Extradition: United States Law and Practice." *Oxford University Press*, 6th edition, 2014.

BATISTA, Nilo. "Introdução crítica ao direito penal brasileiro." *Editora Revan*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. "Direito Internacional Penal: Cooperação Internacional." Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2ª edição, 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. "Para um Direito Comum." *Série Direito e Justiça*, Editora RT, São Paulo, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. "Processo penal constitucional." *Editora Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2005.

GOLDMAN, Zachary K., and RASCOFF, Samuel J. "Global Intelligence Oversight: Governing Security in the Twenty-First Century." *Oxford University Press*, 2016.

MAIA, Rodrigo Leite Ferreira. "Cooperação Jurídica Internacional: Teoria Geral." *Juruá Editora*, 2014.

MORAES, Alexandre de. "Direito Constitucional." *Editora Atlas*, 33ª edição, São Paulo, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. "Código de processo penal comentado." *Editora Revista dos Tribunais*, São Paulo, 16ª edição, 2017.

REICHEL, Philip L. "Comparative Criminal Justice Systems: A Topical Approach." *Pearson*, 6th edition, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, Alexandre de. "Comentários à Constituição do Brasil." *Saraiva*, São Paulo, 2018.

A CONTRIBUIÇÃO DA EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL

JESSICA RENATA GOMES PEREZ:
bacharel em Direito na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direito da Criança, Juventude e Idosos pela FAVENI. Analista Judiciária no TJMS⁴⁴².

RESUMO: A educação é um meio para que as pessoas compreendam a vida, capacitando-as a desmontar e reconstruir suas atitudes e comportamentos. O Objetivo desta pesquisa é analisar a importância da educação prisional no processo de reintegração de indivíduos que estiveram privados de liberdade. A metodologia adotada envolveu a revisão da literatura, englobando estudos relacionados à educação nas prisões. Os resultados apontam para o papel crucial desempenhado pela educação prisional na reintegração bem-sucedida de pessoas privadas de liberdade. Programas educacionais auxiliam os reclusos no desenvolvimento de competências sociais, na construção da autoestima e na definição de um propósito de vida, fatores que contribuem de forma significativa para a sua reintegração à sociedade. A legislação brasileira oferece incentivos para a participação dos detentos em programas educacionais, incluindo a possibilidade de remição de pena. No entanto, a implementação efetiva desses programas é desafiada pela escassez de recursos, infraestrutura inadequada e obstáculos burocráticos. Conclui-se que a educação prisional desempenha um papel vital na transformação das vidas dos detentos, na redução das taxas de reincidência criminal e na construção de uma sociedade mais segura.

Palavras-chave: Educação Prisional. Ressocialização. Remição

1 INTRODUÇÃO

A educação é um direito fundamental de todos os indivíduos, independentemente de seu histórico ou situação. No entanto, para aqueles que passaram pelo sistema de justiça criminal e cumpriram penas de prisão, o acesso à educação frequentemente se torna uma questão controversa e desafiadora.

De acordo com as ideias de Herkenhoff (1988), na sociedade contemporânea, a prisão é percebida como uma instituição que exerce a punição por meio da privação da liberdade e do confinamento do condenado. Desde o início, o sistema penitenciário tem demonstrado sua ineficácia em cumprir adequadamente os objetivos legalmente

442 E-mail: jessycahilaryo@gmail.com

estabelecidos, especialmente no que diz respeito à reintegração do condenado na sociedade com foco na ressocialização.

A educação prisional vai além do mero ensino acadêmico. Ela abrange uma ampla gama de oportunidades, desde a instrução escolar e a formação profissional até o desenvolvimento de habilidades sociais e emocionais. Esta educação não apenas prepara os detentos para o mercado de trabalho, mas também desempenha um papel crucial na transformação de suas vidas, permitindo que se tornem cidadãos mais produtivos e conscientes.

A reintegração bem-sucedida desses indivíduos na sociedade é de interesse não apenas para o sistema de justiça, mas também para toda a comunidade. Entretanto, é importante reconhecer que a gestão do sistema prisional não é uniforme em todas as prisões. Isso ocorre, em parte, devido às características distintas de cada unidade penal. Além disso, os órgãos de controle, sejam eles de esfera federal ou estadual, frequentemente adotam abordagens diversas em diferentes regiões geográficas (LEITE, 2019).

O sistema penitenciário brasileiro passa por problemas generalizados, caracterizados por fatores históricos, sociais, culturais, econômico, político além das falhas no processo de gerenciamento prisional. A gestão prisional por si é considerada um desafio em nosso país, uma vez que os recursos alocados neste setor público, não supri as necessidades mínimas.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça emitiu uma recomendação aos governos federal e estaduais, instando-os a estabelecer programas educacionais adicionais que enfatizassem as habilidades de leitura e escrita como meio de remição da pena. Essa orientação cria uma ampla gama de oportunidades para expandir a assistência educacional nas prisões brasileiras. Nesse contexto, a sociedade, juntamente com organizações relacionadas à educação, desempenha um papel fundamental na defesa dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, bem como na promoção dos esforços para transformar essa legislação em políticas públicas eficazes (BEZZERA, 2021).

A análise crítica das práticas de educação prisional e a avaliação de seus resultados são fundamentais para entender o impacto dessa abordagem no sistema penal e na sociedade como um todo. Compreender como a educação prisional contribui para a transformação de vidas e a construção de comunidades mais seguras é essencial para a formulação de políticas públicas eficazes e para o fortalecimento do sistema de justiça brasileiro.

A combinação de medidas socioeducativas, juntamente com o suporte familiar, desempenha um papel significativo na promoção da reintegração de reclusos, contribuindo, desse modo, para a redução da reincidência criminal (CRAVEIRO e REIS, 2009).

A seleção de abordagens pedagógicas adequadas desempenha um papel crucial no processo de ensino e aprendizagem, especialmente quando consideramos as necessidades e aspirações dos indivíduos envolvidos. Portanto, é vital aprofundar nossa compreensão de suas expectativas, requisitos e como eles se relacionam com o conhecimento (ONOFRE e JULIAO, 2013).

Não obstante essas variações, a implementação de um modelo de gestão eficaz em todas as unidades prisionais poderia estabelecer as bases para melhorias e aprimoramentos futuros em todos os aspectos da execução penal, abrangendo desde a administração das prisões até os programas de reintegração social (LEITE, 2019).

Neste contexto, este estudo busca analisar como a educação prisional pode contribuir na ressocialização de pessoas privadas de liberdade.

2 DESENVOLVIMENTO

A importância da educação prisional é significativa devido ao impacto positivo que exerce sobre a sociedade, proporcionando uma série de benefícios, incluindo economia de recursos. A educação prisional ajuda a equipar os detentos com habilidades acadêmicas, vocacionais e sociais que podem aumentar suas perspectivas de emprego após a liberação. Isso reduz a probabilidade de reincidência criminal, diminuindo o número de crimes e, conseqüentemente, contribuindo para a segurança pública.

A educação no sistema prisional, como em qualquer outro contexto, não se limita ao ensino; é, acima de tudo, um processo de desmontar e remodelar ações e comportamentos. Ela envolve indivíduos que vivenciam circunstâncias únicas e oferece a oportunidade de decifrar a sua própria realidade, compreender as origens e implicações de suas ações que resultaram na prisão (ONOFRE e JULIAO, 2013).

A educação prisional se alinha com princípios de reabilitação e justiça restaurativa, ajudando os indivíduos a entender o impacto de seus atos e a buscar formas de reparação.

Portanto, a educação se apresenta como um caminho para a compreensão da vida, capacitando as pessoas a desmontar e reconstruir suas ações e comportamentos com abordagens aprimoradas, sem se tratar de reprimir a personalidade ruim e construir um indivíduo que simplesmente se ajuste às normas de convivência (ONOFRE e JULIAO, 2013)

Por meio do acesso à educação, os detentos podem desenvolver autoestima, confiança e um senso de propósito, tornando mais fácil para eles se reintegrarem na sociedade de forma construtiva. Os programas de educação prisional não apenas aumentam as habilidades acadêmicas, mas também ajudam os detentos a desenvolver habilidades sociais, como comunicação, resolução de conflitos e pensamento crítico.

Na Constituição Federal do Brasil de 1988, o artigo 205 estabeleceu a educação como um direito universal e uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e a família. Isso visa preparar os cidadãos para a participação na sociedade e para o mercado de trabalho. Além disso, o artigo 5º, caput, reforça a igualdade perante a lei, sem discriminação de qualquer tipo. Portanto, a Constituição demonstrou claramente a intenção de promover a educação em todo o país, sem distinção de raça, gênero, cor ou religião (BRASIL, 1988).

Portanto, esses artigos evidenciam que o direito à educação deve ser aplicado igualmente às pessoas que estão privadas de liberdade, sendo importante destacar que as leis penais do Brasil não estabelecem qualquer proibição explícita à oferta de educação nas unidades prisionais.

A participação em programas educacionais muitas vezes está relacionada a um comportamento mais positivo dentro das prisões. Detentos engajados em atividades educacionais estão menos propensos a serem envolvidos em incidentes disciplinares. A educação também pode servir como um mecanismo para aliviar as tensões nas prisões, uma vez que fornece uma oportunidade para o autodesenvolvimento e a ocupação produtiva.

A educação prisional pode resultar em economias a longo prazo, uma vez que reduz a taxa de reincidência. Isso diminui a demanda por prisões superlotadas, recursos de aplicação da lei e serviços de justiça criminal. A educação prisional oferece uma oportunidade para enfrentar e reduzir disparidades sociais e raciais, uma vez que muitos detentos têm origens desfavorecidas.

Nesse contexto, a Lei de Execução Penal (LEP) Nº 7.210, em seu Artigo 17, estabelece que a assistência educacional inclui tanto a instrução escolar quanto a formação profissional para os presos e internados. Isso reflete a intenção do legislador de utilizar a educação como uma forma construtiva de ocupação durante o cumprimento da pena (LEP, 1984).

Ainda, a educação prisional desempenha um papel crucial na transformação de vidas, reduzindo a reincidência e proporcionando benefícios que se estendem muito além

das paredes da prisão, contribuindo para uma sociedade mais segura e justa, além de gerar economia de recursos públicos.

Isso se torna ainda mais evidente quando examinamos o Artigo 126 da LEP, que autoriza os condenados cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto a "reduzir" uma parte do tempo de sua sentença através de trabalho ou estudo. Isso demonstra que a participação em atividades educacionais pode ser empregada como um meio para encurtar a duração de uma pena de prisão (LEP, 1984).

No cenário atual da educação nas prisões, podemos destacar desafios e necessidades. No entanto, as leis e diretrizes nacionais oferecem oportunidades para uma política pública educacional que se integre à execução penal.

Através da perspectiva dos detentos, fica evidente que a educação escolar está estreitamente ligada à obtenção de vantagens no ambiente prisional, como a redução da pena. Além disso, a educação está diretamente relacionada ao acesso a oportunidades de emprego, contribuindo para o crescimento pessoal e a integração social, contrariando o estigma associado à prisão (OLIVEIRA, 2013).

No entanto, muitos detentos percebem a educação de forma pragmática, sem reconhecê-la como um direito fundamental, o que dificulta a defesa desse direito. Isso ressalta a importância de uma abordagem mais integrada da educação prisional em conjunto com outras políticas prisionais para promover uma visão abrangente e fortalecedora da educação. Entre os vários aspectos destacados pelos participantes da pesquisa, fica claro que a educação escolar nas prisões oferece uma oportunidade de aprendizado que, ao mesmo tempo, preenche o tempo e resulta em benefícios relacionados ao cumprimento da pena (OLIVEIRA, 2013).

É dever do Estado promover iniciativas que fortaleçam e supervisionem políticas públicas, assegurando a igualdade de direitos humanos básicos para todos, inclusive aqueles que estão privados de liberdade. Essas políticas devem ser evidentes na vida diária das prisões, transformando essas instituições em ambientes de aprendizado, e a educação desempenha um papel central nesse processo. A abordagem educacional não deve se limitar ao ensino formal nas escolas, mas deve abranger as experiências educativas que ocorrem na vida cotidiana das pessoas, derivadas de suas interações com outras pessoas e com o ambiente ao seu redor (ONOFRE e JULIAO, 2013).

Elaborar políticas públicas para a educação em ambientes prisionais requer levar em consideração a singularidade desses espaços, que operam sob regras rígidas destinadas a manter a segurança, e os desafios específicos enfrentados pelos indivíduos detidos ali.

Estamos falando de homens e mulheres a quem, ao longo de suas vidas, foram negados direitos humanos fundamentais (ONOFRE e JULIAO, 2013).

A realidade do sistema prisional brasileiro está longe de ser adequada, dadas as condições cruéis e desumanas enfrentadas pelos detentos. Essa situação constitui uma violação da dignidade humana, um princípio supremo consagrado na Constituição do Brasil. Em um ambiente tão hostil e desumano, o processo de reintegração social não se mostra eficaz. Contudo a educação aliada a implementação de programas de aprendizado pelo Estado nas prisões enfrenta obstáculos significativos, mas unidos podem ser uma ferramenta vital para restaurar a confiança, a fé e a esperança das pessoas privadas de liberdade (SERRADO *et al.*, 2022).

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que a educação prisional é a oportunidade que os detentos têm de reconstruir suas ações e comportamentos, adquirindo habilidades sociais, autoestima e um propósito de vida. Por meio da educação, eles podem se tornar cidadãos produtivos e reintegrados, diminuindo as taxas de reincidência criminal e contribuindo para uma sociedade mais inclusiva.

A promoção da educação prisional deve ser uma prioridade, não apenas como um meio de reabilitação, mas como um direito humano fundamental. É fundamental que o Estado e a sociedade se unam para superar essas dificuldades e promover a educação como parte integrante do processo de ressocialização.

4 REFERÊNCIAS

BEZERRA, E. C. *et al.* **Manual de Orientação para Inclusão de Alunos em Privação ou Restrição de Liberdade no Ensino Superior via Ead (livro eletrônico)** – Natal: IFRN, 2020. 52p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988.

CRAVEIRO, A. V.; REIS, D. Z. G. **Violência, criminalidade e tráfico de drogas: uma realidade vivenciada por adolescentes em conflito com a lei**. VII Seminário do Centro de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Cascavel, PR. 7p. 2009.

HERKENHOFF, J. B. **Crime tratamento sem prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEP. **Lei De Execução Penal** Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 1984.

LEITE, J. H. S. **Panorama do Sistema Prisional no Brasil**. Trabalho de conclusão de curso (Tecnólogo) Universidade Federal da Paraíba. 2019.

OLIVEIRA, C. B. F. **A educação escolar nas prisões: uma análise a partir das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia (MG)**. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 4, p. 955-967, out./dez., 2013.

ONOFRE, E. M. C.; JULIÃO, E. F. **A educação na prisão como política pública: entre desafios e tarefas**. Educ. Real. [on-line]. 2013, vol.38, n.01, pp.51-69. ISSN0100-3143.

SERRANO, P. J.; SANTOS, R. P.; SILVA, S. F. **Sistema Prisional Brasileiro e a Educação como Instrumento de Ressocialização do Preso**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 38, n. 2, p. 265–278, 2022.

AUDITORIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

KAROLYNE COLINO SANTANA:

Bacharela em Direito. Assessora de Magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco⁴⁴³.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o instrumento da auditoria ambiental de forma ampla, ponderando acerca de seu surgimento e implantação no sistema brasileiro. Além disso, visa discorrer sobre suas modalidades com enfoque nas regras procedimentais que possibilitam sua aplicação e produção efeitos na esfera de proteção e conservação do meio ambiente, com vistas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Auditoria. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Proteção ambiental.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the environmental audit instrument in a broad way, considering its emergence and implementation in the Brazilian system. Furthermore, it aims to discuss its modalities with a focus on the procedural rules that enable its application and production of effects in the sphere of environmental protection and conservation, with a view to realizing the right to an ecologically balanced environment.

KEYWORDS: Audit. Right to an ecologically balanced environment. Environmental protection.

1. INTRODUÇÃO

A auditoria ambiental é um importante instrumento de gestão ambiental que ocupa grande espaço no contexto atual. Este destaque pode ser atribuído à preocupação e importância que a proteção ao meio ambiente vem ganhando nos últimos anos, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

Além disso, há uma necessidade de solucionar os riscos e problemas ambientais causados por parte das empresas, que frequentemente apresentam desvios no

443 E-mail: karolcolino@hotmail.com

cumprimento das normas padronizadas.

Tal fato fez surgir a necessidade de maior fiscalização e adoção de parâmetros que se destinem a corrigir tais erros e com isso melhorar o desempenho ambiental, e a auditoria ambiental se presta justamente a realizar esse objetivo.

2. DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu demasiada importância ao meio ambiente. De acordo com o art. 225, "caput", da Magna Carta, *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."*

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atingiu a qualidade de direito fundamental de terceira dimensão, de modo que foi estatuído que todos têm o dever de colaborar com a sua proteção.

Nessa perspectiva, existem inúmeras normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam uma série de instrumentos para concretizarem desse direito.

Um dos instrumentos de proteção ambiental é a auditoria ambiental. Como mecanismo autônomo, surgiu por volta de 1970 nos Estados Unidos, constituindo-se como imposição das agências regulamentadoras após a ocorrência de alguns acidentes ambientais graves. Assim, ela tinha o principal propósito de verificar o cumprimento da legislação ambiental por parte das empresas.

Inicialmente, era considerada por estas como um meio de gerenciamento através do qual seria possível diagnosticar de forma antecipada os eventuais problemas causados por suas atividades, prestando-se ainda a minimizar custos com planejamento, correções e reivindicações.

Posteriormente começou a ser usada na Europa pelas filiais de empresas norte-americanas, onde a primeira auditoria foi documentada no ano de 1985 na Holanda. Por conseguinte, a prática foi se disseminando até outros países da Europa também por influência dos americanos.

No Brasil, também pela mesma ingerência, foram surgindo as primeiras auditorias na década de 90, que tiveram como base a legislação de alguns estados e municípios.

A auditoria ambiental pode ser entendida como um mecanismo de variados propósitos, destinada a análise e conferência de fatos realizados no âmbito das empresas,

visando identificar e documentar suas práticas positivas e negativas em relação ao meio ambiente, focando principalmente nos impactos ambientais.

A doutrina, bem como os regulamentos que tratam do tema, apresenta variados conceitos para a auditoria ambiental, inclusive, Frederico Amado em sua obra Direito Ambiental Esquemático a conceitua como "um processo de avaliação do sistema de gestão ambiental de uma empresa, podendo tomar como parâmetro a legislação ambiental, normas convencionais ou mesmo a política interna ambiental instituída pela respectiva pessoa jurídica."

Já a Norma NBR ISO 14.010 - que trata dos princípios gerais de auditoria ambiental define Auditoria Ambiental como sendo:

"processo sistemático e documentado de verificação, executado para obter e avaliar, de forma objetiva, evidências de auditoria para determinar se as atividades, eventos, sistemas de gestão e condições ambientais específicos ou as informações relacionadas a estes estão em conformidade com os critérios de auditoria e para comunicar os resultados deste processo ao cliente".

Ademais, devido as suas peculiaridades, não é possível estabelecer um conceito único e imutável, já que variam de acordo com as técnicas e metodologias adotadas em razão empresa auditada. Em razão de suas peculiaridades, cada setor econômico e cada empresa elege os critérios e os objetivos que devem ser atingidos com a auditoria.

Todavia, embora não haja uma definição única de auditoria ambiental é possível estabelecer uma classificação das suas principais aplicações:

a) auditoria privada utilizada como mecanismo de uso interno das empresas; chamadas de auditorias internas (sistema de gestão ambiental).

b) auditoria privada utilizada como instrumento de uso externo por terceiros interessados no desempenho ou nas condições ambientais das empresas e propriedades, tais como: investidores, compradores, instituições financeiras ou de seguros e a comunidade afetada por determinado empreendimento ou atividade. Chamadas auditorias externas, são realizadas, necessariamente, por auditores independentes externos à organização, com resultados avaliados por terceiros, como organização de certificação (sistema de gestão ambiental).

c) auditoria pública utilizada como via de ações de controle pelo poder público. Realizada

pelas empresas, porém são conduzidas e determinadas por órgãos públicos.

Ainda, o setor privado faz uso de sete tipos de auditoria ambiental:

1. Auditoria de Conformidade Legal (Compulsória): avalia a adequação da empresa às normas ambientais aplicáveis a sua área de atuação.
2. Auditoria de Avaliação de Desempenho: tem como objetivo avaliar a empresa com base em indicadores ambientais;
3. Auditoria de Descomissionamento: busca a apuração de riscos para a população ou o meio ambiente após o fechamento de algum tipo de indústria;
4. Auditoria de Responsabilidade: investiga a existência de passivos ambientais que podem interferir em um processo de compra e venda de alguma organização;
5. Auditoria de Cadeia Produtiva: feita a em toda a cadeia produtiva de um determinado produto incluindo os serviços relacionados;
6. Auditoria Pós-acidente: Verifica as causas, responsáveis e a possibilidade de recorrência de acidentes ambientais;
7. Auditoria de Sistema de Gestão: objetivam adequar, certificar ou verificar o atendimento da empresa aos requisitos de determinado sistema de gestão ambiental.

Apesar da importância que as auditorias possuem, a legislação pátria ainda é tímida em relação à matéria, inexistindo lei federal que obrigue genericamente as empresas a promoverem periodicamente. O que existe de fato é uma Resolução 306/2002 editada pelo CONAMA, que regula as auditorias no âmbito das indústrias petrolíferas, de gás natural e seus derivados, que vem servindo de parâmetro para as demais ante a lacuna normativa nacional.

Ainda merece ser mencionada a Portaria nº 319/2003 do Ministério do Meio Ambiente, que dispõe acerca dos requisitos relacionados aos auditores responsáveis pela execução desta atividade.

Entretanto, a Constituição Federal estabelece em seu art. 24, VI a competência legislativa concorrente acerca da proteção ao meio ambiente, assim, como inexistente a referida lei geral, os Estados e Distrito Federal possuem a competência legislativa plena regular a matéria, e assim o fez alguns estados, tais como o Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e Espírito Santo.

Assim, de forma geral a normatização das auditorias no Brasil prevista na Resolução nº 306/2002 do CONAMA traz a previsão da realização de auditorias obedecendo à periodicidade de dois ou três anos, que sejam realizadas por auditores externos e preveem que os resultados sejam disponibilizados ao público.

A resolução também estabelece os elementos que devem estar contidos no Plano de auditoria, quais sejam:

- a) **Escopo:** descrição da extensão e dos limites de localização física e de atividades da empresa
- b) **Preparação:** análise e definição dos documentos; previa da instalação auditada; formação da equipe de auditores e suas atribuições; definição da programação e planos de trabalho para execução da auditoria.
- c) **Execução:** inspeções e vistorias nas escalas; consulta previa aos órgãos ambientais competentes a fim de verificar o histórico de incidentes ambientais, inclusive seus desdobramentos jurídicos-administrativos, e dos cadastros ambientais e elaboração de relatório final; entrevistas com os gerentes e os responsáveis pelas atividades e funções das instalações; análise de informações e documentos, dentre outras execuções adotadas

Com isso ao final da fase de execução, a equipe de auditoria deverá elaborar **relatório**, devendo conter:

- a) A adequação, se existente, da Política Ambiental e do Sistema de Gestão Ambiental da empresa ou atividade;
- b) A adequação do Programa de Treinamento e Capacitação Técnica dos responsáveis pela operação e manutenção dos sistemas, rotinas, instalações e equipamentos de proteção ao meio ambiente;
- c) O grau de conscientização dos trabalhadores e pessoas envolvidas em relação aos impactos ambientais gerados pela empresa ou atividade;
- d) O atendimento ao que dispõe as legislações federais, estaduais e municipais de proteção ao meio ambiente, a ela aplicada;
- e) O tipo e a validade da licença ambiental existente e o cumprimento das restrições e exigências nela contida;

f) Os impactos positivos e negativos que a atividade da empresa auditada está causando em seu interior e em sua área de influência, contemplando tipo de impacto, localização, causas, consequências e padrões violados;

g) A existência e funcionalidade do plano de Gerenciamento de Riscos, incluindo os Planos de Contingência para evacuação e proteção dos trabalhos e das pessoas envolvidas com a atividade e para a população situada na sua área de influência, conforme avaliação;

h) Os danos qualitativos e quantitativos obtidos através do monitoramento das emissões de contaminantes e produção de resíduos, bem como, os fluxogramas e "layout" localizando as irregularidades encontradas;

i) As condições de operação e de manutenção das unidades ou equipamentos de controle da poluição e de prevenção de acidentes;

j) As condições de manipulação, estocagem e transporte de matérias-primas e produtos potencialmente poluidores;

k) A redução, reuso, reciclagem, tratamento, transporte e disposição adequada de resíduos.

O Relatório de Auditoria Ambiental (RAA) contemplará ainda as propostas de otimização dos planos, programas e sistemas de gestão ambiental para a garantia da qualidade ambiental do empreendimento e o meio sobre o qual influencia.

A diretriz em comento destaca ainda que o **plano de ação** a ser discutido e aprovado com a administração do empreendimento conterà:

a) Ações corretivas e preventivas a serem implantadas vinculadas aos impactos e irregularidades identificadas na Auditoria Ambiental;

b) Cronograma físico de execução de medidas de controle e recuperação;

c) Definição de responsabilidades internas na implementação das ações propostas;

d) Alterações nos Planos, Programas e no Sistema de Gestão Ambiental, quando existente, avaliados na Auditoria Ambiental;

e) Informações quanto ao cumprimento das medidas sugeridas nas Auditorias Ambientais anteriores, se existentes.

Por último, a diretriz traz o elenco das empresas que estão obrigadas a realizarem as auditorias ambientais, obedecendo a periodicidade de um ano, bem como proíbe que essas auditorias sejam realizadas por profissionais internos e autoriza os órgãos ambientais a determinar a realização por intermédio de auditores independentes, sempre que julgar necessário. Prevê ainda que os auditores podem ser penalizados por omissão ou sonegação de informações, cuja pena culminará com o descredenciamento pelo período de dois anos.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que a auditoria tem como finalidade mediata e primordial a proteção ao meio ambiente, objetivo este que ainda se mantém nos seus propósitos. Apesar de ter ganhado novas tendências, ela continua sendo um bom instrumento para melhorias da gestão ambiental, promovida por ações do Poder Público junto com as empresas.

Todavia, mesmo diante de tal valia, percebe-se que esfera normativa brasileira ainda é tímida com relação ao assunto. Assim, é clara a necessidade de uma maior discussão por parte do legislativo a fim de que esse instituto, que já desempenha um papel tão importante, estenda seu leque de atuação, prestando-se cada vez de forma mais eficaz à proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 14010**: diretrizes para a auditoria ambiental - princípios gerais. Rio de Janeiro: ABNT, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2023.

_____. Resolução do CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente n. 306, de 05/07/2012. Brasília: Senado Federal, 2002.

MACHADO, Paulo A. Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23.ed. São Paulo. Malheiros, 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS DO MPE E ENTRE ÓRGÃOS DO MPE E MPF E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF

GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (graduado). Pós-Graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ. Advogado⁴⁴⁴

Resumo: O objetivo do presente artigo é esmiuçar o caminho percorrido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de decidir a competência para decisão a respeito do conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público de diferentes estados ou entre órgãos do Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal, bem como seus motivos. Sabe-se que em um primeiro momento entendia-se ser competência do Superior Tribunal de Justiça, após passou-se a defender ser competência do Supremo Tribunal Federal. Em um terceiro instante, prevaleceu a competência do Procurador Geral da República – PGR, até chegarmos aos dias atuais, tendo sido escolhido o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Palavras-chave: Conflito de Atribuições – Ministério Público – Superior Tribunal de Justiça – Supremo Tribunal Federal – Procurador Geral da República – Conselho Nacional do Ministério Público

Sumário: Introdução. 1. Conflito de Atribuições. 1.1. Conceito. 1.2. Espécies. 2. Evolução Jurisprudencial. 2.1. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 2.2. Supremo Tribunal Federal – STF. 2.3. Procurador Geral da República – PGR. 2.4. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Abstract: The objective of this article is to scrutinize the path taken by the jurisprudence of the Federal Supreme Court in order to decide the jurisdiction to decide regarding the conflict of attributions between bodies of the Public Ministry of different states or between bodies of the State Public Ministry and the Federal Public Ministry, as well as their reasons. It is known that at first it was understood to be the jurisdiction of the Superior Court of Justice, after which it was argued that it was the jurisdiction of the Federal Supreme Court. In a third moment, the competence of the Attorney General of the Republic – PGR prevailed, until we reach the present day, with the National Council of the Public Ministry – CNMP being chosen.

444 E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

Keywords: Conflict of Attributions - Public Ministry - Superior Court of Justice – STJ - Federal Supreme Court – STF - Attorney General of the Republic – PGR - National Council of the Public Ministry - CNMP

INTRODUÇÃO

A jurisprudência dos Tribunais Superiores até 2020 foi vacilante ao decidir a respeito da competência para decidir conflito de atribuições envolvendo membros de diferentes Ministérios Públicos estaduais e entre membro do Ministério Público Estadual e membro do Ministério Público Federal.

Em razão disso, até 2005 o posicionamento que vigorava até então era no sentido de conferir a competência ao Superior Tribunal de Justiça, visualizando-se nada mais do que um conflito virtual de competência.

Após, de 2005 a 2016, o passou-se a defender de que a competência seria do Supremo Tribunal Federal, uma vez haver, na verdade, conflito entre diferentes unidades da federação.

Já entre 2016 e 2020, o STF passou a decidir que a competência deveria ser do Procurador Geral da República – PGR, entendendo que o conflito de atribuição não teria natureza jurisdicional, mas administrativa, razão pela qual deveria ser tratado *interna corporis*.

Por fim, desde 2020, houve uma mudança de entendimento, conferindo ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP tal mister.

Dentro desse cenário, o presente artigo buscará esmiuçar os motivos e críticas para cada posicionamento em determinada época, além de expor as razões pelas quais o CNMP é considerado hoje como o órgão competente para tal função.

1. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

1.1 Conceito

O conflito de atribuições pode ser conceituado como o procedimento incidental que visa dirimir a controvérsia entre dois ou mais órgãos do Ministério Público acerca da responsabilidade ativa para a condução de um determinado ato.

Antes de aprofundarmos o conceito, é importante ressaltar sua diferença para o conflito de competência. Este ocorre quando dois órgãos jurisdicionais divergem sobre

quem deverá julgar uma causa. Como bem ressalta Marcio André Lopes⁴⁴⁵, só existe conflito de atribuições se a divergência ficar restrita aos membros do Ministério Público. Se houver pronunciamento dos juízes, encampando ou não as teses levantadas pelo Parquet, aí eles estarão discordando entre si e teremos, no caso, um "falso conflito de atribuições" (expressão cunhada por Guilherme de Souza Nucci), pois, na verdade, o que temos é um conflito entre dois juízes, ou seja, um conflito de competência.

Assim, o conflito de atribuições é semelhante ao conflito de competência, o que difere é que neste há pelo menos uma autoridade jurisdicional envolvida.

Há de se ressaltar crítica doutrinária pertinente ao Código de Processo Penal – CPP (arts. 113 a 117), que se refere ao conflito de competência como "conflito de jurisdição", expressão tecnicamente incorreta, pois se a jurisdição é una, não há conflito entre ela. Na realidade, o conflito é sobre a competência para exercer a jurisdição, na medida em que a competência jurisdicional é o limite da jurisdição do juiz, ou seja, é a limitação do poder do juiz de dizer o direito.

Para ilustrar, como exemplo de conflito de competência, pode-se citar o caso clássico referente ao crime de moeda falsa grosseiro e o enunciado de súmula do STJ n.º 73 ("A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual").

Nestes casos, suponhamos que foi instaurado um inquérito policial, que estava tramitando na Justiça Federal, com o objetivo de apurar determinado crime de moeda falsa (Código Penal – CP, art. 289, caput⁴⁴⁶). Ao final do procedimento, o Procurador da República requereu a declinação da competência para a Justiça Estadual, entendendo que não estava presente a hipótese do art. 109, IV, da CF/88447, com base no enunciado de

445 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Conflito de atribuições envolvendo MPE e MPF deve ser dirimido pelo CNMPC. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/21be992eb8016e541a15953eee90760e>>. Acesso em: 03/10/2023

446 "Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04/10/2023.

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

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;"

súmula n.º 73 do STJ. O Juiz Federal concordou com o pedido e remeteu os autos para a Justiça Estadual. O Juiz Estadual deu vista ao Promotor de Justiça, que entendeu em sentido contrário ao Procurador da República e afirmou que havia interesse direto e específico da União que justificasse o feito ser de competência federal, visto que a falsificação não era grosseira. O Juiz Estadual concordou com o Promotor de Justiça e suscitou conflito de competência. Este conflito deverá ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, "d", da CF/88448.

Neste exemplo, os membros do Ministério Público discordaram entre si. Contudo, essa falta de sintonia não ficou limitada a eles e foi também abraçada pelos juízes. Portanto, em último caso, tivemos um conflito de competência, ou seja, um conflito negativo entre dois órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, em algumas situações, os membros do Ministério Público instauram investigações que tramitam no âmbito da própria instituição. Neste caso, em regra, tais procedimentos não são levados ao Poder Judiciário, salvo no momento em que irá ser oferecida a denúncia, ação por improbidade administrativa, ação civil pública etc. ou se for necessária alguma medida que dependa de autorização judicial (ex: interceptação telefônica; indisponibilidade de bens; afastamento preventivo do gestor público).

Dessa maneira, via de regra, os procedimentos de investigação do Parquet tramitarão exclusivamente no âmbito interno da Instituição, e, se houver discordância apenas entre membros do Ministério Público, o conflito não será de competência, mas de atribuição, pois o membro do órgão ministerial não possui competência, exclusiva do magistrado, mas sim atribuição para atuação.

Como exemplo, um Promotor de Justiça instaurou, no Ministério Público Estadual - MPE, procedimento de investigação para apurar danos ambientais no âmbito de um rio, a priori, estadual. Contudo, o Procurador da República também instaurou, no âmbito do Ministério Público Federal - MPF, um procedimento investigatório para apurar exatamente

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04/10/2023.

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

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;"

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04/10/2023.

o mesmo fato. Assim, temos dois membros diferentes do Ministério Público investigando o mesmo fato, em procedimentos que tramitam apenas no âmbito interno, sem que o Poder Judiciário tenha sido provocado. Neste caso, temos um conflito de atribuições. Se, por ventura, descobrir-se posteriormente que o rio, na realidade, é interestadual ou federal, a atribuição para continuar na investigação será do Procurador da República.

1.2 Espécies

De forma similar ao conflito de competência, o conflito de atribuições pode ser positivo ou negativo.

O conflito negativo, mais comum, ocorre quando os órgãos ministeriais entendem que não devem officiar na causa. Já o conflito positivo ocorre quando os membros do Ministério Público entendem que devem officiar na causa.

Feita esta breve introdução, passa-se à análise da evolução jurisprudencial quanto ao conflito de atribuições envolvendo órgão do Parquet estadual e federal (ex: MP/RJ x MPF), bem como entre órgãos de estados distintos (ex: MP/BA x MP/SP).

2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

2.1 Superior Tribunal de Justiça – STJ

Até 2005 defendia-se a ideia, e ainda defende-se⁴⁴⁹, sendo inclusive objeto de propositura legal no novo CPP, do Conflito Virtual de Competência, isto é, como mais cedo ou mais tarde esses órgãos ministeriais irão provocar os respectivos juízos perante os quais atuam, esse conflito de atribuições na verdade é um conflito virtual de competência, pois embora ainda não tenha uma decisão de uma autoridade jurisdicional, virá a ter. Logo, a solução seria trabalhar como se estivessemos diante de um conflito de competência. Nesse sentido, STF – Pet 1.503/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 14/11/2002.

Como exemplo, em um conflito envolvendo um procurador da república que atua perante o juiz federal de RS, enquanto um promotor de justiça que atua perante um juiz estadual de SC, a competência seria do STJ com fundamento no art. 105, I, "d", da CFRB/88, já que haveria um conflito virtual de competência entre juízes vinculados a tribunais

⁴⁴⁹ "Portanto, *de lege ferenda* pensamos que tais conflitos devam ser dirimidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ou, se considerados como *conflitos virtuais de competência*, pelo Superior Tribunal de Justiça, conclusão que nos parece inclusive mais interessante, porquanto, nesse caso, por se tratar de decisão emanada de um órgão jurisdicional superior, ter-se-ia força vinculante em relação aos órgãos jurisdicionais perante os quais atuam os respectivos órgãos ministeriais". LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1239.

diversos, no caso, Tribunal Regional Federal da 4ª Região x Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

2.2 Supremo Tribunal Federal – STF

Posteriormente, entre 2005 e 2016, o STF passou a defender que, na verdade, haveria um conflito entre diferentes unidades da federação, pois não necessariamente os juízes iriam divergir, portanto, não necessariamente haveria um conflito de competência⁴⁵⁰.

A origem se deu exatamente no ano de 2005, em que o promotor da Bahia divergiu do procurador da república em um conflito negativo. Adotada posição anterior, caberia ao STJ resolver a celeuma. Ocorre que os juízes se pronunciaram e entre eles não havia divergência. Dessa maneira, passou-se a entender que não dava pra considerar que sempre que os membros do Ministério Público divergissem, os juízes iriam divergir também.

A partir desse caso, o STF passou a entender que o próprio Supremo teria competência, com fundamento no art. 102, I, "f", da CRFB/88451, uma vez que, no caso citado, o MPF representaria a União e o MPE/BA representaria o Estado da Bahia.

2.3 Procurador Geral da República – PGR

⁴⁵⁰ STF, Pleno, ACO 853/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 004 26/04/2007 e STF, Pleno, ACO 889/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 227 27/11/2008.

⁴⁵¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

Contudo, em 2016, houve uma mudança no entendimento, entendendo ser competência do Procurador Geral da República, posição que vigorou até 2020. Isso porque, o STF passou a entender que a finalidade do 102, I, "f", da CRFB/88 era evitar a cisão da federação, manter a federação unida e o conflito entre Ministérios Públicos não gerava o risco de cisão.

Além disso, o conflito de atribuição não é jurisdicional, mas sim de natureza administrativa, portanto, deveria ser decidido no âmbito ministerial, pelo chefe do Ministério Público. Por fim, argumentou-se que o STF não tinha condições de dar vazão à quantidade de conflitos, o que acabava acarretando a prescrição de inúmeros casos, e o esvaziamento de sua principal função, qual seja, intérprete da Constituição.

A partir disso, o Supremo decidiu que quem deveria resolver esses conflitos de atribuição seria o Procurador Geral da República - PGR, haja vista ser um órgão central do Ministério Público brasileiro (STF, Pleno, ACO 924/ ACO 1.394/ PET 4.706/ PET 4.863, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/05/2016).

Todavia, referido julgado sofreu inúmeras críticas da doutrina, sobretudo por alçar o PGR como chefe dos Ministérios Públicos Estaduais, órgão central do Ministério Público Brasileiro, extrapolando a hierarquia até então restrita ao Ministério Público da União – MPU (Ministério Público Federal – MPF, Ministério Público do Trabalho – MPT, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT e Ministério Público Militar – MPM).

Em verdade, o chefe do Ministério Público Estadual é o Procurador Geral de Justiça eleito pelos membros do referido Parquet estadual. Não há hierarquia do PGR sobre os membros do MPE, ou seja, um promotor do MPE/RJ não está submetido ao PGR. A unidade é horizontal, não tem hierarquia entre MP estadual e MPU, conforme ressalta Renato Brasileiro de Lima⁴⁵²:

“Com a devida vênia ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, não nos parece acertada a conclusão no sentido de que eventual conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados deva ser dirimido pelo Procurador-Geral da República. Ora, como já se manifestou o próprio Plenário do STF,⁷¹ o Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet Estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. Logo, se o Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano

452 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1241.

processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, como se pode admitir a sujeição de Promotores de Justiça dos Estados a uma decisão definitiva do PGR?”

2.4 Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

Nesse cenário de críticas, o STF novamente mudou sua posição e decidiu que cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, órgão central do Ministério Público Brasileiro, tal mister, nos termos do art. 130-A, §2º, incisos I e II, da CRFB/88453.

“A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Assim, no âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente do Ministério Público tem aptidão para a condução de determinado inquérito civil, inclusive porque, nos termos do § 2º do art. 130-A, é sua competência o controle da atuação administrativa do Ministério Público e do cumprimento dos

453 Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, bem como pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, entre eles, aqueles atos que deram ensejo ao conflito de atribuições.

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.”

Por fim, vale ressaltar, que o Poder Judiciário não fica vinculado à decisão do CNMP, sob pena de se permitir que matéria referente à competência seja dirimida de maneira definitiva por órgão diverso que o Poder Judiciário, a quem compete dar a palavra final acerca do assunto⁴⁵⁴.

CONCLUSÃO

Portanto, a partir da pesquisa, pode-se concluir que, muito embora vacilante a respeito do tema, parece-nos que conferir ao CNMP a função de dirimir conflito de atribuições entre órgãos de diferentes Ministérios Públicos Estaduais, bem como entre MPF e MPE, foi a decisão mais acertada, haja vista sua imparcialidade para exercer o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelar pela autonomia funcional e independência da instituição, posição que deverá vigorar a partir de então, potencializando a segurança jurídica.

454 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1241/1242.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 04/10/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 04/10/2023.