BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 952

(Ano XII)

(04/04/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

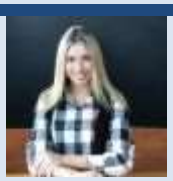
Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O impacto do coronavírus nas relações de trabalho
02/04/2020 | Bianca Canzi, 04.

ARTIGOS

A modulação dos efeitos da decisão em RE 574.706 sob a perspectiva da Fazenda Pública
03/04/2020 | Lucas Valeriano Silva, 05.

O enlace entre a Arte e o Direito: uma análise das vantagens dessa interação a partir do filme Sócrates
03/04/2020 | Oberdan Floriano de Lima, 35.

Literature as Law: uma análise jurídico-literária de o processo de Kafka revelando a linguagem do Direito como mecanismo de poder, estigma e controle social
03/04/2020 | Marianna de Athayde Lima, 52.

Gestão de Contratos de Fábrica de Software no Âmbito da Administração Pública
03/04/2020 | Francisco Canindé da Silva Leite, 73.

Crime de estupro no Brasil: evolução legislativa
02/04/2020 | Daniela Woicieckoski, 82.

O assassino em série e o Direito Penal brasileiro
02/04/2020 | Marcelo Alff Veneziani, 100.

Responsabilidade civil do Estado frente à violência contra as mulheres
02/04/2020 | Monise Lara Girardi, 122.

Bem de família: Uma discussão sobre a diferença entre o regime legal e o convencional
02/04/2020 | Jana Aparecida Pereira Lopes, 139.

Da exigência de prejuízo nas nulidades do processo penal brasileiro

01/04/2020 | Isabelle Maximiano Rogério, 149.

A influência da eugenia no desenvolvimento do Direito Penal Internacional
01/04/2020 | Matheus Gomes Sano, 165.

Ética profissional do advogado
01/04/2020 | Larissa Arrones Ferrari, 178.

Protagonismo feminino no setor jurídico e desafios da sociedade atual
01/04/2020 | Agnes Laís de Oliveira dos Anjos, 196.

O reexame necessário no julgamento da ação de improbidade administrativa
31/03/2020 | João Daniel Correia de Oliveira, 203.

Responsabilização penal por erro médico
31/03/2020 | Ariane Eduarda Carvalho de Oliveira, 223.

Embargos de Terceiro
31/03/2020 | Cleiton Aparecido de Assis Aranon, 239.

Imigração no mundo globalizado: globalização, imigração, emigração e seus efeitos
31/03/2020 | Claudinei Marques Domingo, 254.

Os principais aspectos da matrícula no Direito Registral
30/03/2020 | Natália Cravo Lázaro Monteiro, 270.

Inquérito Policial e sua relação com as garantias fundamentais
30/03/2020 | Flavia de Albuquerque Silva, 275.

A Escola de Frankfurt e a liberdade como garantia
30/03/2020 | Monize Flávia Pompeo, 284.

Usucapião: Usucapião e suas espécies
30/03/2020 | Mônica de Almeida Borges, 305.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

BIANCA CANZI: advogada especialista em Direito do Trabalho do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

O coronavírus, além de afetar a saúde de milhares de pessoas, também está influenciando na economia global. E a relação do empregado e empresa não ficou de fora. O vírus que já matou pessoas no mundo todo atinge áreas industrias, centros empresariais e regiões agrícolas. Casos novos de pessoas infectadas surgem a cada instante. Atualmente, há mais de 20 casos confirmados no Brasil, além de mais de 600 suspeitas.

Diante do contexto atual, os empregadores devem tomar as precauções necessárias para evitar a contaminação em massa dos funcionários. Assim, empresas pelo mundo já tiveram seus expedientes encerrados ou alterados, inclusive no Brasil, após a descoberta de funcionários infectados. Também tiveram a iniciativa de permitir o trabalho remoto, onde os funcionários trabalham de casa, evitando ao máximo a exposição e aglomeração de pessoas.

Quanto às viagens a trabalho, caso o empregador determine viagens para áreas de risco de contaminação, o empregado poderá se recusar a fazer o deslocamento, sem prejuízo algum na relação de emprego. Havendo insistência do empregador, o empregado poderá requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo prevista essa possibilidade no artigo 483, alínea c, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

No Brasil, a lei responsabiliza o empregador que colocar o funcionário em risco, ou seja, caso envie o empregado para trabalhar em um lugar atingido por uma forte epidemia, e este, seja contaminado, além da empresa ter que custear todo o tratamento, também terá que indenizá-lo por danos morais e materiais.

Por fim, é importante saber que, em caso de expatriados que estejam trabalhando regularmente no epicentro da epidemia, os trabalhadores poderão pedir a repatriação, conforme previsto na Lei 7.064/82.

Fica claro, pois, que neste momento, a vida do funcionário deve ser preservada, assim, caso o funcionário se sinta desamparado e lesado por seu empregador, é importante que procure um advogado para regular a situação e evitar riscos de contaminação. Esse é o papel da legislação trabalhista e o que sempre deve ser garantido pelo Poder Judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM RE 574.706 SOB A PERSPECTIVA DA FAZENDA PÚBLICA

LUCAS VALERIANO SILVA: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES UNITA. Cumpriu estágio profissional no escritório de advocacia empresarial – Henrique Oliveira Advocacia Empresarial, com ênfase em planejamento tributário e empresarial. Cumpriu estágio na Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Caruaru – PE. Advogado. Pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a questão da modulação dos efeitos da decisão no Recurso Extraordinário de nº 574.706, sob a perspectiva da Fazenda Pública. Tal questão é derivada de longa discussão no Supremo Tribunal Federal a respeito da desvinculação do ICMS nos tributos do PIS e da COFINS, sob o enfoque doutrinário. O recorte temático possui conjuntura moldável conforme a área a ser estudada; porém, na temática ora apresentada, este recorte estará fixo na pauta do controle de constitucionalidade, mais especificamente na modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, tema eminentemente constitucional. Com a publicação do acórdão em 2017, a incidência do tributo torna-se questão superada e o grande protagonista do caso passa a ser a concessão de efeitos diferidos no tempo. Neste sentido, é relevante problematizar qual a modulação dos efeitos a ser adotada, sob a ótica da Fazenda Pública, em conformidade com a segurança jurídica, almejando-se, assim, a capacidade de delinear satisfatoriamente o problema de pesquisa e expor a alternativa adequada ao caso em concreto. Sob o exame minucioso dos aspectos relacionados ao controle difuso-concreto de constitucionalidade, busca-se subsidiar juridicamente a tese constante do artigo. Ademais, outros diplomas normativos tendem a complementá-la. Sem dúvida, o presente debate é extremamente relevante diante do cenário atual e do impacto social e jurídico que a decisão supramencionada trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: RE 574.706. Modulação. Controle Difuso. Eficácia Prospectiva.

ABSTRACT: This article aims to analyse the modulation of the effects of the Extraordinary Appeal №. 574,706, from the Public Treasury's perspective. This issue is derived from a long discussion in the Supreme Court regarding the ICMS dissociation of the PIS and COFINS taxes, from a doctrinal perspective. The thematic cut has moldable conjuncture according to the area to be studied. However, in the subject presented here, this cut will be fixed in the Constitutional Control agenda, more specifically in the temporal modulation of the effects of the judicial decision,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

an eminently constitutional issue. With the publication of the judgment in 2017, the incidence of taxes becomes an issue to be overcomed and the main protagonist of the case becomes the granting of effects deferred over time. In this sense, it is relevant to question the modulation of the effects to be adopted, from the perspective of the Public Treasury, in accordance with legal certainty, Thus, aiming at the ability to satisfactorily delineate the research problem and expose the appropriate solution to the specific case. Under the scrutiny of the aspects related to the Diffuse Control of Constitutionality, we seek to legally support the thesis in the article. In addition, other normative diplomas must complement it. Undoubtedly, this debate is extremely relevant given the current scenario and the social and legal impact that the decision has brought to the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Supreme Court. RE 574.706. Modulation. Diffuse Control. Prospective.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Controle Difuso Concreto e o seu Iter Procedimental ao STF. 2.1. Panorama Geral e Análise Incidental. 2.2. O Controle Difuso na Suprema Corte. 2.3. A Teoria da Objetivação do Controle Difuso. 3. A Modulação dos Efeitos como Consectária do Controle Difuso Concreto no STF. 3.1. O Controle de Constitucionalidade e a Congruência dos seus Institutos. 3.2. A Dicotômica Atuação do Senado Federal. 4. A Fazenda Nacional e o Recurso Extraordinário nº 574.706. 4.1. A Desvinculação da Alíquota de ICMS nos tributos do PIS e da COFINS, uma Breve Elucidação. 4.2. As Reais Implicações da Decisão para a Fazenda Nacional. 4.3. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia Prospectiva como Propulsores da Segurança Jurídica. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O início dos estudos sobre a modulação deu-se a partir do momento em que a Suprema Corte Brasileira proferiu decisão acerca de discussão pendente de tomada de posição desde a década de 1990, cuja implicação versava sobre a mudança na base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706).

Com o passar dos anos, iniciou-se a discussão sobre a possibilidade da desvinculação do ICMS na fórmula dos dois tributos acima referidos. Somente no ano de 2017 é que restou definida a questão. Por maioria dos votos, o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Ora, a partir do mencionado marco tem-se importante questão a ser discutida em âmbito jurídico-constitucional, a respeito da modulação dos efeitos da decisão em RE 574.706.

A relevância temática posta acima aborda vários aspectos em sede de Direito material e Direito processual, seja na área Econômica, Financeira, Constitucional ou

Tributária. Porém, há de salientar que o presente estudo se limita tão somente à análise da modulação dos efeitos da respectiva decisão, questão eminentemente constitucional e, de forma subsidiária, serão abordados aspectos financeiros e tributários. Portanto, demais aspectos noutras áreas de estudo deverão ser abordados em oportunidades futuras.

Como metodologia de pesquisa, será utilizada o estudo de caso, cumulado com o método indutivo e com a pesquisa qualitativa.

Inicialmente, a partir de análise cronológica, mais precisamente em 2007, foi suscitada a presente questão por uma empresa residente no Estado do Paraná. O processo chegou à pauta do STF em 2007 e teve a sua Repercussão Geral reconhecida no ano de 2008 (RE-RG 574.706/2008). Constata-se facilmente, pois, a relevância do caso ante o reconhecimento do instituto da Repercussão Geral de pronto, logo após o caso entrar em pauta no STF. Somente em 2017 a demanda foi julgada.

Em síntese, o problema elencado versou em fomentar questionamento à Suprema Corte a respeito de o ICMS destacado nas notas de vendas de mercadorias ou serviços integrar o conceito de faturamento, para fins de cobrança do PIS e da COFINS.

Por mais insigne que pareça, no decorrer do trâmite processual não existiu o requerimento da modulação dos efeitos da decisão. Em sendo a ausência do referido pedido de modulação falha ou não, há de salientar a sua consequência no mundo jurídico: a não elucidação da matéria quanto aos seus efeitos.

Em análise teórica e prática, a abordagem da matéria não pode ser analisada de forma dissociada do controle de constitucionalidade, especialmente por se tratar a decisão em voga de exercício constitucional do controle difuso concreto.

São vários os corolários dados em virtude desta decisão judicial. Se observada a questão face a situação do contribuinte, poderá ser levantada a justificativa de restituição das alíquotas tributárias efetivamente pagas; já no tocante ao Governo, o montante que deixará de ser arrecadado. Com relação à segurança jurídica, a análise da modulação dos efeitos judiciais será de perfeito cabimento diante da necessidade de atestar a legalidade do ato no tempo.

Tendo em vista a questão material abordada, no tocante à não aplicação da alíquota de ICMS nas operações do PIS e da COFINS, já ter sido efetivamente decidida e formalizada, o estudo direciona-se à questão constitucional dos efeitos diferidos da decisão. Desta forma, a escusa da densa análise do Direito Tributário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em espécie não se refere tão somente à opção por não tratar da matéria no estudo, mas também por esta já restar definida judicialmente.

Há a insurgência de um estudo detalhado sobre qual o panorama a ser seguido como consequência desse marco jurisprudencial ocorrido no STF. Desta forma, é relevante a análise da viabilidade de atribuição de um dos mais variados efeitos normativos, quais sejam: retroativos, imediatos ou prospectivos. Tudo isto está intrinsecamente correlacionado com os aspectos da segurança jurídica e do interesse social. Somente com uma análise detalhada sobre cada provável consequência a acontecer é que a tomada por uma ou outra forma de modulação será mais segura e prudente para todos os interesses em jogo, quaisquer que sejam.

A magnitude do estudo surge a partir desta análise. Assim, a escolha dos efeitos a serem produzidos e a sua abrangência trata-se não apenas de questão meramente formal, mas também de imperativo social. As mais variadas consequências sociais podem justificar a relevância do estudo de caso, tendo em vista que o veredito afasta abruptamente a vinculação de uma alíquota há muito tempo aplicada nas relações de serviço e consumo.

Por fim, a análise científica da decisão em pauta, subsidiada de argumentos constitucionais, legais e técnicos, tem por fim esclarecer o contexto fático e jurídico, bem como buscar formar opinião sobre o melhor meio para conceder os efeitos diferidos no tempo para a decisão em análise.

2. O CONTROLE DIFUSO CONCRETO E O SEU ITER PROCEDIMENTAL AO STF

2.1 PANORAMA GERAL E ANÁLISE INCIDENTAL

O controle difuso concreto, por se mostrar instrumento do exercício do poder declaratório de inconstitucionalidade de uma norma por qualquer juiz de piso ou tribunal, torna-se, certas vezes, figura ineficiente no ordenamento jurídico pátrio.

A concretização legal deste poder de declarar normas inconstitucionais por juízes de base constitui, *a priori,* comando normativo bastante coeso e seguro a partir do momento em que traz um verdadeiro sentido democrático à jurisdição do controle de constitucionalidade. Malgrado, vislumbra-se a inviabilidade de tal domínio tornar-se factual de acontecer diante do receio de os magistrados de piso (estaduais ou federais) prolatarem *decisum* com cargas declaratórias de inconstitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade na criação de precedentes, o dimensionamento da decisão prolatada e a insegurança em ter a responsabilidade de declarar a inadequação de ato normativo com a Constituição Federal são alguns dos motivos determinantes para a privação mencionada.

Assim, a característica de amplitude democrática exarada pelos dispositivos normativos do controle difuso brasileiro (Decreto nº 848/1890 e Constituição de 1891), ou seja, a possibilidade de conceder aos tribunais e juízes de base a possibilidade da decretação de inconstitucionalidade, parece eficaz apenas no campo ideológico e não no prático.

Este tipo de controle impõe ao juízo *a quo* a profunda tarefa de uma hermenêutica jurídica sistemática, buscando compreender a Constituição como um todo e não os seus artigos de forma dissociada, certo de que o julgamento é com base em um litígio concreto e não sobre a lei abstratamente, como ocorre no controle concentrado.

Essa possibilidade de os juízes serem capazes de declarar a inconstitucionalidade das normas poderia ser vista, em rápida distração, como uma tentativa de desafogar o Supremo Tribunal Federal das inúmeras ações que o abarrotam. Ora, se toda atividade de atribuir constitucionalidade ou inconstitucionalidade fosse direcionada somente ao STF, os jurisdicionados não teriam respostas em tempo hábil. Porém, tendo em vista que as normas relativas ao controle difuso terem sido promulgadas antes do dispositivo normativo do controle concentrado, não deve prosperar tal afirmação. Frise-se que, quanto à disposição constitucional, o controle difuso instaurou-se com a Constituição Republicana de 1891 e o controle concentrado com a Constituição de 1946.

Hodiernamente, diante da abstenção de os juízes de primeiro grau assumirem a inconstitucionalidade de qualquer diploma, mesmo que fundamentadamente, a matéria acaba esvaindo-se à Suprema Corte. Assim, o sentido do instituto aparentemente decai aos poucos.

Noutra banda, é juridicamente arriscado falar sobre uma provável decadência no uso do instituto do controle difuso concreto, tendo em vista haver uma constante vicissitude deste.

A questão da inconstitucionalidade motivante do instrumento difuso concreto não pode ser julgada como questão principal, dado que estaria sendo deturpado o mister da Suprema Corte. Somente esta última pode julgar, em controle concentrado, a inconstitucionalidade como questão principal, pois há a incumbência de julgamento com base na norma abstratamente e não em um litígio *in concreto*. Por não ser questão primordial, consequentemente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não fará coisa julgada no controle difuso concreto.

Diante da elucidação acima, cabe taxar o referido controle como um *incidenter tantum*, preocupando-se majoritariamente com a questão objeto do litígio, para depois, incidentalmente, decretar a validade ou não da norma.

Como bem definido por Gilmar Mendes (2015, p. 1109), a resolução do incidente não define o litígio principal, mas tão somente a matéria preexistente e indispensável à resolução da demanda:

> O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, "que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito", tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1988, art. 52, X).

O suscitamento da questão objeto de verificação da constitucionalidade poderá ser feito pelas partes ou pelo Ministério Público; como última hipótese, também poderá ser reconhecida de ofício pelo Juízo ou Tribunal. No tocante a este último é necessário frisar a necessária obediência à "cláusula de reserva de plenário". [1]

O próprio STF, por meio de Precedente Representativo que desencadeou na elaboração de súmula vinculante, já decidiu acerca da inexorável impossibilidade do desrespeito à cláusula de reserva do plenário[2]. Neste sentido, é importante destacar a existência da questão incidental não apenas nos Juízos de base, mas também na Suprema Corte.

Como diretriz legal, o controle incidental aplicado nos processos dos tribunais *a quo* possui eficácia entre as partes e retroativa à criação normativa, diferentemente do que ocorre quando este mesmo instituto encontra-se na Suprema Corte, isto pelo fato de que não haveria razão para sustentar os efeitos restritos apenas entre as partes, haja vista a decisão, comumente, provir de um recurso extraordinário, tendo reconhecida a sua repercussão geral como pressuposto ao recebimento recursal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a repercussão geral externa a relevância da matéria. Tanto é que os precedentes em controle incidental no STF, por exemplo, são de observância obrigatória a todos os demais jurisdicionados. Consequentemente, nas palavras de Ingo Sarlet (2017, p. 1022), "[...] os órgãos fracionários e os Tribunais estão obrigados perante os precedentes constitucionais. Estão proibidos de apreciar a questão já definida pelo STF, não importando se este decidiu pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade."

Tal percepção de obrigatoriedade explana situação pela qual passa o litígio do RE 574.706 atualmente, justamente por ainda haver, mesmo diante de acórdão da Suprema Corte entendendo pela inconstitucionalidade da matéria tratada, postulações judiciais acerca do assunto. A questão material já foi definida, resta somente a decisão sobre a modulação temporal dos efeitos, ausência esta que não retira a fundamental obediência aos precedentes constitucionais.

2.2 O CONTROLE DIFUSO NA SUPREMA CORTE

O controle difuso exercido no STF ocorre usualmente por via de exceção através da interposição do recurso extraordinário. Como já corroborado no tópico 2.1, o exercício do controle difuso tem decaído justamente pelo receio de os magistrados proclamarem a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, até mesmo quando manifestamente inconstitucional. Desta forma, consequentemente, haverá a interposição do recurso extraordinário.

Por não fazer coisa julgada, as decisões dos tribunais e dos juízes não terão ônus de preclusão consumativa da matéria discutida. A parte afetada pela decisão pode recorrer ao STF mediante recurso extraordinário, conduta processual recursal típica dos demandantes. Desta forma, além do receio de julgamento pelos juízes, a não preclusão da matéria é outro fator determinante para a ascensão da demanda ao Supremo.

Insta salientar a necessidade de preenchimento dos requisitos referentes à admissibilidade do recurso extraordinário. A súmula 282 do STF infere pormenorizadamente a necessidade do prequestionamento da matéria,[3] sob pena de não ser reconhecido o recurso extraordinário, dedução também trazida pela CF/88 em seu artigo 102, III.

O prequestionamento da matéria, conjuntamente com o reconhecimento da repercussão geral, dá um novo panorama ao litígio iniciado no Juízo *a quo*, impondo à Suprema Corte brasileira a análise detalhada da matéria de interesse público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme será tratado no próximo tópico, quando da ascensão do recurso extraordinário ao STF e este último toma conta do litígio, é perceptível uma transmutação do instituto do controle difuso, sendo equânime, em certos aspectos, ao controle concentrado.

2.3 A TEORIA DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Ao chegar à Suprema Corte, o controle difuso acaba recebendo cargas de tratamento paritário dos vários institutos do controle concentrado. Dentre eles, a possibilidade de modular os efeitos das decisões, verificando-se, assim, a incidência da teoria da objetivação do controle difuso, uniformizando-se certas vezes os sistemas.

Via de regra, o controle difuso mostra-se como processo subjetivo, sendo aquele em que há uma resolução concreta da lide posta, com efeitos apenas entre as partes do processo e retroativos à data da ilegalidade. Porém, quando a Suprema Corte toma conta do processo, este se revela objetivo, inexistindo lide concreta, haja vista essa já ter sido resolvida no Juízo ou Tribunal *a quo*, julgando de forma abstrata, portanto, o STF. Ao julgar a norma em si (abstratamente), os efeitos passam a ser propostos para toda a coletividade e não mais somente entre as partes.

Portanto, segundo a teoria da objetivação ou abstrativização, o controle difuso que ora recebia a intitulação de processo subjetivo, ou seja, aquele que incide sobre o caso *in concreto*, ao chegar ao STF, é taxado como processo objetivo e incorpora vários institutos inerentes a este último, tais como a possibilidade de modulação dos efeitos, a utilização da reclamação e a causa de pedir aberta.

Desta forma, a regra originária de os efeitos serem *inter partes* e *ex tunc* transmuda-se quando do advento do processo no STF. A teoria da transcendência dos motivos determinantes conjuntamente com a teoria da objetivação do controle difuso permite, por conseguinte, a caracterização da decisão com força vinculante e efeitos e*rga omnes*, ademais, possibilita a mudança na extensão dos efeitos.

Ante o ocorrido na prática durante os últimos anos, não subsistiriam quaisquer motivos para os juristas não adaptarem o rito do controle difuso quando da chegada à Suprema Corte, pois a partir do momento em que a questão suscitada adentra a esta última, ganha-se status de nobre causa e como tal deve ser tratada.

Por mais que existam na doutrina pátria opiniões divergentes sobre a existência da teoria da objetivação (abstrativização), esta última é enfoque

jurisprudencial e já foi instrumento de discussão no Plenário do STF, por meio da ADI 3406 /RJ e ADI 3470/RJ, ambas datadas de 2017.

O próprio ministro do STF, Gilmar Mendes (2015, p. 990), teceu comentários sobre a tendência da objetivação do controle difuso.

> [...] o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

É inexorável a existência da tendência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a existência da objetivação do controle difuso, até mesmo por já ter sido a questão ilustrada no informativo nº 886.

Importante destacar também que a objetivação tem servido como forma de desafogar o Supremo das inúmeras ações intentadas com identidade do direito discutido, frise-se que a questão já foi levantada pelo ministro Sepúlveda Pertence. [4]

Em síntese, o referido tópico buscou demonstrar suscintamente a linha cronológica do caso em pauta, leia-se o início da lide em controle difuso concreto e a sua ascensão ao STF, ganhando cargas de controle concentrado abstrato.

3. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO CONSECTÁRIA DO CONTROLE DIFUSO CONCRETO NO STF

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONGRUÊNCIA DOS SEUS INSTITUTOS

Como já mencionado, tem-se percebido a forte tendência na fusão dos institutos atribuídos tanto ao controle difuso quanto ao controle concentrado.

A exemplo, recentemente a concessão de efeitos diferidos no tempo referia-se única e exclusivamente ao controle concentrado exercido de forma abstrata na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, conforme mandamento legal (Lei 9.868/99). A evolução por parte da Suprema Corte em reconhecer a utilização do instituto da modulação dos efeitos de forma extensiva ao controle difuso mostrou-se pertinente e condizente com a realidade jurídica (HC 82959, Ministro Marco Aurélio, 2006).

Deduz-se, portanto, a mutação jurisprudencial ocorrida em reconhecer algumas prerrogativas até então existentes somente para o controle concentrado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de constitucionalidade, havendo assim uma utilização extensiva ou aproveitamento entre os institutos do controle de constitucionalidade. Em suma, corresponde à concretização da teoria da objetivação do controle difuso em prol dos interesses coletivos.

O exemplo mais contundente, sem dúvidas, é a concessão de efeitos diferidos no tempo à decisão objeto do instituto difuso. Via de regra, diante do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, a decretação da inconstitucionalidade deve retroceder à sua gênese de modo a invalidar quaisquer atos efetivados enquanto a norma se fazia presente e válida.

Somente com o advento da lei ordinária nº 9.868 em 1999 houve a insurgência da modulação dos efeitos. A partir deste marco, deu-se visão diferente àquela anteriormente propagada no sentido da retroatividade absoluta da norma no caso de inconstitucionalidade. Criou-se assim, substrato legal à atuação dos juristas. De acordo com o referido dispositivo, se existentes no caso concreto razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo poderá atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou *pro futuro.**[5]*** Percebeu-se notado marco jurídico, porém tal dispositivo normativo abrangia unicamente o controle concentrado de constitucionalidade.

Analogicamente, nos últimos anos, o entendimento jurídico do Supremo Tribunal Federal passou a considerar a hipótese de uma decisão judicial em inconstitucionalidade sob o controle difuso poder gerar efeitos prospectivos ou imediatos. Isto sob a probabilidade de o efeito retrocessivo produzir graves lesões à segurança jurídica e ao interesse social. Por conseguinte, o efeito retroativo deixou de ser regra absoluta.

É digna de ênfase a modificação do entendimento acima mencionado. O senso crítico e o olhar mais apurado para a situação fática merecem destaque. Nesta esteira de pensamento, a razoabilidade em conferir tais premissas decorre da necessidade de impedir que a decretação dos efeitos retroativos cause danos piores que a própria inconstitucionalidade da norma, resguardando assim a sociedade. Sob este argumento, funda-se a motivação da concessão da modulação dos efeitos para o RE 574.706.

Entretanto, o instituto da modulação deve ser tratado como via de exceção. Somente deverá ser utilizado quando houver eminente risco na segurança jurídica ou no interesse social, do contrário, a Constituição Federal estará sendo violada. Frise-se, regra inicialmente disposta para o controle concentrado, sendo posteriormente aplicada ao controle difuso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Somente alcançando-se a instância Suprema é que poderá ser atribuída à demanda a eficácia *erga omnes*, vinculando a inconstitucionalidade da lei para todos e, a depender do caso, modulando os efeitos da decisão para que esta tenha eficácia prospectiva, retroativa ou imediata.

O que se pretende demonstrar não é somente como ocorre a modulação dos efeitos no controle difuso concreto no âmbito do STF, mas também a vicissitude que este último instituto tem sofrido em razão da ausência de planejamento por parte do Legislativo em ajustá-lo à realidade atual do ordenamento jurídico.

3.2 A DICOTÔMICA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 dispõe em sua Seção IV um rol alusivo às competências do Senado Federal. Em um dos incisos, diz ser este o órgão responsável pela suspensão da norma declarada inconstitucional em definitivo pelo STF.[6]

Por mais que o dispositivo constitucional seja legítimo, vários doutrinadores têm entendido que houve uma mutação constitucional e que, portanto, padecia de eficácia factual o comando normativo.

A princípio, é necessário esclarecer como seria o rito propagado pela norma, de acordo com Bruno Taufner Zanotti (2017, p. 129)[7]. O procedimento mencionado tem relação unicamente com o controle difuso, isto pelo fato de no controle concentrado o STF ter poderio e capacidade suficientes para remover o preceito do ordenamento jurídico, sem a necessidade de sanção legislativa. Após a decisão do STF, haveria uma remessa ao Poder Legislativo para que este verificasse a situação da inconstitucionalidade. No tocante à decisão do Senado Federal, tem-se que não há uma vinculação ao que foi propagado pela Suprema Corte, isto diante do fato de o art. 52, X, da CF/88 permitir a suspensão "no todo ou em parte". Por fim, o instrumento utilizado pelo Senado Federal com fins de suspensão da norma já declarada contrária à Constituição seria a resolução.

A elucidação acima decorre de uma interpretação fria da lei. A contrassenso, vários doutrinadores têm afirmado a desnecessidade deste procedimento, tendo em vista que o Senado Federal não poderia retificar ou simplesmente desconsiderar a decisão emitida pela instância máxima do Judiciário brasileiro. Do contrário, estar-se-ia deturpando o princípio da separação dos poderes.

Gilmar Mendes (Reclamação 4.335/AC) e Ingo Sarlet corroboram a ideia de desnecessidade da remessa ao Senado Federal e, caso necessária referida remessa, que seja para simplesmente dar publicidade à inconstitucionalidade propagada pelo STF. Noutra banda, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa[8] entendem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessária a remessa ao Órgão Legislativo, porém tão somente no tocante ao exercício do controle difuso. Logo, há um entendimento dicotômico da atuação do Senado Federal.

De início, é necessário citar o posicionamento de Ingo Sarlet (2016, p. 1074):

> Porém, a percepção de que as decisões do STF constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, tornou imprescindível atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes das suas decisões, não importando se estas são proferidas em controle principal ou incidental.
>
> [...] ora, se as decisões proferidas pelo STF, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade.

Ademais, ainda de acordo com o mesmo autor (2016, p. 1075), o conteúdo do inciso X do artigo 52 da CF/88 não possui mais eficácia:

> [...] exigir a comunicação ao Senado Federal é admitir algo que deixou de ter razão de ser. Não há qualquer razão para se exigir a comunicação do Senado Federal, ao menos para o efeito de se atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade. Para alguns Ministros do STF, a comunicação ao Senado Federal, atualmente, é feita apenas para que se publique a decisão no Diário do Congresso.

As ideias propagadas por Ingo Sarlet e Gilmar Mendes aparentam, em um primeiro exame, ser coerentes. Ora, conceder a oportunidade a uma Casa Legislativa manifestar-se a despeito de uma norma declarada juridicamente inconstitucional pelo Poder Judiciário mostra-se persuasivo legalmente, mas não factualmente. A concordância na atualidade com o referido comando normativo, por mais que constitucional, pode trazer consequências drásticas para a separação dos poderes, tendo em vista o jogo de interesses ramificados no Poder Legislativo.

Portanto, percebe-se a existência de mutação constitucional do preceito normativo insculpido no art. 52, X, da CF/88. A continuidade na obediência a este preceito obsta o reconhecimento da soberania do Judiciário em declarar a inconstitucionalidade da norma. Fere, portanto, o princípio da separação dos poderes.[9] A inaptidão jurídica da norma não pode fazer com que a sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dependa de um "controle legislativo" da inconstitucionalidade da norma reconhecida pela Corte Suprema.

No caso da remessa ao Senado Federal vislumbra-se não um caso de o Órgão exercer função atípica, mas sim de invasão de poder. Decerto, a modulação dos efeitos é decidida pela Suprema Corte, já o papel do Senado Federal seria o de dar publicidade.

De maneira oposta à dos estudiosos mencionados anteriormente, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa tiveram entendimentos similares sobre a remessa ao Senado Federal. Sepúlveda Pertence[10] afirmou fervorosamente que o efeito vinculante de pronto das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo ocorrem apenas no controle concentrado (direto) ou na emissão de súmula vinculante, noutras hipóteses, a exemplo do controle difuso, o mencionado efeito depende da "sanção" do Senado Federal. Ademais, apesar de admitir que o sistema de remessa esteja obsoleto, o ex ministro criticou a possível existência de mutação constitucional propagada por alguns doutrinadores, a exemplo de Gilmar Mendes.

Sob a mesma percepção, Joaquim Barbosa[11] entende não haver uma mutação constitucional, mas sim uma mudança de sentido da norma. Afirma que não há qualquer antinomia entre o art. 52, X, da CF/88 e qualquer outro dispositivo. Sendo legítimo, portanto. Sob a alegação de que reside diferença entre uma mutação constitucional e uma mudança de sentido da norma, cita Canotilho.

Isto posto, percebeu-se com a explanação deste subtópico a existência de forte divergência doutrinária a respeito da necessária atuação do Senado Federal no tocante à remessa da norma declarada inconstitucional.

Deduz-se que a tendência é dar uma nova interpretação ao art. 52, X, da CF/88, com fins de adaptá-lo à realidade fática, tendo em vista que o instituto discutido é considerado como obsoleto e desnecessário pela doutrina majoritária.

4 A FAZENDA NACIONAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706

4.1 A DESVINCULAÇÃO DA ALÍQUOTA DE ICMS NOS TRIBUTOS DO PIS E DA COFINS, UMA BREVE ELUCIDAÇÃO

A decisão em pauta, fruto da irresignação de determinada empresa do Estado do Paraná em ter que concordar com a vinculação do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, ficou marcada pela trajetória processual no juízo *a quo* e seu desencadeamento via recursal na Suprema Corte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como bem sabido, o dissenso propagado deu-se em virtude de amplo debate doutrinário decenal acerca da possibilidade ou não de vinculação do termo em questão. Debate esse, sempre muito complexo e envolvendo diversas variáveis.

Com a publicação do acórdão em outubro de 2017, houve a fixação de tese pela Suprema Corte no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"[12].

Portanto, restou definida a questão tributária material. O tributo mencionado não mais compõe a base de cálculo para os casos especificados. Solucionada a questão material, perdura-se o litígio a fim da resolução constitucional da demanda e os seus efeitos (modulação). Desta forma, não obstante a publicação do acórdão, esta questão continua sem previsão de restar definida. Já que a demanda exposta pode ser atingida pela modulação dos efeitos da decisão, quando ao fim do julgamento, o mais prudente foi a suspensão das ações em quaisquer que sejam as instâncias.

É sustentada pelos contribuintes a ilegalidade na inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o argumento de que alguns dispositivos normativos da lei 9718/98 violam a Constituição Federal de 1988. Subsidiariamente, os mesmos alegam a inconstitucionalidade da inclusão do tributo acima referendado na base de cálculo, diante da violação aos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco. Tendo em vista o alto quantitativo de demandas postuladas, a tese acima é apenas uma dentre as várias.

À face do exposto, inúmeros postulantes buscaram pela via judiciária a compensação retroativa do ICMS incluído nas bases de cálculo do PIS e da COFINS. Ante tal fato, foi de suma importância o reconhecimento da repercussão geral do assunto e o seu julgamento perante o STF, suspendendo todas as demais ações intentadas nos Juízos inferiores.

No tocante à suspensão das ações, importante frisar que antes de publicado o acórdão, devido à cultura de judicialização, foram intentadas inúmeras ações no país inteiro. Os fundamentos destas, em uma análise preliminar, diziam respeito a uma aplicação analógica ou extensiva da decisão para outros tributos que não somente o PIS e a COFINS. Inclusive, vários foram os instrumentos processuais intentados pelos interessados, desde peças processuais comuns até mandado de segurança.

No que diz respeito à compensação do tributo, muitas das demandas postuladas perdiam sua razão de ser diante da necessária ampla dilação probatória acerca da questão. Não havia, muitas vezes, prova pré-constituída de indébito

algum a se compensar. No dialeto comum, convém chamar de demanda aventureira.

Consequentemente, em virtude deste grande embaraço, tornou-se necessária a adequação das condutas processuais constitucionais mediante o uso da modulação dos efeitos. Em uma análise material, os Estados taxam o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços como objeto de tributação a partir da realização de operações de circulação de mercadorias e não sobre a mera circulação em si. Antes, era patente o entendimento de que o ICMS compunha a receita bruta operacional, qual seja: o faturamento. Porém, com o advento da decisão judicial ora estudada, restou resolvido que o ICMS não compõe o faturamento.

Noutra banda, o Programa de Integração Social e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social têm como base de cálculo o faturamento. Percebe-se, assim, que não há subsunção entre a inclusão de um imposto que não tem por base o faturamento (ICMS) sobre duas contribuições que têm por base o faturamento (PIS e COFINS). Há clara distinção entre as suas finalidades.

Nesta senda restou definida a não inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS. Sob este argumento, a Justiça buscou solidificar o entendimento exarado no RE 574.706.

4.2 AS REAIS IMPLICAÇÕES DA DECISÃO PARA A FAZENDA NACIONAL

Noutro enfoque, que não sendo aquele anteriormente discutido a respeito dos desdobramentos constitucionais da decisão estudada, é necessário tecer comentários acerca das consequências fáticas da pauta para a Fazenda Nacional.

São várias as perspectivas de repercussões que podem ser imputadas à União, representada processualmente pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sejam elas operacionais, financeiras ou jurídicas.

A princípio, em caso de a modulação ser desfavorável à União e for decretada a necessária restituição das alíquotas pagas, os empecilhos operacionais não devem ser levados em conta. Insta salientar que as repercussões operacionais dizem respeito à análise da infraestrutura e dos recursos humanos inerentes aos órgãos representantes da União em execução fiscal no tocante, por exemplo, à gestão de uma possível restituição. Desta forma, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não pode se eximir do ônus de operacionalizar uma possível repetição de indébito. Qualquer que seja o grau de dificuldade para a realização do procedimento, a Instituição Tributária deve fazê-lo, por tratar-se de direito do contribuinte estampado em decisão judicial. Superada esta questão, necessário explicitar a seguinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sob a ótica financeira, tem-se a possibilidade da ocorrência de vasto abalo fiscal nas contas públicas. Nesta dicção, as repercussões financeiras devem ser sopesadas. Primordialmente, antes de ter sido demonstrado um possível déficit na monta de 250 (duzentos e cinquenta) bilhões de reais (LDO 2017 – Lei 13.408/2016), a Receita Federal do Brasil, por meio da Coordenação-Geral de Previsão e Análise e da Coordenação-Geral de Política Tributária, emitiu nota conjunta COPAN/COPAT nº 001/2008, cujo teor da matéria versava sobre "perdas de receitas e aspectos econômicos tributários decorrentes da exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS". Ressalta-se que o ano de edição desta nota é o mesmo ano do reconhecimento da repercussão geral do tema em RE 574.706: o ano de 2008.

Neste documento, os órgãos discorreram a despeito da exclusão das referidas alíquotas, demonstrando acertadamente as consequências estruturais e orçamentárias que o país poderia vir a sofrer em razão da adoção de tal medida. À época, o aludido órgão não enxergava qualquer vantagem na medida.

Em suma, a COPAN e a COPAT alegaram a possível ocorrência de forte restrição tributária com o consequente impacto nas áreas estruturais e desenvolvimentistas do país, ocasionando, portanto, sério desequilíbrio fiscal. A instabilidade econômica do país, segundo a nota, permaneceria até que o Governo elaborasse novos instrumentos legais com fins de reposição das receitas anuais perdidas. Afirmando ainda que a mencionada reposição dar-se-ia por meio da majoração das mesmas contribuições (PIS e COFINS) ou de outras, padecendo de benefício estrutural para o sistema tributário.

Noutra vertente, agora nos anos 2016/2017, a escorreita demonstração da existência de déficit financeiro advém da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017, tendo sido esta elaborada no exercício anterior (Lei nº 13.408/2016). À época, a pauta referente ao RE 574.706 já se encontrava na Suprema Corte desde 2008 e causava grande conturbação na comunidade jurídica acerca dos efeitos financeiros da decisão em si. Posto isto, a matéria foi registrada sob a perspectiva de risco fiscal, constando do anexo V da mencionada lei.

De acordo com informações oficiais dos órgãos responsáveis por estimativas de cálculo sobre impactos financeiros, o déficit valorativo, correspondente à possível não modulação prospectiva da decisão judicial em pauta, ficaria no montante de duzentos e cinquenta bilhões de reais correspondentes à perda de arrecadação anual e à restituição das alíquotas desvinculadas. Factualmente, vislumbra-se a possibilidade quase que exata deste déficit atingir o orçamento público, o que inclui a afetação de áreas como o tripé da Seguridade Social, leia-se: Saúde, Assistência Social e Previdência Social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os riscos fiscais estampados na Lei nº 13.408/2016 têm por finalidade delinear uma amplitude aproximada da ingerência da demanda judicial exposta no que se refere ao exercício financeiro subsequente. As estimativas são exteriorizadas por meio de estudos específicos na área correspondente à decisão judicial, utilizando-se para tal mister um conjunto de fatores.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) instrui o objetivo do anexo de riscos fiscais como sendo a capacidade de prever as possíveis ameaças tendentes a afetar as contas públicas, orientando as atitudes que devem ser adotadas na hipótese de materializadas tais previsões.[13] Isto posto, percebe-se que se trata de relevante mecanismo, cujo escopo principal é o equilíbrio orçamentário e a previsibilidade de gastos públicos.

Os dados numéricos, as fontes, as estimativas de contingência, os critérios adotados e as justificativas a respeito do anexo de riscos fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017 (Lei nº 13.408/2016) foram tomados com base em densa análise sobre o tema exposto.

A consequência fiscal para o país é notória, existe e não deve ser desconsiderada. Os reflexos da decisão judicial podem ser drásticos e os resultados imodificáveis. As estimativas devem ser levadas em consideração, justamente por terem sido levantadas por órgãos públicos e centros de estudos de manifesta capacidade técnica, a exemplo do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (CETAD) e da Coordenação de Estudos Econômico-Tributários (COEST), bem como da Coordenação-geral de Previsão e Análise (COPAN) e da Coordenação-geral de Política Tributária (COPAT).

A Lei de Responsabilidade Fiscal, ao dispor em seu texto a existência do anexo de riscos fiscais, teve como objetivo garantir a maior solidez possível ao erário público, possibilitando à Administração Pública a previsibilidade do que determinadas pautas jurídicas e financeiras por exemplo, podem acarretar à sociedade. Destarte, por meio deste trabalho preventivo, o Governo pode realizar o contingenciamento[14] dos valores. Diante da seriedade temática, a citada lei impõe que a sistemática utilizada a apurar os dados referentes ao montante valorativo seja segura e coesa, a fim de fornecer suporte legal e técnico suficiente para a atuação do gestor público.

Portanto, desprezar o anexo de riscos fiscais é desrespeitar a Lei Orçamentária Anual e a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como assumir o risco da ocorrência de descontrole nas contas públicas em virtude do não acolhimento do estudo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em uma última análise, a qual será minuciosamente exposta e detalhada no próximo tópico, tem-se a perspectiva jurídica da matéria abordada. Os institutos da reserva do possível e da eficácia prospectiva da decisão judicial servem como substrato à afirmativa da existência da necessária segurança jurídica das relações reguladas pelo Recurso Extraordinário 574.706. Ora, não somente o interesse social deverá pautar o caso presente nesta pesquisa científica, mas também a segurança jurídica, conforme mandamento legal (Art. 927, § 3º do CPC/15).

Em suma, a atitude a ser tomada pelo STF no julgamento do RE 574.706 será determinante para a instauração de uma possível insegurança jurídica.

4.3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFICÁCIA PROSPECTIVA COMO PROPULSORES DA SEGURANÇA JURÍDICA

Importantes institutos podem servir de sustentáculo ao argumento favorável ao deferimento da modulação prospectiva no caso do RE 574.706, mas dois em especial devem ser sopesados exaustivamente e subsumidos perfeitamente ao caso concreto, a fim de que se obtenha a tão necessária segurança das relações jurídicas.

Inicialmente, cumpre destacar o princípio da reserva do possível. É sabido por todos que a reserva do possível possui íntima relação com a escassez de recursos públicos por parte do Estado a fim de chancelar os direitos sociais pertinentes, sendo estes últimos dependentes da condição financeira estatal.

Fernando Facury Scaff (2010, p. 151), afirmou que "todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral". Desta forma, eventuais despesas, sejam a longo ou a curto prazo, causam inquietação nas finanças públicas.

Em sintética ilustração do pensamento acima, o instituto da reserva do possível pauta-se pelo elo entre um bem jurídico a ser conquistado e a existência de fundos suficientemente aptos à garantia daquele.

Ampliando-se o contexto, o referido princípio não está única e exclusivamente relacionado à possibilidade de prestação dos direitos sociais por parte do Estado, mas também possui íntima relação com as obrigações de fazer determinadas ao mesmo ente, leia-se aquelas emanadas de decisões judiciais, como a que aqui se propõe. O caso do fornecimento de precatórios em virtude de repetição de indébito é um exemplo.

Apesar do seu escopo essencialmente jurídico, a reserva do financeiramente possível deve ter seu conceito estendido ao fático. A própria doutrina hodierna entende por perfeito existir uma subdivisão do princípio da reserva do possível em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurídica e fática. No tocante ao primeiro aspecto, percebe-se a correspondência à estimativa orçamentária para a despesa. No segundo, tem-se a sujeição da prestação estatal à presença de recursos.

Desta forma, este aspecto fático possui plena concordância com os dados trazidos no subtópico anterior, segundo os quais haveria plena inexequibilidade do cumprimento dos precatórios de restituição de indébito sem que houvesse ameaças de dano aos demais deveres estatais, a exemplo dos direitos sociais estampados constitucionalmente.

Obviamente, não se pretende com isso afirmar a escusa estatal sobre uma possível restituição de impostos a ser operada para os contribuintes, mas sim afirmar uma condição fática que não pode ser desprezada, qual seja: a enorme monta a ser devolvida pode causar impactos restritivos em outras áreas governamentais. O que se busca, portanto, é a análise da reserva do possível de forma associada às indagações financeiras e à segurança jurídica.

Noutra ponta, a concessão da possibilidade de modular os efeitos de uma decisão judicial afirma um compromisso com a sociedade em dar a resposta mais adequada diante do caso em concreto. Nada mais é do que uma tentativa de moldar os aspectos dos institutos conforme a segurança jurídica e a demanda social. Por este motivo, o processo continua a ser analisado a fundo pela Suprema Corte desde o momento em que foi fixada a tese através de acórdão publicado em 2017, sendo necessária uma ampla dilação investigativa para que seja construído o alicerce decisório.

A concessão de efeitos diferidos no tempo, enquanto instrumento constitucional tem seu cerne na segurança das relações jurídicas ou sociais, como afirma o próprio Ingo Sarlet (2017, p. 1069).

> Igualmente, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modularem os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle principal. O poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle incidental deriva exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada.

A previsibilidade da modulação dos efeitos não está atrelada meramente a conceitos doutrinários, mas também a definições jurídico-legais. A exemplo, pode ser citado o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), o qual editou em 2015 o enunciado de número 55 (art. 927, § 3º), afirmando que "Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto (Grupo: Precedentes 2)". Além do mais, há disposição legal.[15]

A própria doutrina afirma que se faz forçoso que se demonstre de forma vigorosa, para que seja modulada prospectivamente a demanda, a ocorrência de prejuízos irreversíveis à sociedade. Justo por isso, diante de situações excepcionais, a modulação deve ser tratada como ressalva legal e não como regra.

Assim sendo, segundo a doutrina processualista acima, a previsão é de que, como regra, a modulação seja prospectiva e somente por exceção deveria haver uma retração. Caso admitida a retroatividade perante o STF no presente caso (RE 574.706), as relações jurídicas restarão fragilizadas.

Considerando-se a conjuntura atual, uma decisão judicial contrária aos efeitos prospectivos desencadeará em uma necessária realocação de recursos tendentes à cobertura de tal indébito, tendo em vista a impossibilidade de restituição do mesmo, isto ao considerar a vultosa restituição a se operar. Em uma visão consequencialista, a realocação de recursos pode interferir na prestação de direitos, gerando-se insegurança jurídica.

Os efeitos da decisão da Suprema Corte no RE 574.706 já tinham sido impecavelmente detalhados pelo ministro Gilmar Mendes ao proferir voto no RE 240.785[16]. Àquela época, este já havia feito referência à eficiência do Sistema Tributário Nacional. A tese firmada pelo referido ministro neste julgamento é de solidez indubitável e merece atenção especial.

Sustentou-se, em suma, a notória transferência de recursos que vai se operar entre os cidadãos e as características do novo regime tributário que emergiria, caso o STF não viesse a modular os efeitos da decisão judicial.

Na prática, tem-se a ocorrência da transmutação do regime de tributação. Neste, há de se observar primordialmente as consequências redistributivas dinâmicas, que nada mais são do que o ônus a ser suportado por toda a sociedade quando modificadas regras jurídicas em matéria tributária. Desta forma, as repercussões da desvinculação da alíquota de ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS devem ser sopesadas. Ainda que se proceda aos ajustes jurídicos pertinentes, a fim de readaptação à nova regra, subsistirão resquícios de instabilidade financeira diante da devolução das exações.

Sem sombra de dúvidas, como já explicitado no subtópico anterior, caso a Suprema Corte opte por determinar efeitos *ex tunc* à decisão em pauta e a União tenha que restituir valores aos contribuintes, tal ato desencadeará na reordenação da distribuição da carga fiscal. Ora, em suma a União não terá montante suficiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a sustentar as demandas judiciais questionadas, consequentemente, terá que realocar recursos de outras áreas, sendo obrigada a gerar novos impostos ou taxar generosamente os já existentes.

Essas são as consequências de efetuar drásticas mudanças na sistemática do cômputo das exações incidentes sobre a receita bruta. Decerto, a curto prazo, alguns contribuintes irão receber mais vantagens (repetição do indébito tributário), porém uma outra parcela de contribuintes irá suportar um ônus excessivamente superior para a manutenção da restituição de valores da pequena parcela populacional mencionada. Trazendo ao campo social, tem-se que haverá excessiva realocação dos recursos sociais, a fim de que o Sistema Tributário Nacional se adeque à nova disposição no tocante à isenção da alíquota.

Nesta senda, percebe-se claramente que restariam poucas opções a fim de o Governo equalizar as perdas arrecadatórias em virtude das restituições asseguradas. Como primeira opção, tem-se a elevação das alíquotas; como segunda opção, tem-se o endividamento e, como terceira e última opção, abster-se de realizar atos e deixar que a inflação naturalmente cuide da situação.

Evidentemente, a União aumentará as exações e tentará conter os gastos estatais. Convém chamar tal atitude de repasse do ônus fiscal. Tal perspectiva foi coerentemente citada em um dos ensaios[17] do então ministro Gilmar Mendes (2014, p. 30), no qual se critica a procura das "vias oblíquas", leia-se Judiciário, a fim da redução dos tributos.

> Portanto, o acolhimento de vias oblíquas para amenizar a onerosidade da COFINS poderá provocar a substituição por novas formas de financiamento da seguridade social. Como cediço, a Constituição Federal de 1988 expandiu substancialmente a seguridade social, estendendo de forma considerável as ações e obrigações do Poder Público destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Seguindo a mesma linha, Gilmar Mendes critica veementemente os métodos jurídicos utilizados a fim de se chegar à contenção ou redução forçada da carga tributária. Nos exatos termos:

> A tentativa de redução da carga dos impostos, por meio de engenharias jurídicas sofisticadas e preciosismos técnicos é inócua, justamente porque mantidos os custos com que o Estado deve arcar para a seguridade social. De alguma maneira, esses compromissos devem ser satisfeitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Em suma, incentivar engenharias jurídicas para identificar exceções e lacunas no sistema tributário só desonera o contribuinte no curto prazo, pois invariavelmente obriga o Estado a impor novos tributos. Apenas a contenção da despesa estatal, para a qual todos têm o dever fundamental de contribuir, tem o condão de efetivamente reduzir os gastos públicos. O expediente de reduzir a arrecadação por via oblíqua, como o acolhimento de exceções imprecisas e sofisticadas, é apenas paliativo que, muitas vezes, torna ainda mais complexo e oneroso o sistema tributário.

É necessário salientar, ainda, que a desvinculação da alíquota de ICMS nos tributos do PIS e da COFINS abre precedentes ao pleito de insatisfações por parte dos contribuintes a fim de requerer a exclusão de alíquotas semelhantes ao ICMS em outros tributos. Tal atitude origina notável insegurança jurídica futura.

Ademais, sob o manto do *prospective overruling*, na perspectiva de Celso Albuquerque Silva (2005, p. 288-289), pode-se afirmar que a revogação de um precedente talvez não produza efeitos imediatos, isto justo a fim de alcançar um escopo maior.

> Com a aplicação do *prospective overruling*, é possível que os efeitos da revogação do precedente não se apliquem sequer ao caso sob julgamento, de modo que toda a energia despendida pela parte não lhe traz nenhum benefício concreto, o que poderia gerar uma sensação de injustiça e desestimular a provocação dos tribunais para a revisão dos precedentes. Ocorre que, como destacado alhures, os precedentes desempenham múltiplas funções, dentre as quais está a de orientar comportamentos dos cidadãos, de modo que a decisão que revoga um precedente não produzir efeitos no caso concreto não compromete as consequências externas daí decorrentes. Ademais, a impressão de injustiça é apenas aparente, pois a atribuição de efeitos prospectivos visa a tutelar a segurança, a igualdade e a confiança justificável.

Trazendo tal interpretação doutrinária ao caso da desvinculação da alíquota de ICMS nas bases do PIS e da COFINS, tem-se que a superação do antigo precedente, que considerava válida a vinculação do ICMS, pode não beneficiar diretamente a parte autora (repetição do indébito), mas tal intento possui fins extra partes que se perfazem visando um objetivo em comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este intento encontra-se além do legal e diferentemente dos termos doutrinários. Explicando-se, nada mais é do que pensar além da manutenção (ou garantia) da coisa julgada, procurando sempre analisar os possíveis impactos a serem causados em virtude da decisão judicial. Nos termos práticos do caso do RE 574.706, como exaustivamente mencionado, a repetição do indébito será vultosa e causará danos irreversíveis à sociedade, principalmente no tocante às suas garantias jurídicas a exemplo da concessão dos direitos sociais.

Por isto, no transitar do RE 574.706 a União (Fazenda Nacional) demonstrou completa coerência ao demonstrar a previsibilidade, por meio de estudos, dos acontecimentos financeiros advindos de uma possível retroatividade dos efeitos do julgamento, garantindo a segurança jurídica na órbita tributária. A partir do momento em que a União se propôs a prever os possíveis danos ocasionados pela decisão judicial em pauta, calculando e mensurando a dimensão, preocupou-se, pois, com a segurança jurídica.

Portanto, não se deve restringir a segurança jurídica a tão somente uma ideia consectária da coisa julgada, mas sim ampliar a linha de pensamento a fim de atingir as relações jurídicas posteriores que poderão ser afetadas negativamente pela decisão atual.

Contrariamente aos argumentos propostos neste subtópico, tem-se a referência à ausência de segurança jurídica caso a Suprema Corte considere modular *pro futuro* os efeitos da decisão em comento, em virtude da quebra da confiança do cidadão (princípio) para com o Estado decorrente da inconstitucionalidade da norma. Apesar de plausível, não se mostra razoável tal maneira de pensar. No caso prático ora discutido há a necessidade de se declarar a segurança jurídica com vistas à não interferência da decisão na garantia dos direitos futuros. Feito isto, serão protegidas as relações jurídicas e serão evitadas rupturas extremas e desestabilizações no ordenamento jurídico e na finança pública.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo abordou as questões constitucionais e tributárias envolvidas relativas ao RE 574.706 sob a perspectiva da Fazenda Nacional, estritamente no que se refere à modulação dos efeitos desta decisão, tendo em vista só ter sido firmada a questão em matéria tributária (tema 69).

A relevância do tema constante desta pesquisa se dá em virtude de o mesmo estar em voga no contexto jurídico e ser aguardado por muitos como se fosse o julgamento mais importante das duas últimas décadas em âmbito tributário. Ora, os impactos que o referido tema causa no âmbito jurisprudencial, no financeiro, bem como no social são bastantes para justificar a magnitude do mesmo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Antes da defesa da linha de raciocínio correspondente à modulação prospectiva, foi de extrema necessidade explanar os aspectos em controle de constitucionalidade, demonstrando a efetiva existência do instituto da modulação dos efeitos de uma decisão judicial não somente em controle concentrado abstrato, mas também em controle difuso concreto. Além do mais, a teoria da objetivação explicou de forma clara os pontos de confluência entre os tipos de controle mencionados acima, bem como a atuação do controle difuso no Supremo Tribunal Federal.

Por se mostrar um tema complexo e que envolve muitas variáveis, algumas vertentes foram tomadas a fim de se chegar a uma explicação mais abrangente possível sobre o caso em concreto, dentre elas podem ser destacadas a vertente do Direito Constitucional e a do Direito Tributário. A maior relevância ficou a cargo da análise dos aspectos constitucionais, sob a perspectiva do controle difuso concreto de constitucionalidade e a sua modulação. Questões subsidiárias, como os aspectos tributários e financeiros forneceram sustentáculo à tomada da modulação prospectiva dos efeitos da decisão judicial.

A desvinculação da alíquota de ICMS nos tributos do PIS e da COFINS é debatida há muito tempo. De início, no STF, a discussão versava tão somente sobre a desvinculação do ICMS no tributo COFINS (RE 240.785). Posteriormente, o debate intensificou-se e a discussão passou a abarcar também o tributo do PIS, dando forma ao RE 574.706. A questão estendeu-se por décadas e a decisão sobre a matéria só foi possível a partir da fixação de acórdão em 2017 no próprio RE 574.706, o qual afirmava a "desvinculação da alíquota de ICMS nos tributos do PIS e da COFINS".

Baseando-se nesta relevância, a presente pesquisa científica buscou analisar minuciosamente os atos posteriores a este marco, tais como o impacto financeiro e a insegurança jurídica a ocorrer caso a decisão tenha efeitos retroativos.

De antemão, a medida mais benéfica a ser tomada no caso em concreto é a modulação prospectiva da decisão em comento em virtude de o instituto visar resguardar a segurança jurídica e ainda permitir que a saúde financeira estatal se perpetue.

A defesa da modulação dos efeitos, por decorrência legal, só poderá ser pautada se preenchidos um dos dois pressupostos legais: a segurança jurídica ou o interesse social. Tendo em vista a sociedade ser a destinatária da norma e dos seus efeitos interpretativos, nada mais coerente que a Suprema Corte decidir conforme a segurança jurídica, prevendo imbróglios futuros e os resolvendo.

A segurança jurídica da sociedade como um todo unitário não pode ser excetuada diante da satisfação temporária dos contribuintes ao receberem uma possível restituição indébito em virtude da decisão judicial retroativa. Caso concretizadas as perspectivas dos contribuintes, cada vez mais destes irão bater às portas do Judiciário a fim da tentativa da redução de outros tributos. Cria-se, portanto, um cenário de insegurança jurídica das normas. A utilização das vias oblíquas, como bem afirmado, não é o melhor meio a tal intento.

Dada a importância da pauta, mostrando-se como um tema dinâmico, não são permitidas análises engessadas ou extremamente técnicas. Portanto, o instituto da modulação dos efeitos deve propiciar a maior amplitude possível dos estudos, inclusive no que diz respeito à seara financeira, com fins de análise do impacto desproporcional que a decisão judicial pode causar.

Não obstante, caso ignorados os efeitos estruturais de uma decisão desfavorável à União, ter-se-á completa impossibilidade de efetivação de inúmeros direitos e deveres estatais impostos. Isto diante do fato de muitos destes necessitarem de aporte financeiro para a sua concretização. Tal consequência aplica-se até mesmo aos direitos que exigem uma abstenção estatal, quais sejam os negativos. Na prática, ter-se-á uma Carta Política com disposições normativas inaptas ante a inexistência de fundos para sua aplicação, padecendo de direitos autênticos.

Diante do exposto, não poderá haver a fragilização das normas constitucionais e legais, sob pena de notada regressão do sistema jurídico nacional e de serem desprezadas toda a sua formação e evolução adquiridas há poucas décadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14/04/2018.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 20/02/2018.

BRASIL. **Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciVil_03/Leis/L9718compilada.htm. Acesso em: 17/03/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 13.408, de 26 de dezembro 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13408.htm. Acesso em: 17/03/2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 17/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17/03/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O STF e a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. **Revista da PGFN**, Brasília, p. 9-35, dez. 2014. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-iv-numero-8-2014/r8e.pdf>. Acesso em: 28/06/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. ***Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível***. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE nº 574.706/PR**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Paraná. 13 de dezembro de 2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69#. Acesso em: 14/04/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216. Acesso em: 14/04/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula nº 282**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496. Acesso em: 07/03/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 3406/RJ**. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 07/03/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 3470/RJ**. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 07/03/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Informativo nº 886**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm. Acesso em: 12/04/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADC – 1**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=ADC+1. Acesso em: 15/04/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC 82959**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N. Acesso em: 20/02/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Reclamação nº 4.335/AC**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 17/03/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 240.785/MG**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277026&caixaBusca=N.Acesso em: 17/03/2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Controle de Constitucionalidade para concursos**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOTAS:

[1] A cláusula mencionada autoriza a decretação da inconstitucionalidade da norma em pauta, desde que preenchido o número mínimo dos componentes do Tribunal. Este quórum fixa-se na maioria absoluta dos membros do Tribunal, de acordo com o art. 98 da CF/88.

[2] Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (Súmula Vinculante 10 STF)

[3] É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. (Súmula 282 STF)

[4] A discussão em tela foi realizada nos autos da ADC – 1.

[5] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[6] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CF/88).

[7] Declarada a inconstitucionalidade incidental em um processo no Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o art. 178 do Regimento Interno do STF, transitada em julgado a causa, far-se-á a comunicação ao Senado Federal para aplicação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. A remessa pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado é discricionária, comunicando quando e se quiser (conveniência e oportunidade).

Duas são as principais finalidades de tal disposição constitucional: (a) outorgar efeito *erga omnes* a uma decisão que, até então, possui efeito *inter partes*, ou seja, todos estarão, a partir da suspensão pelo Senado, submetidos a tal decisão; (b) fazer com que a decisão que possuía efeitos *ex tunc* passe a ter, após a suspensão pelo Senado, efeito *ex nunc*, visto que a "suspensão da execução" da lei ou ato normativo incide na eficácia da norma. (ZANOTTI, 2017, p. 129).

[8] Reclamação 4.335 STF (20/03/2014).

[9] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF/88).

[10] Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle – não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente-, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais. Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. Porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. (Voto proferido por José Paulo Sepúlveda Pertence na Reclamação ao STF nº 4.335 de 20/03/2014)

[11]Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou de sentido conflitante. Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso, de mutação constitucional. Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p. 1102) (Voto proferido por Joaquim Benedito Barbosa Gomes na Reclamação ao STF nº 4.335 de 20/03/2014)

[12] STF - Tema 69 (Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS).

[13] Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: § 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem. (Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000).

[14] O contingenciamento consiste no retardamento ou, ainda, na inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária em função da insuficiência de receitas. Normalmente, no início de cada ano, o Governo Federal emite um Decreto limitando os valores autorizados na LOA, relativos às despesas discricionárias ou não legalmente obrigatórias (investimentos e custeio em geral). O Decreto de Contingenciamento apresenta como anexos limites orçamentários para a movimentação e o empenho de despesas, bem como limites financeiros que impedem pagamento de despesas empenhadas e inscritas em restos a pagar, inclusive de anos anteriores. O poder regulamentar do Decreto de Contingenciamento obedece ao disposto nos artigos 8º e 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[15] Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) – Art. 927, § 3º. Lei 9.868/1999 – Art. 27.

[16] RE 240.785 - ICMS não compõe base de cálculo da COFINS, decide Plenário em Recurso - Foi concluído no Supremo Tribunal Federal (STF), nesta quarta-feira (8), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 240785, no qual se discute a constitucionalidade da inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Os ministros, por maioria, deram provimento ao recurso do contribuinte, uma empresa do setor de autopeças de Minas Gerais, garantindo a redução do valor cobrado a título de Cofins. Nesse caso, a decisão vale apenas para as partes envolvidas no processo.

[17] O STF e a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ENLACE ENTRE A ARTE E O DIREITO: UMA ANÁLISE DAS VANTAGENS DESSA INTERAÇÃO A PARTIR DO FILME SÓCRATES

OBERDAN FLORIANO DE LIMA: Mestre em Direito (FADIC). Especialista em Direito Processual: Constitucional, Civil, Penal e Trabalhista (UNINABUCO). Bacharel em Direito (FACOL). Advogado. Professor no Centro Universitário Facol – UNIFACOL.

LYSLLEM HELLEM DE OLIVEIRA PESSOA DE SÁ LIMA[1]
JORGE LUIZ DA SILVA FERREIRA[2]
(Coautores)

RESUMO: O presente artigo, busca analisar a relação que pode existir entre o direito e as manifestações artísticas, a partir de uma incursão histórica sobre o surgimento das artes e seu caminho de expressão até a atualidade, com enfoque no julgamento de Sócrates e na produção cinematográfica produzida por Roberto Rosselini para, ao final, tratar da união vantajosa entre direito e arte, com a finalidade de promover importantes reflexões para a humanidade.

Palavras-chave: Direito. Arte. Sócrates.

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the relation that can exist between the law and the artistic manifestations, starting from a historical incursion on the emergence of the arts and its way of expression until the present time, focusing on the judgment of Socrates and the produced cinematographic production by Roberto Rosselini, in order to deal with the advantageous union between law and art, in order to promote important reflections for humanity.

Keywords: Law. Art. Socrates.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma breve incursão na história da arte e sua importância para o direito. 3. Sócrates na sétima arte: um olhar sobre a obra de Rossellini. 4. Direito e arte: uma simbiose profícua. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a relação existente entre direito e arte, com especial enfoque ao filme Sócrates, dirigido por Roberto Rosselini, em 1971 que retratou os momentos finais do grande filósofo, mostrando um pouco de sua rotina, os momentos iniciais da acusação que ensejou a instauração de um processo, seu julgamento e, por fim, a execução da pena de morte a que fora condenado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A arte é uma manifestação cultural que se dá de diversas formas, incialmente, tem-se os registros rupestres que faziam referência ao que o homem da era pré-histórica tinha ao seu redor, com o passar do tempo foram se acrescentando novas formas de expressão artística, como a literatura, pinturas, a própria arquitetura, a música, as fotografias e, por fim, a imagem em movimento, que revolucionou a humanidade, o cinema.

A invenção dos irmãos Lumière na França, modificou a humanidade, pois permitiu a visualização de lugares, acontecimentos históricos, como a Segunda Grande Guerra que foi documentada pelos próprios militares, e, claro, a representação de fatos históricos, como o julgamento de Sócrates e sua morte, um dos objetos do presente ensaio.

Com a missão de responder a problemática principal: haveria alguma relação entre direito e Arte?

O objetivo principal, da presente pesquisa, centra-se em analisar a relação existente entre direito e arte com especial enfoque ao julgamento de Sócrates que fora abordado por escritos da época e retratado em um filme, em 1971.

Como objetivos específicos analisar a história da Arte, abordar alguns aspectos do julgamento de Sócrates, a partir de relatos da época, tendo como parâmetro o filme e, por fim, analisar a relação entre direito e arte.

O primeiro tópico da pesquisa, concentra-se na historicidade das artes fazendo, em poucas páginas, um panorama geral acerca das principais expressões artísticas da humanidade, iniciando com a fase pré-histórica e chegando até a atualidade.

Já o segundo capítulo tem a finalidade de tratar dos aspectos jurídicos do julgamento de Sócrates, bem como da forma que fora retratado na produção cinematográfica que possui seu nome. Por fim no terceiro ponto, analisar a relação simbiótica que existe entre o direito e as artes.

São vários os autores que percebem essa aproximação da arte com o direito, alguns como Carnelutti defendiam que a "a arte e o direito servem para ordenar o mundo" (2005, p. 10), deixando evidente que o mister dos operadores do direito também se mostra uma autêntica expressão artística.

2. UMA BREVE INCURSÃO NA HISTÓRIA DA ARTE E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO

O ser humano, ao longo de sua existência na Terra, criou diversos instrumentos utilitários que foram, inicialmente, essenciais para sua sobrevivência, porém, a partir da análise destas criações é possível perceber que em alguns momentos ela serve para demonstrar seus sentimentos, visões e momentos históricos, por isso a arte está intrinsecamente ligada a existência do ser humano.

É certo que a arte desenvolvida antes da escrita é denominada de pré-histórica (ALTET, 1990, p. 39) se manifestavam como pinturas classificadas como rupestres, as quais buscavam retratar os animais e a natureza percebida pelo artista.

Impende destacar que, sobre o período pré-histórico, a humanidade não possui registros e foi a partir da análise de utensílios forjados por artífices, bem como das pinturas deixadas em cavernas que os historiadores conseguiram reconstituir um pouco da cultura e modo de viver da referida época (SANTOS, 2000, p. 10), comprovando a importância do estudo da arte para determinar e melhor entender a visão de mundo experimentada pelo momento histórico que se vivia.

Desde a civilização egípcia a arte foi influenciada pela religião, as tumbas, as construções, as pinturas, giravam em torno das crenças da civilização, sendo um período de bastante desenvolvimento de esculturas e construções que eram verdadeiras obras de arte e que resistem à ação do tempo.

Ainda na Antiguidade, a arte grega, se destaca por seu viés crítico, bem como pelo exercício livre da arte (SANTOS, 2000, p. 27), destacando-se nas esculturas, na literatura e dramaturgia, estas últimas com especial enfoque nas tragédias.

Com a disseminação do Cristianismo, na Idade Média, a arte passa por momentos ligados as fases do referido período, assim, são características típicas do seu início a forte influência da Igreja Católica, pois era uma instituição que detinha o monopólio da educação e da construção de igrejas sendo estas as manifestações artísticas da época em que a humanidade experimentou uma forte crise.

A arte só se desvencilhou das amarras da época no período de transição para a Alta Idade Média, mesmo conservando seus aspectos religiosos e espirituais (HAUSER, 2000, p. 124), de toda forma as construções de igrejas com seus vitrais e afrescos se mostram como imponentes obras de arte.

A partir do período Romântico, as obras de arte, tratavam de questões relacionadas a realidade política, econômica e social (ARGAN, FAGIOLO, 1990, p. 59), retratando os aspectos dos acontecimentos sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Renascimento pautado no ideal de humanismo que valorizava o homem e a natureza em oposição a religião e as crenças, permitiu o surgimento de expressões artísticas mais complexas, incorporando técnicas como a perspectiva e o realismo, buscando demonstrar os principais valores da época que eram a racionalidade e a dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2000, p. 78).

O período Neoclássico, em decorrência do Renascimento, a arte se insere nesse contexto de complexidade, passando a ser analisada através de diversos conceitos e visões amplos e articulados, englobando cada vez mais elementos e formas de manifestação, muitas vezes até impopulares (GASSET, 2001, p. 21), mas que não deixavam de ser manifestações artísticas.

A partir do século XX, com o desenvolvimento das ciências, da indústria e das conquistas técnicas, introduz-se novos conceitos a partir da multiplicidade das formas, como bem marcado por movimentos como impressionismo, expressionismo, cubismo, abstracionismo, dentre outros, chegando ao futurismo, momento em que a ficção se sobrepõe a realidade.

Neste ínterim, o conceito de arte possui várias percepções, em determinado momento seria a idealização da vida, em outros a reprodução destinada a preservação da existência (HAUSER, 2000, p. 01), porém uma coisa é certa: a ligação do homem com a arte, como forma de expressão da sua existência e cultura.

Em que pese as controvérsias que se apresentam quando se tenta definir arte, percebe-se que ela se mostra como uma experiência que deve ser compartilhada, por possuir a essência do que é humano, permitindo a construção e uma forma à experiência humana (HAYMAN, 1975, p. 19), assim, pode-se dizer que a arte está presente em todos os aspectos da história e da vida humana, integrando a cultura, a política, a religião, a economia e o próprio direito.

No que diz respeito a ligação do direito com a arte, objeto do presente estudo, pode-se dizer que "a arte e o direito servem para ordenar o mundo" (CARNELUTTI, 2005, p. 10), tendo em vista que tanto o direito quanto a arte fazem uma ponte entre o passado e o futuro.

Pode-se observar o direito nas modalidades de expressões artísticas, como por exemplo, na literatura, tema este que foi objeto de estudo de um movimento, denominado de *Law and Literature* que surgiu nos Estados Unidos, na década de 1980, encontrando pontos de apoio para o direito na literatura (COSTA; CAMPELLO, 2016, p. 59), sendo seguido pelo movimento *Law and film,* que estuda a relação do direito com o cinema, tendo em vista as importantes reflexões que podem ser suscitadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pode-se destacar, como exemplo, a tragédia grega, escrita por Sófocles, em 446 a.C., que retrata a briga pelo poder na cidade de Tebas, tratando de temas como o conflito entre o direito natural e o direito positivo e a democracia, tal abordagem virou o roteiro de um filme lançado em 1961, dirigido por Yorgos Javellas.

Outra obra da literatura que se destaca é *Il Mercante di Venezia*, escrita por Shakespeare, que desponta uma reflexão sobre o poder dos contratos, liberalismo e a atuação do advogado, por apresentar uma história clássica que se aplica a contemporaneidade, transformou-se em filme, sob a direção Michael Radford, em 2004.

Impende destacar as reflexões do livro O processo, de Franz Kafka, que apresenta grandes discussões acerca da morosidade do Poder Judiciário, burocracia, religiosidade, bem como o papel do advogado, a referida história virou um filme que a retrata quase fielmente, em 1962, produzida e roteirizada por Orson Wells, e, da mesma forma que as demais, aborda importantes temas relacionados a atualidade.

Neste diapasão, percebe-se a intensa ligação entre Arte, em suas várias modalidades, e Direito, pois através da literatura as importantes reflexões do direito podem ser repassadas de uma forma mais compreensível para pessoas que não estão familiarizadas com os termos técnicos da ciência jurídica, sendo certo que ao transformar tais obras em filmes, utiliza-se outra percepção de arte, que alcança um número bem maior de espectadores, consequentemente a manifestação da arte alcança uma finalidade social.

Adentrando, especificamente, na seara que se pretende abordar com a presente pesquisa, o cinema, se mostra como uma das materializações da arte mais difundida, que alcança todas as camadas da sociedade, pois as imagens em movimento podem retratar histórias verídicas, de ficção, documentários, todos com a finalidade de reflexão.

É certo que o ordenamento jurídico não se resume a um conjunto de regras organizadas e escritas, existem importantes noções que encontram-se por trás da ideologia constitucional protegida pelo Estado, como, por exemplo, a ideia de direitos fundamentais, Justiça, perpassando por reflexões filosóficas e sociais que podem ser objeto desta expressão artística.

3. SÓCRATES NA SÉTIMA ARTE: UM OLHAR SOBRE A OBRA DE ROSSELLINI

De várias obras que poderiam ser analisadas, no presente ensaio, elegeu-se o filme, que tem por título original Sócrates, lançado no ano de 1971, produzido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com a direção de Roberto Rossellini, tendo como roteiro os momentos finais da vida do grande filósofo Sócrates, que, estima-se, ter vivido no período de 470 a 333 a. C.

Impende destacar, antes de tratar do filme, alguns aspectos acerca dos aspectos históricos e sociais da Grécia, na época em que viveu o grande Sócrates.

A Grécia é uma das civilizações mais antigas da humanidade e tem como grande característica o amor aos esportes e a representações culturais, tais como literatura, dramaturgia, música, esta última, inclusive, objeto de vários elogios na obra de Platão que a tratava como expressão cultural soberana capaz de atingir a alma (2003, p. 401), percebe-se que, tratando especificamente, de Atenas, o povo respirava arte, de todas as formas e em todos os recantos da cidade.

Uma característica muito forte da arte grega é a liberdade de expressão, de pensamento e de conduta vivenciada pelo povo ateniense (RIBEIRO, 2012, p. 67), somados a democracia que permitia a participação ativa dos cidadãos nas decisões do Estado.

O filme começa tratando do momento em que Atenas, liderada por Alcibíades, tinha acabado de ser derrotada por Esparta, liderada por Lisandro, na Guerra do Peloponeso, assim, Atenas, passava por uma grande crise social e política.

Neste ínterim, surge Sócrates, com vestes simples e rústicas, andando por Atenas cercado de alunos ou, como se costumava dizer na época discípulos, falando sobre assuntos como virtude e sabedoria, tocando em temas sensíveis da sociedade, como por exemplo o fato de não defender a democracia como sistema de governo, por entender que o governo não deveria ser da maioria nem da minoria, mas daquele que sabe, ou seja daquele que detém o conhecimento (STONE, 2005, p. 31).

Pelos relatos sobre a vida de Sócrates, deixados por Platão e Xenofonte, percebe-se que ele fazia parte de uma classe média da época, pois mesmo se declarando pobre, criticava os sofistas, os quais cobravam pelos ensinos dispensados, enquanto ele se orgulhava de levar conhecimento sem cobrar nada em troca (STONE, 2005, p. 150), isto não significa afirmar que Sócrates era rico ou que sua família, composta por sua esposa Xantipa e seus três filhos, passassem grandes necessidades, mas percebe-se, pelas narrativas, algumas privações.

No filme é possível visualizar um pouco das condições de vida e do método desenvolvido e utilizado por Sócrates para ensinar aos seus alunos, denominado de maiêutica, baseado na dialética que visa a elucidação do conhecimento de um assunto, a partir da reflexão sobre as respostas obtidas a partir de perguntas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

simples. Assim, era através de perguntas que Sócrates proporcionava a reflexão de seus alunos, extraindo deles o conhecimento, o qual era transmitido oralmente.

Manteve seu jeito tranquilo e confiante em meio aos acontecimentos da época da crise vivenciada por Atenas, porém seus ensinamentos começam a incomodar e por isso, Sócrates, é denunciado pelo poeta Meleto, pelo empresário e político Ânito e pelo orador Lícon.

Estima-se que a sessão do júri grego era um espetáculo que se desenrolava em um cenário extravagante, pois se passava em praça pública, com toda a população, o tribunal era composto por jurados que eram convocados das dez tribos que povoavam Atenas e em cada julgamento sorteavam de 200 a 501 jurados (RIBEIRO, 2012, p. 298).

O julgamento inicia-se com a chegada da população em praça pública, em seguida são anunciadas as acusações e, em continuação, os acusadores passam a ter a palavra para discursar e demonstrar os motivos da acusação.

Eram duas as acusações que pesavam sobre o grande filósofo, reproduzidas por Platão "Sócrates é réu de corromper a mocidade e de não crer nos deuses em que o povo crê e sim em outras divindades novas" (1974, p. 11), como se pode perceber as duas acusações possuem um conceito muito vago, tomando-se por base, inclusive, os costumes da cidade.

A cena do julgamento é completamente retratada no filme, o que permite ao expectador a visualização clara deste momento, sendo certo que seus acusadores se limitavam a falar que os discursos do grande filósofo influenciavam negativamente os jovens e a afirmar que tudo era por amor a Atenas.

A partir da análise de todo o contexto é possível entender que os acusadores não estavam preocupados com discursos relacionados a religião, mas era uma forma de tocar nas críticas contra a democracia, realizadas pelo acusado, inflamando os ânimos e a raiva dos juízes e da população contra Sócrates (ROCHA, 2001, p. 62).

O ponto alto do julgamento foi a defesa do grande pensador, ele inicia falando que seus acusadores descrevem um outro Sócrates que ele não conhece, pois seu único intuito era a busca da verdade e, em mais uma demonstração de humildade, explica que se tivesse o conhecimento poderia fazer como outros da época que cobravam para transmiti-lo, mas ele só tinha a certeza que nada sabia, por isso não teria condições de vender esse conhecimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Das várias perspectivas que se pode ter a partir dos poucos relatos da época Xenofonte afirma que "Sócrates só ensinava seus discípulos a se absterem de toda ação ímpia, injusta e reprovável, não somente na presença dos homens como também na sociedade, visto convencê-los de que nada do que fizessem escaparia aos deuses" (1974, p. 51).

Ao tentar demonstrar o motivo das acusações ele utiliza o argumento de que possuía sabedoria e, antes que pudesse explicar, a plateia tenta interrompê-lo, em seguida ele chama uma testemunha que confirma a resposta dada pela deusa Pitonisa a Clerofonte, no oráculo de Delfos, de que não existia homem mais sábio do que Sócrates.

Em continuação, ele explica que passou a tentar entender o que o oráculo lhe disse, concluindo que inesperadamente entendeu que sua sabedoria residia no fato de que ele sempre teve consciência de sua ignorância, enquanto políticos, poetas e artífices acreditam saber tudo sem nada saber.

Em sua defesa, Sócrates exorta "o meu único negócio é o de ir e vir para persuadir, jovens e velhos, de não terem pelos vossos corpos e fortuna uma preocupação superior ou igual àquela que deveis ter no que diz respeito à forma de tornar a vossa alma a melhor possível" (DORION, 2004, p. 61).

Realmente, Sócrates tinha paixão pelo ensino, buscando sempre o bem da cidade, mas em sua visão isso só seria possível a partir de uma estruturação de ordem ética, com a finalidade alcançar a paz social (ROCHA, 2001, p. 126), tudo isso era de fácil visualização da sociedade ateniense, posto que durante sua vida, seus discursos foram proferidos em plena praça pública, para que todos pudessem ouvir e sofreu muitas críticas por não fazer parte da política (STONE, 2005, p. 131).

Durante seu discurso, ele se utiliza de seu método de perguntas e acaba deixando um dos seus acusadores, Meleto, sem resposta diante da multidão, em virtude da desconstrução dos argumentos dispendidos, a partir de perguntas em sequência, ou seja, pela aplicação da própria maiêutica, demonstrando que a acusação tratava-se de uma calúnia que poderia condená-lo a morte.

Na conclusão de seu discurso, fala sobre a morte e sobre o cumprimento de seu dever que era raciocinar, reconhece sua negligência para com sua vida pessoal, pois sua pobreza demonstrava que nunca obteve lucro com seus ensinamentos e finaliza pedindo que reflitam em seus argumentos.

Impende destacar que no fim de seu discurso, Sócrates, acaba confundindo a sua posição de réu com a de filósofo e de educador, pois ao invés de se defender ensina (MASSARA, 1960, p. 140).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após a finalização do discurso dos acusadores e do acusado, procedeu-se a votação, cada um dos juízes depositaram seus votos e ele foi condenado pela maioria de sessenta votos, em cumprimento a lei da época, deram-lhe a palavra para que pudesse mitigar sua pena, mais uma vez ele demonstra calma, mas defende-se afirmando que faz o bem e que por isso deveria ser levado ao Pritaneu, local em que os benfeitores da cidade são levados para que não passem necessidades.

A proposta de mitigação de Sócrates pareceu uma afronta ao tribunal, pois ao fazer sua proposta estava implícito que ele queria uma recompensa por ter agido bem por toda a sua vida e não uma condenação (ROCHA, 2001, p. 67), por isso, sua proposta fora rejeitada e a condenação à morte fora imposta.

Sua proposta de mitigação foi rejeitada, porém é certo que se ele propusesse uma pena alternativa significaria que ele estava assinando uma autoconfissão (RIBEIRO, 2012, p. 342) e, assim, por acreditar que praticou o bem durante toda sua vida, ensinando sem cobrar nada em troca, fora condenado a morte.

Ao se retratar aos seus acusadores, asseverou, finalmente: "se imaginam que matando homens evitarão que os critiquem por sua vida de ignorância e vício, estão enganados: aprendam que em vez de tapar a boca dos outros é necessário preparar-se para ser o melhor possível. Para vós que me condenastes, bastam essas palavras" (XENOFONTE, 1975, p. 165).

Depois admoestou a cidade de Atenas "quem verdadeiramente me acusou e me condenou foste tu, Atenas! Portanto, condenando-me à morte, não foi a mim, mas foi a ti própria e aos teus sacrossantos ideais democráticos que, vergonhosamente condenastes" (ROCHA, 2001, p. 41).

Após o encerramento da sessão de julgamento a execução da pena, que normalmente se dava em 24 horas, ficou suspensa enquanto a cidade passava por um momento de purificação, assim, o agora condenado, foi conduzido a prisão para esperar o momento de executarem a pena.

Chega o dia de sua execução e ele rodeado de discípulos, mantendo seu comportamento de sempre, afirma que a separação de sua alma e de seu corpo lhe alegra e explica que a alma é quem dá vida ao corpo, portanto a alma não seria atingida pela morte, e assim se despede de todos, ingere o veneno e espera a morte.

A vida de Sócrates marcou a história da humanidade e, por isso, o filme dirigido por Roberto Rosselini, em 1971, fora deveras importante, para permitir que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

as pessoas pudessem visualizar um pouco do que fora retratado nos diversos escritos da época.

O ator Jean Sylvère, brilhantemente representa o grande filósofo, nos permitindo entender um pouco de sua personalidade que, em alguns momentos, se mostrava forte e em outros possuía a calma característica dos sábios que marcaram a história.

A representação cinematográfica, permite ao expectador perceber toda a organização do Tribunal do Júri grego que, em muitos aspectos, se parece com a dinâmica dos julgamentos atuais.

Infelizmente, Sócrates foi acusado e condenado a morte em um julgamento claramente sem fundamento, porém deixou como legado a paixão de sua vida, o ensinamento, com suas características pessoais, aceitou com respeito sua condenação injusta e se submeteu a vontade "soberana" do júri popular se negando, inclusive, a aceitar a fuga que lhe foi ofertada por seus discípulos, deixando para a humanidade um exemplo de coragem, serenidade e humildade.

4. DIREITO E ARTE: UMA SIMBIOSE PROFÍCUA

O direito ocidental ainda sofre uma grande influência do positivismo jurídico, em especial das ideias propostas por Kelsen e sua teoria pura do direito que propunha o distanciamento do Direito dos demais ramos do conhecimento como a filosofia e a sociologia, tentando a independência científica do direito a partir da utilização da norma como único objeto desta ciência (KELSEN, 1999, p. 79).

A secularidade de Kelsen, e mesmo a decadência do positivismo jurídico, não afastou a influência de sua teoria podendo-se afirmar que "ainda aplicamos os ensinamentos de Hans Kelsen, o que lhe confere a condição de ser o positivista-normativista mais sofisticado da contemporaneidade" (JECKEL; ROCHA, 2018).

A influência do positivismo jurídico e da teoria pura do direito na contemporaneidade não encerra apenas uma divisão do direito dos outros ramos do conhecimento científico, mas, transbordando este limite, e em razão da busca da cientificidade propugnada pelo positivismo jurídico, também se aparta da ciência do direito aquilo que não é científico, ou que não se utiliza de um método, criando verdadeiro abismo entre o direito e a arte, por exemplo.

Nesse ponto, onde se distingue e se aparta a arte do direito, é importante lembrar a influência fundamental da ideia trazida por Emanuel Kant, para quem "os Juízos de gosto" não servem para ampliar o conhecimento, mas para aprovar ou reprovar, de uma perspectiva puramente estética, o objeto analisado" (NOJIRI;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CESTARI, 2015). A análise é realizada a partir do mero gosto do observador, não incidindo julgamentos racionais ou cognitivos (NOJIRI; CESTARI, 2015).

O pensamento Kantiniano é espelhado no seguinte fragmento da obra "Critica da faculdade do juízo", *in verbis:*

> Para distinguir se algo é belo ou não, referimos a representação, não pelo entendimento ao objeto em vista do conhecimento, mas pela faculdade da imaginação (talvez ligada ao entendimento) ao sujeito e ao seu sentimento de prazer ou desprazer. O juízo de gosto não é, pois, nenhum juízo de conhecimento, por conseguinte não é lógico e sim estético, pelo qual se entende aquilo cujo fundamento de determinação não pode ser senão subjetivo. (2002, p. 47 a 55)

Obviamente, o distanciamento do direito e da arte não é absoluto na atualidade, havendo uma palatina aproximação e reconhecimento da importância das diversas expressões humanas para o direito, embora o estudo entrelaçado do direto com a ciência e a literatura ainda represente um prisma muito recente para juristas brasileiros e seja considerado por parte da comunidade científica "uma prática acadêmica diletantista, modista e, de certo modo, supérflua" (TRINDADE; BERNSTSO, 2017).

Diz-se que, no Brasil, embora os primórdios dos estudos entre direito e literatura tenha por marco primeiro os escritos de Aloysio de Carvalho Filho e Luiz Alberto Warat (TRINDADE; BERNSTSO, 2017), teríamos perfeitamente delimitada três fases do estudo do direito e da literatura em solo nacional, a primeira relacionada com os precursores do estudo – do qual fazem parte os dois estudiosos citados – a segunda abrangendo a sistematização dos referidos estudos a partir da década de 90 e a terceira, a partir da última década, com a expansão do estudo e pesquisa em todo o país (TRINDADE; BERNSTSO, 2017).

Mas não apenas o desenvolvimento do estudo do direito a partir da literatura vem tentando se desenvolver e ganhar espaço nos últimos anos. Também o estudo do direito a partir ou em conjunto com a sétima arte, o cinema, encontra seus adeptos e defensores, chegando-se mesmo a afirmar que a linguagem do cinema alcança de forma mais direta as necessárias reflexões filosóficas trazidas pelas artes.

> A técnica cinematográfica possibilita a instauração da experiência logopática, que permite a manifestação dos conceitos-imagem, que só podem ser gerados por ela e não por meios literários ou fotográficos. Outra característica importante seria a de que eles sempre apresentam desfechos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> abertos a novas problematizações filosóficas, mesmo que a intenção do diretor seja a de fechá-las, a linguagem da imagem tem uma natureza subversiva em termos de estrutura. Neste sentido, as soluções lógicas da filosofia escrita geralmente têm uma intenção de apresentar conclusões mais conciliadoras, conservadoras e construtivas, simbolicamente, bem-educadas, como uma tentativa de resolver o mundo dentro da cabeça, que o cinema não consegue fazer, mesmo que tente (OLIVEIRA, 2017).

A despeito da possível diferença qualitativa apresentada entre o diálogo da literatura e do cinema com o direito - bem assim a ideia Kantiana de que o conhecimento estético é movido tão somente pelos gostos e não reclama julgamentos racionais - o certo é que essa análise conjunta possibilita a reflexão crítica dos temas a partir da junção da emoção com a reflexão racional (OLIVEIRA, 2017).

Com efeito, a arte, como defendida por Tolstoy, é a expressão humana que permite ao interlocutor, utilizando a visão ou a audição, captar a expressão dos sentimentos de um artista, ligando as pessoas todas nos mesmos sentimentos. Mais que isso, para Tolstoy "são os valores que os sentimentos evocam e não os sentimentos *per se*, que atestam sobre a arte. E só é arte aquilo que satisfaz esta condição" (TOURINHO, 2002).

Mesmo aqueles que não tem na expressão dos sentimentos o ponto diferenciador da arte, como Hosper, não despreza esse prisma na sua formação (TOURINHO, 2002), sendo inegável, portanto, que a arte, enquanto expressão humana, traz em si mais do que um conhecimento estético e inverificável logicamente, mas uma importante e inarredável carga axiológica e de conhecimento humano digna de verificação e análise conjunta com outros ramos do conhecimento.

É justamente nesse prisma que se dá a importância do enlace do direito com a arte, em especial a literatura e o cinema. As artes possibilitam a abertura do observador a quadrantes que vão além do meramente jurídico e, com isso, o alargamento da percepção necessária ao jurista para as questões que se colocam na sua dianteira, aprimorando as percepções, possibilitando uma compreensão maior das questões humanas centrais ao direito.

Essa análise conjunta do direito e da arte, ou do direito a partir da arte, tem o condão, ainda, de possibilitar uma análise crítica do universo jurídico, extrapolando o campo meramente dogmático onde a aceitação acrítica da norma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com o objetivo de aplicação imediata para resolução de conflitos é a regra (OLIVEIRA, 2017), possibilitando, com isso, uma análise zetética e uma abordagem "humana integral" (OLIVEIRA, 2017) do direito.

A própria estratégia cognitiva das artes e do direito se desenvolvem de modo igual, "a partir de abstrações construídas sobre outras abstrações (normas e obras)" (SCHWARTZ; MACEDO, 2015), de modo que "no plano das estratégias cognitivas, inexiste diferença entre abstrações de abstrações. O processo de conhecimento, portanto, da Arte e do Direito são correlatos" (SCHWARTZ; MACEDO, 2015).

Todavia, embora tal estratégia cognitiva seja a mesma, a arte permite um mergulho mais profundo nas questões humanas que a trama desenvolve, exigindo uma análise de humanidades e aspectos diversos e mais abrangentes, poucas vezes permitida pela análise do direito enquanto norma de conduta, onde o aspecto mais relevantemente trabalhado ainda é o da validade das normas.

Não por outro motivo se diz que "a importância cognitiva do contato com a cultura de humanidades está numa ampliação de nossa vida subjetiva, que permanece até certo ponto inacessível em nossa vida concreta" (OLIVEIRA, 2017), servindo de fonte para a elevação do próprio humanismo do expectador da arte, o que certamente resulta em ganhos inestimáveis ao operador do direito, principalmente pela criticidade que tende a desenvolver na aplicação da norma, possibilitando uma análise do direito para além do aspecto formal da validade.

É de se notar, ainda, que a arte reflete ideias, sentimentos e perspectivas que não estão divorciadas da realidade ou do contexto social em que produzidas ou que pretendem expressar. Nesse sentido, diz-se que o sentimento e a emoção produzidos pela arte são: a) construídos socialmente e historicamente contextualizados; b) focos parciais para a apreciacão e análise da arte e da experiência artística; c) mutáveis e culturalmente diversificados (SCHWARTZ; MACEDO, 2015).

Nesse sentido podemos afirmar que a arte também nos dá subsídio para estudar a ideia do pensamento jurídico em determinada sociedade, revelando por vezes a estrutura social e a organização jurídica dos povos, a forma de se relacionarem com o direito e seus institutos, permitindo uma reconstrução do pensamento jurídico de determinada época e, porque não, permitindo uma análise mais profunda de sua evolução.

O filme aqui trazido como paradigma das artes para análise conjunta do direito espelha exatamente a ideia de que é possível a remontagem de estruturas históricas a partir da arte, e, embora não se possa garantir que a conjuntura social e a estruturação das instâncias de poder eram exatamente iguais àquelas descritas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na película, tem-se, ao menos, um norte da percepção destas estruturas pelo artista e pelos povos da época.

As insinuações da obra acerca das acusações que pesavam contra Sócrates, em especial as de introdução de outras divindades na sociedade e da corrupção da juventude local, são fontes intermináveis de perquirição acerca dos valores, costumes e percepção dos povos Atenienses que, conhecidos por precursores da democracia, acabaram condenando a morte um filho ilustre que desafiava o método de produção de conhecimento dos sofistas.

Como se vê, a análise conjunta da arte e do direito, além de totalmente conciliável do ponto de vista da estratégia cognitiva, possui a habilidade de fornecer ao pesquisador ou operador do direito uma percepção humanística que ultrapassa os umbrais da mera logicidade dogmática e permite o lançamento de luz sobre aspectos outros do conhecimento humano caros ao enfrentamento do direito enquanto produto social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as linhas dispensadas nesta pesquisa pode-se dizer, em conclusão, que é patente a relação do direito com as várias modalidades de expressão artística existente, como por exemplo a literatura, o teatro e o cinema.

Como visto no primeiro ponto, são várias as modalidades de artes, porém em todas elas é possível extrair-se uma reflexão, especificamente, no caso do direito, foram citadas três obras: Antígona, a tragédia grega escrita por Sófocles, que aborda, dentre outros temas, a divergência entre direito natural e direito positivo; *Il Mercante di Venezia,* uma peça escrita por William Shakespeare que trata, precipuamente, da força do direito contratual; e, por fim, O processo de Franz Kafka, que analisa um processo infindável e completamente contrário ao que ordena o direito.

As três obras acima referenciadas, tratam-se de escritos fictícios, destinados a apresentar reflexões que, embora tenham sido escritas há muito tempo, continuam aplicáveis à atualidade e, por sua importância, foram transformadas em filmes, permitindo ao espectador uma visão mais ampla e detalhada acerca dos temas.

Como já mencionado, são obras de ficção com um fundo de verdade, por outro lado, o objeto do segundo tópico retratou uma história verídica que aconteceu na cidade de Atenas com o grande filósofo Sócrates, abordando-se desde os aspectos jurídicos de seus julgamento e morte a partir das perspectivas da época, com a análise dos escritos de Platão e Xenofonte, bem como a partir do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

olhar crítico do jornalista Isidor Feinstein Stone e outros autores que buscaram analisar o referido julgamento.

No derradeiro tópico, analisou-se a importância da proveitosa mistura do direito com a Arte, mostrando-se que, sem sombra de dúvidas, se mostra deveras importante, por ser capaz de disseminar o conhecimento jurídico de forma mais acessível, tanto para aqueles que não estão familiarizados com o rigor linguístico da técnica jurídica, quanto para aqueles que são operadores do direito.

6. REFERÊNCIAS

ALTET, Xavier Barral. História da Arte. Papirus: São Paulo, 1990.

ARGAN, Giulio Carlo; FAGIOLO, Maurízio. **Guia de História da Arte**. Editorial Estampa: Lisboa, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito.** Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

COSTA, Arthur Magalhães; CAMPELLO, Lucas Mikael Martins Costa Barreto. O direito no Estado da Arte: Antígona, o Mercador de Veneza e O processo na reconstituição da historiografia forense. *In:* **Revista de Direito Arte e Literatura**. Vol 2. n. 1. Brasília, 2016.

DORION, Louis Andre. **Sócrates.** Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

GASSET, James Ortega y. **A Desumanização da Arte**. 3. ed. Cortez: São Paulo, 2001.

HAYMAN, D'Arcy. As Três Faces da Arte. FGV: Rio de Janeiro, 1975.

HAUSER, Arnold. **História Social da Arte e da Literatura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JECKEL, Lisiane Cristina. ROCHA, Leonel Severo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 34, n. 2: 25-47, jul./dez. 2018, p. 26. Disponível em <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/4785dc70f9161dc72b38874fc5aa521b.pdf>. Acesso em: 05.02.2019.

KANT, I. **Crítica da Faculdade do Juízo**. 2002. Tradução de Valerio Rohden e Antonio Marques, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 47 a 55.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MASSARA, Franco. **Os grandes julgamentos:** Sócrates. São Paulo: Otto Pierre editores, 1960.

OLIVEIRA, Mara Regina. Direito e cinema. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo I: teoria geral e filosofia do direito. Coords:. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga, André Luiz Freire. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-e-cinema_58ec21a3e8b3b.pdf>. Acesso em: 07.02.2019.

NOJIRI, Sergio CESTARI, Roberto. Interdisciplinaridade: o que o direito pode aprender com o cinema. **Direito arte e literatura.** Organização CONPEDI/UFS. Coordenadores: Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Luciana Costa Poli, Regina Vera, Villas Boas– Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c 178h0tg/4d9nht62/hRv43xUdP8Wad 2S5.pdf>. Acesso em: 15.02.2019.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **A defesa de Sócrates.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **O julgamento de Sócrates sob a luz do direito.** São Paulo: Editora Pilares, 2012.

ROCHA, Zeferino. **A morte de Sócrates.** São Paulo: Escuta, 2001.

SANTOS, Maria das Graças Vieira Proença dos. **História da Arte.** 16ª edição. São Paulo: Ática, 2000.

STONE, I. F. **O julgamento de Sócrates.** Tradução de Paulo Henriques Brito. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SCHWARTZ, Germano. MACEDO, Germano. Pode o direito ser arte?: respostas a partir do direito & literatura. **Direito, arte e literatura**. organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: André Karam Trindade, Marcelo Campos Galuppo, Astreia Soares. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 82-106.

TOURINHO, Irene. Emoções e sentimentos: polêmicas sobre o ensino de arte. **Revista Comunicação & Educação.** ed. 25, São Paulo: USP, set./dez. 2002, p. 36 a 44. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/comueduc/article/download/37454/40168/>. Acesso em: 08.02.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TRINDADE, André Karam. BERNSTSO, Luíza Giuliani. Estudo do direito e literatura no brasil: surgimento, evolução e expansão. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 1. RDL. 2017, p. 225-257. Disponível em: < http://rdl.org.br/see r/index.php/anamps/article/view/326>. Acesso em: 07.02.2019.

XENOFONTE. **Memoráveis III**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

NOTAS:

---

[1] Mestre em Direito (FADIC). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UNINABUCO). Bacharela em Direito (FACOL). Advogada. Professora no Centro Universitário Facol – UNIFACOL.

[2] Mestre em Direito (FADIC). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UNINASSAU e ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO). Bacharel em Direito (FIR). Analista Judiciário (TJPE). Professor no Centro Universitário Facol – UNIFACOL.

www.conteudojuridico.com.br

LITERATURE AS LAW: UMA ANÁLISE JURÍDICO-LITERÁRIA DE O PROCESSO DE KAFKA REVELANDO A LINGUAGEM DO DIREITO COMO MECANISMO DE PODER, ESTIGMA E CONTROLE SOCIAL

MARIANNA DE ATHAYDE LIMA: Graduada pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogada. Professora.

JOSÉ MARIO RAMOS CORREIA DE ARAÚJO[1]

(Coautor)

Resumo: O artigo visa trazer novas questões relativas ao debate do direito e literatura, trabalhando diferentes perspectivas na abordagem do tema. A ciência desenvolvida na relação entre estes dois campos do saber é de variada conceituação, no que se refere ao modo como devem ser tratados os textos literários e jurídicos, quando de sua análise. A metodologia utilizada no trabalho foi de revisão bibliográfica, a busca por autores expoentes, e conflitantes, como Posner e Dolin teve o intuito de demostrar as diferentes formas de caracterização do discurso jurídico. A obra *O Processo*, de Franz Kafka, foi utilizada como base para análises do contexto histórico e jurídico de determinado período, além de representar sensações humanas quando diante da institucionalidade judicial e trazer ensinamentos relativos ao conhecimento jurídico e sua atuação social, na perspectiva do autor. Conclui-se que a perspectiva plural, de cunho didático, serve para esclarecer a lei enquanto literatura, e a literatura presente na lei, demonstrando o ordenamento jurídico não somente de forma autopoiética, como também envolvido em seu contexto social.

Palavras-chave: Direito – Literatura – Kafka – Discurso jurídico

Abstract: The article aims to bring new issues regarding the debate of law and literature, working different perspectives when approaching the theme. The social sciences developed, in the relation between these two fields of knowledge, is of varied conceptualization, as regards the way in which the literary and juridical texts must be treated, during their analysis. The methodology used in the work was a bibliographical review, the search for exponents, and conflicting authors such as Posner and Dolin had the intention of demonstrating the different forms of characterization of legal discourse. Franz Kafka's work *Der Prozeß* was used as a basis to analyze the historical and juridical context of a given period, as well as representing human sensations when faced with judicial institutions and teaching about legal knowledge and its social influence from the perspective of the author.

It is concluded that the plural perspective, of didactic nature, serves to clarify the law as literature, and literature present in the law, demonstrating the legal order not only in autopoietic form, but also involved in its social context.

Keywords: Law – Literature – Kafka – Legal discourse

Zusammenfassung: Der Artikel versucht neue Themen in Bezug auf die Debatte über Recht und Literatur zu bringen und unterschiedliche Perspektiven bei der Annäherung an das Thema zu behandeln. Die in der Beziehung zwischen diesen beiden Wissensgebieten entwickelte Wissenschaft ist hinsichtlich der Art und Weise, in der die literarischen und juristischen Texte behandelt werden müssen, in ihrer Analyse sehr unterschiedlich. Die in der Arbeit verwendete Methodik war eine bibliographische Überprüfung, die Suche nach Wissenschaftsexponenten, und widersprüchliche Autoren wie Posner und Dolin hatte die Absicht, die verschiedenen Formen der Charakterisierung des Rechtsdiskurses zu demonstrieren. Franz Kafkas Arbeit *Der Prozeß* diente als Grundlage für Analysen des historischen und juristischen Kontextes einer bestimmten Zeit, als auch für die Darstellung menschlicher Empfindungen vor Justizinstitutionen und für die Vermittlung juristischer Kenntnisse und ihrer sozialen Leistung aus der Sicht des Autors. Es wird zum Schluss angedeutet, dass die pluralistische Perspektive didaktischer Natur dazu dient, das Gesetz als Literatur und auch die im Gesetz vorhandene Literatur zu erklären und die Rechtsordnung nicht nur in autopoietischer Form darzustellen, sondern auch in ihren sozialen Kontext einzubeziehen.

Schlüsselwörter: Recht – Literatur – Kafka - Rechtsdiskurs

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Contexto histórico 3. Law and literature 4. Por que o senhor K.?: a influência do positivismo criminológico e a indiferença jurídica 5. Senhor K. fala uma língua, a lei fala outra: linguagem jurídica como mecanismo do estigma social 6. Considerações finais

1. INTRODUÇÃO

O artigo trata a temática dos estudos relacionados a Direito e Literatura, abordando as diferentes perspectivas debatidas sobre essa relação entre os campos do saber. A obra *der Process* ou *O processo* será o texto base para análise. O contexto histórico do autor, F. Kafka, será abordado, no intuito de evidenciar situações sociais vividas pelo mesmo, que influenciaram sua obra.

Law in literature e *law as literature* serão diferentes metodologias citadas durante o artigo, destacando as diversas perspectivas de integração entre os temas. A primeira delas visa à compreensão do Direito e sua representação nas narrativas literárias, chamando a atenção para os dramas humanos vividos diante do

confronto com o ordenamento jurídico e suas instituições. A segunda perspectiva envolve a análise do discurso legal, enquanto discurso literário, utilizando as ferramentas de análise do discurso, advindas, por exemplo, da teoria crítica, para identificar os elementos que compõem as decisões judiciais, muitas vezes expondo o uso da lei enquanto mecanismo de poder.

Teóricos como Posner defendem o monopólio da interpretação jurídica pelos juristas, afirmando a ausência de método dos críticos literários, quando da análise dos discursos jurídicos. A diferente natureza das disciplinas, nomeadamente, Direito e Literatura, seriam um fator impeditivo do exercício de análise crítica das decisões legais utilizando-se métodos de análise textual próprios da teoria crítica literária. A relação entre os campos do saber seria de *law in literature*, onde a função desta última seria fornecer experiências capazes de influenciar os julgadores por meio de um maior conhecimento da alma humana.

Apontada a possibilidade de uso da teoria crítica como viável, Kieran Dolin se dedica a analisar o modo como as narrativas literárias abordam questões legais, demonstrando, muitas vezes, o funcionamento do aparato judicial, identificando mecanismos de poder, percebendo a interação do ordenamento jurídico na sociedade. As decisões jurídicas são vistas em seu contexto histórico, carregadas de seus valores, herança cultural, o uso das referências comuns constrói na comunidade um sentido para o Direito.

As diferentes perspectivas têm a vantagem de trazer aspectos diversos, quando da abordagem da obra *O processo*, promovendo uma visão mais completa de possíveis interpretações da obra. Para Posner, a obra de Kafka quase nada diz sobre o funcionamento do aparato judicial durante a época do Império Austro-húngaro, não instruindo diretamente sobre aspectos de Direito, todavia, explicitando a situação do cidadão comum, quando encontra a indiferença dos tribunais para com suas angústias. Dolin percebe a representação do *Zeitgeist*, diante do caso Josef K., onde o aparato jurídico é utilizado para determinados fins de dominação social.

Ian Ward divide a abordagem de Direito e Literatura nos tópicos *law in literature* e *law as literature.* Pleiteando a adoção de uma perspectiva plural que utilize os dois métodos de análise, para gerar uma contribuição didática, da interação entre os dois ramos do saber, fazendo com que o jurista possua uma visão interdisciplinar sobre os temas aos quais se dedica.

O artigo desenvolve, nesta perspectiva, a análise da obra de Kafka inicialmente abordando o contexto histórico, em seguida, trazendo pontuais esclarecimentos sobre Direito e Literatura, analisando o Positivismo jurídico e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indiferença deste para com os jurisdicionados, enquanto mecanismo de poder, findando com a linguagem legal e seu uso estratégico no âmbito social.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

A compreensão do contexto histórico é fundamental para um melhor entendimento da obra, a vivência pessoal dos autores, permeia a escrita de suas obras, sendo influenciada pelas concepções filosóficas e políticas, quando da confecção dos textos. O período vivido por Kafka explicita as contradições de seu tempo e materializa muito da situação vivida na época por pessoas como ele, pertencentes a uma minoria. A vida e trabalho de Franz Kafka se desenvolveram em Praga, sendo a sua condição de judeu um fator importante na sua época. A cidade era uma metrópole cosmopolita, residência da dinastia dos *Habsburg*, regentes do Império Austro-húngaro, um Estado dinâmico, moderno e industrializado.

Praga pertencia ao referido Império até a dissolução deste, em 1918, após o final da Primeira Guerra Mundial. A composição multiétnica da cidade era fruto da constituição do Estado, formado por países de diversas matrizes culturais, como germanos, eslavos e judeus. O frequente contato destes diferentes povos transformou Praga em uma cidade multicultural, com o passar de séculos[2].

Os eslavos representavam a maioria da população, onde durante o período vivenciado por Kafka, os alemães étnicos, em conjunto com os judeus, eram as principais minorias. A língua tcheca era utilizada pela população em geral, de menor renda, condição desenvolvida originariamente após a Guerra dos Trinta Anos, quando a nobreza católica saiu vitoriosa na região, transformando o alemão e o francês nas línguas utilizadas pela elite, corroborada posteriormente com o maior dinamismo econômico dos austríacos. No centenário anterior ao nascimento de Kafka, o imperador (*Kaiser*) Josef II adotou a língua alemã como idioma oficial do Império dos *Habsburg*.[3] [4].

A ação dos alemães acabou fomentando uma reação em sentido oposto: em Praga, o nacionalismo tcheco voltou-se contra os germânicos e judeus, os nativos eslavos passaram a almejar a independência de sua região, enquanto as minorias permaneceram fiéis à coroa. A diferenciação tornou-se perceptível com a divisão de diversas instituições, como a existência de uma universidade tcheca e uma alemã, assim como escolas igualmente separadas[5].

No meio das disputas entre as nacionalidades estavam os judeus, que se associavam, em sua maioria, com os alemães, o que desagradava os nacionalistas tchecos. A preferência dos judeus era pelas instituições alemães, pelo correspondente maior desenvolvimento das regiões germânicas. Desta forma, havia a perspectiva de alcançar maior êxito profissional com a referida aproximação. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

minoria judaica tinha relativa aceitação social, após a emancipação dos judeus, ocorrida com a política de tolerância do Imperador Josef II, sendo esta ampliada pelo sucessor Franz Josef. Todavia, a maior penetração no tecido social e a disputa por posições sociais favoreceu o antissemitismo na sociedade de Praga.

Kafka foi muitas vezes confrontado com atitudes de hostilidade para com os judeus (*Dezembersturm*), ainda que estes já estivessem integrados socialmente, não fossem mais obrigados a viver em guetos e possuíssem boa condição de vida. Durante a década de 1920 a situação se agravou, diante das tensões entre alemães, judeus e tchecos[6]. Kafka foi ainda um contemporâneo da Primeira Guerra mundial, entretanto, não participou da frente de batalha. Em 1918, o autor viu o final do conflito e a consequente ruína do Império Austro-húngaro. O processo desencadeou a formação de novos estados como a Iugoslávia e a Tchecoslováquia, país do qual Praga passou a ser capital, concentrando tchecos, eslovacos, alemães e judeus. Neste novo Estado, o autor passou por maior isolamento, uma vez que a condição de judeu-alemão era duplamente indesejável socialmente pelos nacionalistas da recém-formada nação.

A condição de jurista possibilitou a Kafka a vivência de insegurança jurídica em uma época de transformações sociais profundas. A ausência do sentimento de pertencer a algum lugar foi percebida por Kafka quando este confiou na institucionalidade legal, que formalmente tornava os homens iguais, todavia, em sua práxis, a origem do indivíduo determinava o grau de liberdade possível. [7]

Stephan Zweig, escritor contemporâneo de Kafka, que também habitou o Império Austro-húngaro, descreve a situação dos judeus de modo simbólico, porém exemplar, em seu conto *Ungeduld des* Herzens. Quando o personagem principal da trama, um militar, se coloca em uma situação constrangedora por assumir compromisso de noivado impensadamente, seu diálogo interno afirma não haver coisa pior para sua família que saber do casamento com alguém de sangue judeu, também os seus companheiros do regimento certamente o discriminariam por tal feito[8].

A questão da culpa (*Schuld*) é debatida em nova perspectiva, na obra *O processo*, saindo da questão legal da culpabilidade, passando a tomar o sentido de estar em erro, agir erroneamente. A questão assume caráter moral, admitindo que todo ser humano é falível, não sendo justo escolher determinadas pessoas aleatoriamente e culpá-las. O debate tem reflexo no entorno social do autor, onde muitas vezes a existência enquanto minoria era, sozinho, fator de marginalização.

3. LAW AND LITERATURE

As questões relativas a interação entre Direito e Literatura estão distantes de constituir uma unidade teórica e metodológica. Esta relação passou por diferentes abordagens, considerando as possibilidades e impossibilidades de permeabilidade entre estes dois campos das humanidades (*Geisteswissenschaft*); a retórica e o uso da linguagem como instrumento são, todavia, características compartilhadas pelos teóricos, enquanto pontos de convergência para as análises.

Richard Posner[9] destaca a existência de várias obras que têm a centralidade do enredo em torno de questões que envolvem o Direito, como é o caso do livro *O Mercado de Veneza* de William Shakespeare ou ainda *O processo* de Franz Kafka; muitos escritores também eram juristas, fato que estreita ainda mais os laços entre Direito e Literatura. O ordenamento jurídico também traz disposições relativas a questões literárias, como os direitos autorais.

A possibilidade do uso de textos literários no intuito de proporcionar aos magistrados maior sensibilidade na resolução de casos é aceita por Posner, que cita a obra de juristas da Suprema Corte Americana, como Oliver Holmes, que utilizavam elementos de Literatura em suas decisões. O maior destaque dado é para a questão do uso da linguagem e retórica, vistos como as áreas onde a lei e a narrativa fictícia se encontram.

Os problemas da vida cotidiana são objetos da lei que a Literatura a dramatiza, como o processo pelo qual Joseph K. tem que passar, ou ainda, o contrato firmado no Mercador de Veneza. A autonomia entre os dois ramos do saber é destacada por Posner[10], quando ressalta a condição de disciplinas acadêmicas distintas. A condição de humanizar os juristas é o principal ponto destacado pelo autor, de um modo geral, o teórico rejeita a possibilidade da Literatura fornecer instrumentos que ajudem a resolver casos jurídicos, pelo diferente propósito desempenhado pelas disciplinas, apenas o uso de metáforas é visto como tolerável.

Ian Ward[11] coloca a relação entre lei e as narrativas literárias como complementar. Para ele, é possível dividir as abordagens teóricas entre *Law in Literature* e *Law as Literature*. O autor destaca a necessidade de compreender a inter-relação de modo abrangente, levando em conta a influência dos textos literários no julgador, sem esquecer dos problemas essenciais do século XX, manifestados através do conhecimento filosófico e literário, denotando o *Zeitgeist*.[12]

O Iluminismo postula a positivação do Direito, o monopólio da produção de textos normativos pelo Estado[13], prevalecendo a ótica dos jurisconsultos e economistas. Todavia, Ward destaca o uso de metáforas, parábolas, ou seja, contos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de narrativa literária, por parte da tradição legal judaica, muçulmana, indígena, dentre outras; indicando a experiência histórica de povos que atribuem uma importância maior do uso de narrativas literárias na solução de conflitos.

O papel das metáforas utilizadas nos contos é colocado como responsável por criar traços culturalmente comuns a uma comunidade. Kieran Dolin[14] cita o caso de narrativas literárias utilizadas por magistrados e advogados durante o ofício, no intuito de esclarecer os pontos de vista, ou teses, defendidos. O caso do juiz Justice Scalia, que utiliza expressão poética da Literatura americana (*Good fences make good neighbors*) quando da resolução de um caso concreto, é citado enquanto uso da herança cultural americana, constituída de seus específicos ideais e valores, viabilizando um critério comum, quando da decisão de demandas jurídicas.

Richard Posner[15] propõe uma aproximação entre Direito e Literatura que não tenha enfoque político. As narrativas literárias seriam uma abordagem sobre a lei, na medida em que esta demonstra os sentimentos humanos quando colocados diante de situações onde há envolvimento com a jurisdição institucional. A interpretação ampla, colocada em seu contexto social, é vista pelo autor com muito criticismo, por este rejeitar os métodos de análise da teoria da literatura.

Os Posner e Dolin teóricos representam diferentes visões ao compreender a inter-relação entre Direito e Literatura. O primeiro, como mencionado, muito embora reconheça a política no Direito e, principalmente, na Literatura, admite a influência destas narrativas enquanto meio para influenciar subjetivamente o julgador, no sentido de sensibilizá-lo para perceber os sentimentos humanos. Dolin, por outro lado, utiliza uma abordagem mais socialmente engajada, preocupada em conhecer as relações de poder que determinam a linguagem legal. A visão interdisciplinar apregoada por esta última, visa expor a retórica utilizada nas decisões legais, enquanto argumento que legitima autoridade, enquanto discurso de coerção, aplicado em determinado contexto social.

A posição do supracitado Ian Ward traz uma análise que relaciona as posições de Posner e Dolin, lançando uma nova perspectiva sobre o debate entre Direito e Literatura. Sistematicamente a abordagem dita *Law in Literature*, da qual Posner é o principal representante, concentra-se em perceber o uso de metáforas, narrativas literárias, para esclarecimento e compreensão do Direito; o uso de contos literários seria subsidiário, ilustrativo. A análise do discurso jurídico permanece em perspectiva legal, científica, não literária. A interpretação da lei deve permanecer atividade técnica, restrita aos que dominam o saber jurídico. Posner justifica sua posição diante da premissa de que a obra *O processo*, por exemplo, de nada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ajudaria a instruir sobre o conhecimento processualístico do Império Austro-Húngaro, diante disso, seria de limitado valor para juristas.[16]

Na concepção de *Law as Literature*, Ian Ward destaca a contribuição de Dolin, dentre outros. Neste conceito o autor situa aqueles que aplicam a teoria de análise do discurso literário para com as decisões judiciais, desnudando relações de poder, percebendo o uso instrumental de retórica para controle social. O discurso legal é colocado em seu contexto histórico e social, obras literárias revelam não necessariamente ferramentas de construção de conteúdo jurídico, senão o *Zeitgeist* de uma época, quando escritores falam das injustiças legitimadas pelo Direito.

Ward[17] disserta obre a necessidade de compreensão da relação entre Direito e Literatura sob uma perspectiva didática, englobando *Law in Literarture* e *Law as Literature*. Afirmando a necessidade de se conhecer a obra, mas também o autor e todo seu contexto, vivência. Além de sentir as situações expostas diretamente nos textos literários, a percepção do papel do autor para além dos escritos, é de fundamental importância.

Posner[18], debatendo a obra *der Process*, de Kafka, conceitua a ficção como crítica a uma modelo de compreensão econômica do homem moderno. Joseph K. vive em um Estado imperial regido por um aparato jurídico, que possui todo um ordenamento funcional, no qual ele confia, demonstrando preocupações alheias ao devido processo legal. K. é processado sem saber os reais motivos, sendo executados igualmente sem saber as razões para tal coisa.

Levar em consideração que a obra *der Process* aborda questões de Direito relativas ao devido processo legal, garantias de Direitos fundamentais, ou ainda a perversão do aparato judicial, é uma leitura advinda compreensão errônea, ainda segundo Posner, a obra trataria de aspectos relativos às responsabilidades diante da Lei, por Joseph K. foi punido por nada ter feito, onde este não fazer equivale a uma omissão punível, diante de uma culpa produzida pelo aparato legal.

A dificuldade de Joseph K. em descobrir os motivos de ser sujeito de ação legal demonstra, para Posner[19], a angustia que o leigo tem, diante do poder coercitivo do aparato jurídico, representando as dificuldades em compreender a linguagem e as ações desenvolvidas no processo, o que impossibilita alguma relativa previsão dos acontecimentos. Portanto, não só o destaque para a passividade do personagem é colocado como central na interpretação desenvolvida pelo autor, também a incompreensão das ações desenvolvidas no ordenamento jurídico. A ausência de motivações políticas destaca-se no personagem de Joseph K., para Posner[20] a sua incapacidade de fazer algo acaba por se o maior motivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de sua condenação. Ler Kafka politicamente, com isso, seria um erro, pois os personagens não se manifestam politicamente, e sim, ressaltam a liberdade de escolha, ainda que seja para não agir, o que é identificado pelo teórico como um dos pilares do liberalismo clássico. [21]

Dolin percebe o discurso jurídico como suscetível de um tipo de análise que utiliza métodos interdisciplinares. Os textos emanados das instituições legais trazem uma narrativa que engloba discursos culturais, representando valores, além da luta pelo poder. A teoria crítica literária seria metodologia capaz de exibir os mecanismos que influenciaram determinadas decisões, proporcionando reflexão dos operadores do Direito quando confrontados com situações similares, buscando esclarecer como a lei interage com a linguagem, na condição de texto culturalmente construído, denotando seus efeitos na sociedade.

A análise interdisciplinar se baseia na semiótica e sua concepção crítica, por exemplo, para investigar a fonte de legitimação de determinados discursos jurídicos, o significado legal e político de decisões, por meio dos instrumentos retóricos utilizados. Para Dolin, a autoridade da Lei deve ser instrumento apto a fundamentar a justiça, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade. O uso de perspectivas advindas de outras ciências, analisando os discursos jurídicos, contribui também para uma maior legitimação destes.

Ian Ward identifica as diferentes perspectivas, classificando-as de acordo com as diferentes compreensões, portanto a divisão entre *Law in Literature* e *Law as Literature* terminam por se demonstrar visões complementares, se observadas de acordo com as possibilidades didáticas oferecidas por ambos os métodos. *Der Process* deve ser analisado, portanto, levando em consideração as diferentes perspectivas, no sentido de desenvolver uma percepção ampla sobre a temática do livro.

Jenifer Cushman segue uma linha de análise que chega a resultados similares a Ward, atentando para a influência do meio social vivido por Kafka, enquanto judeu-alemão, vivenciando hostilidades por tal condição. K percebe a frieza da burocracia ao tratar de seu caso, fruto de sua condição minoritária. O conto trata de modo mais abrangente a questão da rejeição para com minorias, a burocracia e sua indiferença para diante do cidadão, a omissão de K. em tomar uma atitude que viesse de fato a mudar sua condição, por acreditar na institucionalidade; estes aspectos, por serem mais abstratos, acabam adquirindo maior universalidade, todavia, a narrativa se insere em seu contexto histórico, e muito embora não seja diretamente um tratado jurídico, aborda a discriminação existente no tempo de Kafka, vivenciada por este e materializada em sua obra.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O fato do autor ser jurista aproxima ainda mais a crítica deste ao sistema judicial do Império, pois este coloca as inconsistências do sistema jurídico, quando de sua aplicação prática, registrando o *Zeitgeist* em sua obra literária. Importante ressaltar que Kafka estava interado com o mundo jurídico, pela sua profissão de advogado, acompanhando também, portanto, o debate em torno das questões legas envolvendo as leis penais. Um dos pontos cruciais era a tipificação de crimes, onde a codificação alemã, de base kantiana, previa a responsabilização do indivíduo pelos seus atos, focando em aspectos morais e exigindo uma efetiva ação e punindo de acordo com a natureza do delito. Já o Código utilizado no Império Austro-Húngaro definia o crime não só de acordo com as ações empreendidas e resultados obtidos, mas também valorando a intencionalidade da ação, punindo o agente, ainda que o crime não ocorresse por situações alheias a sua vontade, o equivalente atual à questões relativa ao dolo e tentativa, enquanto componentes do Direito Penal.

A inter-relação entre Direito e Literatura, no Brasil, segue padrões citados pelos autores estrangeiros, quando já no século XVII diversos autores de obras literárias eram também juristas, como José de Alencar ciado como maior expoente[22]. O final do século XX e início do século XXI demonstrou-se o período onde os estudos sobre Direito e Literatura se desenvolveram. Lênio Streck [23], um dos autores dedicados aos tema, cita a possibilidade da literatura tratar temas que importam aos juristas, quando estes precisam lidar com a decisão de conflitos, uma vez que as obras literárias muito transmitem sobre a condição humana.

4. POR QUE O SENHOR K.?: A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO E A INDIFERENÇA JURÍDICA

> [...] Aqui não há erro. Nossas autoridades, até onde as conheço, e só conheço seus níveis mais baixos, não buscam a culpa na população, mas conforme consta na lei, são atraídas pela culpa e precisam nos enviar – a nós, guardas. Esta é a lei. Onde aí haveria erro?[24]

Por que o senhor K.? A resposta (que por sinal é a grande denúncia do livro) é muito simples e, ao mesmo tempo, muito complexa: não existe um porquê. K. não fora escolhido especificamente. Ele, na verdade, comprova o inverso, de que não importa quem seja o destinatário da lei, os abusos e falhas pelo judiciário sempre ocorrerão. Qualquer um pode ser vítima da lei. Por mais estranha que essa afirmação possa parecer, esse é o sentimento comum compartilhado por todo indivíduo inserido socialmente. O sentimento de que, um dia, ele poderá ser o próximo a ser perseguido por uma conduta que foi considerada falha pelo sistema punitivo, ainda que nem saiba que fez algo contrário à lei. A própria narrativa passa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

essa sensação ao não mencionar claramente do que K. está sendo acusado. Não importa o âmbito, o Direito serve para passar a imagem de onipresença.

Se as autoridades são atraídas pela culpa, ela é pré-existente e se manifestará em algum momento. Como pode ser isso? Ainda que não se saiba o que se tenha feito (ou ainda não tenha feito), esse fazimento ocorrerá para que a culpa recaia sobre ele. Essa pseudo arte da premonição vem claramente do período que antecede a primeira publicação feita por Kafka de *O processo* em que o crime passava a ser extensão, manifestação da personalidade do indivíduo[25]. Era o que defendia Enrico Ferri, contemporâneo do grande nome do positivismo criminológico, Cesare Lombroso, o fundador da Antropologia Criminal.

Curiosamente, Lombroso não era jurista e sim médico, e isso tem dois efeitos diretos: o primeiro, de que o Direito se deixou contaminar por um discurso médico e o segundo de que o viés científico adquirido pelo Direito nessa época trouxe a falsa impressão de que a comprovação científica não admite falhas. Esses dois aspectos foram fundamentais em uma época de aumento do punitivismo. Lombroso injetou uma concepção de livre arbítrio que não era livre. Sim, um paradoxo de que o homem normal era livre, porém tinha suas vontades freadas por motivos religiosos, familiares, sociais...[26]. Uma vez que a criminalidade se manifestasse, era um caminho sem volta, pois a reincidência seria uma consequência direta das mazelas da mente. Ou seja, quando o guarda se dirige a K. e afirma que os guardas estão ali, não porque as autoridades procuraram sua culpa e sim que ela se manifestou, o recado é lombroferriano: K. não era mais que um doente social que, por alguma razão, não atendeu aos interesses de um sistema e precisava ser contido. E a contenção vem antes das explicações. Observe-se a seguinte explicação de Ferri:

> [...] o crime não pode ser o fulcro da lei e da sentença, devendo ser somente a condição preliminar de procedibilidade (portanto, punibilidade) e um dos elementos, decerto o mais característico, para individualizar a periculosidade do delinquente, como o são a vida anterior, o comportamento depois do fato, etc. [...][27]

Trazendo para o universo da obra, se o crime é apenas uma condição, o que vale é o que está por trás da sua realização. De que vale saber o crime cometido por K.? Um mero detalhe, uma mera condição de procedibilidade. Tal ato apenas apontou na sua direção e, assim, a lei foi ao seu encontro por meio do processo. Fica evidente a paradoxal contribuição do cientificismo no Direito. Na mesma proporção que a ciência jurídica ganhou respeitabilidade por, aparentemente, explicar e provar suas teorias, o excesso tecnicismo afastou o Direito da realidade.

Nossa tentativa de aproximar a obra de Kafka desse debate tem plena conexão com a necessidade de superação do positivismo jurídico como um todo, pois foi assim que o movimento *Law and Literature* ganhou expressão com Benjamin Nathan Cardozo em 1925, expondo o procedimento judiciário como narrativa, estabelecendo relação entre forma e conteúdo da decisão judicial[28]. Mas, retomando a questão, ainda que as concepções positivistas tenham sido superadas, seus efeitos continuaram repercutindo. Isso se reflete na constante sensação do leitor de se colocar no lugar de Josef K e, por mais absurdas que as situações sejam, tudo parecer tão atual e real. A violação de direitos individuais fundamentais no Estado Democrático de Direito transcende o Direito ficcional de Franz Kafka[29]. Depender do próprio Direito para afirmar direitos soa cíclico e é exatamente esse ciclo que alimenta o punitivismo. Ao mesmo tempo que se deseja a punição do desvio social, teme-se por estar incluso na mira da lei. A questão que queremos levantar é: seria, de fato, um receio da punição em si ou da sua repercussão? O homem teme a prisão ou a falta de perdão do meio social ao qual está inserido? Qual o peso de ser processado?[30]

> Do outro lado da rua, o grupo ainda estava na janela, mas agora parecia um pouco perturbado no sossego da contemplação pelo fato de K. ter chegado à janela. Os velhos tentaram se levantar, mas o homem atrás deles os tranquilizou.[31]

Essa passagem simples não fala da mera curiosidade. O que nos chama atenção aqui é algo muitas vezes ignorado pelos juristas ao longo do tempo: o estigma e a força da lei. K. poderia ser um criminoso potencial, mas, uma vez que as autoridades o inseriram no processo, não importando o que teria feito, se seria condenado; para a sociedade, ele não seria mais visto da mesma maneira. Não era mais um homem íntegro que trabalhava no banco. K. se tornara, como dissemos, vítima da lei e do medo. Quem contempla alguém ser levado à julgamento não deseja ser confundido, tem o receio de ser o próximo ainda que pense ser errada tal decisão. Essa intimidação seria o que, anos depois, Liszt classificaria como prevenção geral positiva: proteção de bens jurídicos e prevenção de delitos[32]. Quais bens seriam protegidos com a detenção de um homem inocente? Que delito, afinal, teria sido cometido por K.? Que delitos seriam evitados com sua remoção do meio social? Kafka deixa claro que nada disso estava em jogo.

5. SENHOR K. FALA UMA LÍNGUA, A LEI FALA OUTRA: LINGUAGEM JURÍDICA COMO MECANISMO DO ESTIGMA SOCIAL

> - Oh, céus! – disse o guarda – É incrível como o senhor não consegue se submeter à sua situação e parece empenhado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> em nos irritar inutilmente, a nós, que decerto somos neste momento os mais próximos de todos os seus semelhantes! [...] Esqueceu-se de que, não importa o que formos, diante do senhor somos no mínimo homens livres, e essa superioridade não é pequena. [...][33]

A resistência às regras do sistema é comumente confundida com atestado de culpa, devendo ser mais duramente combatida. Onde não há submissão, haverá punição e a principal delas é o estabelecimento de uma diferenciação, uma criação de categorias que possam apontar superioridade. Quando o guarda diz que eles são os mais próximos dos seus semelhantes, isso não tem apenas um efeito na narrativa, mas também dentro da concepção jurídica. Um estigma é um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, que gera diversas perspectivas de interpretação: o estigmatizado assume uma determinada característica que ele supõe ou ser conhecida ou evidente ou, ao menos, perceptível. De acordo com cada uma dessas situações, o indivíduo transita entre ser acreditado, desacreditado ou desacreditável, deixando instável a possível dele ser facilmente ou não recebido nas relações sociais cotidianas. Porém, se ele for identificado com determinado traço que chama atenção do coletivo, isso acaba por diminuir ou aniquilar a possibilidade de atenção para outros atributos seus[34].

Antes de ser procurado pela polícia, K. se considerava uma pessoa de respeito, um bancário bem-sucedido e deduziu que as outras pessoas o reconheceriam desta maneira, sendo suficiente para comprovar sua inocência. A criminalidade era incompatível com sua identidade social. Entretanto, este é um engano comum entre as pessoas de uma forma geral: acreditar que, em hipótese alguma, sua imagem será maculada pela manifestação da Justiça (como, popularmente, imagina-se as leis). O Direito, mais especificamente o Direito penal, possui uma força que as outras formas de controle social não possuem. É a única que consegue transcender seu próprio universo. Por exemplo, se K. tivesse pecado, ele seria mal visto e perseguido pela sua comunidade religiosa. Entretanto, isso não valeria para os outros núcleos de convivência social: ele continuaria sendo o cidadão exemplar, bom vizinho e etc.. Contudo, ele fora acusado de cometer um delito, então, não importava mais a qual grupo ele se dirigia. Sua imagem nunca mais seria a mesma.

É nesse momento que o Direito penal constrói sua própria teoria do estigma. Uma ideologia capaz de explicar a inferioridade dos indivíduos e evidenciar o perigo que eles representam, racionalizando animosidades baseadas em diferenças sociais pré-existentes, como, por exemplo, a de classe social. É aí que utilizamos os termos específicos de estigma, tais como aleijado, bastardo, retardado em nossos discursos diários, quase sempre de forma simbólica e esquecendo de pensar em seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

significado original ou efetivo[35]. Nesta numeração, pode-se adicionar bandido, delinquente, marginal ou qualquer outro sinônimo. Goffman deu a formula geral de como o efeito do estigma funciona. Uma vez que o Direito penal designa que aquele que contraria a norma deverá ser punido, este passará a ser reconhecido por esse desvio. Deixará de ser senhor K. e passará a ser o criminoso.

O método aqui, percebe-se, é uma das técnicas da linguagem jurídica que se estrutura através de normas complexas, compreendidas apenas por quem as aplica, e que dita um processo também complexo. Aliás, o Direito três efeitos poderosos: além de transcender seu próprio universo; seu processo consegue efeito semelhante ao de sua condenação; e sua necessidade e legitimidade serão reafirmadas independentemente de suas falhas. Seja na obra de Kafka ou em qualquer outra que critique a estrutura jurídico-penal, a lição extraída é a mesma: os indivíduos se vão, o sistema prevalece.

> – Essa lei eu não conheço – disse K. - Tanto pior para o senhor – disse o guarda. - Ela só existe nas suas cabeças – disse K., querendo de alguma maneira se infiltrar nos pensamentos dos guardas, revertê-los em seu favor ou neles se instalar. Mas o guarda, num tom de rejeição, disse apenas: - O senhor irá senti-la. Franz se intrometeu e disse: - Veja, Willem, ele admite que não conhece a lei e ao mesmo tempo afirma que é inocente.[36]

Falemos mais dessa força que Direito penal tem, ou melhor, é. Foucault traz uma percepção muito pertinente de que a punição, ao longo da história, utiliza-se de táticas basicamente resumidas em: excluir, impor uma compensação, marcar e encarcerar. Seja uma ou outra ou mais de uma, sempre serão elas as alternativas que prevalecem como opção punitiva[37]. A questão é que essas técnicas, remetendo a Hobbes e Rousseau, tentam convencer que as normas são necessárias para manter uma estabilidade social. Tal como falamos anteriormente, o ciclo de dependência jurídico-penal: sem as leis penais, haverá caos com uma infinidade de crimes. Com as leis penais, será preciso também conter os crimes, porque, conforme se entendeu historicamente, é a sociedade que gera o crime. Em outras palavras, vivemos em um estado de conflito iminente e constante ao mesmo tempo.

O Direito penal, com suas regras, sustenta, supostamente, relações de poder por meio de um esquema contrato-opressão, ou seja, a soberania constituída por meio de uma sessão coletiva de direitos e que, uma vez que o poder político receptor dessa cessão ultrapasse os limites desse contratos, haverá opressão. Diz-se supostamente, porque, conforme interpretação foucaultiana e as entrelinhas de *O processo*, devido a essa guerra silenciosamente camuflada de paz, na verdade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

os mecanismos jurídicos são de repressão: uma oposição entre a luta dos indivíduos contra a imposição constante de uma submissão[38]. "É incrível como o senhor não consegue se submeter à sua situação", já dizia o guarda a Josef K., enquanto ele permanecia lutando. Retomando os questionamentos que lançamos: quais bens seriam protegidos com a detenção de um homem inocente? Que delito, afinal, teria sido cometido por K.? Quem decide isso é a norma, porque:

> [...] a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados e obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade. [...][39]

O suposto crime cometido por K., com tamanha ostentação de poder dos procedimentos jurídicos, tornara-se verdade. A lei adequa o resultado à norma e não o inverso, um caso de juízo determinante em que o geral foi feito para se subsumir ao caso particular[40]. É nessa inversão que o Direito penal deixa de se adequar às necessidades do coletivo e passa a ser porta-voz dos detentores do poder. K., por qualquer motivo, passou a ser um resultado indesejado. O seu valor seria medido pela reafirmação da eficácia do sistema. Não tinha mais importância até o ponto que nem ele mesmo acreditava mais na sua relevância e a morte lhe pareceu a melhor saída: K. se livraria da sua vergonha, de si próprio (ser repugnante) e da lei (espelho da verdade inquebrantável) que não compreendia. Ficaria sem coração tal como a sociedade jurídica que o escolheu como bode expiatório do seu mecanismo. Contudo, naquele derradeiro instante de Josef K., "a morte já não é suplício, é encerramento definitivo, a absoluta segurança"[41].

> [...] A lógica, na verdade, é inabalável, mas ela não resiste a uma pessoa que quer viver. Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ao qual ele nunca havia chegado? Ergue as mãos e esticou todos os dedos. Mas na garganta de K., colocavam-se as mãos de um dos senhores, enquanto o outro cravava a faca profundamente no seu coração e a virava duas vezes. Com os olhos que se apagavam, K. ainda viu os senhores perto do seu rosto, apoiados um no outro, as faces coladas, observando o momento da decisão. - Como um cão. – disse K. Era como a vergonha devesse sobreviver a ele.[42]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentar compreender as ciências de maneira absolutamente independente, além de quase impossível, é um desserviço à coletividade. Relações humanas são assim: complexas por natureza. Qualquer recurso ao técnico que venha a colaborar para uma melhor compreensão dos conflitos deve ser bem-vinda. Em poucas páginas, foi possível ver a influência do período histórico na vida de Franz Kafka e isso demonstra uma cadeia de marcos: Kafka foi marcado pela história de seu tempo, projetou isso em sua obra *O processo* e *O processo* marca uma nova fase histórica e seus leitores; seus leitores, por sua vez, refletem, reproduzem novas interpretações sobre a obra.. e assim por diante.

Talvez Posner tenha apenas seguindo uma linha tradicional do Direito que tentou, a todo o custo, elevar seu caráter científico, isolando a ciência jurídica. A função de uma obra literária não é descrever o funcionamento de sistemas jurídicos e detalhes específicos, para isso existem manuais e doutrina (Algo mais próximo da ideia de *law as literature*. A condução textual pelo jurista pode ser envolvente e crítica). A Literatura tem sim um papel fundamental na formação de pensamento, de revelar as entrelinhas da experiência jurídica, de denunciar os abusos que dificilmente virão retratados em produções puramente jurídicas. Tal como Kieran Dolin, é a esse pensamento que aderimos.

Outrossim, ainda que tenham sido curtas páginas, buscamos demonstrar os efeitos de *O processo*. A riqueza da sua narrativa fantástica fica ainda maior quando o jurista que a lê está preocupado com o destino da principal parte: Josef K., a representação metafórica da vítima do processo penal. O que seria dessa obra além do retrato da vida jurídica; os personagens a personificação de possíveis indivíduos que figurarão possíveis processos; e a narrativa o próprio desenrolar do caso? Kafka deixa bem clara sua mensagem para os juristas futuros: não deixemos a dureza da lei nos cegar perante a injustiça, lembremos que o Direito nos serve e não o contrário; e antes das palavras, títulos, cargos e importância, enxerguemos pessoas e suas histórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 20004

BOGDAL, Klaus-Michael. **Historische Diskursanalyse der Literatur**. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag; 1999.

CUSHMAN, Jenifer. Criminal apprehensions: Prague minorities and the Habsburg legal system in Jaroslav Hašek´s *The good soldier Švejk* and Franz Kafka´s *The trial*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

In: MEYER, Michael J (Org.). **Literature and law**. Amsterdam – New York (NY): Editions Rodopi B.V., 2004.

DOLIN, Kieran. **A critical introduction to law and literature.** New York (USA): Cambridge University Press; 2007.

DOWDEN, Stephen D. **Sympathy for the Abyss.** Tübingen: Max Niemeyer Verlag; 1986.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

_____. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 1981.

GRAY, Robert T. **Constructive destruction.** Tübingen: Max Niemeyer Verlag; 1987.

GROSSI, Paolo. **A History of European Law**. New Jersey (USA): Wiley-Blackwell, 2010

GURNHAM, David. **Memory, imagination, justice: intersections of law and literature.** England: Ashgate Publishing; 2009.

HERDER, Johann Gottfried von. **Kritische Wälder**. Riga; 1769.

JESKE, Thaís. Súmula vinculante: uma abordagem à luz de Kafka. In: **Amicus Curiae**, Santa Catarina, vol. 11, 2014. Disponível em: http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1714/1597. Acesso em jan. 2019

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011

KARAM, Henriete. Entrevista com Lênio Streck: a literatura ajuda a existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura.** v. 4, n. 2, julho-dezembro 2018

KRISCHEL, Volker. **Erläuterungen zu Franz Kafka: Der Proceß**. Hollfeld: Bange Verlag, 2008.

LISZT, Franz. **La idea de fin en el Derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 1995.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone editora, 2016. p. 223

MARQUES, Mara Rubia. Superou-se O Processo de Franz Kafka? Uma análise do sistema inquisitivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9032#_ftn4>. Acesso em jan 2019.

POSNER, Richard. **Law and literature**. Massachusetts (USA): Harvard University Press; 2009.

ROBERTSON, Ritchie. **Kafka: a very short introduction.** Oxford (UK): Oxford University Press; 2004.

TRINDADE, André Karam; BERNSTS, Luísa Giuliani. O estudo do direito e da literatura no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura.** v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017

WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004.

ZWEIG, Stephan. **Ungeduld des Herzens.** Stockholm: Bermann-Fischer Verlag; 1939.

NOTAS:

---

[1] Graduado e especialista em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Graduado em História pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado. Contato: jmrca@outlook.com

[2] KRISCHEL, Volker. **Erläuterungen zu Franz Kafka: Der Proceß**. Hollfeld: Bange Verlag, 2008. p.14

[3] KRISCHEL, Volker. **Erläuterungen zu Franz Kafka: Der Proceß**. Hollfeld: Bange Verlag, 2008. p.15

[4] ROBERTSON, Ritchie. **Kafka: a very short introduction**. Oxford (UK): Oxford University Press; 2004. p.23

[5] ROBERTSON, Ritchie. **Kafka: a very short introduction**. Oxford (UK): Oxford University Press; 2004. p.23

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[6] KRISCHEL, Volker. **Erläuterungen zu Franz Kafka: Der Proceß**. Hollfeld: Bange Verlag, 2008. p. 17

[7] CUSHMAN, Jenifer. Criminal apprehensions: Prague minorities and the Habsburg legal system in Jaroslav Hašek´s *The good soldier Švejk* and Franz Kafka´s *The trial*. In: MEYER, Michael J (Org.). **Literature and law**. Amsterdam – New York (NY): Editions Rodopi B.V., 2004. p. 52 a 56

[8] ZWEIG, Stephan. **Ungeduld des Herzens.** Stockholm: Bermann-Fischer Verlag; 1939. p. 383

[9] POSNER, Richard. **Law and literature**. Massachusetts (USA): Harvard University Press; 2009. p.11

[10] POSNER, Richard. **Law and literature**. Massachusetts (USA): Harvard University Press; 2009. p.5

[11] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p.4

[12] HERDER, Johann Gottfried von. **Kritische Wälder**. Riga; 1769. p.164

[13] GROSSI, Paolo. **A History of European Law**. New Jersey (USA): Wiley-Blackwell, 2010. p. 69

[14] DOLIN, Kieran. **A critical introduction to law and literature.** New York (USA): Cambridge University Press; 2007. p.2

[15] POSNER, Richard. **Law and literature**. Massachusetts (USA): Harvard University Press; 2009. p. 7 a 17

[16] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p. 9 a 14

[17] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p.42

[18] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p.174

[19] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p.179 e 180

[20] WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives.** New York (USA): Cambridge University Press; 2004. p. 186

[21] POSNER, Richard. **Law and literature**. Massachusetts (USA): Harvard University Press; 2009. p. 237 a 247

[22] TRINDADE, André Karam; BERNSTS, Luísa Giuliani. O estudo do direito e da literatura no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura.** v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017. p. 229

[23] KARAM, Henriete. Entrevista com Lênio Streck: a literatura ajuda a existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional**. p.615 a 626

[24] KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 15

[25] FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: O Criminoso e o Crime. Campinas: Bookseller, 2003. p. 201

[26] LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone editora, 2016. p. 223

[27] FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 202

[28] JESKE, Thaís. Súmula vinculante: uma abordagem à luz de Kafka. In: **Amicus Curiae**, Santa Catarina, vol. 11, 2014. Disponível em: http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1714/1597. Acesso em jan. 2019

[29] MARQUES, Mara Rubia. Superou-se O Processo de Franz Kafka? Uma análise do sistema inquisitivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9032#_ftn4>. Acesso em jan 2019.

[30] Nesse momento, é possível fazer um paralelo entre Josef K. e Raslkolnikov, protagonista de *Crime e Castigo*, obra de Dostoievski. Em ambos os casos, os personagens só se libertam da angústia de serem desviantes se rendendo: um à morte e o outro ao cárcere.

[31] KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 23

[32] LISZT, Franz. **La idea de fin en el Derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 66

[33] KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 14 a 16

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[34] GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 1981. p. 7

[35] GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 1981. p. 8

[36] KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 15 e 16

[37] FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 7 a 9

[38] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 16 e 17

[39] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 22

[40] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 20004. p. 61

[41] FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 12

[42] KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 278

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GESTÃO DE CONTRATOS DE FÁBRICA DE SOFTWARE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FRANCISCO CANINDÉ DA SILVA LEITE: Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA, Cursando Mestrando Profissionalem Engenharia de Software pelo instituto CESAR, servidor público federal (SUFRAMA) e fiscal técnico de contrato de fábrica de software.

Resumo: Este artigo aborda a questão da terceirização de serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação no âmbito da administração pública federal. Pelo Decreto Lei 200/67 a administração pública deve desobrigar-se de atividades meios e focar nas atividades planejamento, coordenação, supervisão e controle. A Lei 8.666/93 veio para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e o Decreto Lei 2.271/97 incluiu a informática como sendo um serviço acessório. Contudo, o termo informática é genérico, uma vez que se ramifica em vários serviços, e um desses, é fábrica de software. O processo de contratação de serviço de Tecnologia da informação e Comunicação - TIC, é dividido em três fases: planejamento da contratação, seleção de fornecedores e gestão de contratos. Neste referido trabalho será abordado sobre gestão de contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Fábrica de Software, Gestão de Contrato, Administração Pública

1.Introdução

A tecnologia está presente em todos os segmentos do mercado, isso compreende também a Administração Pública, que por meio da prestação de serviços, oferece uma gama de atividades aos contribuintes. É sabido que a administração pública é burocrática, mas na última década houveram esforços para automatizar os processos, com isso a Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) ganhou importância no âmbito organizacional dos órgãos públicos.

Nesse cenário, descrito no parágrafo anterior, a TIC, em muitos órgãos, ganhou o status de gestão, com isso deixou de ser tratada como suporte e tornou-se estratégico, pois passou a agregar valor aos usuários. Nesse sentido, se faz necessário gerenciar os serviços que compreendem a TIC, para garantir que os mesmos estejam disponíveis ao contribuinte, mas os órgãos da administração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pública não possuem em seus quadros de servidores pessoas suficientes para atuarem no desenvolvimento de software, suporte ao usuário e infraestrutura.

Pensando na reforma administrativa e no inchaço da máquina pública, a legislação permite que sejam contratados serviços de TIC em consonância com Lei 8.666/93. Apesar de mais antigo, o Decreto Lei 200/67, afirma que "a Administração Pública Federal deve desobrigar-se de atividades meios, cujo objetivo é impedir o inchaço da máquina pública". Franco e Toledo (2013), salientam que o estado deve incubir-se das atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

O Decreto Lei 2.271/97 dá base legal para a contratação de serviços denominados acessórios, que inclui-se o serviço de informática. Ressalta-se que ''informática'' é um termo genérico, uma vez que, divide-se em outros serviços, dentre os quais Fábrica de Software.

Portanto, a Fábrica de Software é um serviço denominado meio, sendo assim a administração pública pode contratar por meio de licitação. A IN 1/2019 normatiza e divide o processo de contração de TIC em três fases: planejamento da contratação, seleção de fornecedores e gestão do contrato. Nesse artigo, será discorrido sobre a gestão de contatos.

2. Normativas que apoiam a contratação de Fábrica de Software

Com a finalidade de melhorar a qualidade dos serviços prestados, a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estão cada vez mais preocupada em automatizar os seus processos internos, que até pouco tempo era feito em papel. Com a massificação da internet e lei da transparência, os órgãos públicos se viram obrigados a desenvolver e aprimorar os sistemas para oferecer serviços eficazes para os usuários (externos e internos).

Entretanto, o serviço de qualidade esbarra na limitação de recursos e na própria legislação que limita o quantitativo de pessoal no âmbito da máquina pública. Para preencher a lacuna deixada pelo déficit de servidores, principalmente nos cargos de TI (analistas de sistemas, desenvolvedores e analistas de banco de dados), o governo federal regulamentou por meio do Decreto Lei 2.271/97 que regulamenta a contratação de serviços meios, que no referido decreto recebe o nome de serviços acessórios.

Entre os serviços acessórios, se enquadra a fábrica de software, que é uma extensão dos serviços de informática, cujo tema está sendo abordado nesse referido artigo. Para melhor nortear o planejamento, contratação e gestão do contrato, o governo federal publicou instruções que normatizam, vedam e orientam sobre a contratação de fábrica de software no âmbito dos órgãos públicos federais.

A IN 01/2019 que substituiu a IN 04/2014, dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal.

A Portaria MP/STI nº 20, de 14 de junho de 2016, na forma de anexo, tendo sido assinado, em sua última versão, pelo Secretário de Governo Digital do Ministério da Economia em 27/05/2019 e publicado em 27/05/2019, aborda sobre as boas práticas, vedações e orientações para contratação de software e de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas (Fábrica de Software).

Uma vez contratado, o serviço (Fábrica de Software) a função da contratante (órgão da administração) é fazer a gestão do contrato, cujos papéis gestor do contrato e fiscal técnico de contrato serão responsáveis pela fiscalização e gestão do referido contrato.

Nesse contexto, a questão a ser abordada será peculiar e singular ao fluxo de fiscalização das demandas realizadas em um órgão específico. Para a fiscalização, a Lei 8.666/93 define os papéis envolvidos:

> VI - Fiscal Técnico do Contrato: servidor representante da Área de Tecnologia da Informação, indicado pela autoridade competente dessa área para fiscalizar tecnicamente o contrato;
>
> VII - Fiscal Administrativo do Contrato: servidor representante da Área Administrativa, indicado pela autoridade competente dessa área para fiscalizar o contrato quanto aos aspectos administrativos;
>
> VIII - Fiscal Requisitante do Contrato: servidor representante da Área Requisitante da Solução, indicado pela autoridade competente dessa área para fiscalizar o contrato do ponto de vista funcional da Solução de Tecnologia da Informação;

A IN01/2019 aborda de maneira mais detalhada e específica esses papéis, pois trata-se de uma instrução normativa voltada especificamente para contratação, gestão e fiscalização de contratos de TIC.

2.1 Planejamento da Fiscalização

A discriminação dos serviços de TIC é feita no Termo de Referência do Contrato (TR), além disso, o serviço é precificado como valor único para Ponto de Função (PF), independente da tecnologia e/ou linguagens a serem utilizadas. Neste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo, será abordado o seguinte cenário: Projeto de Desenvolvimento, Projeto de Melhoria e Sustentação.

Projeto de Desenvolvimento: A fábrica de software será responsável por desenvolver novos produtos, com todos os artefatos previstos no Termo de Referência do Contrato.

Projeto de Melhoria: Compreende as demandas evolutivas, perfectivas e adaptativas, essas nomenclaturas podem ser classificadas como evolutivas.

Sustentação: Tem por finalidade manter a o sistema que está em vigência pelo maior tempo possível. Em outras palavras, a sustentação é responsável por manter os sistemas funcionando e mitigando erros. A sustentação se divide em:

> **Manutenção corretiva**: São as correções de defeitos e/ou bugs encontrados nos sistemas que se encontram em produção. Nestes casos, não envolve mudanças de funcionalidade e/ou regras de negócio.
>
> **Solicitação de Informações**: São dúvidas ou esclarecimentos levantados pela área demandante.

Após a assinatura do contrato e os acertos entre contratante e contratada, entra em ação a parte da gestão de contratos. A IN 01/2019, estrutura a contratação de serviços de TIC em três fases: Planejamento da Contratação, Seleção de Fornecedores e Gestão do Contrato.

Nesse artigo será abordado somente a parte da gestão de contratos. A literatura, as normativas e os órgãos de controle dizem o que fazer, mas o fazer fica a critério do órgão contratante que fará a gestão e fiscalização de seus referidos contratos.

Com ressalvas, pode-se afirmar que a IN 01/2019 aborda a Gestão de Contato de forma genérica para todos os contratos de TI. Contudo, cada contrato tem peculiaridades específicas, que o caracterizam como únicos, uma vez que, são planejados para atender a necessidade específica de um determinado órgão da administração pública.

É Nesse contexto, que entra a gestão e fiscalização do contrato, o plano de fiscalização deverá estar consonância com o Termo de Referência e o contrato que fora assinado entre ambas as partes (contratante e contratada), levando-se em conta as melhores práticas de gestão e fiscalização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com relação a metodologia de gestão e fiscalização de contratos de TIC, existem alguns artefatos que norteiam o gestor e o fiscal técnico do contrato. O ideal é que os órgãos realizem licitação para contratar suas fábrica de software onde todos os pré-requisitos atendam a necessidade do órgão contratante.

Entretanto, é sabido que nem sempre isso acontece, alguns órgãos pegam carona em ATAs de terceiros (órgãos). Pegar carona em ATAs não caracteriza irregularidade, porém, nesses casos a gestão e fiscalização requer muita atenção, pois os pré-requisitos para a contratação foram definidos para atender a realidade de terceiros, o que implica cuidados redobrados para o gestor e o fiscal do referido contrato. Além disso, o Tribunal de Contas da União - TCU impõe limite ao "CARONA" em atas de registro de preços, conforme os itens (9.3.2.1.3 e 9.3.3.1) do ACÓRDÃO Nº 1233/2012 - TCU.

Conforme a IN 01/2019, "deverá contemplar as condições para gestão e fiscalização do contrato de fornecimento da solução de TIC". Ainda sobre o Plano de Fiscalização, a IN04 é elaborada com base no Modelo de Gestão que define o processo de fiscalização do contrato, contendo a metodologia de fiscalização, documentos ou ferramentas, computacionais ou não, e controles adotados, recursos materiais e humanos disponíveis e necessários à fiscalização, entre outros.

Para um melhor controle das demandas que são denominadas de Ordens de Serviços (OS), pode-se utilizar o REDMINE, que é um software um software livre e de código aberto, licenciado sobre os termos da GNU General Public License (GLP), essa ferramenta funciona como gerenciador de bug (Redmine, 2019). Dentro da metodologia empregada para captar as informações, por possuir múltiplas funcionalidades o redmine oferece apoio sistematizado para o processo de Gestão de Conhecimento. As principais características são:

- Suporta múltiplos projetos;
- Suporte ao Gantt (calendários e gráficos);
- Possibilidades de anexar documentos e adicionar notícias aos projetos;
- Wiki por projeto;
- Fóruns por projeto
- Feeds e notificações via e-mail;
- Time Tracking;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- Personalização dos fields por projetos;
- Integração com ferramentas de controle de versão: SVN, CVS, Git, Mercurial, Bazaar and
- Darcs;
- Suporte autenticação LDAP;
- Suporte a diversos idiomas;
- Suporte a múltiplos bancos de dados;
- Pode ser projetos públicos e privados

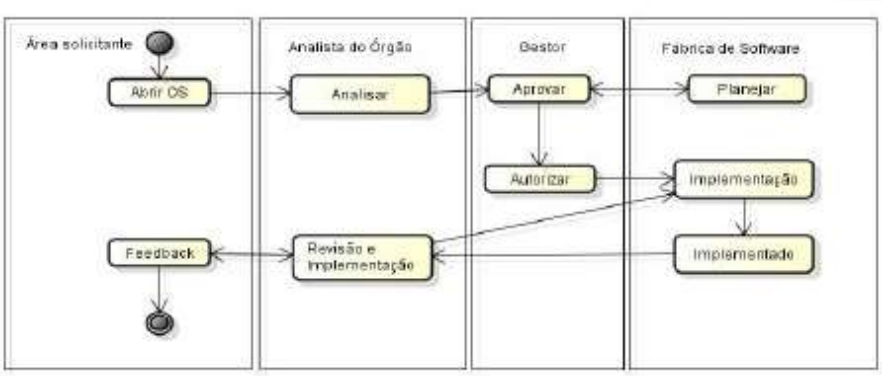
O redime é uma ferramenta free que pode ser instanciada para a realidade de cada órgão, permitindo que seja extraídos relatórios, falitando com isso o acompanhamentos do curso das OSs.

2.2 Fluxo de fiscalização das demandas

Cada órgão da administração pública que contrata o serviço de fábrica de software tem suas particularidades intrínsecas de gerir, administrar e fiscalizar as demandas. De acordo com IN 01/2019, no Art. 2º parágrafo I Área Requisitante da solução: unidade do órgão ou entidade que demande a contratação de uma solução de TIC. Ressalta-se que nesse cenário, o objeto (fábrica de software) já está contratado, e que as áreas de negócio são responsáveis por criar a demanda que se dá por meio de Ordem de Serviço (OS).

No âmbito organizacional, servidores e contribuintes utilizam os sistemas do órgão, sendo que, os primeiros atendem nas áreas de negócio e são os responsáveis por registrar os incidentes. Os usuários geram solicitações de serviço para correção, melhoria ou desenvolvimento de novos serviços. Para melhor acompanhar as demandas das OS, se faz necessário que seja criado um workflow visando registrar, monitorar, tratar e pagar as solicitações de serviço. A Figura 1, mostra a visão do macro processo denominado gestão e fiscalização das ordens de serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



A Figura 1, representa o fluxo macro que vai da abertura até o encerramento da OS. Abaixo, será elencado os papéis do fluxo, conforme recomenda a IN 01/2019.

Área solicitante: são as áreas do órgão denominadas donas do negócio, que demandam as solicitações de serviço para a fábrica de software. Esse papel que a IN04 também chama de área requisitante, tem as funções de abrir a demanda e atestar se o serviço foi ou não atendido a contento.

Analista do órgão: esse papel é desempenhado pelo analista técnico da área de informática, que é o responsável por acompanhar todo o fluxo da demanda. A IN 01/2019 define como "Área de Tecnologia da Informação, cuja função é gerir a tecnologia da informação", nesse quesito, existem os papéis de Gestor do contrato e o Fiscal Técnico do contrato, nesse tópico é dado ênfase ao fiscal técnico. A legislação se refere apenas ao fiscal, na prática é o analista da área de tecnologia que exerce a função de fiscal técnico do contrato de fábrica de software.

Gestor: apesar de ficar alocado no departamento de tecnologia da informação, no fluxo, ele aparece separado, pois apesar de ser um analista de tecnologia da informação, ele exerce uma função importante no processo. É o responsável por aprovar, autorizar e reprovar as demandas, também tem a incumbência de tratar com o preposto da fábrica de software.

Fábrica de Software: a fábrica de software é a responsável por planejar as demandas recebidas e implementá-las. No âmbito da fábrica de software, existe o papel do preposto que é o representante da contratada.

A IN 01/2019, dispõe sobre o processo de contratação de soluções de tecnologia da informação pelos órgãos da administração pública, normatiza a contratação de serviços de tecnologia da informação.

3. Considerações Finais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao concluir esse trabalho, salienta-se que a terceirização da atividade meio, que é a contratação de fábrica de software, para desenvolver e manter software no âmbito da administração pública federal, não exime a responsabilidade do contratante, o mesmo é responsável pela qualidade dos produtos entregues. Os produtos e as documentações associadas devem ser aferidas pelo fiscal técnico do contrato para garantir que os mesmos estejam aderentes à metodologia e aos requisitos especificados no Termo de Referência do Contrato e Contrato.

Para garantir que os produtos entregues estejam em consonância com que foi solicitado, se faz necessário que o contrate observe as portarias e recomendações dos órgãos de controles. Logo, é necessário que a equipe de TIC dos órgãos contratantes desenvolvam metodologias próprias para acompanhar e fiscalizar as demandas entregues.

Conforme discriminado, neste referido artigo, no último parágrafo da introdução, o processo de contração de TIC é dividido em três fases: planejamento da contratação, seleção de fornecedores e gestão do contrato. A gestão de contrato é tida como a principal fase, pois objetiva garantir o cumprimento do contrato, cujo intuito é proteger o erário público.

Portanto, a gestão e fiscalização de contrato com fábrica de software, visa garantir a qualidade do serviço prestado e consequentemente reduzir gastos desnecessários com serviços que não agregam valor para órgão contratante e consequentemente garantir que a contratada cumpra o contrato.

4. Referências

https://www.zenite.blog.br/adesao-a-ata-de-registro-de-precos-a-partir-do-acordao-no-1-2332012-do-tcu/

Brasil (2014), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa MP/SLTI Nº 4,

de 11 de setembro de 2014, 2014. Disponível em:https://www.governodigital.gov.br/sisp/ncti-nucleode-

contratacoes-de-tecnologia-da-informacao/in-4-instrucao-normativa-mp-slti-no-4-2014

BRASIL. Decreto Lei 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1 - Suplemento - 27 de fevereiro de 196.

Decreto n° 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras

providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D2271.htm. Acesso em 15 de Janeiro de 2019.

FRANCO, C. A. C. TOLEDO, R. Terceirização do desenvolvimento de software no Brasil e nos EUA.

Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

REDMINE (2019). Redmine. http://www.redmine.org.

TCU. ACÓRDÃO Nº 1233/2012 – TCU – Plenário. Acesso em 22 de março de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

DANIELA WOICIECKOSKI: Bacharelanda no curso de Direito na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis;

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Me. Ademir Sanches Gasques e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: O estupro é um crime sexual que envolve o ato de penetrar sexualmente outra pessoa sem o seu consentimento. É um ato de agressão habitual na violência de gênero, em todos os países modernos, é considerado um crime grave contra a liberdade sexual, com tipos diferentes, dependendo do país. O conceito de estupro difere consideravelmente de acordo com o tempo e o lugar, influenciado pela força maior ou menor da cultura patriarcal. Devido à importância relacionada a esse assunto o artigo usa essencialmente a pesquisa bibliográfica e visa analisar a construção sociocultural do estereótipo da mulher em meio a um ambiente marcado pelo sistema patriarcal e pela desigualdade de gênero. Diante deste meio, instalou-se a chamada cultura do estupro, em que a mulher passa a ser tratada como objeto, subordinada ao gênero masculino, onde a violência sexual passou a ser considerada comum e também constante. Nesse sentido, busca-se fazer um resgate histórico e conceitual da violência sexual, examinando posteriormente alguns aspectos legais referentes a essa prática criminosa, bem como, os bens jurídicos violados.

Palavras-Chave: cultura, estupro, violência sexual, prática criminosa.

ABSTRACT: Rape is a sexual crime that involves the act of sexually penetrating another person without their consent. It is an act of habitual aggression in gender violence in all modern countries, it is considered a serious crime against sexual freedom, with different types depending on the country. The concept of rape differs considerably according to time and place, influenced by the force majeure of patriarchal culture. Due to the importance related to this subject, the article essentially uses bibliographic research and aims to analyze the sociocultural

construction of the stereotype of women in an environment marked by the patriarchal system and gender inequality. Faced with this means, the so-called rape culture was established, in which women were treated as objects, subordinated to the male gender, where sexual violence became common and constant. In this sense, we seek to make a historical and conceptual rescue of sexual violence, examining later some legal aspects related to this criminal practice, as well as the legal assets violated.

Keywords: culture, rape, sexual violence, criminal practice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. Estupro: Conceito e Citações. 2.2. Da Vulnerabilidade. 2.3. Da qualificação do crime. 2.4. Hediondez. 2.5. Da tentativa e da consumação no crime: estupro de vulnerável. 2.6. Causas em que o aumento de pena ocorre. 2.7. Índice e estatísticas do crime de estupro no ano de 2018. 2.8. O que acontece com as vítimas que chegam a engravidar? 2.9. Relação do aborto aos casos de estupro. 2.10. As consequências do abuso sexual. 2.11. Princípios Fundamentais. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil é registrado cerca de 180 estupros por dia, o ano de 2018 correspondeu a mais de 180 estupros por dia. Entre as vítimas, 54% eram menores de 14 anos. Estas estatísticas foram recolhidas das secretarias de segurança das unidades federativas. E a maior parte das vítimas, na verdade, cerca de 82% são mulheres.

É alarmante o aumento dos números registrados de estupros por dia, mas apesar da penalidade disposta ao Código Penal Brasileiro (CPB), muitas pessoas que foram abusadas sexualmente, preferem não denunciar, pois o medo da impunibilidade é maior, além disso, muitas das vezes os agressores ameaçam as vítimas, o que gera o medo constante para denunciar.

Por mais degradante que pareça, o crime pode ser mais desumano do que aparenta, pode vir a envolver pessoas vulneráveis, como pode vir a gerar traumas psicológicos, e até mesmo gravidez indesejada nas vítimas.

Os homens questionam porque as mulheres possuem tanto medo de serem estupradas, mas a verdade é que viver em um país onde o sistema carece de segurança, pode parecer fácil na pele de um homem, quando andar pelas ruas não os amedronta, por poderem usar as vestimentas que lhe agradam, por não ter o risco de um maluco pervertido correr atrás de si, mas os relatos das mulheres que aqui vivem, além de cruel, é bem divergente do ponto de vista masculino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa nova era mostra que algumas coisas avançaram, os valores também mudaram, mas ainda há pessoas que culpam as vítimas, as vestimentas, onde o julgamento alheio distorce completamente os fatos. O estupro não é culpa da mulher que usa um vestido, ou shorts curtos, o culpado é o agente perverso.

Este ocorre frequentemente, até mesmo dentro da família tradicional brasileira, não ocorre somente contra as mulheres, apesar de elas serem as maiores vítimas, qualquer ser humano pode ser vítima deste crime, sejam homens, crianças, irmãos, primos, tios, tias e principalmente padrastos e madrastas.

Há também uma máfia organizadora onde há a prática do tráfico humano, nessa máfia envolvem-se vários países, várias raças e etnias, dentro do tráfico as vítimas são vendidas sexualmente, muitas dessas vítimas são menores de 14 anos, estes menores na maioria das vezes são raptados para a venda de sua sexualidade, e até mesmo pela venda de órgãos, alguns menores devido à fragilidade podem vir a óbito diante tanta maleficência.

Deste modo o Decreto Lei; n° 3.951, de 04/10/2001,

> Designa a autoridade Central para dar cumprimento às obrigações impostas pela convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, cria o conselho da Autoridade Central Administrativa federal contra os sequestros internacionais de crianças e institui o programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados internacionalmente (BRASIL, 2001).

É obrigação do Estado interferir nestas questões, ele não poderá se eximir do cumprimento em nenhuma hipótese.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Estupro: Conceito e Citações

Pode-se conceituar o estupro é um ato sexual, cujo este ato, é praticado contra a vontade de alguém. Quando não há o consentimento, pode vir a causar um determinado constrangimento na vítima, podendo também ser praticado mediante violência. Este crime é praticado contra a pessoa humana, independe de sexo, pode ser cometido contra pessoas de características femininas e masculinas, até mesmo com pessoas de mesmo sexo. Aqui o sujeito passivo, é constrangido de maneira que não resiste à prática de relação sexual e nem permitir que atos libidinosos sejam praticados.

Todo ato libidinoso é cometido mediante constrangimento físico ou moral, o que integrará o tipo penal do estupro (CAPEZ, 2016).

Este crime está disposto no artigo 213 do código penal brasileiro, "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ater conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso."

A lei 12.015/2009 em seu CAPUT dispõe uma penalidade distinta, sendo esta de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Com fulcro ao 1°§ do artigo 213 do código penal brasileiro,

> Se esta conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos. Será esta uma qualificação do crime, pois mediante a violência, este causou lesões corporais a outrem. A lei n.12.015/2009, de 07/08/2009 dispõe em parágrafo que a penalidade desta será aplicada em reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos (BRASIL, 2009).

Já o 2º§ do artigo 213 do código penal brasileiro, fundamenta a respeito da conduta que resulta morte:

> A penalidade será aplicada com base ao parágrafo e pena acrescentada pela lei n.12.015, de 07/08/2009. Sendo esta uma pena de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Neste o estado, e condição da vítima, justificam sua rigorosidade., pois se refere à uma pessoa que é não tem uma capacidade absoluta para discernir nem resistir. Aqui fica claro que o menor de 18(dezoito) anos, será menor até um dia antes do seu aniversário de 18(dezoito) anos. E o maior de catorze anos, é todo e qualquer adolescente que após completar 14(catorze) anos, independente de quantos dias que tenha completado os catorze anos, desde que estes estejam completos, aqui também se qualificará com base na lesão corporal grave e até mesmo a morte da vítima (BRASIL, 2009).

Fica claro que este crime se objetiva juridicamente em amplo sentido, referindo-se a dignidade sexual da pessoa humana. Este crime somente será considerado como crime de estupro quando houver o ato sexual praticado, ou seja, aqui necessariamente para que seja considerado um crime de estupro, precisa haver a colocação do pênis dentro da vagina, pois deve ocorrer a penetração de um órgão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

genital no outro. O simples contato dos órgãos genitais não é suficiente para a consumação do estupro. Então se o agente ativo desiste da introdução de seu órgão genital em outrem, não terá este praticado estupro, mas responderá pelo crime correspondente à grave ameaça ou violência. Pois ainda que este não tenha cometido o ato sexual com a vítima, este empregou força física contra a vítima, tirando-lhe o seu direito de liberdade de agir, conforme sua respectiva vontade. Ainda que não haja lesão corporal, houve a privação da liberdade.

O Antigo código penal em seu artigo 224, presumia a violência de acordo com os costumes sociais, desta forma, para a conclusão desse crime necessitava de uma certeza concreta dos fatos, podendo então ocorrer de certa forma a impunidade ao agente causador. Ao referir-se ao crime com violência presumida nota-se que antes tratava-se de crimes contra a liberdade sexual, visto que, com a mudança para a lei 12.015/2009 esses passaram a referir-se à crimes contra dignidade sexual. A Presunção de Violência.

> Art. 224 CP - Presume-se a violência, se a vítima: não é maior de 14 (catorze) anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Este foi revogado pela lei 12.015/2009).

Portanto, antes da revogação deste artigo, esta era causa qualificadora penal no crime de estupro contra o menor de ‘14’quatorze anos, deste modo, os operadores de direito necessariamente precisavam aprofundar os estudos no caso para finalizar com presunção e entender se ali havia ocorrido o crime de estupro ou não.

Deste modo, a mudança trouxe uma maneira mais rigorosa para a penalização do crime de estupro, dentro do artigo 217-A, do código penal, sendo então trazidos juntos ao código e a lei 12.015/2009, com o intuito de esclarecer os fatos, e não deixar lacunas na lei esclarecendo então de uma vez por todas quando ocorre realmente um crime de estupro de vulnerável.

2.2. Da Vulnerabilidade

São vulneráveis, todos aqueles que não possuem capacidade de discernir completamente os fatos, como por exemplo:

- Os menores de 14 anos; aqui a vulnerabilidade é absoluta
- Os deficientes mentais; aqui deve-se analisar, pois a vulnerabilidade pode ser relativa ou absoluta. O Estatuto da pessoa com deficiência, é restrita nas questões patrimoniais.

- Pessoas sob efeitos de álcool ou drogas, pessoas inconscientes em estado de coma profundo, pessoas que estão dormindo e até pessoas sedadas por algum medicamento diante a realização de algum procedimento médico.

É notório que independe de ter sido provocada a inconsciência por outrem, o simples fato de a pessoa estar vulnerável, desacordada já será considerado o estupro de vulnerável. Ainda que a pessoa que pratica o estupro de vulnerável esteja em estado de embriaguez, não será eximida da culpa, essa pessoa responderá por seus atos. Pois entende-se que ela possui a capacidade de discernir o certo e o errado, ainda que seus estímulos estejam sob os efeitos do álcool, sua mente é capaz de entender o que é certo e o que é errado.

Quanto a vítima que está sob os efeitos do álcool, é notório que seus estímulos estão prejudicados, ao mesmo tempo que pode ocorrer apagões, desmaios, e até confusões psicológicas diante a pressão de outrem. O que gera a ausência de consentimento, esta poderá agir de acordo com o impulso, e a pressão, deixando de responder por si, e seus atos.

Ao se tratar de pessoas vulneráveis, o código penal em seu artigo 217-A Dispõe o seguinte:"Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (Catorze) anos."

Na lei 12.015, de 07/08/2009, está disposta a seguinte penalidade para crimes de estupro de vulnerável. A pena caracteriza-se pela "reclusão, de 8 (oito) a 15(quinze) anos". O 1º§ deste artigo dispõe a seguinte redação:

> Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 2009).

O 2º § foi vetado, no 3º § dispõe o seguinte: "Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: A Pena aplicada será de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

No 5º§° prevê, que "as penas previstas no CAPUT e nos §§1°,3° e 4°deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime".

Deste modo, o homem que decide se relacionar sexualmente coma menina que extrapola nas bebidas alcóolicas na balada, esta que é vulnerável dentro destas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

circunstâncias, ainda que ele alegue que ela consentiu, é nítido que não houve como ela consentir, pois ela mal conseguia parar em pé, aqui ela já não responde mais por seus atos porque lhe falta a capacidade para tomar qualquer decisão. Não se refere somente à liberdade, mas sim ao consentimento, e a falta da capacidade de consentir.

Outro exemplo que pode ser utilizado é o de uma pessoa que possui deficiência mental, esta não consegue consentir nem mesmo discernir os fatos, pois sua mente não corresponde ao determinado fato como a mente de uma pessoa com capacidade absoluta. Sendo assim a pessoa que convence o doente mental a praticar relações sexuais com ele, está praticando estupro de vulnerável, caso haja vida marital ou união séria entre um ser de capacidade absoluta, e um deficiente mental, a incapacidade é o que configurará o crime.

2.3. Da qualificação do crime

Quanto aos menores de 14 (catorze) anos, há um rigor meio contraditório, pois, o previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, porém de acordo com a Súmula nº 593, dispõe que o maior de 12 (doze) anos é considerado adolescente, a diferenciação ocorre com os seguintes dizeres,

> O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Sendo assim o estupro não condiz apenas às crianças, pois o ECA deixa claro que criança é todo ser menor de 12 anos completos, e o crime de estupro de vulnerável pode ser praticado também contra o adolescente maior de 12 anos, e menor de 14 anos.

Fica expressa a proteção absoluta contra o menor de 14 de anos, devido à incapacidade de responder por si e por seus atos. Deste modo, qualquer pessoa que cometer o crime de estupro de vulnerável, e a pessoa vulnerável for um menor de 14 anos, terá a sua consumação a partir da prática do ato sexual ou de qualquer ato libidinoso.

É importante ressaltar que para a caracterização deste crime não é preciso que ocorra a violência, nem grave ameaça.

2.4. Hediondez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É notório que o crime de estupro de vulnerável é hediondo em todas as formas, assim dispõe:

> Lei 8.072/90, art. 1o, VI. Conforme disposto, deverá ser cumprida a pena em regime fechado, a progressão se dá em 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena em crimes comuns, sendo assim no crime de estupro de vulnerável a pena será de 2/5 (dois quintos) se este for reu primário, em 3/5 (três quintos) se o condenado é reincidente.

A prisão temporária no crime de estupro, e no crime de estupro de vulnerável, expressa nitidamente uma impossibilidade na liberdade provisória, sendo obrigatório o cumprimento desta ser em regime fechado. Essa prisão só pode ser decretada durante o ato da investigação policial.

O prazo de prisão temporária nos casos de crimes hediondos, é de 30 dias, sendo estes 30 dias prorrogáveis, pelo mesmo período quando for comprovada a necessidade, seja por grau de periculosidade ou outros fatores que agravam a situação.

2.5. Da tentativa e da consumação no crime: estupro de vulnerável

Os atos libidinosos são todos os atos que satisfazem a lascívia de outrem. Sendo assim, a pessoa que se masturba dentro de um ônibus usando um deficiente mental, um menor de 14 anos ou um dependente toxicológico químico como o meio da satisfação de seu prazer sexual. Estará cometendo estupro de vulnerável, porque aqui basta à pessoa cometer o ato libidinoso com o intuito de satisfação sendo assim, necessário o vulnerável ser a vítima para caracterizar o crime.

Se o agente ativo retira toda a roupa do agente passivo, com o intuito de praticar o estupro do vulnerável, mas na hora vir a se arrepender, havido praticado qualquer ato libidinoso para sua satisfação sexual, independentemente do arrependimento na hora da prática, será consumado o crime de estupro de vulnerável, e este responderá por estupro de vulnerável consumado.

Se esse mesmo agente ativo vem a se arrepender antes da prática do crime, e não veio a praticar atos libidinosos antes de seu arrependimento, não será configurado como crime de estupro de vulnerável.

Os crimes de Estupro, e Estupro de vulnerável são considerados crimes hediondos, e essa consideração veio por meio de uma decisão atual do STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). Como também dispõe a lei 8.072/90. Contudo, a lei proíbe todo ato sexual que é praticado contra os vulneráveis. A concordância

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jamais descaracterizará o crime. Pois aqui, não depende do consentimento, sendo todos os vulneráveis protegidos pela lei, lei esta que trás de forma expressa a incapacidade de consentimento dos fatos.

2.6. Causas em que o aumento de pena ocorre

O artigo 226 do da Lei n° 11.106 dispõe dois incisos que se referem as causas do aumento da pena:

> I- De quarta parte, se o Crime é cometido com concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
> II- De metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou qualquer outro título tem autoridade sobre ela (BRASIL, 2005).

Contudo, o primeiro inciso, prevê o aumento de quarta parte da pena toda vez que houver o concurso de pessoas, pois entende-se que a resistência da vítima diminui de forma gradativa quando 2 (duas) ou mais pessoas praticam o crime com um vulnerável, que já não possui capacidade de discernir completamente os fatos.

Ademais, o segundo inciso dispõe o aumento de metade da pena, para todos os que possuem o dever legal de proteger, pois ali, este coloca em risco a dignidade sexual de quem deveria estar sob seus cuidados.

2.7. Índice e estatísticas do crime de estupro no ano de 2018.

O Ministério da Saúde contabiliza o nascituro, a mortalidade e aos agravos de notificação através de um banco de dados. De acordo com os dados apontados ao nascituro do ano de 2018, houve o aumento de 28, 54% de denúncias, em cada dez adolescentes entre 10 (dez) e (catorze) anos que foram violentados por algum parente ou curador, acabaram engravidando.

Atualmente, as crianças não possuem uma base educacional forte como fonte de informações, muitas dessas não possuem o diálogo frequente com a família, e nem mesmo educação sexual nas escolas. Outrossim, os números apontados disparam de maneira preocupante para a sociedade que luta contra a cultura a cultura do estupro.

No entanto, este crime tem dominância em todos os países, e os maiores números são apontados nos países carecidos em educação, também em países que há pobreza extrema. Portanto os direitos humanos devem ser destacados toda vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que relacionar a este crime, porque este direito é considerado como o principal para a pessoa humana.

2.8. O que acontece com as vítimas que chegam a engravidar?

Algumas vítimas, mesmo sem ter o conhecimento dos fatos, optam ter o bebê gerado em um estupro, algumas por questões religiosas, outras por questões familiares e interpessoais. O problema gerado é que na maioria dos casos que optaram por gerar a vida, são crianças e adolescentes menores de 14 anos, deficientes mentais. Pessoas que não possuem estabilidade emocional nem financeira para atingir o requisito mínimo de uma vida com dignidade humana, pois estas ainda dependem completamente de seus pais e curadores. Parafraseando: "Uma criança acaba sendo obrigada a cuidar de outra criança."

Porém, algumas famílias e vítimas que durante o ato estavam sobre efeito de drogas, ou álcool, podem sentir remorso e até mesmo repúdio apóso ocorrido, o que resulta a optar pelo aborto.

2.9. Relação do aborto aos casos de estupro

O aborto é crime, no Brasil, não é legalizado este método para a interrupção de uma gravidez. Mas há a disposição em que ocorre exceção, há três hipóteses apenas em que se permite a realização do aborto, como nos casos em que a vida da gestante está em risco por conta do feto, em casos que o feto sofre uma alteração congênita o que gera uma anencefalia, e por último não menos importante, mas que se destaca são nos casos em que há o estupro.

Pode ser realizado por médicos especialistas, por métodos psíquicos como susto, pânico e etc. Através de medicamentos e plantas, mas o método aplicado será indicado pelo médico responsável pela realização da retirada completa do feto de dentro do organismo da mulher, criança ou adolescente.

Possui duas maneiras de ser cometido, estas são: Legais e Ilegais. As legais podem ser feitas com acompanhamento médico, podendo ser utilizados meios cirúrgicos para a retirada do feto, e a curetagem no útero da mulher. As ilegais, são realizadas de maneira clandestina, mediante ingestão de plantas tóxicas e medicamentos tóxicos. Este método é considerado crime, muitas clínicas clandestinas costumam realizar estes tipos de procedimentos.

Este assunto é polêmico diante a sociedade brasileira, pois há uma duplicidade na aceitação e não aceitação deste crime, Alguns simplesmente por torcer pela diminuição das mortes em abortos clandestinos, outros simplesmente por questões religiosas, no entanto , necessitaria de uma reforma no âmbito da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

saúde com ajuda do sistema político para a legalização do aborto em todos os casos, o fato é que diante as atrocidades do estupro de vulnerável, nem sempre há o apoio familiar para a vítima, até porque não são todas as vítimas que denunciam os agressores, devido ao grau de parentesco, medo ou pânico.

De todo modo ainda que o sistema político seja falho, há uma questão de princípios sociais acima do político. E o aborto somente poderá ser realizado com o consentimento da mulher, ou vítima, somente será dispensado de consentir quando a mulher não puder responder por si devido a impossibilidade gerada devido a enfermidade., nestes casos, a família e o médico são quem deverão tomar a decisão final.,

Não há necessidade de uma autorização judicial para a realização do aborto nos casos em que há o estupro, nem mesmo a apresentação do boletim de ocorrência ou exame do I ML, somente achar uma unidade de saúde em que se realiza o método, quando não há na mesma cidade, a vítima deverá ser encaminhada até a cidade em que estiver apta para a realização deste procedimento.

O artigo 128 do código penal explica de forma objetiva e clara em sua redação:

"Não se pune o aborto praticado por médico.

Aborto necessário I:

I-Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II.

II-Se a gravidez resulta deEstupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal;

Os fatores de risco do aborto advêm diante a ingestão de medicamentos muito forte, isso pode resultar ao risco e até mesmo morte da vítima que não estiver sob acompanhamento médico após a decisão de realizar o aborto após o abuso sexual.

O terceiro que induz o aborto sem o consentimento da gestante responderá por crime como trás a redação do artigo 125 do código penal.

2.10. As consequências do abuso sexual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A constituição federal de 1988 em seu artigo 196 retrata o direito da saúde, sendo assim é obrigação do Estado fornecer diante suas políticas sociais e econômicas os riscos de doenças e de outros agravos. E ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção e recuperação.

Todavia a saúde mental das vítimas fica sobre risco, o fato de digerir tudo o que ocorreu, e ter que decidir sobre ter ou não um bebê gerado contra a sua vontade, afeta de forma profunda a sua questão emocional. Além disso, nada poderá apagar da mente dos sofrentes podendo ser destrutivo para mentes saudáveis, e as mentes doentes podem não entender o que de fato ocorre, mas gera revolta aos familiares que possuem a capacidade de compreender.

A depressão é uma doença que está aumentando diante os dias atuais, deste modo, uma pessoa que passa por abuso sexual, não está imune a esta doença. É invasiva, e machuca o psicológico de qualquer pessoa (FLORENTINO, 2015).

Não obstante, diante pesquisas feitas pela ONU, crianças e adolescentes que foram abusadas sexualmente por algum membro da família, tiveram queda de rendimento escolar e social.

Para Émile Durkheim, o "suicídio é o ato em que a própria vítima tira a sua própria vida, deste modo, esta terá a certeza que as consequências serão o resultado final em acabar com a vida" (FONTES, 2000, p.14). Já a tentativa será quando não houver ocorrido a morte, mas sim empenhar-se a colocar um fim na própria vida, mas por algum motivo maior falhar na hora do ato.

Logo consequentemente, fica claro que o suicídio começa pela mente. Então as pessoas que sofrem abusos sexuais tendem a apresentar conflitos com a própria mente, podendo então ser agravado de maneira abundante com o decorrer do tempo. Ou seja, quanto mais tempo estiver ocorrendo o abuso, mais dificuldade para lidar com os fatos terá a mente do abusado.

Para os adolescentes, essa questão poderá interferir de forma preocupante diante o seu lado interno, pois o adolescente já consegue compreender o que é certo e o que é errado.

O suicídio diante dos olhos da vítima é visto como uma saída para os problemas, uma mente doente não é capaz de compreender que esta não é a resposta para os seus conflitos internos. Por isso essa questão deve ser abordada por alguém que entende deste assunto, diante de acompanhamento em terapias intensivas, com psicólogos, psiquiatras e terapeutas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O problema abordado é que em casos que o abuso ocorre por pessoas que possuem grau de parentesco, o sofredor não possui confiança, nem estabilidade para se abrir com alguém, por isso muitas das vezes, pela falta de apoio e estrutura familiar, acabam optando por não falar, então afasta completamente a punibilidade do autor, isso pode prejudicar ainda mais a mente do sofredor com pressões e ameaças psicológicas, passando então pela mente deles a hipótese de acabar de vez com a dor através do suicídio, que de fato, é a maneira mais desesperadora para qualquer mente que busca uma saída para os seus problemas.

O Estado deve buscar métodos e auxílios psicológicos às vitimas. Pois a mente de uma pessoa que passa por grandes traumas não consegue suportar. Nem mesmo digerir tudo sem o acompanhamento médico adequado, deste modo isso pode acarretar doenças psicológicas e até mesmo uma psicose intensa, e no fim a própria mente de quem sofre o abuso acaba se tornando o gatilho principal para o suicídio.

No ano de 2018 o Centro de Valorização a Vida (CVV) passou a fazer atendimento via telefone através do número 188 para todas as vítimas que passam por seus conflitos emocionais, pensam e tentam cometer suicídio.

Mas o problema enfatizado é, que por mais que há o apoio e atendimento ao público, nem todo mundo possui acesso ao telefone, crianças que sofrem maus tratos, estupros, e até vivem sobre cárcere privado, infelizmente, o número de suicídio aumenta de maneira desproporcional, o Estado deveria resolver este problema incluindo atendimento psicológico gratuito às crianças nas escolas, porque se uma criança estiver sobre maus tratos provavelmente tentará buscar ajuda em alguém que há confiança, na maioria dos casos descobertos, foram os professores que denunciaram.

Também de resto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 com fulcro em sua redação prevê o seguinte:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> §(parágrafo) 1°(primeiro): O Estado promoverá programa de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> governamentais, mediante políticas e especificas obedecendo aos seguintes preceitos:
>
> I- Aplicação percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
>
> II- Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência física, sensorial mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

É importante destacar o §(parágrafo) 4° (quarto) deste artigo:

> § 4°: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O dia 18 (dezoito), de maio é o dia nacional de combate ao abuso e à exploração Sexual contra crianças e adolescentes.

Por isso é importante ensinar às crianças e adolescentes a importância de dizer não quando não querem algo, quando algo não lhes agrada, dizer não os ensina que nem tudo precisa ser dito sim, que se não quiser fazer algo, está tudo bem em não fazer. E isso não resultará em desobediência aos mais velhos quando colocar a sua dignidade sexual em risco.

A sociedade precisa compreender e apoiar a educação sexual justamente para que as crianças e adolescentes entendam não somente sobre a concepção de uma gravidez, nem do ato sexual entre duas pessoas, mas também sobre consentimento e que quando não consentir, não significa que é uma criança ou adolescente mau, mas sim capaz de entender que aquele ato não está certo.Se os pais ensinarem os filhos a gritarem todas as vezes em que forem tocados em seus órgãos genitais, ou obrigados a beijar alguém, com toda certeza o numero diminuiria, o silencio aumenta a criminalidade.

A questão abordada, refere-se à pessoa quando é estuprada muitas vezes será questionada por seus atos, passará por exames invasivos para a comprovação do ato, poderá passar pela frustração da falta de comprovação pelos meios de provas não serem suficientes para incriminar o abusador, por inúmeras vezes os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estupradores saem impunes, o que de certo modo, faz com que os estuprados sintam medo e sensação de punição.

Se pessoas com capacidade absoluta passam por situações que as fazem sentir a sensação de impunibilidade, analise a questão da criança que demora a contar a alguém sobre o ocorrido. Analise também a questão investigatória, em casos que envolvem os deficientes mentais. Deste modo se um juiz passa a julgar os fatos de modo errôneo, pode gerar danos psicológicos aos que sofrem esse tipo de agressão sexual, viver em sociedade quando o agressor continua impune, gera pânico em qualquer ser que seja vitima de qualquer crime relacionado à vida.

É importante ressaltar as diferenças dentro do estupro de vulnerável e da extorsão mediante fraude, ambos dependerão sempre do grau de consentimento.

Em razão da presunção de violência, o STJ decidiu que não é possível desclassificar um crime de estupro de menor de 14 anos.

2.11. Princípios Fundamentais

Alguns princípios constitucionais podem ser aplicados em crimes contra a dignidade sexual, desta forma há um equilíbrio na punição, para que a impunidade não prevaleça, nem que se puna severamente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, rege pelo valor moral, espiritual e inerente à pessoa humana, sendo assim todo ser humano possui o direito de uma vida digna. Esse princípio está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1°, Inciso III.

3. CONCLUSÃO

O estupro é o ato sexual praticado contra a vontade de outrem, este crime gera revolta social desde a antiguidade até os dias atuais, devido às circunstâncias em que a vítima é submetida sendo esta então obrigada a praticar o ato sexual contra a sua vontade.

Ao decorrer do tempo a lei tem sido um tanto quanto mais rigorosa para garantir a proteção das vítimas, o que atualmente difere em estupro, e estupro de vulnerável, esclarecendo de maneira absoluta quem são os vulneráveis diante do artigo 217-A do código penal brasileiro.

A lei dos crimes contra a dignidade sexual entrou em vigor para acabar com a discussão da violência presumida do antigo código, e exclusão da presunção de inocência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se não dependesse da vulnerabilidade absoluta, alguns casos relacionados ao estupro de vulnerável poderiam não ser solucionados, trazendo em prol a sensação de impunidade por conta da falta de evidência concreta.

Por ser um crime que gera um certo repúdio social, muitas vezes a sociedade quer fazer justiça com as próprias mãos, principalmente quando se trata ao crime de estupro de vulnerável, pois ainda que os tempos tenham evoluído, a questão é revoltante perante os olhos do povo por principalmente o vulnerável não possuir a capacidade necessária para consentir o ato.

Contudo, o legislador ao incluir o artigo 217-A no código penal brasileiro, pensou na questão de vulnerabilidade para esclarecer de uma vez por todas que é proibida a prática do ato sexual com o menor de 14 anos, os deficientes mentais absolutos ou parciais e as pessoas que mediante o consumo de substâncias toxicológicas e álcool.

Apesar do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) ser a garantia dos direitos sociais da criança e do adolescente, no antigo código havia uma questão muito contraditória pela questão da violência presumida.

A erotização infantil é o ato que resulta em excitação, devido as vestimentas, modo de se comportar, e claro que mentes saudáveis não se excitam ao olhar para uma criança, independente de vestimentas, ou modo de se portar.

É importante ressaltar que o vilão não é a vítima, e sim quem pratica o ataque sexual, quem se excita com o olhar ou dizer de uma criança. As crianças absorvem os valores que os pais lhe atribuem, deste modo, um psicopata sente o prazer em manter a vítima refém de suas ameaças.

Conforme a mudança dos tempos, a erotização infantil tem ocorrido frequentemente, o que de certo modo, abre portas para o perigo de maneira preocupante. Pois muitos pais acabam tomando atitudes e decisões que consequentemente afetam a vida das crianças.

REFERÊNCIAS BIBLI OGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. . Acessado em 09 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei - n°. 3.951, de 4 de outubro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3951.htm. Acessado em 08 de outubro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessado em 09 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei – n°. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acessado em 09 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei – n°. 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm#art1. Acessado em 09 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acessado em 09 de outubro de 2019.

BRASIL. **Súmula n. 593.** Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acessado em 08 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acessado em 08 de outubro de 2019.

CAPEZ, F. **Código Penal Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CAPEZ, F. **Código Penal comentado Curso de Direito Penal: Parte especial.** 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CURY, R. ***Vade Mecum*: Legislação Específica Penal**. 22ª ed. Editora Rideel, 2019.

FLORENTINO, B.R.B. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 27, n. 2, p. 139-144, maio-ago. 2015.

FONTES, M. **Émile Durkheim: O suicídio**. Estudo de Sociologia. São Paulo, 2000.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, volume II. 14ª ed. Editora Impetus LTDA, 2017.

JALIL, M.S.; GRECCO FILHO, V. **Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MASSON, C. **Direito Penal. Vol. 3, Parte Especial Esquematizado**. 5ªed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

PASCHOAL, J.C. **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed. Atualizada e ampliada. Barueri/SP: Editora Manole, 2015.

SOUZA, A.B.G.; JAPIASSÚ, C.E.A. **Direito Penal: Volume Único**. 2ª ed. Editora Atlas, 2018.

THOMAZ, P.A.; BUENO, A. C. **Direito Penal: Parte Geral.** 1ªed. São Paulo: Editora Manole, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ASSASSINO EM SÉRIE E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

MARCELO ALFF VENEZIANI

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar o tratamento destinado ao assassino em série (*serial killer*) no ordenamento jurídico brasileiro. Para tal mister, foi necessária a definição desse tipo de criminoso, assim como sua distinção de outras psicopatologias. Foi realizada uma breve explicação sobre o exame criminológico e a importância do mesmo no auxílio da avaliação dos assassinos em séries, além de um esclarecimento sobre a imputabilidade do *serial killer*. Por fim, foi feita uma crítica quanto à deficiência de punição eficaz do *serial killer* no Brasil.

Palavras-chave: *Serial Killer*. Psicopatia. Imputabilidade. Exame Criminológico.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the treatment destinated to a *serial killer* in the native legal system. To this matter, it was necessary the definition of this kind of criminal, as much as your distinction from others psychopathologies. It was done a brief explanation about the criminologic exam and your importance on the assistance of the evaluation of the *serial killer*s, besides it was made a clearing up about the imputability of the *serial killer*. Finally, it was made a criticism about the effective punishment deficiency of the *serial killer* in Brazil.

Keywords: *Serial Killer*. Psychopath. Imputability. Criminologic Exam.

1 – INTRODUÇÃO

Assassinos em série, ou *serial killers*, sempre existiram, eles apenas não eram assim denominados antigamente. O termo é relativamente novo e foi usado pela primeira vez em meados de 1970, por Robert Ressler, agente aposentado do FBI (Federal Bureau of Investigation) e grande estudioso do assunto.[1] A definição desse tipo de personalidade não é clara e não há um consenso sobre ela.

No Brasil, por ausência de conhecimento por parte das autoridades, é menos comum que se noticie sobre a possibilidade de existência de um *serial killer* em ação, até mesmo pelo equívoco na denominação dos mesmos, geralmente sendo chamados de maníacos, como no caso do "Motoboy", que ficou, erroneamente, conhecido como "O Maníaco do Parque". Porém, é extremamente importante que a sociedade, assim como as autoridades, se informem sobre tal tipo de criminoso para a segurança da coletividade. Por isso, é essencial que o Direito Penal se ampare na Psicologia e na Psiquiatria para um eficaz combate a tais criminosos.

Neste sentido, este trabalho objetiva, principalmente, alertar para a falta de um tratamento específico no Direito Penal destinado ao assassino em série no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Brasil, abordando também a importância da obrigatoriedade do exame criminológico para um diagnóstico adequado do apenado como um dos meios para o combate contra esse tipo de delinquente.

Inicialmente, será feita uma análise da origem histórica do *serial killer*, tratando também de sua definição e diferenciação de outras psicopatologias, pois para um melhor entendimento do trabalho é necessário distingui-lo de outros desvios de personalidade.

Dada a importância para o presente trabalho, será explorada a definição de alguns conceitos importantes relativos ao direito penal, tais como sua finalidade, os institutos do crime e da pena e a criminologia, com ênfase para esta última, haja vista tratar-se da ciência que estuda o fenômeno e as causas da criminalidade. Também serão tratados aspectos relacionados à personalidade do delinquente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo, sob o ponto de vista do tratamento destinado ao *serial killer* no ordenamento jurídico pátrio.

Na sequência, será discutida a importância da obrigatoriedade do exame criminológico no Brasil, uma vez que pela lei 10.972/03 foi estabelecida a sua facultatividade.

Por fim, com base nos elementos ora tratados neste trabalho, serão tecidas algumas observações e críticas quanto ao tratamento do assassino em série no Direito Penal Brasileiro.

2 – O ASSASSINO EM SÉRIE (*SERIAL KILLER*)

2.1 – ORIGEM HISTÓRICA DO ASSASSINO EM SÉRIE (*SERIAL KILLER*)

Há pessoas que, de fato, acreditam que *serial killers* são um fenômeno estritamente contemporâneo. Porém, eles sempre existiram, apenas não eram chamados dessa forma. Os jornais, frequentemente, descreviam tais criminosos em termos sobrenaturais, tais como monstros sanguinários, diabos em forma humana, entre outros. Uma das razões para isso é que durante a maior parte do século XX, a mídia nunca fez referência ao termo "*serial killer*", visto que o mesmo ainda não havia sido inventado.[2]

O crédito por criar a expressão "*serial killer*" é comumente atribuído ao então agente especial do Federal Bureau of Investigation (FBI), Robert Ressler. Entretanto, existem provas documentadas de que a expressão "homicida em série" já existia há pelo menos 12 (doze) anos antes de Ressler tê-la supostamente inventado. Em meados da década de 1960, o termo já era tão popular que foi usado reiteradamente no livro "The Meaning Of Murder" (O Significado De Assassinato)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de 1966, escrito por John Brophy. Mesmo que não possa ser creditado efetivamente à Ressler, não se pode negar que foi o mesmo quem ajudou a introduzir a expressão na cultura norte-americana e, consequentemente, no resto do mundo.[3]

H.H. Holmes, um *serial killer* condenado por nove assassinatos, é considerado o primeiro *serial killer* dos Estados Unidos. Holmes confessou vinte e sete assassinatos, e alguns investigadores acreditavam que ele poderia ter matado centenas de pessoas, na verdade. Ele começou matando convidados no hotel "castelo" que ele abriu para receber visitantes da World's Fair, em 1893, em Chicago. Ele foi condenado e enforcado em 1896.[4]

Já no Brasil, o primeiro *serial killer* conhecido foi José Augusto do Amaral, o "Preto Amaral", "Monstro Negro", "Papão de Crianças". Nasceu em Minas Gerais em 1871, filho de escravos, ganhou sua liberdade com a Lei Áurea e entrou para o exército, mas desertou. Em 1927, Amaral foi preso apontado como autor de três assassinatos brutais, seguidos de violência sexual. Por isso, hoje ele é considerado, por alguns, como o primeiro *serial killer* brasileiro.[5] As declarações de "Preto Amaral" foram feitas com naturalidade e sem a menor demonstração de emoção, segundo relatos dos policiais e jornais da época.[6]

2.2 – DEFINIÇÃO

Há divergências sobre a definição do termo "*serial killer*" até mesmo entre os especialistas. De acordo com Edilson Bonfim, o assassinato em série são três ou mais acontecimentos distintos, com um intervalo de tempo a separar cada um dos homicídios, crimes estes sempre com a motivação "narcísico-sexual". Por sua vez, Ilana Casoy define os *serial killers* ou assassinos em série como indivíduos que cometem uma série de homicídios com um intervalo de tempo entre eles. As vítimas tem, geralmente, o mesmo perfil.[7] Já, de acordo com a definição do FBI, deve haver, pelo menos, três homicídios, os quais devem ser cometidos em locais diversos e deve haver um lapso temporal entre eles.[8]

Acontece que há vários problemas com a definição do FBI, visto que, por um lado é demasiadamente ampla, pois pode se aplicar a tipos homicidas que não são *serial killers*, por exemplo, matadores de aluguel. Por outro lado, essa definição é estreita demais, já que especifica que um *serial killer* tem que cometer seus crimes em três ou mais locais distintos, pois alguns preferem realizar seus "massacres" em um só local.

A maior falha nesse conceito é em relação à natureza específica dos crimes. Reconhecendo esse fato, alguns especialistas enfatizam as motivações sexuais por trás do assassinato em série. Isso é sanado na definição do Instituto Nacional de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Justiça dos Estados Unidos, a qual muitas autoridades consideram uma descrição mais precisa:

> Uma série de dois ou mais assassinatos cometidos como eventos separados, geralmente, mas nem sempre, por um criminoso atuando sozinho. Os crimes podem ocorrer durante um período de tempo que varia de horas a anos. Muitas vezes o motivo é o psicológico, e o comportamento do criminoso, assim como as provas materiais observadas nas cenas dos crimes, refletem nuanças sádicas e sexuais.[9]

Os *serial killers* apresentam alguns aspectos em comum, tanto em relação à sua infância, quanto em relação ao seu comportamento. Não é possível prever exatamente como uma criança se comportará quando adulta, mesmo assim, na tentativa de identificar as causas básicas do assassino em série, os pesquisadores identificaram três importantes sinais de perigo comumente encontrado no passado desses criminosos. Essas três bandeiras vermelhas comportamentais referidas como tríade psicopatológica ou tríade terrível (como Ilana Casoy nomeia) são a enurese (urinar na cama), piromania (provocar incêndios) e sadismo precoce (geralmente sob a forma de crueldade com animais).[10]

A existência dessa tríade não determina que a criança se tornará um assassino em série quando adulta, porém são características comuns encontradas no histórico de alguns *serial killers*.

Para parecer uma pessoa comum, o *serial killer* desenvolve uma personalidade completamente dissociada do seu comportamento violento e criminoso. A dissociação não é anormal, todos nós temos um comportamento social mais "controlado" do que aquele que temos com nossos familiares mais íntimos. No caso do *serial killer*, a dissociação de sua realidade e fantasia é extrema. Sem esse verniz, *serial killers* não poderiam viver na sociedade sem ser presos instantaneamente. O fato de controlar seu comportamento para que isso não aconteça mostra que o criminoso sabe que o seu comportamento não é aceito pela sociedade. É por esse motivo que a maioria deles é considerada sã e capaz de discernir entre o certo e o errado.[11]

Segundo Brent E. Turvey, famoso psiquiatra forense, esse tipo de criminoso tem uma clara compreensão das consequências de seu comportamento e ação para a vítima; entender que ela está humilhada e sofrendo é, em parte, o porquê de ele estar se comportando dessa maneira. A maioria dos criminosos violentos tem histórias de humilhação pública na sua infância, praticada em parte pelos pais ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pelos colegas da escola. Sabem exatamente como é a sensação de passar por essa tortura.[12]

Por sua natureza psicopata, *serial killers* não sabem sentir compaixão por outras pessoas ou como se relacionar com elas. Eles aprendem a imitar as pessoas normais. É um ato manipulativo que aprenderam por observação e que os ajudará a trazer a vítima para dentro da armadilha.[13]

A grande maioria dos *serial killers* (cerca de 82%) sofreu abusos na infância. Esses abusos foram sexuais, físicos, emocionais ou relacionados à negligência e/ou abandono, mas isso não quer dizer que as crianças que sofreram abusos durante a infância estão fadadas a se tornarem *serial killers*, ou mesmo sádicas. Outras estatísticas demonstram que 84% dos *serial killers* são caucasianos; 93% dos *serial killers* são homens; 65% das vítimas são mulheres; 89% das vítimas são caucasianas; 90% dos *serial killers* tem idade entre 18 e 39 anos.[14]

2.3 – DIFERENCIAÇÃO DE OUTRAS PSICOPATOLOGIAS

Como já foi definido anteriormente, o *serial killer* é um tipo de criminoso que tem a personalidade sádica, cruel, que possui o desejo de causar dor e sofrimento. Para um melhor entendimento sobre eles é importante esclarecer a diferença entre os mesmos, psicopatas, psicóticos, maníacos e assassinos em massa.

Bonfim afirma em seu livro, *in verbis*:

> Morillas Fernandez (in "Aspectos criminologicos de los psicopatas y asesinos en serie", Cuadernos de Política Criminal, nº 77, 2002, Edersa, Madrid, p. 409) lembra que psicopata e assassino em série são termos que inicialmente são distintos, mas que, em casos extremos, podem confluir em um mesmo sujeito. Ou seja, em muitos casos o assassino em série é, igualmente, um psicopata.[15]

A psicopatia foi descrita pela primeira vez em 1941 pelo psiquiatra americano Hervey M. Cleckley, do Medical College da Geórgia, em seu livro "The Mask of Sanity". Ela consiste num conjunto de comportamentos e traços de personalidade específicos. Essas pessoas geralmente causam boa impressão para as que a conhecem superficialmente. No entanto, costumam ser egocêntricas, desonestas e indignas de confiança. Com frequência adotam comportamentos irresponsáveis sem razão aparente, exceto pelo fato de se divertirem com o sofrimento alheio. Tecnicamente, eles não são legalmente insanos, pois sabem diferenciar o certo e errado, eles simplesmente possuem uma forte falta de empatia.[16]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não 'sujarão as mãos de sangue' ou matarão suas vítimas. Já os últimos, botam verdadeiramente a "mão na massa", com métodos cruéis e sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais.[17]

Em contrapartida, psicose é definida como um transtorno mental grave caracterizado por certo grau de deterioração da personalidade. Os psicóticos sofrem de alucinações e delírios, ouvem vozes, tem visões, estão embuídos de crenças bizarras. Ao contrário dos psicopatas, que parecem ser pessoas normais e racionais, correspondem à concepção geral de loucura. Na maioria dos casos, *serial killers* não são psicóticos.[18] Em cerca de apenas 5% dos casos os *serial killers* estavam realmente doentes no momento de seus delitos.[19]

Já a mania afeta o humor e as funções vegetativas como o sono, cognição, psicomotricidade e nível de energia. Em um episódio maníaco clássico, o humor é expansivo ou eufórico, diminui a necessidade de sono, ocorre aumento da energia, de atividade dirigida a objetivos (por exemplo, o paciente inicia vários projetos ao mesmo tempo), de atividades prazerosas, da libido, além da inquietação e até mesmo agitação psicomotora. O pensamento torna-se mais rápido, podendo evoluir para fuga de ideias. As ideias costumam ser de grandezas, podendo ser delirantes. Geralmente a crítica está prejudicada e os ajuizamentos emitidos se afastam da realidade do paciente. [20]

Aqui no Brasil é muito comum que se nomeiem os *serial killers* como "maníacos", sendo claramente um equívoco, pois os *serial killers* são, em quase sua totalidade, pessoas que entendem exatamente o que estão fazendo e não apresentam um quadro de "confusão" mental como o apresentado pelos maníacos. Talvez pelo fato de uma pessoa com episódio de mania ser considerada, no passado, louca, é que seja associado esse tipo de transtorno ao comportamento do *serial killer*, visto que esse tipo de criminoso é comumente considerado louco pela sociedade, pois, em geral, as pessoas apresentam dificuldade em admitir e aceitar que indivíduos em sã consciência cometa atos tão cruéis e odiosos.

Por sua vez, o homicídio em massa e assassinato em série não tem quase nada em comum, tirando o fato de que ambos envolvem homicídios múltiplos. O assassino em massa é, geralmente, um suicida, tomado de fúria, objetivando exterminar o maior número possível de pessoas. Além disso, o assassinato em massa acontece em um único local.[21]

Já o assassinato em série acontece, geralmente, em lugares diferentes, com algum lapso de tempo entre eles e suas vítimas são, quase sempre, estereotipadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De modo geral, o homicídio em série, é um crime sexual. O *serial killer* passa seu tempo fantasiando sobre dominação, tortura e assassinato e quando seus desejos distorcidos tornam-se fortes demais para resistir, saem em busca de vítimas, atingindo o clímax de sua excitação com o sofrimento e a morte de sua "presa". Depois disso, ele experimenta um período de "calmaria" até agir novamente. [22]

3 – O *SERIAL KILLER* NO DIREITO PENAL

Para tratar sobre o tema de *serial killer* no direito penal brasileiro são necessários alguns conceitos introdutórios para melhor entendimento do assunto.

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Sendo assim, é possível definir o Direito Penal como o ramo do Direito Público que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança.[23]

Não existe, ontologicamente, diferença entre pena e medida de segurança, embora os pressupostos para aplicação de cada um sejam diversos – na aplicação da pena deve-se levar em conta o fato definido como crime, enquanto na medida de segurança considera-se a noção de periculosidade do sujeito. A imposição de pena privativa de liberdade, assim como a internação do indivíduo por conta de uma medida de segurança, limita a esfera de liberdade do cidadão, ficando ele sob a custódia do Estado.[24]

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*. O nosso Código Penal, por intermédio de seu art.59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entende-se que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.[25]

Ao lado da pena existe o instituto da medida de segurança. Aplica-se a medida de segurança, como regra, ao inimputável que houver praticado uma conduta típica e ilícita, não sendo, porém, culpável. Assim, o inimputável que praticou um injusto típico deverá ser absolvido, aplicando-se-lhe, contudo, medida de segurança, cuja finalidade difere da pena, visto que se destina à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito.[26]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Depois de conhecidas as finalidades da pena, necessário se faz definir crime, que, de acordo com a teoria analítica, é fato típico, antijurídico e culpável.[27]

Tipo é o padrão de conduta que o Estado, por meio da lei, visa impedir que seja praticado, ou determina que seja levado a efeito por todos nós. Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade, entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. [28]

Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.[29] Portanto, "culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outra conduta lhe era exigida".[30]

Para que o agente seja responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção.[31]

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 26, estabelece que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Se o indivíduo for incluso no *caput* do referido artigo, será considerado inimputável.[32]

O mesmo artigo 26, em seu parágrafo único, estabelece a possibilidade de semi-imputabilidade quando o agente que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Esse parágrafo prevê uma redução de pena de um a dois terços para aquele que for considerado semi-imputável.[33]

Necessário se faz, também, definir o conceito de criminologia, a qual constitui ciência empírica, que, com base em dados e demonstrações fáticas, buscam explicação causal do delito como obra de uma pessoa determinada. Seu foco pode ser tanto a personalidade do infrator quanto seu desenvolvimento psíquico, as diversas formas da manifestação do fenômeno criminal, seu significado pessoal e social. Com o resultado de suas investigações preocupa-se em fornecer as causas da prática do crime e, com isso, auxiliar no combate à criminalidade.[34]

Durante o século XX nos Estados Unidos surgiu o estudo da criminologia marcadamente derivada da sociologia criminal, em que o delito é visto como fato social.[35]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a obra de Edwin H. Sutherland (White Collar Crime) reforçou-se a tese de que o crime é um comportamento inerente ao convívio social e de que não surge somente como obra da pobreza ou da marginalidade, mas também é praticado por pessoas em condições socioeconômicas vantajosas e elevado grau de escolaridade. [36] O *serial killer*, porém, vai além da maldade inerente à todo o ser humano.

Um dos aspectos da criminologia são os distúrbios da personalidade. Dentre os mais frequentes desses distúrbios, podemos citar as neuroses, as psicoses, as personalidades psicopáticas e os transtornos da sexualidade ou parafilias.[37]

A criminologia, portanto, é uma ciência que deve ser aliada no combate a esse tipo de criminoso.

Os *serial killers* no direito brasileiro são tratados como homicidas comuns, ou seja, quando condenados, cumprem pena, com possibilidade de progressão de regime, e em seguida retornam ao convívio social. Como já dito, tais personalidades criminosas, provavelmente, persistirão em condutas delituosas, pois são incapazes de sentir empatia, remorso ou arrependimento e, portanto, não possuem possibilidade de ressocialização com a pena, apresentando grande risco para a sociedade.

Edilson Mougenot Bonfim, em uma de suas entrevistas, afirma que, *in verbis*:

> Não pode um cidadão, que a psiquiatria mundial diz que será um perigo enquanto viver (isso é unânime, não há divergência na psiquiatria) cumprir 30 (trinta) anos de pena e ser liberto e entregue de volta à sociedade, pois cometerá novo crime. Seria um caso clássico de prisão perpétua. Fazer poesia com um caso desses querendo uma liberdade antes da hora é desconhecer a realidade, desconhecer o direito penal. É equivocar-se com relação à verdadeira função da justiça penal. É por isso que a legislação brasileira precisaria ser revista, pois gostemos ou não, existe gente tão perigosa que teria que ficar no cárcere por um tempo superior ao que diz o legislador. O legislador brasileiro brinca de fazer justiça, dá uma pena de 200 (duzentos) ou 300 (trezentos) anos quando só se cumpre 30 (trinta). (informação verbal).[38]

Nos Estados Unidos, estima-se que existem entre 35 (trinta e cinco) (número conservador dado pelo FBI) a 500 (quinhentos) (número absurdo) *serial killers* operando no momento. É também neste país que se encontram 75% dos *serial killers* conhecidos no mundo. Os países com maior número de *serial*

killers conhecidos são, em ordem decrescente: Estados Unidos; Grã-Bretanha; Alemanha; e França. Porém, em outros países também existem *serial killers* notórios.[39]

O Brasil não apresenta uma grande quantidade desse tipo de criminoso como nesses países, porém existem, no país, alguns assassinos em série que ficaram famosos, assim como o caso do "maníaco" do parque, "maníaco" da bicicleta, "maníaco" de Luziânia, Chico picadinho e o bandido da luz vermelha. Aqui ainda possui muitos problemas para solucionar esses crimes, visto que ainda há muito despreparo no tocante a material, recurso e conhecimento sobre o assunto, tanto em relação às autoridades quanto à população. Por diversas vezes, ao chegar ao local do crime, as autoridades se deparam com a cena do crime não isolada, tampouco preservada, muitas vezes com a população manuseando as evidências.

Nos Estados Unidos, no entanto, os policias estão bem equipados em relação a essa área. Possuem um programa de computador, conhecido como VICAP (Programa de Análise Investigativa Criminal), que através de um banco de dados, registra os assassinatos, podendo os relacionar com novos fatos.[40] Em Quântico, cidade perto de Washington, fica o Centro Nacional de Análise de Crimes Violentos, NCAVC, órgão do FBI. O centro, considerado local de segurança máxima, não é aberto à visitação e fica a 20 metros sob a terra, exatamente embaixo da academia de treinamento de agentes do FBI.[41]

A principal arma do centro é um programa de computador, único no mundo até 2001, batizado de VICAP. Em funcionamento desde 1985, custou milhões de dólares e levou 27 anos para ser concretizado. O VICAP funciona como um banco de dados criminal, armazenando e relacionando entre si todos os homicídios não resolvidos no país. Quando surge um novo caso, o computador central do VICAP produz uma listagem de mais de cem assassinatos em que o criminoso teve o mesmo *modus operandi*. Em um segundo passo, o programa seleciona os dez homicídios mais parecidos com o novo. Com esta listagem em mãos, um perito faz uma profunda análise e avisa a polícia local no caso de o criminoso poder ser o mesmo. Já no Canadá, a polícia conta com a ajuda do software "Powercase", que superou o VICAP.[42]

Estes programas ajudam a determinar padrões, assinaturas que possibilitam a ligação de casos de homicídios, em primeiro plano considerado isolado, a mais um homicídio de um determinado *serial killer*.

Segundo o especialista em perfis do FBI, John Douglas, a assinatura é um elemento da personalidade criminal do *serial killer*, apresentado durante o crime. É uma expressão pessoal única ou um ritual baseado em suas fantasias, algo que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sujeito faz intencionalmente para obter satisfação emocional (que vai além daquilo que é necessário para cometer o crime).[43] Alguns *serial killers* colocam as vítimas em certas posições, ou as deixam em determinados locais depois de matá-las. Outra assinatura pode ser um método de tortura ou mutilação.[44]

No Brasil, ainda não há um estudo aprofundado sobre o assunto. Vários casos que só tiveram vítimas como fato concreto, sendo a maioria deles arquivados pela falta de preparo das autoridades que, muitas vezes, deixaram de relacionar um crime ao outro, não acreditando na capacidade intelectual desses assassinos. [45]

4 – EXAME CRIMINOLÓGICO: UMA NECESSIDADE IMPERIOSA

O doutrinador Cezar Bitencourt conceitua exame criminológico como:

> Um exame pericial que tem por objetivo buscar informações sobre a capacidade de adaptação do condenado ao regime imposto, sobre a probabilidade desse indivíduo voltar ou não a delinquir e sobre a sua possibilidade de reinserção social, através de avaliações de natureza genética, antropológica, social e psicológica.[46]

Previsto pelo Código Penal de 1940, o exame criminológico era aplicado por uma equipe multi-disciplinar de peritos, tais como psicólogos, assistentes sociais, criminalistas e agentes penitenciários e permitia aos juízes de varas de execução penal avaliar o grau de periculosidade e a capacidade de convívio social de cada preso condenado pela Justiça, antes de decidir sobre a concessão de liberdade condicional, um pedido de passagem do regime fechado para o semiaberto ou a solicitação de autorização de saída temporária para passar o Natal, a Páscoa e outras datas festivas em família.[47]

Como acarretava gastos para os governos estaduais, aos quais cabe a responsabilidade pela gestão do sistema prisional, a revogação do exame criminológico passou a ser veementemente defendida pelos governadores a partir da década de 1990, quando era urgente cortar despesas e equilibrar as finanças públicas. Além disso, como muitos exames criminológicos concluíam pela rejeição de concessão de benefícios a presos, por considerá-los incapazes de conviver em sociedade, a exigência dessa avaliação passou a ser vista como um obstáculo para o descongestionamento dos superlotados estabelecimentos penais.[48]

Por isso, em 2003, após uma onda de motins e rebeliões nas penitenciárias de São Paulo e do Rio de Janeiro, o Ministério da Justiça, desprezando advertências de especialistas e alegando a necessidade de "humanizar a pena", cedeu à pressão dos governadores e propôs a revogação do exame criminológico. Defendendo a

medida, alguns secretários de administração penitenciária chegaram a afirmar, na época, que não há método científico capaz de avaliar a periculosidade de um criminoso. O verdadeiro objetivo dos que recorriam a esse tipo de argumentação era aliviar a superlotação carcerária, para que os governadores pudessem adiar investimentos na expansão do sistema penitenciário e aplicar os recursos disponíveis em obras com maior apelo eleitoral. Para dar uma satisfação à sociedade, o Ministério da Justiça propôs a emissão de um atestado de "bom comportamento", emitido pelas autoridades penitenciárias, como forma de "compensar" a revogação do exame criminológico.[49]

Então, com a inserção da Lei nº 10.972/03, o exame criminológico passou a não ser mais obrigatório para concessão de benefícios. Entretanto, segundo o Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula nº 439, pode-se admitir tal exame pelas peculiaridades do caso, desde que motivada a decisão. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, editou a Súmula Vinculante nº 26, que tem a seguinte redação: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Antes, como afirma Paulo Lúcio Nogueira, o requisito subjetivo para concessão de benefícios, ou seja, o merecimento, deveria abranger a personalidade do réu, e não apenas o seu comportamento carcerário, como hoje ocorre, pois existe a tendência de elementos perigosos demonstrarem bom comportamento na prisão, o que não deixa de ser verdadeira simulação.[50]

A mudança inserida pela nova Lei não foi benéfica, visto que o diretor não tem contato necessário, nem competência para avaliar a personalidade ou o potencial de ressocialização do apenado, não sendo certo que ele seja o responsável por aferir o bom comportamento do condenado. Não é certo também que a progressão seja dada mediante apenas bom comportamento e não pela personalidade do indivíduo, não havendo uma pesquisa, estudo, ou sequer busca para saber sobre o lado íntimo do criminoso, numa tentativa de prever se tal criminoso voltará a delinquir, não tendo, portanto, condições de ser reinserido na sociedade e não devendo ter direito à progressão de regime.

Como revelam as estatísticas em matéria de violência urbana e criminalidade, os resultados dessas mudanças foram desastrosos. Ao mesmo tempo em que os juízes criminais ficaram sem um instrumento essencial para balizar suas decisões, os presos de alta periculosidade passaram a considerar direito adquirido a concessão dos benefícios previstos pela LEP. Com isso, a cada data festiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aumentava significativamente o número de presos beneficiados por indultos ou saídas temporárias envolvidos em roubos, assassinatos e estupros. O mesmo ocorreu com condenados beneficiados pela progressão para o semiaberto e pela concessão de liberdade condicional. O retrocesso patrocinado pelo Ministério da Justiça, em 2003, teve como resultado recordes sucessivos dos índices de reincidência e foi certamente um dos fatores responsáveis pela crise da segurança pública.[51]

Para piorar a situação, em 29 de Junho de 2010, foi editada, de forma equivocada, a resolução nº 009, que regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional, e em seu art. 4º, alínea a, assim dispõe: Conforme indicado nos arts. 6º e 112 da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado.[52]

É inegável o prejuízo da ausência de obrigatoriedade do exame criminológico para a sociedade, uma vez que este é um meio para um combate efetivo contra esse tipo de criminoso e uma tentativa de diminuir os danos causados por eles à coletividade.

5 – O TRATAMENTO DO *SERIAL KILLER* NO BRASIL: UMA CRÍTICA

Os *serial killers* são indivíduos perversos, cruéis, sádicos, narcisos, ardilosos, manipuladores e fazem de tudo para não serem pegos. Muitas vezes insultam a polícia, no intuito de provocá-la, acreditando que não serão capturados, pois se acham mais inteligentes. Vangloriam-se de seus delitos, deixando, geralmente, sua assinatura em seus crimes como forma de deixar sua marca nas vítimas. E são bem sucedidos nisso. Mesmo as vítimas que conseguem escapar carregam para sempre em suas mentes o terror que foram obrigadas a vivenciar.

Os *serial killers* não são considerados doentes mentais e, por isso, não são inimputáveis, pois sabem e entendem exatamente o que estão fazendo. Como demonstrado anteriormente, menos de 5% dos *serial killers* não tem consciência de seus atos, estando em um surto psicótico. Segundo Edilson Bonfim, a maldade não é sinônimo de loucura. Não se deve alegar que tais criminosos são pessoas doentes, até mesmo porque a medicina ainda não tem cura ou remédio para tais pessoas, nem mesmo as causas são comprovadas até agora. Ou seja, o cárcere ou tratamento psiquiátrico/psicológico não adianta para cessar o mal que eles tendem a cometer e ressocializá-los, a não ser pelo tempo em que ficam longe da sociedade, apresentando perigo, inclusive, para companheiros de cela ou "colegas" do hospital

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

psiquiátrico ou estabelecimentos do gênero, como se pode observar no caso de "Pedrinho, O Matador", que assassinou inúmeros presos friamente.

Ainda, aqueles que afirmam que eles ocupam o lugar de semi-imputáveis por não possuírem autodeterminação, por não controlar seus impulsos, cometem um equívoco. Os *serial killers* controlam seus impulsos e, se assim não fosse, seriam presos com muita rapidez, pois nunca planejariam seus atos, não teriam a capacidade de tentar esconder seus rastros e evitar sua captura para cometer o máximo de crimes possíveis. Eles só viveriam para saciar seus desejos horrendos, não conseguiriam conviver em sociedade por muito tempo.

Adentrando em um caso prático claro de possibilidade de um *serial killer* determinar-se de acordo com o entendimento do fato ilícito, pode-se citar o fato de Francisco de Assis Pereira, ao tentar violentar sexualmente uma de suas vítimas, desistiu de tal ato após a mesma ter afirmado ser portadora do vírus HIV. Neste momento pode-se observar que ele não só tem consciência de seus atos, como também consegue controlá-los. Ou seja, tem a capacidade intelectual, assim como a capacidade de autodeterminação. Além disso, dizer que o *serial killer* encontra-se na "zona fronteiriça", ou seja, é um semi-imputável é dizer que um indivíduo que traz enormes danos à sociedade merece uma redução de pena, o que é um absurdo. Eles merecem ficar afastados permanentemente da sociedade, visto que quando libertos provavelmente voltarão a delinquir.

O Brasil, por falta de conhecimento e de interesse das autoridades, assim como da população, ainda está muito aquém em relação ao tratamento adequado do *serial killer*. Infelizmente, em nosso país ainda existe uma carência de profissionais, com exceção de poucos, que dominem o assunto ou que estejam a par dos últimos avanços da psiquiatria e psicologia de países estrangeiros sobre a questão. Além disso, o Direito Brasileiro ainda não aposta muito na psicologia e psiquiatria forense, muitas vezes dispensando laudos periciais (algumas vezes com razão, como no caso do "Maníaco do Parque", em que profissionais sem experiência e domínio do assunto, foram contra ao que especialistas estrangeiros, dominantes e estudiosos do assunto afirmavam e atestaram ser o réu insano) e já tendo, inclusive, desobrigado a realização de exame criminológico para concessão de benefícios aos presos, se contentando apenas com o atestado de "bom comportamento" que, como já dito, nada comprova efetivamente se o indivíduo pode realmente ser reinserido na sociedade ou se merece tal benesse.

Piorando a situação, o Conselho Federal de Psicologia, pela resolução nº 009 de 2010, proibiu os psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais a realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisão que envolvam prática de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento oriundo da avaliação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado.[53]

É preciso que Direito, Psicologia e Psiquiatria andem de mãos dadas na busca de uma efetiva aplicação de justiça neste país.

Assim, o *serial killer* é um criminoso que deve ser julgado como imputável e deve ter um tratamento diferenciado no Brasil, pois aplicar uma pena máxima de 30 (trinta) anos, com direito a progressão de regime e tantos outros benefícios é escolher fechar os olhos para um assunto real e contemporâneo, tão preocupante e discutido em outros países. É como dormir com a porta de entrada da casa escancarada. É um descuido tamanho. Como afirma Bonfim, para um crime sensacional é merecida uma pena sensacional, visto que somente dessa forma que se poderia mostrar alguma proporcionalidade de crime e castigo, e alvitrar uma intimidação ou dissuasão criminosa.

Nessa vertente, foi dado o pontapé inicial na busca de se obter um tratamento adequado no ordenamento pátrio com o Projeto de Lei nº 140/2010, em tramitação. Vale também mencionar a tentativa de retorno da obrigatoriedade do exame criminológico, como um sinal de que o país está, finalmente, começando a atentar para a importância da Psicologia e Psiquiatria forense para o Direito.

O Projeto de Lei nº 140/2010, acrescenta três parágrafos no art. 121 do Código Penal Brasileiro, com o objetivo de estabelecer o conceito penal de assassino em série. Tal projeto considera *serial killer* o agente que comete o mínimo de três homicídios dolosos, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico.[54]

Para caracterização da figura do assassino em série, segundo o referido projeto de lei, é necessário ainda a elaboração de laudo pericial unânime de uma junta profissional integrada por cinco profissionais (dois psicólogos, dois psiquiatras e um especialista com comprovada experiência no assunto). O condenado estará sujeito a uma pena mínima de trinta anos de reclusão, em regime integralmente fechado, ou submetido à medida de segurança, por igual período, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero. O projeto veda a concessão de anistia, graça, indulto, progressão de regime ou qualquer tipo de benefício penal ao assassino em série.[55]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, ainda é necessária muita atualização quanto ao assunto no país, visto que, até mesmo tal projeto de lei encontra-se desatualizado em relação ao conceito de assassino em série quando enumera o critério de três ou mais crimes para caracterizá-lo, quando especialistas já estão estabelecendo o critério em dois ou mais delitos.

No Brasil, por ser proibido a pena perpétua dificulta bastante a proteção da sociedade desse tipo de criminoso. Porém, é necessário realizar um estudo de valores para ver o que é mais importante proteger, a sociedade ou alguém que só traz danos a ela.

O Direito precisa deixar de superproteger o réu, com a desculpa de que o Estado que os transformou em "monstros" ou "bandidos" e passar a proteger os cidadãos de bem, a coletividade, pois aqui no Brasil, é melhor ocupar o lugar de réu do que de vítima ou de familiar de vítima, não só pelas inúmeras prerrogativas concedidas ao réu, mas também pela sensação de impunidade que corre no coração de todos os brasileiros e que acomete com mais fervor nos familiares das vítimas e nas próprias vítimas. É preciso se preocupar menos com os direitos humanos daqueles que apresentam pouca humanidade e mais proteção para aqueles que vivem de acordo com as normas, ética, bondade e moral.

6 – CONCLUSÃO

Com base nos elementos ora tratados, conclui-se que o *serial killer* é um criminoso que deve ser responsabilizado pelos seus delitos como um ser totalmente imputável, visto que tem plena consciência de seus atos. Portanto, não deve ser tratado como doente mental, não devendo ser caracterizado como inimputável, tampouco deve obter a nomeação de semi-imputável, pois é capaz de se determinar de acordo com o entendimento das normas, ou seja, consegue se controlar.

Por fim, conclui-se nesse trabalho que o tratamento do *serial killer* no Brasil ainda precisa melhorar bastante, não apenas na área jurídica, mas também nas áreas da psicologia e psiquiatria, que, unidas, devem buscar uma maneira correta para punir esse tipo de criminoso e proteger a sociedade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVAREZ, Fernando Valentim. A Imputabilidade dos *Serial Killers*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/590/604>. Acesso em: 23 mai. 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1 – parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. O Julgamento de um *Serial Killer* – O Caso do Maníaco do Parque. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CAPRIGLIONE, Laura. Fui Eu. Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/120898/p_106.html>. Acesso em: 20 out. 2013.

CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002.

CASOY, Ilana. *Serial Killers*. Disponível em: <http://serialkiller.com.br>. Acesso em: 30 de mai. 2013.

CCJ do Senado aprova projeto sobre volta do exame criminológico. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1972689/ccj-do-senado-aprova-projeto-sobre-volta-do-exame-criminologico> Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

Defensoria Pública de São Paulo. Júri Simulado Absolve Preto Amaral, 85 Anos Após Sua Prisão e Morte. Jusbrasil. Disponível em: <http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100069387/juri-simulado-absolve-preto-amaral-85-anos-apos-sua-prisao-e-morte>. Acesso em: 28 out 2013.

FREEMAN, Shanna. Como Funcionam os *Serial Killers*. Disponível em <http://pessoas.hsw.uol.com.br/serial-killer.htm>. Acesso em 27 de Outubro de 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

Júri Simulado absolve Preto Amaral, 85 anos após sua prisão e morte. Disponível em: http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100069387/juri-simulado-absolve-preto-amaral-85-anos-apos-sua-prisao-e-morte Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

LILIENFELD, Scott O.; ARKOWITZ, Hal. O que é um Psicopata? Mente Cérebro. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/o_que_e_um_psicopata__imprimir.html>. Acesso em 19 mai. 2013.

MARCÃO, Renato. O exame criminológico e a equivocada Resolução n. 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2302612/o-exame-criminologico-e-a-equivocada-resolucao-n-009-2010-do-conselho-federal-de-psicologia-renato-marcao> Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

MELE JÚNIOR, Sérgio Roberto. Perfil dos psicopatas à luz do direito criminal. Presidente Prudente, 2004. 70 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004.

MORENO, Ricardo Alberto; MORENO, Doris Hupfeld; RATZKE, Roberto.Diagnóstico, Tratamento e Prevenção da Mania e da Hipomania no Transtorno Bipolar. Revista de Psiquiatria Clínica. Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol32/s1/39.html>. Acesso em: 31 out. 2013.

O Maníaco do Parque. Discovery Brasil. Disponível em: <http://discoverybrasil.uol.com.br/web/instinto-assassino/outras/t1/episodios/episodio-3/>. Acesso em: 31 out. 2013.

RAMOS, Mariana Neme Nogueira. A imputabilidade dos *serial killers*. Presidente Prudente, 2002. 71 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

RODRIGUES, Mirela. Exame Criminológico: Necessidade ou Possibilidade? Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-16_08-27-27.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, anatomia do mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013

Senado. Romeu Tuma é autor de 359 proposições no Senado. Jusbrasil. 2010. Disponível em: <http://senado.jusbrasil.com.br/politica/6135193/romeu-tuma-e-autor-de-359-proposicoes-no-senado>. Acesso em: 31 out. 2013.

SERPONE, Fernando. Caso Maníaco do Parque. Último Segundo. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/crimes/caso-maniaco-do-parque/n1596992315299.html>. Acesso em: 31 out. 2013.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas. Rio de Janeiro. Objetiva. 2008.

SILVA, Melina Pelissari da. *Serial killer*: um psicopata condenado à custódia perpétua. Presidente Prudente, 2004. 110 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004.

VELLASQUES, Camila Tersariol. O Perfil Criminal dos *Serial Killers*. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/840/817> Acesso em: 10/10/2013.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[1] ALVAREZ, Fernando Valentim. A Imputabilidade dos *Serial Killer*s. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/590/604>. Acesso em: 23 mai. 2013.

[2] SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, Anatomia do Mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.

[3] Idem.

[4] FREEMAN, Shanna. Como Funcionam Os *Serial Killers*. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/serial-killer1.htm>. Acesso em 27 out. 2013.

[5] Defensoria Pública de São Paulo. Júri Simulado Absolve Preto Amaral, 85 Anos Após Sua Prisão e Morte. Jusbrasil. Disponível em: <http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100069387/juri-simulado-absolve-preto-amaral-85-anos-apos-sua-prisao-e-morte>. Acesso em: 28 out. 2013.

[6] ALVAREZ, Fernando Valentim. A Imputabilidade dos *Serial Killers*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/590/604>. Acesso em: 23 mai. 2013.

[7] CASOY, Ilana. *Serial Killers*. *Serial Killer*. Disponível em: <http://serialkiller.com.br>. Acesso em: 30 mai. 2013.

[8] ALVAREZ, Fernando Valentim. A Imputabilidade dos *Serial Killers*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/590/604>. Acesso em: 23 mai. 2013.

[9] SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, Anatomia do Mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.

[10] SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, Anatomia do Mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.

[11] CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002.

[12] Idem.

[13] Idem.

[14] CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002

[15]BONFIM, Edilson Mougenot. O Julgamento de um *Serial Killer* – O Caso do Maníaco do Parque. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

[16]LILIENFELD, Scott O.; ARKOWITZ, Hal. O que é um Psicopata? Mente Cérebro. Disponível em <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/o_que_e_um_psicopata__imprimir.html>. Acesso em 19 mai. 2013.

[17] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas. Rio de Janeiro. Objetiva, 2008.

[18] SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, Anatomia do Mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.

[19] CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002.

[20] MORENO, Ricardo Alberto; MORENO, Doris Hupfeld; RATZKE, Roberto.Diagnóstico, Tratamento e Prevenção da Mania e da Hipomania no Transtorno Bipolar. Revista de Psiquiatria Clínica. Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol32/s1/39.html>. Acesso em: 31 out. 2013.

[21] SCHECHTER, Harold. *Serial Killers*, Anatomia do Mal - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.

[22] Idem.

[23]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

[24]MONTEIRO, Lizianni de Cerqueira. Breves Considerações sobre a Medida de Segurança à luz da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/lizianni_de_cerqueira_monteiro.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

[25]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

[26]Idem.

[27] Idem.

[28] Idem.

[29] Idem

[30] NORONHA, Magalhães. Direito Penal, Introdução a Parte Geral, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

[31] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[32]BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. ed. Saraiva, 2010

[33] idem

[34] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

[35]Idem.

[36] Idem.

[37]NORONHA, Magalhães. Direito Penal, Introdução a Parte Geral, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

[38] Entrevista de Edilson Bonfim no programa iluminuras. Encontro com o autor. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=7SP90YnLSqk>. Acesso em: 31 de out. 2013.

[39]CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002.

[40]VELLASQUES, Camila Tersariol. O Perfil Criminal dos *Serial Killers*. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/840/817>. Acesso em: 10 out. 2013.

[41]CASOY, Ilana. *Serial Killer*, Louco ou Cruel? 6ª ed. São Paulo: WVC, 2002.

[42]Idem.

[43]DOUGLAS. John E. Violent Crime Scene Analysis: Modus Operandi, Signature and Staging. FBI Law Enforcement Bulletin. Disponível em: <http://www.cienciaforense.com/Pages/CrimeScene/ViolentCrimeSceneInvestigation.htm>. Acesso em: 28 out. 2013.

[44]FREEMAN, Shanna. Como Funcionam os *Serial Killers*. How Stuff Works. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/serial-killer5.htm>. Acesso em: 28 out. 2013.

[45] VELLASQUES, Camila Tersariol. O Perfil Criminal dos *Serial Killers*. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/840/817>. Acesso em: 10 out. 2013.

[46]Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1 – parte geral. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[47]OAB - Rio de Janeiro. CCJ do Senado aprova projeto sobre volta do exame criminológico. JusBrasil. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1972689/ccj-do-senado-aprova-projeto-sobre-volta-do-exame-criminologico>. Acesso em: 28 out. 2013.

[48]OAB - Rio de Janeiro. CCJ do Senado aprova projeto sobre volta do exame criminológico. JusBrasil. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1972689/ccj-do-senado-aprova-projeto-sobre-volta-do-exame-criminologico>. Acesso em: 28 out. 2013.

[49] Idem.

[50]RODRIGUES, Mirela. Exame Criminológico: Necessidade ou Possibilidade? Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-16_08-27-27.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

[51]OAB - Rio de Janeiro. CCJ do Senado aprova projeto sobre volta do exame criminológico. JusBrasil. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1972689/ccj-do-senado-aprova-projeto-sobre-volta-do-exame-criminologico>. Acesso em: 28 out. 2013.

[52]MARCÃO, Renato. O Exame Criminológico e a Equivocada Resolução n. 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia. JusBrasil. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2302612/o-exame-criminologico-e-a-equivocada-resolucao-n-009-2010-do-conselho-federal-de-psicologia-renato-marcao>. Acesso em: 28 out. 2013.

[53]MARCÃO, Renato. O exame criminológico e a equivocada Resolução n. 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2302612/o-exame-criminologico-e-a-equivocada-resolucao-n-009-2010-do-conselho-federal-de-psicologia-renato-marcao> Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

[54]Senado. Romeu Tuma é autor de 359 proposições no Senado. Jusbrasil. 2010. Disponível em: <http://senado.jusbrasil.com.br/politica/6135193/romeu-tuma-e-autor-de-359-proposicoes-no-senado> Acesso em: 31 out. 2013.

[55]Idem.

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

MONISE LARA GIRARDI: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP.

RESUMO: O trabalho descreve uma pesquisa realizada sobre o assunto "Responsabilidade Civil do Estado frente à Violência Contra a Mulher". O objetivo é expor de forma abrangente fatores sobre o tema que a sociedade, e principalmente as mulheres, na sua maioria, não possuem conhecimento. Em que pese a violência contra a mulher ser um tema abordado de forma extensa em âmbito penal, na esfera cível não acontece o mesmo, o que justifica a necessidade de maior divulgação sobre. Para tanto, pesquisas em sites, com coleta de dados e casos, bem como leitura de livro sobre o tema e seu desenvolvimento no decorrer dos anos, foram realizados com o fim de expandir o conhecimento sobre o assunto. Após, evidenciou-se a ausência de legislação específica sobre o tema, por essa razão, mostra-se necessária a realização de novas pesquisas, mais aprofundadas, para assim obter respostas conclusivas e tornar mais amplo as informações, a fim de garantir às mulheres algo que já lhe é assegurado constitucionalmente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Violência; Mulher; Estado.

ABSTRACT: The paper describes a research carried out on the subject "Civil Liability of the State against Violence Against Women". The objective is to comprehensively expose factors on the subject that society, and especially women, mostly do not have knowledge. Despite the fact that violence against women is a topic that has been extensively addressed in the criminal sphere, in the civil sphere, the same is not true, which justifies the need for greater dissemination about. To this end, research on websites, with data and case collection, as well as book reading on the theme and its development over the years, were conducted in order to expand the knowledge on the subject. After, the absence of specific legislation on the subject was evidenced, for this reason, it is necessary to carry out further research, in order to obtain conclusive answers and broaden the information, in order to guarantee women something which is already constitutionally guaranteed to her.

Keywords: Civil Liability; Violence; Woman; State.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E DA ATUAÇÃO DO ESTADO. 3. ESPÉCIES E DIFERENÇAS ENTRE AS RESPONSABILIDADES. 3.1. Responsabilidade criminal x Responsabilidade civil. 3.2. Responsabilidade civil do agressor x Responsabilidade civil do Estado. 3.3.

Responsabilidade civil do Estado: Teoria do risco administrativo x Teoria do risco integral. 4. SERVIÇOS DE ATENDIMENTO E ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E OUTROS PAÍSES. 4.1. Proteção da mulher por meio de tratado internacional. 5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS. 6. DISCUSSÃO DE RESULTADOS. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado consiste em reparar economicamente danos causados a terceiros, na esfera patrimonial ou moral, cujo dever estatal vem sendo cada vez mais ampliado com o intuito de garantir os direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Este meio de indenização não abrange somente atos ilícitos praticados pelo Estado, mas também, visa o ressarcimento por atos lícitos, efetuados pelos Entes estatais, bem como pela omissão, desde que gere fato prejudicial à vítima e seja comprovado o nexo entre a ação ou omissão do Estado e o dano.

Quanto à pecúnia indenizatória de responsabilidade do Estado, no presente estudo é abordado no que tange à proteção e responsabilização estatal pela violência contra a mulher praticada em seus vários ramos. O problema central a ser explanado é a violação de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988.

Isto é, a segurança, como um fator de responsabilidade estatal, deve ser amplamente fiscalizada e garantida pelos órgãos dirigentes por ser uma atribuição determinada normativamente. Entretanto, quais seriam os limites do Ente Federativo para a intervenção e proteção dos referidos direitos, em âmbito familiar – violência doméstica – e, também, social – violência no trabalho, ruas e afins.

Nesse viés, com inúmeros casos de violência contra a mulher, os quais são de conhecimento manifesto da população brasileira, além da punição no eixo penal, importante se faz a aclaração de possíveis condenações a ressarcimentos numerários às vítimas, tanto pelo agressor, quanto pelo Estado.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é a análise da possibilidade, ou não, da responsabilização estatal referente ao tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E DA ATUAÇÃO DO ESTADO

A convivência em sociedade passou por diversas mudanças no decorrer dos anos. Certo é que nos tempos primitivos tanto a mulher, quanto o homem realizavam trabalhos. Elas, comumente, faziam tarefas domésticas e agrícolas, enquanto os homens cuidavam da caça e da pesca. Entretanto, na época em questão, não existiam normas jurídicas ou o direito propriamente dito – não de forma escrita – para que a convivência fosse disciplinada e pudéssemos comparar com nosso ordenamento jurídico atual.

O desenvolvimento social gerou a criação das normas pelas quais a sociedade era regida, todavia, referente às mulheres ocorreu uma enorme desigualdade de condições, seja no que tange aos direitos ou em relação aos deveres.

No Brasil colonial as mulheres sofreram diversas limitações se comparadas aos homens. Na educação, a título exemplificativo, essas eram privadas e forçadas a viverem em função do lar e da igreja (PINAFI, 2007, p.1). Muitas vezes a submissão ocorria para que fossem mantidas alienadas aos conhecimentos básicos, os quais acarretariam o possível olhar crítico para dar início à luta pela igualdade de direitos.

As limitações impostas na época produziram efeitos no Brasil até meados de 1916, quando, então, foi promulgado o Código Civil, dando início ao regime republicano deste país. A partir daí, a mulher passou a ter mais direitos, com restrições um pouco mais brandas.

A paridade entre os sexos foi aumentando no decorrer dos tempos, visto que as mulheres ganharam mais espaço no mercado de trabalho, bem como passaram a ter independência quanto ao homem – tanto psicológica quanto financeiramente - surgindo, assim, o equilíbrio entre direitos, obrigações, liberdade e vontade de ambos.

Não obstante, mesmo com a diminuição da submissão da mulher para com o homem, como, por exemplo, na aquisição de direitos relativos ao voto, trabalho livre e reconhecimento de igualdade perante a lei (artigo 153 - Constituição Federal de 1967), ainda havia muito que ser melhorado.

Nos anos 70 a diferença entre os gêneros imperava, já que, mesmo em casos de assassinato, muitos agressores não eram punidos sob a justificativa de legítima defesa de sua honradez. Um exemplo nacionalmente conhecido é o caso Doca Street, que se refere ao assassinato de Ângela Maria Fernandes Diniz pelo seu ex-companheiro, Raul Fernando do Amaral Street. Após o término do

relacionamento amoroso, Street não aceitou e, em uma tentativa de reconciliação frustrada, desferiu vários tiros contra a face e o crânio de Ângela. Em seu julgamento, teve sua defesa pautada em "legítima defesa da honra" (PINAFI, 2007, p.1).

O agressor foi condenado há dois anos com sursis (suspensão condicional da pena), porém, com a repercussão do caso, iniciaram-se movimentos feministas, os quais visavam um novo julgamento para uma condenação mais severa e justa. O resultado foi uma nova condenação de Doca, em 15 anos de prisão.

Os movimentos de mulheres feministas foram essenciais para a efetivação de novas políticas públicas, como a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, no ano de 1983, bem como a ratificação pelo Brasil da CEDAW - *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres) em 1984, sendo seguida pela implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e da primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM).

Cumpre destacar que por meio da ratificação da CEDAW, o Estado brasileiro, integrante da convenção, comprometeu-se em coibir as diversas formas de violências com a mulher e, também, em adotar medidas de cunho preventivo e punitivo, com o intuito final de cessar a violência de gênero (PINAFI, 2007, p.1).

Alguns homens pautados em machismo, não aceitaram com facilidade o equilíbrio dos direitos, de modo que as agressões – físicas e/ou psíquicas - passaram a ser um meio de garantir-lhes a superioridade.

No ano de 2006, foi criada a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), com o intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Isto é, muito embora tenha ocorrido a evolução no que tange aos direitos das mulheres, ainda tiveram que ser desenvolvidas medidas para protegê-las contra agressões.

No entanto, após a criação da lei retro mencionada, atualmente, ainda se discute sua eficácia para o combate da violência contra a mulher, já que, embora apresente garantias inovadoras, a norma legal não foi capaz de por fim às práticas abusivas.

A Lei Maria da Penha trouxe nova sistemática para a atuação do Estado perante os casos de violência contra a mulher. Na esfera criminal, ela apresentou penas mais rígidas aos agressores, assegurando sua punição, com o reconhecimento de sua responsabilidade. Já no âmbito cível, expõe algumas medidas protetivas a serem efetivadas pelo Estado, como, por exemplo, a separação judicial e de corpos (CARVALHO, 2014, p.1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por essa razão, o dispositivo apresentou novas medidas em favor das vítimas, tanto preventivas, como punitivas, as quais vão além da condenação no eixo penal e englobam, ainda, atuações de responsabilidade do Estado, para o fim de garantir a proteção e a justiça às vítimas desta grave violação aos direito humanos.

3. ESPÉCIES E DIFERENÇAS ENTRE AS RESPONSABILIDADES

3.1. Responsabilidade criminal x Responsabilidade civil

Com a prática de uma ilicitude ocorre a violação da ordem jurídica, desse modo, considerando que se trata de um único delito, pode-se dizer que existe possibilidade de reparação tanto na esfera penal, como em âmbito civil.

Destaque-se que existem diferenças entre as duas responsabilidades, visto que, enquanto a responsabilidade penal (criminal) visa aplicar uma cominação legal, *v.g.*, prisão (privativa de liberdade), perder a carta de habilitação (restritiva de direitos) ou multa (pecuniária), a responsabilidade civil tem como intuito fazer o agente arcar com as consequências de seu ato ou fato danoso à vítima, no contexto moral e pessoal.

A responsabilidade civil possui proteção da Constituição Federal, inclusive no que se refere à dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos básicos de todas as pessoas, sem distinção de sexo. Já a responsabilidade penal é regida e exposta pelo Código Penal, por meio do qual serão analisados os casos e sobrevirá aplicação da pena cabível para o ato praticado.

A família também é integralmente protegida pelo Estado visando evitar a violência na esfera familiar, local em que ocorrem inúmeros casos de violência doméstica, observe a redação do artigo 5º, I e V e artigo 226, §8º, Constituição Federal:

> **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;
>
> [...]
>
> **V -** é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> ***

> **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> **§ 8º** O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
> [...]

Em um breve resumo, vale salientar que a responsabilidade civil diz respeito a um dano de ordem pessoal (moral; psíquica), já a responsabilidade penal versa sobre um crime contra ordem pública. Não obstante, um mesmo ato poderá ser apurado frente às duas esferas, haja vista que não haverá prejuízo da punição sobre a reparação.

3.2. Responsabilidade civil do agressor x Responsabilidade civil do Estado

Além de ser responsabilizado penalmente, o autor da agressão sofrerá, também, pena na esfera cível. Essa indenização poderá ser fixada pelo próprio juízo criminal e não dependerá de provas específicas, posto que, nos casos de violência contra a mulher, o dano moral é presumido.

Segue abaixo o Tema nº983 estabelecido pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, cujo assunto discutido para a tese firmada foi a reparação de natureza cível nos casos de violência cometida contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, *in verbis*:

> **Tema 983 – STJ:** Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Com o avanço da legislação brasileira, através da Lei nº13.871/2019, passa a vigorar a responsabilidade do agressor referente ao ressarcimento das despesas relacionadas ao atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), às mulheres vítimas de violência, bem como pelos dispositivos de segurança utilizados por ela.

Leia o disposto pela redação dos três parágrafos inseridos, por meio da lei supramencionada, ao artigo 9º da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha):

> § 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.
>
> § 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor.
>
> § 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada.

Em análise do que foi citado acima, é perceptível que a responsabilidade civil do agressor não se restringiu apenas em indenizar ou reparar os malefícios causados à vítima, seja pelos danos morais ou pelos custos com médicos particulares, mas também, tornou-se ampla ao abranger órgãos do sistema público, como de saúde e de segurança, que sofrerem impactos pela assistência às vítimas de violência doméstica e familiar.

Observado o parágrafo 4º, é possível verificar o dever do autor da agressão em indenizar a vítima nos vastos âmbitos que causar lesão.

No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, vale destacar que o dever de reparação surge ao não agir para evitar as violações dos direitos em suas diversas causas, não somente nos casos em que medidas de cerceamento não forem aplicadas. A falha na execução das medidas preventivas acarretam prejuízos à coletividade, no caso, às mulheres que sofrem violência pela inoperância estatal, motivo pelo qual será gerada a reparação na esfera cível, pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, *caput*, prevê a segurança como um direito fundamental de todos os cidadãos, desse modo, evidencia-se que a boa administração está interligada com a garantia deste direito. Assim sendo, atos que infringem a proteção à vida são passíveis de reparação pelo Estado, tendo em vista que não basta apenas a criação de mecanismos, mas sim, é necessário que os execute, a fim de resolver o problema.

Segundo Luis Manuel Fonseca Pires (2010, p. 726):

> Alinham-se, portanto, os direitos fundamentais à boa administração e à segurança pública. Ao tratarmos deste

> último não há como se desvencilhar de que a efetivação da proteção à vida, à liberdade, ao patrimônio do cidadão expressa a desejável boa administração. A implementação de políticas de segurança pública, a definição de planos de ação e contenção da violência urbana, a reação eficiente à criminalidade passam pelo exercício da competência discricionária atribuída ao administrador público, mas competência, como qualquer outra, balizada pelo ordenamento jurídico, o que significa dizer, na situação em apreço, que as opções livres à escolha do Poder Público na área da segurança pública devem, sejam quais forem as alternativas e programas eleitos, aferrar-se à realização da boa administração.

Por conseguinte, ao referir-se à segurança pública como um direito constitucionalmente garantido e relacioná-la à eficiência da administração pública, pode-se analisar a violência contra a mulher como um *déficit* existente na nossa atual sociedade, mesmo com tanto dispositivos que tratam do assunto e preveem inúmeras medidas e punições contra as agressões.

Dentre as normas que compõem o regime jurídico-constitucional, observe-se o disposto pelo artigo 144 da Constituição Federal, que trata sobre o tema em pauta, qual seja, a segurança pública e sua responsabilidade, nestes termos:

> 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[...]

Saliente-se, ainda, o parecer sobre o assunto de José Afonso da Silva (2010, p.753):

> (...) a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas da polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a "segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos" (art.144), acolheu a concepção do "I Ciclo de Estudos sobre Segurança", segundo o qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade de todos, Estado e população.

Isto posto, aponta-se, reiteradamente, a responsabilização do Estado em razão da violação do direito fundamental garantido às mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para melhor elucidação da responsabilidade civil do Estado certa é a explanação de sua previsão legal, textualmente:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Além disso, conforme alude Luis Manuel Fonseca Pires (2010 – p. 731):

> Equivale dizer, portanto, que não é o fato da agressão, da violência perpetrada por alguém ou certo grupo contra vítimas determinadas que gera a responsabilidade civil do Estado. Ao reverso, é a eventual identificação de um *comportamento* – no caso deste estudo, *omissivo*, *concreto* e *circunstanciado* do Poder Público que permite reconhecer o preenchimento do cerne do elemento nuclear do suporte fático em correspondência à estrutura normativa do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Ante ao exposto, observa-se que nem toda omissão do Estado resultará em indenização para a vítima, pois, embora existam previsões legais que garantam o direito de segurança e o dever do Estado em assegurá-la, é necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o evento danoso e o prejuízo causado à vítima.

3.3. Responsabilidade civil do Estado: Teoria do risco administrativo x Teoria do risco integral

Como já explanado anteriormente, a responsabilidade civil do Estado é analisada com base na verificação da existência da relação entre causa e efeito, para, a partir daí, concluir o dever de reparação – ou sua inexistência.

Este tipo de direito visa, no caso apreciado, garantir a integridade física e moral da mulher, que é devidamente assegurada pela nossa Constituição Federal, como sendo um dos direitos fundamentais.

A teoria do risco administrativo é utilizada como forma de fundamentar a aplicação da responsabilidade civil do Estado, já que é a teoria adotada pelo direito pátrio. Neste contexto, a teoria tem como característica a proteção ao particular, cuja finalidade é minimizar o dano sofrido decorrente de atividade incumbida à esfera estatal, como, por exemplo, a garantia da proteção contra a violência, a qual é de interesse da coletividade.

Ainda sobre esta teoria, destaque-se que o dano indenizável é somente o ato lesivo e injusto que for causado à vítima pela administração, observado que se refere à responsabilidade objetiva.

Vale frisar a mudança histórica quanto à responsabilização do Estado frente aos danos causados à população, já que na época dos Estados Absolutistas, não havia qualquer tipo de responsabilização estatal, bem como durante a adoção das teorias que tinham como base a responsabilidade subjetiva, na qual é exigida a comprovação de dolo ou culpa do Estado, a responsabilização não ocorria de forma eficiente (SILVA e SOARES, 2016, p.1).

Com o avanço na interpretação sobre o assunto, passou-se a ser adotada a responsabilidade objetiva, a qual proporcionou maior autonomia para os cidadãos, visto que com a demonstração de nexo causal entre a ação – ou omissão – do Estado e o dano ocasionado, já se caracteriza a obrigação de indenizar. Ou seja, deixa de ser exigida a comprovação de culpa ou dolo do ente estatal.

Consoante entendimento de Ênio Santarelli Zuliani (2010, p.416), confira:

> [...] apesar dessa controvérsia sobre a espécie de responsabilidade "subjetiva" da administração pública por atos omissivos, que o sistema jurídico protege o sujeito de direitos conferindo-lhe grandioso aparato para tutela de suas pretensões quando o Estado, por atos de seus serviços ou por conduta dolosa ou culposa de seus agentes, causa danos patrimoniais e morais, o que permitirá o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) para obter ou do Estado ou do funcionário, ou de ambos, se preferir colocá-los em litisconsórcio, a devida reparação.

Nessa mesma linha de raciocínio, é importante destacar que o texto constitucional – cuja teoria adotada é a da responsabilidade objetiva –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> deverá sofrer análise sistemática, com observação de cada caso, para fim de evitar violação do que foi disposto pela norma.

Entretanto, deve ser observada sempre a aplicação do Princípio Constitucional da Proporcionalidade, o qual veda o excesso e a inoperância do Estado, de modo que, se configurados, caracterizará violações ao princípio citado e, também, sua conduta será considerada inconstitucional.

Segue a percepção de Juarez Freitas sobre o aludido princípio (2010, p.226):

> Força notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, com frequência, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um deles, em detrimento abusivo de outros. Comum, no entanto, que haja sacrifícios aceitáveis na aplicação do Direito Público. O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo.

Desse modo, é certa sua aplicação para os casos de violência contra a mulher, haja vista que o Estado possui papel importante para a diminuição deste tipo de desumanidade. Sua responsabilidade é ampla, como já mencionado, todavia, não pode ser entendida como imputação cega do dever indenizatório.

Nessa perspectiva, somente com a existência de nexo de causalidade existirá dever de reparação do dano, preservadas as excludentes, quais sejam, quando a vítima der causa ao dano, na hipótese de força maior e, por fim, por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público.

Importante se faz a elucidação a respeito da diferença entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, a primeira – como já consta no estudo – admite hipóteses de excludentes de responsabilidade, já a segunda, não. Para esta última o Estado responderia por toda e qualquer conduta que resultasse em dano à vítima, entretanto, nossa Constituição Federal adota a primeira teoria (risco administrativo), a qual estabelece que, independente de culpa, o Estado responderá pelos danos que causar a terceiros – observando as excludentes.

Em suma, é fundamental enfatizar que o Ente estatal deve observar sempre que a omissão praticada diante de um direito reconhecido é considerada como dever estatal não cumprido, razão pela qual se enquadrará nos casos de reparação cível às vítimas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. SERVIÇOS DE ATENDIMENTO E ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E OUTROS PAÍSES

Diante de tantos casos de violência contra a mulher, muitos recursos foram criados para dar apoio às vítimas, tanto pelo Estado, como por iniciativa privada. Um dos recursos mais recentes lançados no Brasil é a plataforma de inteligência artificial chamada "Glória", o projeto tem como objetivo combater a violência contra a mulher no Brasil.

Além dessa plataforma inovadora, existe, ainda, uma rede de atendimento à mulher vítima de violência, cujo acesso ocorre através do telefone 180, cuja ligação é gratuita. Este mecanismo é o principal meio de acesso para amparo das mulheres de todo país. Outro número disponibilizado para casos de violação de direitos humanos das mulheres é conhecido como "Dique 100".

Para um melhor atendimento e combate contra a violência, foram criados meios que promovem uma formação especializada dos magistrados e servidores para o auxílio adequado nesses casos.

As Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs) instaladas são de responsabilidade dos Estados, bem como sua manutenção e a garantia dos direitos, por meio das Secretarias de Segurança Pública. Já a fiscalização do cumprimento de atividades policiais será realizada pelo Ministério Público. O Estado também é responsável pela disponibilização de capacitação permanente dos policiais – civil e militar.

Já ao Ministério da Justiça, caberá o desenvolvimento de políticas com o intuito de reduzir atos de violência contra as mulheres, bem como pesquisas e uniformização de procedimentos e atendimentos. Outro ponto do qual é responsável, é pela qualificação profissional dos agentes para evitar a discriminação e a desmotivação de mulheres para que não realizem a denúncia contra o agressor. As funções mencionadas são executadas pela Secretaria Nacional de Segurança Pública.

É garantia da mulher vítima de violência a assistência judiciária pela Defensoria Pública, sem que a renda seja um requisito para concessão. Vale destacar, ainda, que as defensorias também oferecem orientação às vítimas para que tenham conhecimento de seus direitos como, por exemplo, integridade, acesso a programas sociais, guarda de filhos, hipóteses de prisão do agressor, dentre outros.

Outrossim, existem sites que disponibilizam informações sobre o acesso à justiça, assim como informações referentes ao assunto, a fim de facilitar a ajuda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para o maior número de vítimas possíveis. Um exemplo deste mecanismo disponibilizado pela internet é o portal "Atlas de Acesso à Justiça", criado pelo Ministério da Justiça.

Por fim, importante mencionar sobre as ONG's (Organizações não Governamentais) e grupos de apoios oferecidos às mulheres vítimas de violência, os quais fornecem auxílio e informações, bem como dados e campanhas para o enfrentamento à violência.

4.1. Proteção da mulher por meio de tratado internacional

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, composta por Estados membros como Brasil, Argentina, Canadá, Chile, México, Peru, Uruguai, Venezuela, dentre outros, foi fundada em 1948, na Colômbia. A referida Comissão possui como finalidade preservar a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento, por meio de instrumentos jurídicos e mecanismos de desenvolvimento.

Em 1998, o caso de Maria da Penha foi levado até à Comissão supracitada, pela própria vítima, local em que o Estado brasileiro, no ano de 2001, foi condenado por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica contra as mulheres.

Um dos fundamentos para a condenação foi a falha de prestação de serviço rápido e efetivo, o qual gerou o reconhecimento do dever de reparação civil pelas violações sofridas pela vítima por parte do Estado, ante a morosidade da tramitação do processo que movia contra o agressor.

Esta Comissão possui reconhecimento mundial e é voltada à garantia dos direitos humanos, nesse passo, mostra-se evidente a equiparação de tratamento para os casos que se referem à violência contra as mulheres. A sua finalidade principal é agir nos fatos em que forem violados direitos humanos e o Estado não realizar o seguimento adequado para a responsabilização cabível (VICENTIM, 2010, p.1).

Após a referida condenação do Estado brasileiro, medidas foram tomadas dentro do nosso país, como, por exemplo, a criação da Lei nº11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Outro caso de grande repercussão que foi julgado pela Comissão, ocorreu no México, especificamente em Ciudad Juárez, denominado com "Campo Algodoeiro", caso González, quando diversos corpos de mulheres foram encontrados em um campo de algodão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Comissão reconheceu a responsabilidade do Estado mexicano devido a incapacidade notada para a deslinde do caso e constatou ser devida uma resposta judicial adequada, bem como a imposição de sanções correspondentes e compensação às famílias das vítimas.

5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a elaboração do presente artigo científico foram realizadas pesquisas bibliográficas, em conjunto com a análise do sistema judicial pátrio, cujo intuito foi constatar a possibilidade, ou sua inexistência, de responsabilização do Estado, civilmente, nos casos de violência contra a mulher.

No desenvolver da pesquisa foram realizadas comparações análogas em virtude da falta de legislação específica sobre o tema. Os métodos utilizados foram os recursos encontrados para uma apreciação adequada, através dos quais foram encontrados resultados sobre o assunto, conforme será exposto posteriormente.

6. DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Na sequência, vejamos os resultados obtidos:

O primeiro ponto a ser ressaltado foi a evolução histórica pela qual nosso país passou, no que está relacionado à violência contra as mulheres, bem como a ampliação de seus direitos – e consequentes deveres – e, ainda, o avanço da responsabilidade civil do Estado, referente ao tema abordado neste estudo.

Outro fator que merece destaque é a falta de legislação específica sobre o assunto em nosso ordenamento jurídico, visto que os artigos de Lei mencionados no decorrer do trabalho são inerentes aos aspectos da responsabilidade civil e da violência contra a mulher, analisados de forma geral, e não intrínseca. Posto isto, verifica-se a ausência de disposição legal, embora o número de casos seja preocupante.

Contudo, a falta de legislação não exime o Estado de realizar procedimentos a fim de minimizar os números de casos de violência contra as mulheres, razão pela qual, desenvolveu programas de prevenção e ajuda às vítimas, de forma virtual (ex: plataforma de inteligência artificial "Glória") e, também, de forma física (ex: delegacias e ONG's).

À título mundial, observa-se a existência de mecanismos adotados pelo Brasil e por outros países (ex: Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH), por meio dos quais casos são analisados para que não gerem maiores danos às vítimas e ocorra a devida reparação. Isso ocorre, sobretudo, pela carência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

matérias nacionais que sejam capazes de gerar uma melhor elucidação dos fatos, bem como as devidas sanções e a ajuda necessária às vítimas.

Nesse seguimento, os resultados alcançados no presente estudo sugerem que a responsabilidade civil do Estado frente à violência contra a mulher não apresenta respaldo por parte dos Entes Federativos, cuja função, dentre tantas, refere-se à garantia dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos cidadãos.

Frise-se, também, a ausência de divulgação sobre o tema em meios de fácil acesso às mulheres, razão pela qual, demonstra-se evidente a escassez de buscas em âmbito judicial, seja em virtude de atitudes omissivas do Estado, ou então pela tardança no trâmite de ações penais referente aos casos de violência contra as mulheres.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórica da violência contra a mulher trouxe novas responsabilidades tanto ao agressor, quanto aos entes públicos. Entretanto, o presente estudo expôs a escassa legislação específica acerca da responsabilidade civil do Estado frente à violência contra a mulher.

Foi possível observar que a análise sobre o tema pode ser realizada com o auxílio de legislações esparsas, isto é, tonar-se necessária a junção de disposições dentro do nosso ordenamento jurídico para ser possível interpretar os casos e a aplicação da responsabilização do Estado na esfera cível.

No exterior, constatou-se que a legislação também é restrita, posto que, em âmbito mundial, conforme abordado no artigo, casos em que houve responsabilização estatal foram justificados pela violação dos direitos humanos, não há menção de lei que responsabilize, particularmente, os entes públicos pelos danos gerados às mulheres vítimas de violência.

Por essa razão, mostra-se relevante a realização de novas pesquisas, mais aprofundadas, com o intuito de aumentar ainda mais o conhecimento sobre o assunto, já que se refere a um problema social que enfrentamos em nosso país há anos. No mesmo sentido, a elaboração de leis específicas sobre o assunto seria capaz de dar garantia às mulheres com relação à responsabilidade civil do Estado, mesmo sem casos de omissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/> Acesso em 01 out. 2019.

CARVALHO, Pablo. **Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua real eficácia na atualiadade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29229>. Acesso em: 01 out. 2019.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2019.

STJ. **Tema/Repetitivo 983**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=983&cod_tema_final=983> Acesso em: 04 out. 2019.

OLIVEIRA, Aderlan Messias de. **O papel da responsabilidade civil frente à violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <http://decodetroia.blogspot.com/2010/07/artigo-cientifico-o-papel-da.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

SILVA, Priscilla Monique da; SIQUEIRA, Giselle. **Teoria do risco aplicada à responsabilidade civil do Estado: risco administrativo ou integral**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62476/teoria-do-risco-aplicada-a-responsabilidade-civil-do-estado-risco-administrativo-ou-integral>. Acesso em: 05 out. 2019.

DOSSIÊ. Agência Patrícia Galvão. **Direitos, responsabilidades e serviços para enfrentar a violência**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/acoes-direitos-e-servicos-para-enfrentar-a-violencia/> Acesso em: 05 out. 2019.

EU SOU GLÓRIA. **Plataforma digital**. Disponível em: <http://www.eusouagloria.com.br/> Acesso em: 05 out. 2019.

MIGUENS, Marcela Siqueira; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. **González e outras ("campo algodoeiro") vs. México (2009): violência contra a mulher e definição de feminicídio**. Disponível em: <https://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/>. Acesso em: 05 out. 2019.

VICENTIM, Aline. **A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira no caso Maria da Penha**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/a-trajetoria-juridica-internacional-ate-formacao-da-lei-brasileira-no-caso-maria-da-penha/>. Acesso em: 06 out. 2019.

CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acesso em: 06 out. 2019.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BEM DE FAMÍLIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O REGIME LEGAL E O CONVENCIONAL

JANA APARECIDA PEREIRA LOPES:
Mestre em Administração pela Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR, especialista em Administração Pública pela UCAM e graduada em Administração pela UNIR. Acadêmica de Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR.

Resumo:O presente artigo tem por objetivo discutir sobre a diferença entre o bem de família legal e o convencional. O presente tema encontra-se disciplinado na lei específica do bem de família, Lei nº 8.009/90, chamado pela doutrina como bem de família legal, assim como se encontra expresso no Código Civil brasileiro dito pela doutrina como bem de família convencional. O procedimento técnico utilizado para a realização deste artigo foi à pesquisa bibliográfica, a apreciação foi realizada pela técnica de análise de conteúdo. Esses regimes de bem de família são complementares haja vista que coexistem no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Bem de família, Código Civil Brasileiro; Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT: This article aims to discuss the difference between the legal and conventional family property. The present theme is regulated in the specific law of the family good, Law nº 8.009/90, called by the doctrine as a legal family good, as it is expressed in the Brazilian Civil Code said by the doctrine as a conventional family good. The technical procedure used for the realization of this article was the bibliographic search, the appreciation was performed by the content analysis technique. These family benefit regimes are complementary since they coexist in our legal system.

Keywords: Family property, Brazilian Civil Code; Legal Order.

Sumário:1.Introdução. 2.Referencial Teórico. 2.1 Bem de família legal. 2.2 Bem de familia convencional. 2.3 Diferenças entre os bens de família 3. Conclusão. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O bem de família tem como objetivo resguardar a habitação da família, família esta, que é apreciada pela carta magna brasileira como o pilar da sociedade.

Álvaro Villaça Azevedo (apud GONÇALVES, 2011 p.581) cita que o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aloja domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem a maioridade.

A instituição do bem de família, segundo Pereira (2004, p.557-8) é:

> "Uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua construção, salvo as derivadas de impostos devidos pelo próprio prédio".

Já de acordo com Cordeiro (2009, p. 11):

> "A moradia é requisito indispensável para que a família tenha uma vida digna, sendo seu amparo pelo bem de família um dos aspectos de concretização da especial proteção conferida à família pelo Estado [...] e todos precisamos de um local para nos abrigar das intempéries, descansar da nossa labuta, abrigar nossa família, guardar nossos bens, sentir segurança, enfim, garantir nossa sobrevivência com dignidade. Um lar significa paz de espírito e motivo de profunda felicidade para os indivíduos. Ressaltamos que não basta um teto e paredes para que se esteja efetivamente garantindo o direito de morar, pois faz-se necessário que seja uma habitação digna, com o mínimo de conforto e salubridade".

A lei é extremamente clara ao conceituar o bem de família:

> Lei 8.009/90 - Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O bem de família pode se instituir de duas formas, a saber:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 1-Convencional ou voluntário- artigos n° 1.711 a 1.722 do Código Civil;
>
> 2-Legal ou involuntário: lei n° 8.009/90.

Diante deste cenário, quais são as diferenças entre esses dois tipos de regime e o que dizem os doutrinadores sobre esta seara?

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Bem de família Legal

Com relação ao regime legal no ano de1990, surgiu a lei 8.009, criando o bem de família legal. O seu objetivo foi o de determinar a impenhorabilidade do imóvel residencial, independentemente da instituição do bem de família. Com isso, estendeu-se o benefício a todos que não queriam se amparar do instituto contido no Código Civil.

Este tipo de bem está consagrado no artigo 1° e parágrafo único da Lei n° 8.009/90:

> "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.
>
> Parágrafo único: a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados".

Os bens protegidos por meio do instituto do bem de família legal, segundo Azevedo (2010, p. 189);

> "é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal não por iniciativa do proprietário ou possuidor".

Com relação à família em que os cônjuges vivem em um lar e sua prole devido aos estudos, vivem em outra residência, obtendo assim os pais duas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

residências, também compete a proteção do bem de família, porquanto mesmo que já esteja protegendo um imóvel, desde que amparado para garantir a moradia de seus filhos, o Estado protege as duas propriedades.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência do STJ em decisão julgada em maio de 2013.

> "A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou possível que a impenhorabilidade do bem de família atinja simultaneamente dois imóveis do devedor – aquele onde ele mora com sua esposa e outro no qual vivem as filhas, nascidas de relação extraconjugal. O recurso julgado foi interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que, por maioria, decidiu que a garantia legal da impenhorabilidade só poderia recair sobre um único imóvel, onde o devedor residisse com sua família. No caso, o devedor, ao ser intimado da penhora, alegou que o imóvel em que vivia era bem de família e indicou, em substituição, um segundo imóvel. Após a substituição do bem penhorado, o devedor alegou que este também era impenhorável por se tratar igualmente de bem de família. Disse que neste segundo imóvel residiam suas duas filhas e a mãe delas. Como a Justiça não reconheceu a condição de bem de família do segundo imóvel, a mãe, representando deles.
>
> O relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva, disse que o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição trouxe "importante distinção entre relações livres e relações adulterinas", mas essa distinção não interfere na solução do caso analisado, pois o que está em questão é a impenhorabilidade do Imóvel onde as filhas residem. Afinal, lembrou o ministro, a Constituição estabelece que os filhos, nascidos dentro ou fora do casamento, assim como os adotados, têm os mesmos direitos. Segundo o relator, a jurisprudência do STJ vem há tempos entendendo que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009 não se destina a proteger a família em sentido estrito, mas, sim, a resguardar o direito fundamental à moradia, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. "Firme em tal pensamento, esta Corte passou a abrigar também o imóvel de viúva sem filhos, de irmãos solteiros e até de pessoas separadas judicialmente,

> permitindo, neste caso, a pluralidade de bens protegidos pela Lei 8.009", afirmou o relator. Para ele, "o conceito de entidade familiar deve ser entendido à luz das alterações sociais que atingiram o direito de família. Somente assim é que poderá haver sentido real na aplicação da Lei 8.009. Isso porque, explicou Villas Bôas Cueva, o intuito da norma não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas garantir a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo".

Percebe-se que a proteção ao bem de família decorrente da legislação é automática, não havendo obrigação de nenhum ato por parte do proprietário do imóvel. Existem, entretanto, observações relevantes. Por exemplo, em caso da família usar mais de um imóvel como residência, a impenhorabilidade incidirá sobre o de menor valor, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo único da Lei 8009/90.

2.2 Bem de família Convencional ou Voluntário

Bem de família convencional, conforme Fioranelli (2012) é o instituto aplicado em prol da entidade familiar coletiva, não apenas impenhorabilidade, mas também inalienabilidade.

Pode ser compreendido tambem como a parte do patrimônio familiar destinado por esta, através de escritura pública ou testamento, a fim de instituí-lo como bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 do patrimônio líquido existente quando de sua instituição, comportando, ainda, a impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90 e a inalienabilidade relativa. (SOARES, 2013).

No Código Civil Brasileiro está expresso sobre este bem:

> Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.
>
> Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

O autor Azevedo (2010, p. 94) relata que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "O bem de família voluntário, móvel ou imóvel, nasce pela vontade do instituidor, pela própria vontade individual, nos moldes preestabelecidos na lei; o bem de família involuntário ou legal institui-se por determinação da lei, pela vontade soberana do Estado, garantidora de um mínimo necessário à sobrevivência da família."

Facioli (2014) relata que ao contrário do instituto do bem de família legal, no qual a proteção origina da vontade do Estado, em que muitas vezes recai neste instituto aquele que não tem muitos pertences móveis e imóveis, segundo tratado anteriormente, no bem de família convencional o proprietário do bem tem muitos bens, e para não correr o risco de incidir a penhora em um bem de moradia da família, ele adianta e impõe na inscrição da matrícula do imóvel que o bem é protegido pelo instituto do bem de família, não podendo, portanto ser penhorado.

Sobre esta seara, Gonçalves (2012, p. 352) relata que:

> "Diante disso, é possível compreender que só será possível a instituição do bem de família voluntário quando a entidade familiar ou o casal possuir mais de um imóvel residencial e não deseja que a impenhorabilidade recaia sobre o de menor valor. Assim, deverá estabelecer o bem de família mediante escritura pública e escolher um imóvel de maior valor para se tornarem impenhorável".

A proteção do bem de família voluntário só ocorre com a averbação na matrícula do imóvel, devendo assim, apresentar o título que demonstra a vontade do instituidor em constituir a propriedade como bem de família para que seja averbada na circunscrição imobiliária pertencente à comarca de sua propriedade.

Não obstante, antes do ingresso ao registro da instituição, o instituidor tem como obrigação cumprir alguns requisitos disciplinados pela Lei de Registros Públicos nº 6.015/73 para que assim possa propuser a propriedade ao bem de família.

Para que ocorra a proteção, não basta apenas estar com o título, deve levar para registro para efetivar a publicidade a todos, conforme ensina o autor Azevedo (2010, p. 161):

> "A instituição do bem de família deve constar de instrumento público, cuja transcrição no Registro de Imóveis é essencial, para que se aperfeiçoe. Assim, a simples lavratura de escritura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pública, constituindo-o, não lhe impede a penhora por dívida existente e vencida antes de tornar-se pública a instituição".

O bem igualmente pode ser destinado ao instituto da proteção da moradia familiar por meio de constituição de escritura pública de doação, ou testamento público, nos quais o próprio proprietário estabelecerá seu bem para seus filhos por meio de doação ou também poderá estabelecer a terceiros por meio do testamento.

2.3 Discussão da diferença entre o bem de família legal e o convencional

Os dois institutos do bem de família, sendo o legal e o convencional, são diferenciados por Paulsen (2009):

> "Bem de família legal, goza de proteção por força da lei, os seus efeitos operam-se de imediato, pelo simples fato do imóvel servir de residência da família". Não há limite de valor, exceto em face da multiplicidade de bens imóveis, quando então somente o de menor valor estará sob a proteção da lei. Não se extingue com a dissolução da sociedade conjugal. Tem como proteção somente a impenhorabilidade do bem. Não admite sub-rogação – deve ser tido como bem de família sempre o
>
> imóvel de menor valor, quando dois ou mais imóveis vierem também a servir de moradia para o proprietário ou sua família. Não admite renúncia. Já o bem de família voluntário, depende de um ato de vontade do instituidor, os efeitos somente operam após o respectivo registro no Cartório de Imóveis. O valor do bem não pode exceder a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. Cessa automaticamente quando cessar a moradia permanente no imóvel instituído. Além da proteção impenhorabilidade, há também a cláusula de inalienabilidade do bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Admite a troca, podendo a instituição recair sobre o imóvel que melhor aprouver a entidade familiar. Seus efeitos podem ser cancelados a qualquer tempo, caso o instituidor não tenha filhos incapazes".

Deste modo, com análise da diferença ensinada por Paulsen, vejamos de tribunal:

> "EMBARGOS DE TERCEIROS". PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. ÚNICO IMÓVEL. FINALIDADE RESIDENCIAL. COMPROVAÇÃO. INEXIBILIDADE
>
> DO REGISTRO DA INSTITUIÇÃO COMO BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. 1. Para a caracterização do bem como de família e, pois, impenhorável, é mister a conjunção de dois pressupostos: (a.1) ser o imóvel único de propriedade da família a ser protegida ou, (a. 2) se existem mais de um imóvel, que seja o de residência ou, (a. 3) se há mais de um imóvel de residência, será bem de família aquele de menor valor ou, (a. 4) havendo mais de um imóvel, que o questionado tenha sido registrado como bem de família nos moldes do art. 70 do Código Civil de 1916; e (b) ser a residência da família. 2. Conforme a dicção do art.
>
> 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Por conseguinte, para a configuração da impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º, da Lei n.º 8.009/90, basta ao executado demonstrar que o bem penhorado é aquele em que efetivamente reside, competindo, contudo, à exequente eventualmente comprovar que esse imóvel não é o único de propriedade daquele, de modo a se poder perquirir sobre o de menor valor, sobre o qual deverá recair a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

impenhorabilidade legal, nos termos do parágrafo único do art. 5º daquela mesma lei. Precedentes. 3. No caso, o imóvel penhorado, além de ser o único de propriedade do casal, efetivamente representava sua residência, caso em que estão preenchidos todos os pressupostos para configuração daquele como bem de família e, pois, impenhorável. 4. Honorários de sucumbência fixados de forma razoável (10% do valor atualizado da execução) em desfavor do Instituto embargado, haja vista ter sido a constrição efetivada por indicação da Autarquia. Aplicação, pois, do princípio da causalidade. 5. Para usufruir da proteção legal conferida pela Lei n.º 8.009/90, não é exigida a instituição do "bem de família" por meio de escritura pública. Precedentes. 6. Apelação e Remessa Oficial, tida como regularmente autuada, a que se negam provimentos". (TRF-5 - AC:325157 PB 0022978-87.2003.4.05.0000,

Relator: Desembargadora Federal Amanda Lucena (Substituto), Data de Julgamento: 03/09/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário Eletrônico Judicial - Data: 18/09/2009 - Página: 483 - Ano: 2009.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou discutir sobre os bens de familia legal e o convencional, a proteção erigida pelos diplomas legais ao bem de família tem por escopo resguardar a morada da família ou da pessoa contra a execução dos credores e, dessa forma, proteger não só o direito à casa própria, mas também o desenvolvimento da célula familiar.

Esses regimes de bem de família são complementares haja vista que coexistem no nosso ordenamento jurídico.

O pensamento apresentado pelo bem de família voluntário mostra que o mesmo tem como característica que depende de uma vontade do titular, por escritura pública, testamento ou doação, já o bem de família legal mostra que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tem aplicabilidade a todos, garantindo a igualdade, conforme expressa nossa Constituição Federal. O que mais favorece é que não tem custo, e não precisa inscrever na matrícula do imóvel, bastando residir com o intuito de abrigar a entidade família.

Com relação à proteção do bem de família, tanto do bem de família convencional, quanto do legal, estende-se a todas as espécies de propriedades, e elimina da penhora por quaisquer execuções, salvo raras exceções.

4 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 04 janeiro.2020.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br >. Acesso em: 03 janeiro. 2020.

CARVALHO, Francisco José. Função Social da Propriedade, ano 2007. Disponível em: http://www.funcaosocialdodireito.com.br. >. Acesso em: 06 janeiro. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACIOLI, Rodrigo. **A impenhorabilidade do bem de família**. 2014. 66 f.Monografia.(bacharel em direito) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba – São Paulo,2014.

PAULSEN, Leandro, Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 11. Ed, São Paulo - Livraria do Advogado, 2009. 1454 p.

SOARES, Alinne Torres. **Proteção legal ao bem de família**. 2013. 72 f. Monografia (Bacharel em Direito)-Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Americana, 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA EXIGÊNCIA DE PREJUÍZO NAS NULIDADES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ISABELLE MAXIMIANO ROGÉRIO: Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. **André de Paula Viana** e Prof. Me. **Érica Cristina Molina dos Santos**.

RESUMO: O presente trabalho trata da consequência jurídica que advém de eventuais vícios que maculam atos jurídicos no processo penal brasileiro: a nulidade. É tratada mais especificamente no trabalho a necessidade de comprovação de prejuízo para a parte que alega a nulidade, seja ela absoluta ou relativa. Ademais, o artigo também trata da possibilidade de decretação de nulidade de ofício pela autoridade judicial. Há importante discussão doutrinária e jurisprudencial quanto a estes temas específicos, motivo pelo qual, somado à grande importância de tal consequência jurídica, mereça o tema ser estudado com profundidade. Concluiu-se pela necessidade de comprovação do prejuízo para que seja decretada a nulidade pela autoridade judicial, bem como pela possibilidade de decretação de ofício tão somente quando se tratar de nulidade relativa. O objetivo do presente trabalho é trazer argumentos a serem utilizados pelos operadores do Direito em petições para os mais diversos fins, bem como para servir de base a futuros trabalhos científicos sobre o tema aqui tratado. Posto isso, a metodologia utilizada pautou-se em pesquisa de cunho documental e bibliográfica, sendo que a mesma se pauta em método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Processo Penal; Nulidade; Prejuízo; Decretação de ofício.

ABSTRACT: The present work deals with the legal consequence that comes from eventual vices that defile legal acts in the Brazilian criminal process: the nullity. More specifically at work, the need for evidence of damage to the party alleging invalidity, whether absolute or relative, is addressed. In addition, the article also deals with the possibility of decree of nullity of office by the judicial authority. There is an important doctrinal and jurisprudential discussion on these specific themes, which,

in addition to the great importance of such a legal consequence, deserves to be studied in depth. It was concluded by the need for evidence of the damage to be declared invalid by the judicial authority, as well as the possibility of decree of office only when it is relative nullity. The purpose of this paper is to bring arguments to be used by law operators in petitions for various purposes, as well as to serve as a basis for future scientific work on the subject discussed here. Thus, the methodology used was based on research of documentary and bibliographic nature, and it is based on hypothetical-deductive method.

Keywords: Criminal process; Nullity; Loss; Decree on its own.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL. 3 PRINCÍPIOS QUE ENVOLVEM AS NULIDADES. 3.1 Princípio do devido processo legal. 3.2 Princípio do contraditório. 3.3 Princípio da ampla defesa. 3.4 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 3.5 Princípio do nemo tenetur se detegere. 3.6 Princípio do prejuízo. 3.7 Princípio do interesse. 3.8 Princípio da instrumentalidade/tipicidade das formas. 3.9 Princípio da convalidação. 3.10 Princípio da causalidade. 4 ESPÉCIES DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL. 4.1 Nulidade absoluta. 4.2 Nulidade relativa. 5 DA EXIGÊNCIA DO PREJUÍZO. 5.1 Da decretação de nulidade de ofício pela autoridade judicial. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O estudo das nulidades é importantíssimo no processo penal, por este motivo devem ser aprofundadas as pesquisas sobre o referido tema. Assim, o presente trabalho de conclusão de curso trata de questionamentos sobre a consequência advinda de atos irregulares no processo.

O objetivo do presente trabalho é trazer argumentos a serem utilizados pelos operadores do Direito em petições para os mais diversos fins, bem como para servir de base a futuros trabalhos científicos sobre o tema aqui tratado. Posto isso, a metodologia utilizada pautou-se em pesquisa de cunho documental e bibliográfica, sendo que a mesma se pauta em método hipotético-dedutivo.

O item 2 trata do conceito de nulidade no processo penal, consignando que essa consequência é característica de Estados não autoritários, a exemplo do Brasil. Também nesse item são introduzidos os questionamentos principais do presente trabalho.

Já o item 3 estuda as normas e princípios que envolvem as nulidades, seja para dar suporte para sua decretação, seja para embasar a convalidação de determinado ato irregular quando possível. São trazidos, além de princípios

constitucionais, outros presentes na legislação infraconstitucional, de modo a demonstrar a farta positivação de normas sobre o tema.

O item 4 trata das espécies de nulidades no processo penal, quais sejam: relativa e absolutas e também são trazidos no referido item os principais aspectos que diferenciam os defeitos processuais de acordo a intensidade em que ferem o ordenamento jurídico.

Por sua vez, considerados os questionamentos mais importantes deste estudo, a necessidade de demonstração de prejuízo para que o ato irregular possa ter sua nulidade decretada e a possibilidade (ou dever) de decretação de ofício pela autoridade judicial quando notar vício que macule o ato processual, tanto nas nulidades absolutas quanto nas relativas, são tratados no item 5, juntamente com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e de consagrada doutrina sobre os referidos temas.

2. CONCEITO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

Em um Estado Democrático de Direito em que as leis têm poder impositivo a todos, inclusive para o próprio Estado, o processo deve ser pautado pela estrita legalidade, sob o manto do princípio máximo orientador do Devido Processo Legal, tanto no âmbito cível, quanto administrativo e, muito mais, no âmbito penal, dada as sanções de que podem resultar.

Sendo assim, a existência de um processo penal justo depende do seguimento de um roteiro pré-definido pela lei, de modo que tanto o órgão jurisdicional quanto as partes tenham previsibilidade do que acontecerá no desenrolar do feito, bem como de que modo as provas poderão ser trazidas aos autos, evitando-se, por exemplo, a possibilidade da apresentação de provas que não seguiram a estrita legalidade na sua produção, o que violaria as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sobre o tema, como lembram Gomes Filho e Fernandes (1997), a nulidade não é a essência do ato irregular, mas a sua consequência.

É certo que, em Estados não autoritários (como o Brasil), o direito de punir do Estado não é absoluto, sendo cercado por várias balizas, seja quanto ao tempo de punir (prescrição), seja quanto à seletividade de condutas a punir e, também, ao modo de punir (princípio da legalidade: só há infração penal e só há sanção penal quando existir lei anterior que as definam).

Ademais, o Estado só está autorizado a punir após o término de um processo jurisdicional em que foram respeitadas todas as garantias constitucionais e legais do acusado, o que envolve o respeito ao contraditório substancial e à ampla

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

defesa em todas as suas faces, sob pena da arguição de mais uma baliza a que deve respeito: a da nulidade dos atos processuais irregulares.

Segundo Nucci (2016), nulidade pode ser conceituada como o vício que impregna determinado ato processual praticado sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e consequente renovação.

Sobre o tema, questiona-se a necessidade de demonstração de prejuízo causado à parte que a alega, mesmo nas nulidades absolutas, bem como a possibilidade (ou dever) de decretação de ofício pela autoridade judicial quando notar vício que macule o ato processual, tanto nas nulidades absolutas quanto nas relativas.

Daí vem a importância do estudo a fundo das nulidades, a fim de garantir à ciência jurídica e aos seus operadores maior conhecimento sobre todos os atos processuais e seus possíveis defeitos, bem como sobre todas as normas que os rodeiam, para, então, evitar a decretação de inutilidade de qualquer prova juntada aos autos.

3. PRINCÍPIOS QUE ENVOLVEM AS NULIDADES

É cediço que as normas são divididas em regras e princípios, sendo que, apesar de ambas terem força cogente, os conflitos entre as regras são resolvidos por subsunção, ao passo que entre os princípios são resolvidos por ponderação.

Segundo o ilustre jurista brasileiro, filósofo e professor Miguel Reale (1986): "princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção de realidade".

Por conseguinte, o Direito Processual Penal tem como base vários princípios, que servem de orientação para a criação das normas e, também, como norma de aplicação imediata, dada a sua força cogente. Neste tópico serão abordados apenas os principais princípios que envolvam, de alguma forma, as nulidades no processo penal.

3.1 Princípio do devido processo legal

Considerado o princípio fundamental do Processo, o Devido Processo Legal é a base de sustentação para tudo o que acontece desde a elaboração da peça acusatória pelo titular da ação penal, passando pelo seu respectivo recebimento pelo órgão jurisdicional (início do processo), até o trânsito em julgado da mesma,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sem prejuízo de também ser respeitado em eventual revisão criminal ou ação autônoma, como em processo de *habeas corpus*.

Importante salientar que o devido processo legal tem fundamento constitucional, dizendo o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Isso quer dizer que, uma vez instaurado, o processo deve seguir rigorosamente as normas do ordenamento jurídico.

Para efeitos de melhor compreensão do princípio em tela, também conhecido por seu nome na língua inglesa (*due process of law*), segue abaixo ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do brilhante Ministro Celso de Mello, que contém as garantias que derivam do devido processo legal:

> O exame da cláusula referente ao 'due process of law' permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao 'due process of law', além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos (STF, HC 94.016/SP, 2 ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, DJe 38, de 27-2-2009, RTJ 209/702; STF, HC 94.601/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 4-8-2009, DJe 171, de 11-9-2009, RTJ 211/379).

Há de se fazer, com todo respeito ao Excelentíssimo Ministro da Corte Suprema, uma pequena ressalva quanto ao julgado trazido ao presente trabalho, no que diz respeito ao direito do acusado de não ser processado com base em leis *ex post facto*, ou seja, com vigência posterior aos fatos criminosos praticados.

É que, no que tange ao processo penal brasileiro, tendo em vista a adoção do sistema do isolamento dos atos processuais, o que vale é a aplicabilidade imediata das normas processuais aos atos que ainda não se realizaram, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. É o que diz o princípio do *tempus regit actum* estampado no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Por outro lado, o que não se pode é o réu ser acusado por crime criado por lei maléfica posterior à sua conduta, segundo o que diz o princípio da anterioridade penal insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal.

3.2. Princípio do contraditório

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, garante que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Apesar da previsão constitucional conjunta dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, seus conceitos não se confundem, havendo grande diferença entre ambos, apesar de serem igualmente importantíssimos.

O Princípio do Contraditório, em linhas gerais, garante à parte (seja ela o acusado ou o acusador) a possibilidade de ser informado sobre todos os atos do processo, bem como a oportunidade de manifestação sobre os argumentos de seu opositor no processo. Assim sendo, sempre que algo for dito nos autos, deverá o órgão jurisdicional abrir vista à parte contrária. São dois, portanto, os elementos do contraditório: i) direito de informação; e ii) direito de manifestação.

Não se pode olvidar que, para que haja efetivo respeito ao citado princípio, o contraditório deve ser substancial, ou seja, deverá o órgão jurisdicional, além de dar oportunidade de manifestação à parte contrária, levar em consideração o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

foi dito. Para exemplificar, haverá nulidade na decisão judicial que não atacou os argumentos apresentados por qualquer das partes, por ofensa ao princípio do contraditório.

Importante salientar, ainda, que há casos em que o contraditório não será respeitado antes da decisão judicial, sendo postergado (ou diferido), como na hipótese de o Ministério Público requerer a interceptação telefônica de determinado acusado. Nesse caso, apenas após o término da interceptação é que se dará vista da degravação ao acusado, oportunidade em que o contraditório será sobre a prova, e não para a prova (como é o caso do interrogatório judicial, em que o acusado e seu defensor estão presentes no momento da formação da prova, podendo tomar apontamentos imediatamente).

Por fim, necessário mencionar que não há contraditório na fase de investigação preliminar, haja vista seu caráter procedimental. Além do mais, impera nessa fase da persecução penal o sistema inquisitório, sendo, por isso também, incompatível com o contraditório.

3.3 Princípio da ampla defesa

Como antes dito, o Princípio da Ampla Defesa não se confunde com o do Contraditório, apesar de ambos terem previsão conjunta no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2019), o direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório, porquanto a defesa garante o contraditório, e por ela se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos do contraditório – o direito à informação.

Por Ampla Defesa entende-se a defesa técnica e a autodefesa, havendo entre ambas uma relação de complementariedade. A primeira é a exercida por profissional legalmente habilitado a exercer a advocacia (bacharel em direito devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, devendo a inscrição estar ativa). Já a última é a exercida pelo próprio acusado, sendo a única em que se pode dispensar, tendo em vista o direito constitucional ao silêncio garantido ao mesmo (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal).

3.4 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Com previsão constitucional no artigo 5º, inciso LVI, que diz: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma das mais poderosas garantias do acusado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É que, ao ser produzida qualquer prova, deve-se observar as limitações do direito à prova que a acusação tem, pois este não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, tal qual o Brasil, é inadmissível aceitar que a prova seja obtida a qualquer custo, desrespeitando-se direitos e garantias fundamentais.

Não por outro motivo, uma vez reconhecida a ilicitude de determinada prova, esta deverá ser desentranhada do processo e, posteriormente, inutilizada, podendo as partes acompanhar o incidente, conforme previsão no artigo 157, caput e §3º do Código de Processo Penal.

3.5 Princípio do *nemo tenetur se detegere*

O famoso princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, não poderia estar de fora de um rol de princípios que estão umbilicalmente ligados à decretação de nulidade de atos processuais.

É que, não raramente, têm-se notícias de atos de abuso de autoridade que culminaram em tortura com o fim de obter confissão de acusados, apesar do abandono há anos do sistema da prova tarifada. Tal conduta, além de ser tipificada como crime pela nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), também macula de nulidade a prova obtida.

Nesse compasso, para exemplificar um dos desdobramentos do referido princípio, qual seja, o direito ao silêncio (que, aliás, tem previsão constitucional, como já mencionado), é nulo o interrogatório do acusado em que este não foi informado de que tem a garantia de permanecer calado, sem que isso possa influenciar negativamente no desenrolar do feito.

3.6 Princípio do prejuízo

O artigo 563 do Código de Processo Penal traz tipificação ao Princípio do Prejuízo, quando diz que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Em linhas gerais, tal princípio está ligado ao Princípio da Tipicidade dos Atos Processuais, pelo qual os atos do processo devem seguir a forma prescrita em lei para serem executados, sob pena de ser declarada sua nulidade. Entretanto, como forma de serem evitados abusos da garantia da tipicidade, o princípio do prejuízo garante que, só haverá declaração de nulidade se quem a alega demonstrar qual foi o prejuízo advindo da não observância da legislação.

3.7 Princípio do interesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por sua vez, o Princípio do Interesse encontra previsão legal no Código de Processo Penal, em seu artigo 565, quando prevê que "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

Por esse princípio, só poderá ser reclamada a nulidade pela parte que dela se beneficiaria. Ou seja, não pode o acusado pleitear nulidade de ato que beneficiaria somente a acusação.

Tal princípio está ligado ao Princípio da Lealdade (ou da Boa-Fé), pelo qual as partes devem comportar-se com lealdade nos atos processuais, evitando o cometimento de irregularidades que maculem os mesmos. Assim sendo, não poderá, também, alegar nulidade a parte que a deu causa.

3.8 Princípio da instrumentalidade/tipicidade das formas

O Princípio da Instrumentalidade das Formas encontra previsão, no que tange ao processo penal, no artigo 566 do Código de Processo Penal, que diz: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".

Atrelado ao Princípio do Prejuízo, que será estudado adiante, o princípio ora em análise garante validade ao ato praticado em desacordo com a disposição legal, mas que essa irregularidade não foi capaz de influenciar na apuração dos fatos ou na decisão do processo. Assim, para ser declarada a nulidade do ato, a parte que alega deverá provar que houve prejuízo.

Em linhas gerais, para exemplificar, deve a defesa provar que houve prejuízo em eventual inversão da ordem de oitiva das testemunhas, sendo ouvidas as de acusação após as de defesa. É que, não havendo prejuízo, pelo princípio da instrumentalidade das formas, não há se falar em nulidade do ato.

3.9 Princípio da convalidação

A palavra convalidar significa remover o defeito. Assim, o Princípio da Convalidação (ou do Aproveitamento, ou ainda da Proteção) garante que não será declarada nulidade quando for possível suprir o defeito do ato processual.

É o que diz o artigo 572 do Código de Processo Penal, quando prevê hipóteses em que poderão ser saneados atos processuais defeituosos. Senão vejamos:

> Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, Ill, *d* e *e*, segunda parte, *g* e *h*, e IV, considerar-se-ão sanadas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;
>
> II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;
>
> III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

3.10 Princípio da causalidade

or força do Princípio da Causalidade (ou da Contaminação, ou ainda do Efeito Expansivo), a nulidade de um ato provoca a invalidação dos atos que dele decorrerem como consequência ou decorrência.

Tal princípio encontra previsão no artigo 573, §1º do Código de Processo Penal, que diz: "a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência", fazendo clara alusão à Teoria do Fruto da Árvore Envenenada.

4. ESPÉCIES DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal prevê a existência de duas espécies de vícios processuais decorrentes da não observância do ordenamento jurídico, sujeitos a invalidação, os quais serão analisados a seguir.

Como é cediço, os atos processuais devem marchar na ordem estabelecida na lei processual penal, garantindo segurança jurídica às partes e evitando surpresas no decorrer do processo.

Na hipótese de descumprimento de tal múnus por uma das partes, a sanção decorrente de tal violação é a nulidade do ato já praticado, bem como a dos demais que dele dependam como mencionado nos comentários a respeito do princípio da causalidade.

4.1. Nulidade absoluta

O Código de Processo Penal diferencia os defeitos processuais de acordo a intensidade em que fere o ordenamento jurídico. As nulidades absolutas, como o próprio termo sugere, são mais graves que as relativas, uma vez que ofendem diretamente a própria norma constitucional.

Tal espécie de nulidade atenta contra o interesse público, de modo que, via de regra, segundo a doutrina tradicional, o prejuízo suportado pela parte seria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

presumido, ou seja, não seria necessário fazer prova do prejuízo para que possa o ato ser declarado nulo.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal em julgamentos recentes tem entendido que ainda que o ato esteja eivado de nulidade absoluta, se faz necessária a prova do prejuízo suportado pela parte, contudo tal posição não é majoritária (HC 82.661/RR).

Aliás, diante de sua importância, as nulidades absolutas podem ser reconhecidas a qualquer tempo, seja pelo próprio magistrado, seja por qualquer das partes. Imperioso salientar, no entanto, que a expressão "a qualquer tempo" tem suas ressalvas. É que, sendo caso de sentença absolutória própria, ou seja, aquela que absolve o réu sem impor qualquer sanção a ele, após ter declarado seu trânsito em julgado não poderá esta ser invalidada, sob pena de indevido prejuízo ao acusado (proibição do *reformatio in pejus*).

Acrescenta-se, ainda, que em caso de recurso interposto pelo próprio réu, se o Tribunal, ao analisar o pleito, verificar a presença de nulidade absoluta que prejudique o réu – mesmo sendo matéria de ordem pública e não convalidada pelo lapso temporal – não poderá arguir o defeito processual de ofício.

Tal matéria deu origem à Sumula 160 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que: "É nula a decisão do Tribunal de que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

Isto porque a possibilidade de o acusado ser prejudicado em sede de seu próprio recurso entra em conflito com princípios orientadores do processo penal, tais como princípio da proibição da *reformatio in pejus*, bem como o princípio *favor rei.*

4.2. Nulidade relativa

Esta espécie de vício ou defeito processual é considerada menos grave que a nulidade absoluta, já que atenta exclusivamente contra os interesses das partes e decorre da violação de normas infraconstitucionais.

Ressalta-se que somente pode ser arguida pelas próprias partes – e não de ofício pelo magistrado – e deve ser feita no momento oportuno, qual seja, a primeira oportunidade após sua ocorrência.

Se o vício processual não for arguido tempestivamente pela parte interessada será sanado, ou seja, preclui o direito da parte de alegá-lo e a nulidade se convalida, não podendo mais ser reclamada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por não se tratar de matéria de ordem pública, é imperioso ser demonstrado se o ato que foi praticado em desconformidade com o previsto na forma da lei causou prejuízo à parte, não havendo resistência da doutrina e da jurisprudência, nesse caso, à tal comprovação. Sendo assim, a nulidade só será decretada se a parte tenha suportado prejuízo, caso contrário será considerada mera irregularidade.

Na lição de Pacelli (2017):

> É por isso que as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo. Parte-se do pressuposto de que, não havendo alegação do interessado, a não observância da forma prescrita em lei não teria resultado em qualquer prejuízo para as partes. Assim, é de se prosseguir normalmente com o processo, sem o recuo à fase já ultrapassada.

As nulidades relativas decorrem de prejuízo exclusivo da parte, ou seja, se não alegado tempestivamente pelo próprio interessado, subentende-se que não sofreu agravo, sendo então convalidadas. Ao contrário das nulidades absolutas, analisadas anteriormente, onde o interesse público suplanta qualquer proveito dos litigantes.

5. DA EXIGÊNCIA DO PREJUÍZO

Apesar de a doutrina majoritária entender que é desnecessária a prova do prejuízo nas nulidades absolutas, tendo em vista tratar-se de norma de ordem pública, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo em sentido contrário, ou seja, que a regra do artigo 563 do Código de Processo Penal, que garante que nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para alguma das partes, alcança também as nulidades absolutas.

Como fundamentação de tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça tem invocado o referido dispositivo legal, da qual se extrai o princípio geral do *pas de nullité sans grief* (ou princípio do prejuízo), estendendo sua aplicação a todas as hipóteses de nulidade, como se vê julgado a seguir - RHC 59.414-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 27/6/2017, DJe 3/8/2017, publicado no Informativo 608 do STJ, em 30 de agosto de 2017:

> Discute-se a validade da prova colhida em procedimentos de busca e apreensão em que não foi utilizado o lacre em todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> os documentos e bens apreendidos. Inicialmente, consigne-se que a disciplina das nulidades, no processo penal é regida pelo art. 563 do CPP, segundo o qual "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*". **É assente, ainda, na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta.** Ante a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por funcionários públicos, compete à defesa demonstrar de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais do ato e, especificamente, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo à defesa e modificar o conteúdo da prova colhida. Por fim, à mingua de exigência legal específica, a ausência de lacre em todos os documentos e bens apreendidos – que decorreu da grande quantidade de material – desacompanhada de maiores dados concretos sobre efetiva interferência dos agentes públicos ou da acusação sobre as provas colhidas –, não tem o condão de nulificar o ato e a ação penal. **(grifo nosso)**

Ainda, conforme ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), observa-se, ainda, que inexistem atos processuais nulos de pleno direito, porquanto os atos eivados de vício não perdem sua validade automaticamente, devendo a nulidade ser decretada por pronunciamento judicial que lhe reconheça e pronuncie a irregularidade. É o que se extrai do trecho a seguir, retirado de importante obra dos supracitados doutrinadores:

> Diante disso, a condição de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial, só se caracterizando a partir da sanção de ineficácia. Diz-se portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato processual nulo é *anulado* pelo juiz. Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhecê-los mediante a simples alegação de nulidade: abrir-se-ia caminho, inclusive, a dolo processual das partes, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todos no processo. Por isso, em direito processual não há nulidades de pleno direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.1 Da decretação de nulidade de ofício pela autoridade judicial

Uma vez demonstrado que as partes devem provar o prejuízo para que seja decretada a nulidade pela autoridade judicial, importa observar se há possibilidade deste último declarar, sem provocação das partes, a nulidade de ato processual em que perceba a existência de vício que o macule.

Neste ponto, cumpre observar que a doutrina, à qual merece destaque Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), assevera ser possível a decretação pelo juiz, de ofício, apenas quando a nulidade ofender interesses da ordem pública no processo, ou seja, quando for de natureza absoluta. Por consequência, quando o vício macular interesses exclusivamente privados das partes (nulidade relativa) não há se falar em decretação pelo juiz sem requerimento da parte que se viu lesada.

Com todo o devido respeito a pensamentos contrários, como é o exemplo da doutrina de Muccio (2011), a posição que parece mais acertada é a primeira citada, haja vista que, uma vez considerada impossível a possibilidade de o juiz decretar de ofício nulidade absoluta que observou em ato processual, estar-se-ia retirando-lhe o poder-dever de vigilância e controle do processo, o que fere a própria essência de suas funções constitucionais.

Entretanto, havendo possibilidade de decretação de ofício de nulidades relativas, ou seja, que atentam contra interesses exclusivamente privados, haveria descabida interferência pela autoridade judicial em direitos disponíveis das partes, os quais, apesar de percebidos por estas, não foram considerados merecedores de reclamação por quem poderia fazê-la.

Não deve ser confundida com decretação de nulidade relativa de ofício, entretanto, a possibilidade de o juiz informar as partes, mediante despacho, de nulidade relativa que tenha observado, pedindo que quanto a estas se manifestem. Sobre tal medida não se vê qualquer nulidade, porquanto, para que sejam declaradas nulas, carecerão de requerimento.

Em suma, apesar da exigência de prejuízo tanto para nulidades absolutas quanto para as relativas, há possibilidade (dever) de decretação de nulidade de ofício pela autoridade judicial apenas quanto às primeiras, sob pena de indevida interferência em assuntos de natureza individual e exclusivamente privados das partes processuais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados neste trabalho de conclusão de curso, conclui-se que o estudo das nulidades dos atos que compõem o processo penal brasileiro é de extrema importância para os operadores do Direito.

Viu-se que, independentemente de ser a nulidade considerada relativa ou absoluta, com base nos interesses a que fira, necessária se faz a comprovação do prejuízo advindo da inobservância de sua regra procedimental para que a nulidade venha a ser decretada.

É que, não há como emprestar presunção de prejuízo à nenhuma das espécies de nulidade, porquanto estar-se-ia ferindo o princípio do prejuízo que norteia tal tema.

Por fim, no que tange à possibilidade de decretação de ofício, pela autoridade judiciária, de nulidade a que tenha observado, conclui-se só ser possível quando esta for considerada absoluta, ou seja, quando fira normas de ordem pública, utilizando-se o magistrado de seu poder-dever de vigilância e controle do processo.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. atual. com nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das leis de 1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DA EUGENIA NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

MATHEUS GOMES SANO: Graduando no curso de Direito na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Me. **André de Paula Viana** e Profª. Me. **Márcia Kazume Pereira Sato**.

RESUMO: O homem, ao observar os diversos cruzamentos, no decorrer do tempo, percebeu que as características físicas e intelectuais dos progenitores eram passadas a seus filhos, levando, assim, ao desenvolvimento de uma ciência denominada, por Francis J. Galton, no século XIX, como eugenia. Esta ciência, inicialmente, tinha como objetivo o aprimoramento da raça humana e a prevenção de características degenerativas hereditárias, porém, posteriormente, levou à criação de políticas segregacionistas e de exterminação de certos grupos de indivíduos, assim como ocorreu na Alemanha, durante o período determinado como "holocausto", onde milhares de pessoas morreram. Diante das atrocidades impulsionadas por estas politicas e pelos conflitos internacionais, no período pós-Segunda Guerra Mundial, surgiu-se a necessidade de criação de cortes internacionais que pudessem punir os responsáveis pelos grandes crimes cometidos contra a humanidade, que, por muitas vezes, saiam impunes devido à falta de órgão competente para julga-los, incitando, assim, a criação do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chaves: Eugenia; Tribunal; Internacional; Penal.

ABSTRACT: Man, observing the various intersections over time, realized that the physical and intellectual characteristics of parents were passed on to their children, leading to the development of a science called eugenics by Francis J. Galton in the nineteenth century. Initially this science aimed to improve the human race and prevent hereditary degenerative characteristics, but later led to the creation of segregationist policies and the extermination of certain groups of individuals, as it did in Germany during the period determined as "holocaust", where thousands of

people died. In the face of atrocities driven by these policies and international conflicts, in the post-World War II period, the need arose for the creation of international courts that could punish those responsible for the great crimes committed against humanity, which often went unpunished due to the lack of organs to judge them, motivating the creation of the International Criminal Court.

Keywords: Eugenics; Court; International; Criminal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA EUGENIA. 2.1 O surgimento. 2.2 O início dos movimentos eugênicos. 2.3 A eugenia nazista. 2.4 A eugenia norte-americana. 2.5 A eugenia no Brasil. 2.6 Da eugenia positiva e negativa. 3 DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 3.1 Os pretextos para a criação dos tribunais penais internacionais. 3.2 Os tribunais de Nuremberg e de Tóquio. 3.3 Os tribunais penais internacionais ad hoc. 3.4 O Tribunal Penal Internacional. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo apresentar a ciência determinada como eugenia e sua importância no desenvolvimento de um Tribunal Penal Internacional capaz de julgar os grandes crimes cometidos contra a humanidade, nos quais os responsáveis, por muitas vezes, saiam impunes, protegidos por seus países, por serem grandes líderes políticos ou por terem grande influência e poder militar, além da falta de jurisdição de órgão competente.

A escolha do tema foi embasada na importância de um Tribunal Penal Internacional permanente, sendo este de suma importância na resolução de conflitos internacionais, com atenção à relevância da eugenia em sua criação e nos acontecimentos históricos.

Para a compreensão do tema serão discutidos alguns assuntos, a serem apresentados ao decorrer do artigo, sendo estes: o desenvolvimento e as características da eugenia; os movimentos eugênicos; os pretextos para a criação de tribunais penais internacionais; os tribunais de Nuremberg, de Tóquio e *ad hoc*; e o Tribunal Penal Internacional. Estes assuntos serão dispostos em dois capítulos, sendo o primeiro sobre a eugenia, comentando sobre seu desenvolvimento, ideais e influência, e o segundo sobre o Tribunal Penal Internacional, apresentando sua evolução histórica e funcionamento, além de seus princípios regentes e sua importância no meio internacional contemporâneo.

Por fim, o desfecho do tema exposto ao longo do artigo será exposto nas considerações finais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.DA EUGENIA

2.1 O surgimento

Desde o século XIX, sempre foram observados os vários cruzamentos realizados entre as diferentes espécies, que permitiram à humanidade ter certa percepção de que as crias geradas, por muitas vezes, reproduziam as características individuais de seus progenitores, sendo também evidenciada nos seres humanos, que foi comumente explicada por várias teorias, como forças vitais ou espirituais que os mesmos proporcionavam aos filhos. Também eram admitidas características individuais resultantes de treinos, experiências e educação que os indivíduos vivenciavam durante a vida. Diante deste conjunto de ideias sobre como se dava a hereditariedade, foram retratadas diversas teorias sobre o processo de transmissão de características entre gerações.

Derivando destas observações, Francis J. Galton (1822-1911), em 1883, convencido que a responsável por determinar as habilidades e as características particulares dos indivíduos era a natureza, não o ambiente, dedicou-se à melhoria da humanidade através dos cruzamentos seletivos e, unindo duas expressões gregas, cunhou o termo "eugenia", que significa "bem nascido", com o intuito de aplicar os pressupostos da Teoria da Seleção Natural, proposta por seu primo Charles Darwin (1809-1882) em *The Origin Of Species*, ao ser humano, sendo que para Galton, a transmissão de características não se limitava apenas às físicas, mas também às habilidades e talentos intelectuais.

Ressalta-se que Galton tinha como ideia geral que comportamentos como a criminalidade, o alcoolismo, entre outros, derivavam da hereditariedade e, ao utilizar-se de seus conhecimentos de estatística aplicados aos estudos de herança em famílias, matematizou a visão popular sobre a heterogeneidade entre as classes, dando a estas um caráter científico, passando a ter um argumento de validação.

A teoria que fundamentou a explicação das diferenças raciais foi a Teoria Pangenética de transmissão dos caracteres, desenvolvida por Charles Darwin, a qual sustentava que os caracteres adquiridos em uma geração eram transmitidos às gerações seguintes (CONT, 2008).

> Galton observou que filhos de homens talentosos, advogados e médicos, geralmente seguiam a carreira de seus pais e utilizou de artifícios estatísticos para mostrar que estes transmitiam tais caracteres a seus filhos, igualmente inteligentes e bem-sucedidos, enquanto os pobres geralmente continuavam pobres. (Gioppo, 1996)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A partir deste momento, a eugenia, como ciência da hereditariedade humana e através de instrumentações matemáticas e biológicas, passou a verificar os indivíduos que possuíam as melhores características, estimulando sua reprodução, e os que possuíam atributos degenerativos, evitando sua procriação, surgindo assim, diversas teses e políticas segregacionistas, que segundo Guerra (2006):

> Este conceito, de que na luta pela sobrevivência muitos seres humanos eram não só menos valiosos, mas destinados a desaparecer, culminou em uma nova ideologia de melhoria da raça humana por meio da ciência.

2.2 O início dos movimentos eugênicos

Os primeiros movimentos eugênicos surgiram nos primórdios do século XX, instigados pela preocupação com a degeneração biológica e racial iminente na época, especialmente pelas classes mais altas, e também pela condição social da Europa, que, no período supramencionado, era de crise. A Inglaterra, neste momento, passava pela expansão da industrialização, consequentemente com o exponencial crescimento populacional, tornando-se um ambiente muito propício aos ideais eugênicos, devido à formação de uma sociedade marcada fortemente pela miséria industrial e urbana do proletariado.

Deste modo, a partir de 1905, começaram surgir diversas sociedades e organizações eugênicas com o objetivo de controlar, seletivamente, a reprodução e os casamentos. A primeira sociedade a se formar foi a *German Society for Racial Hygiene*, surgindo, a partir desta, diversas organizações equivalentes na Inglaterra e na França, onde se estabeleceram inicialmente.

Em 1920, as práticas eugênicas e seus ideais começaram ser radicalizados, deixando de ser apenas um estímulo aos casamentos e às reproduções dos melhores membros, passando-se a evitar a reprodução dos inadequados, dando origem a práticas como a esterilização e a segregação, além da elaboração de leis que favoreciam estas, como, por exemplo, a lei aprovada na Inglaterra, em 1913, que permitia a segregação das pessoas com problemas mentais (TEIXEIRA e SILVA, 2017).

A partir deste momento, os diversos movimentos eugênicos foram disseminados pelo mundo, não se limitando apenas à Europa, atingindo até mesmo países como os Estados Unidos e o Brasil.

2.3 A eugenia nazista

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na primeira metade do século XX, a Alemanha possuía as mesmas condições que a Inglaterra, sendo estas agravadas após o término da Primeira Guerra Mundial, estando a base econômica do país totalmente desestruturada, tornando-se um ambiente suscetível às práticas eugênicas, considerando, também, que a sociedade alemã sempre teve forte aversão aos judeus (antissemitismo), encontrando ali grandes condições de crescimento (TEIXEIRA e SILVA, 2017).

Com a crise afetando o país, Adolf Hitler, em 1933, atingiu o cargo de chanceler da Alemanha, pregando uma "higienização racial", na qual a nação alemã só prosperaria a partir de arianos puros. Para isso, o partido nazista criou várias leis de esterilização, além do extermínio dos indesejáveis, sendo estes os judeus, negros, doentes mentais, ciganos e homossexuais, que segundo Teixeira e Silva (2017, p. 69), "estima-se que, devido às praticas eugênicas, cerca de seis milhões de pessoas morreram nos campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial", passando a ser o mais trágico dos movimentos eugênicos do mundo, determinado como holocausto.

Devido à associação com o movimento nazista, o termo eugenia tornou-se infame, perdendo grande parte da sua fiabilidade após a Segunda Guerra Mundial, porém este ainda continuou a se disseminar pelo mundo, não só incitando diversas políticas segregacionistas, mas também estimulando a ciência, no desenvolvimento da eugenética, e também o próprio direito, devido à influência desta nos crimes cometidos contra a humanidade.

2.4 A eugenia norte-americana

Os Estados Unidos também aderiram ao movimento eugênico, com objetivo de "proteger" a população americana da miscigenação, sendo marcado pela criação de leis de segregação racial, esterilização de doentes mentais e restrições à imigração, além do racismo, no qual pregavam a ideia de superioridade da raça branca, causando à elaboração de leis que impediam a imigração de não nórdicos e latinos.

Um dos principais representantes do movimento norte-americano foi o geneticista Charles Devenport (1866-1944), que em 1910, formou o *Eugenics Record Office*, que tinha como objetivo primordial recolher dados sobre aqueles catalogados como "disgênicos", sendo estes os indivíduos com deficiências físicas ou doenças mentais, os criminosos, entre outros (TEIXEIRA e SILVA, 2017).

> Além do registro dessas pessoas, o *Eugenics Record Office* atuava, também, na elaboração de políticas para a sua eliminação. Essas políticas incluíam a segregação e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> esterilização com o objetivo de eliminar o chamado 'germeplasma defeituoso'. (TEIXEIRA e SILVA, 2017, p. 70)

Este instituto exerceu, na época, grande influência na legislação do país, baseando-se nos dados coletados dos indivíduos com características consideradas indesejáveis, restringindo grande parte dos direitos destes, além das políticas de esterilização.

2.5 A eugenia no Brasil

O movimento eugênico no Brasil começou a se instruir a partir de 1910, época em que o país passava por diversos problemas sociais, dando força ao movimento como solução para as classes dominantes.

Definido por fortes tendências racistas, o movimento, assim como nos Estados Unidos, tinha como maior preocupação a miscigenação e o perigo que esta oferecia, tendo como um dos principais personagens Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906), que defendia a eugenia para aperfeiçoamento da raça brasileira.

Com o decorrer do tempo, o movimento foi adquirindo mais força no país, sendo em 1918 inaugurada, no estado de São Paulo, a Sociedade Eugênica de São Paulo, comovida pela elite médica paulistana, estando o movimento consolidado no Brasil já em 1920, com grande ajuda de Renato Kehl (1889-1974), médico farmacêutico, responsável pela criação do Boletim da Eugenia, pequeno jornal que divulgava a ciência da eugenia à população (TEIXEIRA e SILVA, 2017).

2.6 Da eugenia positiva e negativa

Em relação à eugenia, com base em sua evolução histórica e no desenvolvimento dos meios de sua disseminação, pode-se dividir a eugenia em duas modalidades, sendo estas a eugenia positiva e a eugenia negativa.

A eugenia positiva era a que incentivava a reprodução dos indivíduos considerados como "superiores", normalmente médicos, advogados e membros das classes mais altas, para que estes passassem suas características "superiores" às gerações seguintes, assim como Galton, no início de suas pesquisas, fazia com seus casamentos seletivos, que consonante com Mai e Angerami (2006, p. 254):

> A eugenia positiva tinha como objetivos centrais propiciar a seleção eugênica na orientação aos casamentos e estimular a procriação dos casais considerados eugenicamente aptos para tal. A seleção matrimonial destinar-se-ia à seleção de boas linhagens hereditárias, a fim de, preferencialmente alcançar o 'tipo eugênico'.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já a eugenia negativa tinha como fim a redução dos indivíduos disgênicos através de limitações ao casamento e à procriação, além de medidas mais extremas como a esterilização, meios anticoncepcionais, o aborto eugênico e até a exterminação de outras raças e etnias, assim como houve no movimento nazista. Acerca destas medidas, segundo Mai e Angerami (2006, p. 254), "geravam grande discussão e polêmica, tornando-se alvo de fortes oposições de setores como a igreja e alguns grupos médicos mais conservadores".

3.DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.1 Os pretextos para a criação dos tribunais penais internacionais

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que os ditadores, como Hitler, obcecados pelo poder, e a disseminação dos movimentos eugênicos, poderiam colocar em risco os outros países e as suas populações, bem como a própria democracia, sendo que dificilmente seriam condenados pelos seus crimes em seus próprios países, causando certa insegurança sobre a eficácia do Direito, que conforme Garcia (2012): "A impunidade frente aos crimes mais horrendos é algo que causa um imenso mal estar social e traz a mensagem de que o Direito não alcança aqueles no poder".

Frente a estas situações, entendeu-se a necessidade de criação de tribunais internacionais que garantissem a condenação destes crimes contra a humanidade, evitando, assim, a impunidade e também a reincidência de casos como o acontecido na Alemanha.

3.2 Os tribunais de Nuremberg e de Tóquio

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, foram criados os tribunais de Nuremberg, na Alemanha, e de Tóquio, no Japão, estabelecidos pelas decisões das Potências Aliadas (Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão), vencedoras da guerra, baseadas nas selvagerias cometidas pelo Japão, contra a china, e pela Alemanha contra todos aqueles que passaram pela higienização racial promovida por Hitler (GARCIA, 2012).

Desta maneira, os tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio foram criados com o objetivo de julgar e condenar aqueles grandes crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial, servindo, segundo Garcia (2012): "como elemento catalisador para o desenvolvimento do direito internacional penal".

3.3 Os tribunais penais internacionais *ad hoc*

Com o entusiástico desenvolvimento dos tribunais penais internacionais, no início da década de 1990, dispostos pelo Conselho de Segurança das Nações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Unidas, foram formados os primeiros tribunais denominados *ad hoc*, expressão latina que significa "para esta finalidade", ou seja, eram tribunais de caráter temporário que tinham como objetivo resolver causas penais internacionais mais graves, como os crimes de genocídio, de guerra e os contra a humanidade, assim como foram os tribunais de Nuremberg e de Tóquio, tornando-se um mecanismo jurídico muito importante nestes contextos de conflitos internacionais perante as vítimas de crimes que violavam os direitos humanos.

Os dois primeiros tribunais internacionais *ad hoc* foram designados para julgar as atrocidades cometidas por parte da antiga Iugoslávia e da Ruanda, sendo estes hospedados, respectivamente, na Holanda e na Tanzânia, retratando grandes avanços na jurisdição penal internacional.

3.4 O Tribunal Penal Internacional

Em 1948, após a formação dos tribunais *ad hoc*, a ideia de criação de um tribunal penal internacional permanente foi cogitada pela primeira vez, a pedido da Assembleia Geral das Nações Unidas à Corte Internacional de Justiça, com o intuito de julgar os casos semelhantes aos que haviam sido submetidos aos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, sendo apresentados, entre 1951 e 1953, projetos de estatutos para o futuro tribunal, porém, em decorrência da Guerra Fria, ficaram suspensos até 1989.

Entre 1995 e 1998 foi submetido à Conferência Diplomática de Roma, um projeto do estatuto e um projeto de lei final que possuía cento e dezesseis artigos e cento e setenta e três páginas de texto, sendo aprovada a criação do Tribunal Internacional Penal apenas em Julho de 1998 e entrando em vigência dia 1º de Julho de 2002, com sede em Haia, Países Baixos, sendo aderido por cento e seis países, representando um grande avanço na abrangência dos direitos humanos e do direito internacional.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, dispõe, em seu texto, sobre sua atuação, estrutura, jurisdição, princípios, entre outros, tendo como objetivo julgar os crimes que este considerar extremamente graves e de maior interesse internacional, que conforme seu artigo 5º:

> Artigo 5º
>
> Crimes da competência do Tribunal
>
> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
> a) O crime de genocídio;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) Crimes contra a humanidade;
c) Crimes de Guerra;
d) O crime de agressão;

Em relação ao artigo 5º, acima exposto, os três artigos subsequentes destrincham e caracterizam os atos que constituem os crimes de guerra, de genocídio e os contra a humanidade.

Sendo o Tribunal Penal Internacional uma corte de última instância, de responsabilidade subsidiária, para que seja exercida sua jurisdição, de acordo com o principio da complementaridade, disposto no artigo 1º do Estatuto, será apenas manifestada no caso de carência de sistema judiciário nacional legítimo para julgar os crimes expostos:

> Artigo 1º
>
> O Tribunal
>
> É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Vale ressaltar também que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é absoluta, só podendo exercer esta nos limites previstos no artigo 13 do Estatuto:

> Artigo 13
> Exercícios da Jurisdição
>
> O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:
>
> a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
> b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou
> c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inconvenientemente, os poderes jurisdicionais do Tribunal Penal Internacional ainda são um tanto quanto limitados, devido à não adesão de vários países como os Estados Unidos, a China e a Rússia, tendo apenas cerca de cento e vinte estados participantes atualmente, podendo este apenas atuar nestes que convieram ao Estatuto ou com o abono de qualquer outro, assim como dispõe em seu artigo 4º:

> Artigo 4º
>
> Regime Jurídico e Poderes do Tribunal
>
> 1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho de suas funções e à prossecução dos seus objetivos.
> 2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

O Estatuto de Roma atribuiu, em seu dispositivo, princípios fundamentais para a sua atuação, além do já citado principio da complementaridade, sendo estes os princípios da responsabilidade penal individual, do *ne bis in idem*, da universalidade, da irrelevância da função oficial e o da imprescritibilidade, além daqueles comuns ao Direito, como os da legalidade, do *in dubio pro reo*, da irretroatividade, da anterioridade da lei penal e da vedação da analogia.

As penas aplicáveis pelo Tribunal Penal Internacional estão dispostas no artigo 77 do Estatuto, sendo que este não adota a pena de morte.

> Artigo 77
>
> Penas Aplicáveis
>
> 1.Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
> a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite de 30 anos; ou
> b)Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,
> 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:
> a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
> b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Caso a pena determinada seja privativa de liberdade, esta será cumprida, indicado pelo tribunal, em um dos Estados-partes que tenha se disponibilizado para receber o condenado, vide artigo 103 do Estatuto, podendo a pena ser reduzida, sob revisão do Tribunal, quando este já tiver cumprido dois terços da pena ou vinte e cinco anos de prisão, em caso de perpétua.

Com o decorrer do tempo, o Tribunal Penal Internacional exerceu, pela primeira vez, sua função ao julgar Thomas Lubanga Dylio, ex-senhor da guerra congolês, por recrutar crianças-soldados, menores de quinze anos, às Forças Patrióticas para a Libertação do Congo entre os anos de 2002 e 2003, quando era comandante chefe (Nações Unidas Brasil, 2002).

Após o caso de Lubanga, outros julgamentos chegaram à jurisdição do Tribunal Penal Internacional de crimes cometidos por grandes líderes políticos, militares e de grupos rebeldes, em países como Ruanda, Bósnia e Sudão, especialmente de genocídio e contra a humanidade.

4.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do desenvolvimento histórico apresentado, observa-se que a eugenia, que tinha, inicialmente, o objetivo de aprimoramento da raça humana através do controle de cruzamentos, incitou, posteriormente, diversos movimentos mais radicais que adotaram políticas de segregação e de extermínio, sendo demonstrada sua grande influência em vários países, principalmente na Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial, onde desencadeou a criação do primeiro tribunal capaz de punir os crimes internacionais, que os responsáveis sempre saiam impunes devido à falta de órgão competente para julgar os mesmos.

O tribunal de Nuremberg, na época, representou um grande marco no desenvolvimento da jurisdição penal internacional e, mesmo sendo alvo de críticas, motivou a criação de outros tribunais internacionais, especialmente os tribunais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas, que eram tribunais temporários criados para julgar crimes específicos a qual eram indicados.

Por fim, sob influência dos tribunais de Nuremberg e *ad hoc* e com o propósito de ser uma corte permanente surgiu o Tribunal Penal Internacional, que, ao punir os crimes internacionais, exercia a grande função de transmitir que não haveria mais impunidade frente aos grandes crimes cometidos contra a humanidade, previstos no Estatuto de Roma, representando grande avanço no Direito Penal Internacional e estabelecendo uma maior segurança jurídica diante dos conflitos internacionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília, DF, 25 de Setembro de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 17 de Outubro de 2019.

CONT, Valdir Del. **Francis Galton: eugenia e hereditariedade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662008000200004&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em 14 de Outubro de 2019.

GARCIA, Fernanda Lau Mota. **O Tribunal Penal Internacional: funções, características e estrutura**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-103/o-tribunal-penal-internacional-funcoes-caracteristicas-e-estrutura/>. Acesso em: 16 de Outubro de 2019.

GIOPPO, Christiane. **Eugenia: a higiene como estratégia de segregação**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40601996000100015>. Acesso em: 15 de Outubro de 2019.

GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm>. Acesso em: 15 de Outubro de 2019.

GUERRA, Andréa. **Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI**. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252006000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 de Outubro de 2019.

MACIEL, Maria Eunice de S. **A Eugenia no Brasil**. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31532/000297021.pdf?sequence=1>. Acesso em 14 de Outubro de 2019.

MAI, Lilian Denise; ARAGAMI, Emília Luigia Saporiti. **Eugenia negativa e positiva: significados e contradições**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/v14n2a15>. Acesso em: 15 de Outubro de 2019.

MIRANDA, Jussara de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional: sua contribuição e importância como sujeito de direito internacional**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-113/tribunal-penal-internacional-sua-contribuicao-e-importancia-como-sujeito-de-direito-internacional/>. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Tribunal Penal Internacional sentencia ex-senhor da guerra congolês a 14 anos de prisão**. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/tribunal-penal-internacional-sentencia-ex-senhor-da-guerra-congoles-a-14-anos-de-prisao/>. Acesso em: 16 de Outubro de 2019.

NOVO, Benigno Nuñez. **O Direito Internacional Penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62341/o-direito-internacional-penal>. Acesso em: 18 de Outubro de 2019.

SANTOS, Vanessa Cruz; FONSECA, Jamile Guerra; BOERY, Rita Narriman Silva de Oliveira; SENA, Edite Lago da Silva; YARID, Sérgio Donha; BOERY, Eduardo Nagib. **Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa**. Disponível em <https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S0103-11042014000400981&script=sci_arttext>. Acesso em: 17 de Outubro de 2019.

SILVA, Alexandre Pereira. **Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina**. Disponível em: < https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p56/245>. Acesso em: 17 de Outubro de 2019.

TEIXEIRA, Izabel Mello; SILVA, Edson Pereira. **História da eugenia e ensino de genética**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/viewFile/28063/22596>. Acesso em: 16 de Outubro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ÉTICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO

LARISSA ARRONES FERRARI: Graduanda no curso de Direito na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de bacharel em direito**.** Orientador: prof. **Ms. Marco Antônio Colmati Lalo e Profª. Ms. Márcia Kazume Pereira Sato.**

RESUMO: Primordialmente, o conteúdo abordado relata informações sobre a conduta que o profissional da área do Direito deve seguir durante sua carreira para com o múnus público que exerce perante seu patrocinado e juízo. Iniciamos com uma breve explicação sobre a advocacia em toda sua abrangência, suas características, sua história, principalmente seu inicio no Brasil. Além disso, abordamos a questão da função social da advocacia, ou seja, o "munus" público do advogado, que é essencial para obtenção da justiça no estado democrático do direito. Destaca-se nesse prisma, o Estatuto da Advocacia, Lei Federal 8.906/94, que rege os direitos e deveres do advogado, embasando a conduta ética profissional e as principais sansões disciplinares pelo descumprimento dos deveres. O escopo é demonstrar aos leitores, principalmente para os advogados recém-formados a grande importância e essencialidade que o Estatuto e o Código de Ética e Disciplina tem como objetivo no exercício da advocacia.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Estatuto; Código; Advocacia.

ABSTRACT: Primarily, the content covered reports information on the conduct that the professional in the field of law must follow during his career towards the public office that exercises what is sponsored and judged. We begin with a brief explanation of advocacy in all its scope, its characteristics, its history, especially its beginning in Brazil. In addition, it is a matter of the social function of the law, that is, "munus" public lawyer, which is essential for the judgment of justice in the democratic rule of law. In this perspective, the Statute of Advocacy stands out, Federal Law 8.906 / 94, which governs the rights and duties of the lawyer, incorporating professional professional conduct and main disciplinary sanctions by

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

the description of duties. The scope is to demonstrate to the readers, especially to the recently graduated lawyers, a great importance and essential that the Statute and the Code of Ethics and Discipline have as objective in the practice of the law.

KEYWORDS: Ethics; Statute; Code; Advocacy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE ADVOCACIA. 3. A ADVOCACIA NO BRASIL. 4. HISTÓRIA, CARACTERISTICAS E FUNÇÃO SOCIAL DA ADVOCACIA. 5. REGRAS E DISCIPLINA DA OAB E O CÓDIGO DE ÉTICA. 6. ESTATUTO DA ADVOCACIA - ORDENAMENTO JURIDICO. 7. DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA (DIREITOS E DEVERES). 8. A ETICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO. 9. INFRAÇÕES E SANSÕES DISCIPLINARES. 10. TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 12. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico adotado no Brasil, escrito e de ordem publica, ou seja, inflexível no que tange as normas processuais, se faz necessário a proteção do Estado de Direito através da atuação técnica do profissional do direito, quer seja como Advogado, como Defensor, Como Promotor, como Delegado ou Como Juiz.

Neste sentido, restou entabulado a lei do Estatuto da Advocacia que atinge os deveres do advogado no que se refere ao seu múnus publico e com relação as suas prerrogativas necessárias a proteção do estado democrático de direito, atingindo os demais operadores do direito.

Por sua vez, como em toda profissão, o advogado esta afeto a normas deontológicas de conduta profissional, através do CEDOAB, todavia, diferentemente das outras profissões autônomas, o advogado por deter o múnus publico, a inobservância a essas normas de conduta o submetem as sanções previstas em lei, especificamente no EAOAB, onde lhe possibilitado o contraditório e a ampla defesa será julgado pelos seus pares, em um tribunal autônomo e independente, haja vista que o advogado, diferentemente dos outros operadores o direito não se submetem a nenhuma hierarquia.

Para realização do presente artigo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com princípios norteadores entabulados pela doutrina de autores conceituados que, são de extrema importância para a sociedade atual instável. Foram utilizados como base principal fundamentos jurídicos, ou seja, a legislação vigente, quais são o Estatuto da Advocacia e o Código de ética e Disciplina da OAB e artigos científicos sobre o tema abordado. Além disso, foi empregue uma decisão (acordão) para demonstrar como realiza na prática a efetiva punição dos advogados que infringem a lei abordada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, será possível demonstrar a importância do advogado para a obtenção da justiça, onde há a busca incessante pelos direitos e pelas garantias do cidadão. Ademais, vem apontar que o profissional deve seguir os princípios a ele demandado simultaneamente com a ética e seus deveres para com a sociedade.

2. CONCEITO DE ADVOCACIA

Segundo um dos únicos doutrinadores do tema, o renomado Dr. Paulo Lobo (2019), define a advocacia como sendo uma "atividade unificada", mesmo que se adotem denominações variadas. Seu objetivo é a busca pela defesa de pessoas, direitos, bens, e interesses.

No dicionário Aurélio, o termo advocacia, se refere a *uma profissão de caráter liberal, que tem o objetivo de acompanhar em juízo, esclarecer, defender e aconselhar sobre questões jurídicas.*

No decorrer dos anos, a advocacia vem exercendo um papel de extrema importância para com a sociedade, na busca da eficiência com a justiça, fiscalizando-a e garantindo o seu cumprimento. Além disso, o seu reconhecimento é mundial, com uma extensa área de abrangência nas relações humanas.

O art. 1º do Estatuto da advocacia, DECRETO LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994, tem como base as atividades privativas da advocacia:

> Art. 1º São atividades privativas de advocacia:
> I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;
> II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.
> § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.
> § 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.
> § 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Assim, podemos observar que a advocacia é de caráter personalíssimo, ou seja, possui um limite referente a própria ação do titular e busca solucionar conflitos em que pessoas estão envolvidas. Entretanto, o advogado está ligado com a advocacia, sendo ele derivado do latim "advocatus" sendo que "ad" significa "para junto" e "vocatus" quer dizer "chamado", isto é a busca incansável pela defesa, aquele que é chamado para defender alguém ou uma causa.

3. A ADVOCACIA NO BRASIL

Com a coroação de D. Pedro I e a proclamação da independência do Brasil em 1º de dezembro de 1822 ocorria uma forte tendência ocidental de constitucionalização no país. Em decorrência disso, houve a instalação da Assembleia Constituinte com o objetivo de elaborar a primeira Constituição. Igualmente, era necessário que o povo tivesse conhecimento da mesma para que ajudasse na aplicação da lei por todo o Brasil.

No ano de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro apresentou proposta de criação dos cursos jurídicos no país, sendo as cidades escolhidas para a instauração São Paulo - SP e Olinda, porém com resultado da dissolução da Assembleia Constituinte citada acima, essa proposta da criação dos cursos caiu no esquecimento.

Em 1828, no Convento de São Francisco foi criada o primeiro curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, com o objetivo de formar a classe administradora.

Para Lobo (2019), o descompasso com a realidade profissional e social levou a necessidade de elaboração de novo estatuto, o de 1994. A advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas extrajudiciais. Também disciplinou o sentido e o alcance de sua indispensabilidade na administração da justiça, prevista no art. 133 da CF, na inserção da advocacia pública e a tutela legal mínima do advogado empregado.

4. HISTÓRIA, CARACTERISTICAS E FUNÇÃO SOCIAL DA ADVOCACIA

Desde os primórdios da civilização humana, ocorrem conflitos, onde há a indispensabilidade de um indivíduo constituir um defensor que possui a capacidade de defesa, com a finalidade de garantir o direito de outrem.

Conforme o doutrinador Antônio Claudio Mariz de Oliveira (1999. p. 21):

> A advocacia surgiu nos primórdios da história da própria civilização. O homem sempre possuiu a necessidade de viver em conjunto. Em consequência, gerou conflitos interpessoais ou grupais, tendo em vista a imprescindibilidade a serem satisfeitas que se chocavam naquela época.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, por exemplo, no ano de 1825 logo após a independência, houve a necessidade da criação dos cursos jurídicos, pois antes dessa data não havia nenhum tipo de regulamentação.

O Estatuto da advocacia em seu art. 2º tem por objetivo demonstrar as prerrogativas fundamentais da advocacia: I – Indispensabilidade; II – inviolabilidade; III – função social e IV – independência.

O Estatuto não disponibiliza a definição de cada característica, entretanto no art. 133 da Constituição, diz sobre duas normas relativas à indispensabilidade e a inviolabilidade:

> Artigo. 133. O advogado é indispensável á administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Com base no artigo do Estatuto citado acima, a indispensabilidade do advogado não pode sofrer alterações e limitações estabelecidas em norma infraconstitucional.

Segundo Lobo (2019), são três os figurantes indispensáveis á administração da justiça, o advogado, o juiz e o promotor. O advogado patrocina os interesses das partes, sejam elas quais forem, mesmo quando remunerados pelos cofres públicos, em outras palavras, é o representante necessário, que age em nome das partes, mas no interesse da administração da justiça.

Outrossim, como dito, o advogado é indispensável para a administração da justiça, principalmente ao tratar de interesse da parte a qual defende. A indispensabilidade como característica da advocacia é de extrema importância e relevante interesse social, e tem como base um instrumento de garantia para a sua efetivação correta junto à sociedade.

Essa característica, salvo os casos de infração disciplinar imposto no código de Ética de Disciplina, o profissional desse ramo é revestido e não pode ser atacável, ou seja, aquele que não pode ser contestado.

A ultima característica é a independência, como o próprio nome diz, o profissional é e deve ser independente de qualquer pessoa, principalmente do seu cliente. Outrossim, sempre deve se utilizar da ética, da parcialidade, e do bom senso.

Uma das funções sociais do advogado e essenciais a advocacia, é o Múnus Público, isso quer dizer que, é um dever público e uma função social a existência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tal profissão, onde não pode sofrer censura por seus atos e palavras quando do exercício dessa função.

O professor José Afonso da Silva (2002) diz que:

> A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus, é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

O advogado quando finaliza e chega ao real objetivo da advocacia, ou a aplicação do direito, obtendo como resultado as prestações jurisdicionais, pratica sua função social, visto como uma das características da advocacia, desde que participe fielmente, e cumpre a sua responsabilidade na construção da justiça.

Nas palavras de Pinto Ferreira: "o advogado exerce uma nobilitante função social, facilitando a obra do juiz e a aplicação da justiça".

Como demonstrado acima, a advocacia vela pelos direitos e pelas garantias do cidadão, participando de forma ativa na construção de uma sociedade mais igualitária e livre e essa definição também embasa a função social do advogado. Este evolui com as transformações da sociedade, e no decorrer dessas transformações o profissional é cada vez mais essencial.

O cumprimento dos princípios constitucionais, ou seja, da dignidade da pessoa humana e o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa é de responsabilidade do advogado.

Quanto maior o conflito, maior são as responsabilidades e o dever do cumprimento da sua função social.

5. REGRAS E DISCIPLINA DA OAB E O CÓDIGO DE ÉTICA

Em 11 de agosto de 1827, com a criação de dois cursos jurídicos, Dom Pedro II verificou que diante da expansão da profissão haveria a necessidade de um órgão para fiscalizar e impor leis aos profissionais da área. Assim foi criado o Estatuto do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Conforme Acquaviva (2000, p.26):

> o Estatuto da Advocacia se tornou uma lei Federal regulamentada e discutida no Congresso nacional e sancionada pelo poder executivo federal. (Lei nº 8.906, de 4 de Julho de 1994).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Devido ao múnus publico exercido pelo Advogado, houve a necessidade da promulgação de um regramento jurídico, através de uma Lei. Criou-se então o Estatuto da Advocacia (composto por 87 artigos, dividido em quatro títulos), desencadeando a necessidade de organizar também um Código de Ética e Disciplina, onde os profissionais da advocacia são obrigados, além de cumprir rigorosamente a lei prevista no Estatuto, em função desta, seguir as normas deontológicas, do CEDOAB, a exemplo das constantes do código de ética e disciplina de qualquer outro profissional.

6. ESTATUTO DA ADVOCACIA - ORDENAMENTO JURIDICO

O Estatuto da Advocacia em conjunto com o princípio da inviolabilidade, assegura ao advogado o direito de exercer, com liberdade, a profissão em qualquer parte do território nacional. É uma lei que determina os direitos e deveres do advogado, os fins, a forma de organização da OAB e as infrações e punições.

Para Marcos da Costa, ex-presidente da OAB SP o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei federal nº 8.906/1994) relaciona os instrumentos para atuação profissional, estabelecendo, já no artigo primeiro, que é atividade privativa do advogado a postulação aos órgãos do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais.

Após concluídos os 5 anos de faculdade no curso de direito, o bacharel para se tornar advogado tem que cumprir alguns requisitos imprescindíveis, que são estipulados no artigo 8º do Estatuto, que diz:

> Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:
>
> I - capacidade civil;
>
> II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;
>
> III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;
>
> IV - aprovação em Exame de Ordem;
>
> V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;
>
> VI - idoneidade moral;
>
> VII - prestar compromisso perante o conselho.
>
> § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo.
>
> § 3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.
>
> § 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

Assim, o estatuto tem um relevante papel social, com o objetivo de colaborar para que seja assegurado o direito de defesa de todo o povo, oferecer maior autonomia e independência à OAB, servir como um manual de conduta e de relacionamento com clientes, instituições e a própria sociedade, dentre outras funções principais que o estatuto possui.

7. DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA (DIREITOS E DEVERES)

O profissional da área do direito tem os seus direitos garantidos no Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/94, no CAPÍTULO II em seus artigos 6º e 7º.

Para Paulo Lobo (2019) O Estatuto trata de forma indistinta os direitos e prerrogativas do advogado.

Inicialmente, o Art. 6º caput diz da hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público. A igualdade de tratamento perante eles e ambos são indispensáveis para a administração da justiça. O paragrafo único do art. 6º aborda uma prerrogativa do advogado, assegura um dos direitos qual é receber tratamento compatível com a dignidade da advocacia, não podendo receber tratamento inferior e idêntico as demais pessoas não profissionais, além disso, condições adequadas a seu desempenho.

O art. 7º encontraremos espécies de prerrogativas dos direitos dos advogados, sendo eles os principais:

A liberdade que o profissional tem em relação a sua atuação no território nacional;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O seu local de trabalho, bem como seus instrumentos, são invioláveis. Entretanto esse direito não é absoluto podendo ser quebrado se presentes os requisitos previstos em lei.

Em relação a comunicação de seus clientes, o advogado mesmo sem procuração, tem a liberdade de comunicar com eles pessoal e reservadamente, quando estiverem presos, mesmo se estiver incomunicável;

Ao se tratar de prisão em flagrante do advogado, no exercício de sua profissão este tem direito de um representante da OAB, para lavratura do respectivo auto, sob pena de nulidade;

O advogado tem direito de não ser preso, antes de sentença transitada em julgado. Outrossim, se for de extrema necessidade, este deverá ser recolhido em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades dignas, e se não for possível, caberá prisão domiciliar;

Outra direito de extrema importância para o profissional, é quando não pode ser impedido de ingressar livremente em locais nos quais deve atuar, se mesmo assim ocorrer este impedimento deve ser entendido como ilegal.

A palavra "pela ordem" garante ao advogado intervir em qualquer momento nos processos com o fim de esclarecer equívoco ou dúvida que possam prejudicar no julgamento, ou também utilizadas como forma de defesa.

Após a breve análise dos direitos do advogado, como o nome do capítulo mesmo diz, entraremos no Código de ética e Disciplina, em seus artigos 1º e 2º com os deveres do advogado.

> Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

O Supremo Tribunal Federal, através do relator Marco Aurélio destaca:

> O princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para a reserva de mercado profissional. Sua ratio é de evidente ordem pública e interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No parágrafo único do artigo 2º, do Código de Ética e Disciplina, dispõe quais são deveres do advogado.

O primeiro dever como profissional do direito é zelar pela dignidade profissional, a postura correta, a honradez e a nobreza. É uma postura de tamanha responsabilidade perante a sociedade buscando sempre a justiça e os princípios morais e sociais.

O segundo inciso diz respeito sobre o modo como o advogado deve atuar perante o Estado e a sociedade. Como o inciso mesmo fala, com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa fé.

Terceiro dever tem como base a reputação do indivíduo onde é essencial que esta seja incontestável perante a sociedade. É necessário sempre ser exemplo de conduta social.

Como todo estudante de direito, bacharel, advogados sabem essa profissão sempre requer aperfeiçoamento. O quarto inciso, é relacionado as alterações constantes nas legislações do nosso país, sendo imprescindível o estudo permanente do ordenamento jurídico.

É indiscutível que o advogado é integrante fundamental da justiça, assim é dever dele sempre ajudar as instituições do Direito e buscando a melhoria nas próprias leis do sistema jurídico.

Acredito que esse inciso é o mais importante para com a sociedade. A fim de evitar, litígios, o advogado tem sempre, em primeiro lugar, buscar a conciliação entre os litigantes, afim de evitar possíveis transtornos que a instauração de um processo pode acarretar.

O ultimo inciso tem o objetivo de ressaltar que o profissional sempre, em todas as ocasiões, deve buscar a solução dos problemas da cidadania e cumprir os princípios inerentes que essa profissão estipula.

Para finalizar, seguindo a linha de pensamento de Acquaviva (2000): a advocacia é regida por normas que estabelecem não só apenas os direitos, mas também os deveres dos advogados.

8. A ETICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Primordialmente, ao se pesquisar a palavra ética no dicionário, encontramos que é o ramo da Filosofia, dedicado aos assuntos morais. Ela deriva do grego e significa aquilo que pertence ao caráter.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No contexto filosófico, a ética está articulada com a questão moral. Busca o estudo dos valores morais que orientam o comportamento humano em sociedade.

Atualmente, diante da complexidade da vida em sociedade, é necessário que o profissional respeite princípios e padrões mínimos de convivência. Esse agir, tem fundamento com a questão ética, um comportamento ideal que cada indivíduo deve seguir, dentro dos padrões mínimos do "dever ser".

> O "dever ser" se caracteriza, portanto, por ser uma questão de discernimento, conforme Nalinni (2015, p. 55) recorda: A ética é justamente saber discernir entre o devido e o indevido, o bom e o mau, o bem e o mal, o correto e o incorreto, o certo e o errado.

A ética profissional do advogado em específico é regulamentada pelo Código de ética e disciplina, fiscalizada pela Ordem dos Advogados do brasil. Com o referido código, impõe aos operadores do Direito uma postura ética perante a sociedade.

O Artigo do EAOAB que determina a obediência ao CEDOAB é o Artigo 33:

> Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.
> Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

No Estatuto da Advocacia, em seu artigo 31º parágrafo 1º diz sobre a independência que o profissional deve ter em qualquer momento de sua carreira:

> Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.
> § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Para que exista relação de confiança entre o cliente e o advogado, é necessário que tenha entre eles a independência, pois sem ela não há a rigorosidade da advocacia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alguns dos regimentos descritos abaixo são essenciais no exercício da profissão para que o indivíduo da área sempre em primeiro lugar priorize a questão ética profissional:

O art. 2º, caput, do Código de Ética diz que:

> O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Este artigo deixa claro que o advogado não pode, e não deve em nenhum momento de sua carreira, se esquecer dos princípios éticos que englobem as relações em juízo.

O art. 14 do Código de Ética preceitua que:

> O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo justo ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis.

Nessa situação, o advogado não deverá aceitar procuração de quem já tenha advogado constituído no determinado processo. É contra a ética, sem o documento específico (substabelecimento) peticionar em um processo em que já se encontre outro causídico.

Em suma, Lobo (2019) diz:

> A ética Profissional impõe-se ao advogado em todas as circunstancias e vicissitudes de sua vida profissional e pessoal que possam repercutir no conceito público e na dignidade da advocacia. Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas sim normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar.

9. INFRAÇÕES E SANSÕES DISCIPLINARES

O ESTATUTO DA ADVOCACIA e o CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA são os alicerces fundamentais do advogado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os artigos 34º, 35º, 36º e 37 do EAOAB dita às regras de conduta que todo profissional deve seguir no exercício da sua profissão com base sempre na ética e moral.

O art. 34º inicia dizendo sobre o que é considerado infração disciplinar e que o advogado se não cumprir todas as regras impostas na lei sofrerá. Ademais, os estagiários regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, também estão suscetíveis a cometerem infrações e sansões.

Para Paulo Lobo (2019), as infrações disciplinares caracterizam-se pela conduta negativa, pelo comportamento indesejado, que devem ser reprimidos.

As infrações disciplinares são divididas em três tipos segundo o nível de gravidade, que estão agrupadas em um artigo, sendo eles distribuídos em vinte e nove incisos. Assim, as três espécies são: Censura, suspensão e exclusão.

A primeira infração é punida com a Censura. Esta está relacionada com a conduta oficial do advogado, pela qual será analisada e julgada pelo TED (Tribunal de Ética e Disciplina da OAB). Analisando a gravidade do ocorrido, a sansão disciplinar poderá ser alterada para a advertência.

Deste modo, as infrações puníveis com CENSURA são:

I - Exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

II - Manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei;

III- Valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;

IV - Angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

V - Assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado;

VI - Advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

VII - Violar, sem justa causa, sigilo profissional;

XI - Abandonar a causa sem justo motivo, ou antes, de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;

XXIX - Praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação.

A segunda espécie de infração punível é com a SUSPENSÃO. Esta faz cessar o procedimento temporário da atividade ou procedimento do advogado por tempo limitado. As principais infrações puníveis são:

> XX - Locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;
> XXI - Recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;
> XIX - Receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;
> XXV - Manter conduta incompatível com a advocacia;

Terceira e ultima espécie de infração disciplinares é a punida com exclusão. Essa exclusão é entendida como a retirada do infrator dos quadros da OAB, impedindo de exercer a profissão de advogado. Esta é a penalidade mais severa do Código. São consideradas as principais infrações disciplinares, puníveis com a EXCLUSÃO:

> XXVIII - Praticar crime infamante;
> XXVII - Tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia;
> XXIV - Incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional.

Desse modo, o Código de Ética existe para ditar as regras de conduta que vão disciplinar o exercício da profissão do advogado na questão ética, assim se ocorrer a inobservância dessas regras elas são passíveis de punições, com o risco de exclusão da Ordem dos Advogados do Brasil.

10 TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

O tribunal de ética e disciplina tem por finalidade fiscalizar e zelar pelo cumprimento das normas impostas no Estatuto da Advocacia e do Código de ética, conforme citado acima.

O advogado possui um conjunto de regras pelas quais deve seguir durante toda a sua carreira como profissional do Direito. Deve manter uma conduta pessoal e profissional compatível com a função social que exerce, ou seja, com o exercício do múnus público. Além disso, tem o dever de exercer com independência e urbanidade perante toda a sociedade, principalmente os seus clientes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Estatuto da OAB e o Código de ética dispõe dos direitos e sem dúvidas dos deveres do advogado que deverão ser seguidos sem nenhuma falha. A competência para julgamento de uma infração é exclusivamente do Conselho Seccional onde o fato ocorreu. Esse julgamento é exercido pelo Tribunal de ética e Disciplina, julgando os processos disciplinares e é claro, com o objetivo de orientar e aconselhar sobre a ética profissional.

Esse órgão de fiscalização com caráter punitivo, é dividido em turma, sendo o TED I - Turma de Deontologia, incumbido de responder às consultas sobre ética profissional, não podendo, todavia, opinar em casos concretos. Cada turma é composto por quinze membros titulares e cinco suplentes, ambos são advogados de reputação ilibada e militância efetiva na advocacia. Cada processo passa por um PARECER DE ENQUADRAMENTO onde é relatado e julgado pelo órgão colegiado.

Para oferecer representação contra aquele profissional que infringiu o Estatuto, visando a apuração da infração basta ser pessoa natural ou jurídica. Os processos são resguardados pelo sigilo do inicio ao fim, somente as partes, os defensores e autoridade competente ter acesso, em obediência ao principio da presunção da inocência. Aliás, é assegurado o direito de ampla defesa, cabendo recurso ás Câmaras Recursais.

A seguir analisaremos, um acordão de um dos brilhantes e renomados relatores da Vigésima Quinta Turma Disciplinar - Fernandópolis – SP, o Dr. Prof. Ms. Marco Antonio Colmati Lalo:

> ACORDAO Nº 193/2019 - 25ª TURMA DO TED - FERNANDOPOLIS. PD - EMENTA: ADVOGADO REPRESENTADO PELO CLIENTE POR COBRAR HONORARIOS DE 50% (CINQUENTA) EM QUOTA LITIS, REVEL E DEFENDIDO POR ADVOGADO DATIVO QUE PUGNOU PELA IMPROCEDENCIA PELO FATO DO REPRESENTADO NAO MAIS PERTENCER AOS QUADROS DA OAB, CONFIGURA INFRACAO ETICA DISCIPLINAR, VISTO QUE A INFRACAO ETICA SE DEU ENQUANTO A ADVOGADA ESTAVA ATIVA NA OABSP, SENDO QUE PELA POSSIBILIDADE DE VOLTAR A SER INSCRITA, MANTEM-SE O PROCESSAMENTO E A CONDENACAO QUE PODERAO SER EXECUTADOS QUANDO DA REGULARIZACAO DA SITUACAO PERANTE A RESPECTIVA INSCRICAO. PROCEDENCIA DA REPRESENTACAO, PELO COMETIMENTO AS INFRACOES ETICAS, PORQUE DESSE ONUS NAO SE DESINCUMBIU. Vistos, relatados e discutidos estes autos do

> Processo Disciplinar nº - , acordam os membros da Vigésima Quinta Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, por votação, nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a representação e aplicar a Representada, a pena de suspensão do exercício profissional pelo prazo de 90 (noventa) dias e multa de 10 (dez) anuidades, por violação aos artigos 36, inciso I e 38 do Código de Ética e Disciplina, e configurada a infração prevista no inciso XX, do artigo 34, do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei Federal nº 8.906/94, nos termos dos artigos 37, inciso I, § 1º e 39, do mesmo diploma legal. Sala das Sessoes, 25 de Outubro de 2019. Joel Mariano Silverio - Presidente. Marco Antonio Colmati Lalo – Relator.

O advogado nesse caso infringiu o art. 34 inciso XX do Estatuto da OAB, com o objetivo de enriquecer por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa, ocasionando assim a pena de suspensão de 90 dias mais multa no valor de 10 anuidades.

Em suma, ao receber o grau de advogado, o profissional assume o compromisso de obedecer e defender a ordem jurídica, de obedecer as leis principalmente o Estatuto e o Código de ética, que estabelece como este deve agir, perante a sociedade, os colegas de trabalho e os seus clientes. Tem a obrigação da conduta ética, reputação inquestionável e o devido exercício da advocacia em conjunto com o TED (Tribunal de ética e Disciplina), com o objetivo de contribuir para a dignidade e a credibilidade da advocacia, considerada atividade essencial à administração da justiça.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que atualmente o ordenamento jurídico com relação ao advogado, o seu Estatuto e o Código de Ética garantem tanto a ele, quanto para a sociedade, uma estabilidade.

Conforme a pesquisa, vimos os deveres que o profissional dessa área tem para com seus clientes, para os colegas de trabalho, para com a sociedade como um todo. Ademais, se esses deveres não forem devidamente cumpridos, entra em cena o Tribunal de ética e Disciplina para fiscalizar e punir os que descumprem a lei e os princípios.

O presente trabalho de conclusão do curso de Direito pretende contribuir para a formação da Advocacia de qualidade através dos esclarecimentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessários a boa conduta do Advogado, sua importância social e seu múnus publico, como elemento essencial na obtenção da justiça.

Por fim, diante das análises e investigações podemos concluir que o advogado tem o papel de extrema importância, sendo indispensável a obtenção da justiça através do "múnus público". Se este honrar o verdadeiro significado da advocacia, em conjunto com o Estatuto, revestido pela Ética previsto no Código, durante toda a sua carreira e por todos os seus atos, sua conduta será ilibada e honrosa.

2. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Ética Jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural.2002. Disponível: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=25 e http://unies p.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170619111454.pdf.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

BATOCHI, José Roberto. **OAB e o Código de Ética**. Disponível: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoOab/codigodeetica.pdf.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

BRASIL. **DECRETO LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm .> Acesso em: 17 de Nov de 2019.

BRASIL. **ESTATUTO DA OAB**. Disponível: <http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/Lei-8906-94-site.pdf.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

COSTA, Marcos**. Estatuto da Advocacia e da OAB- Código de Ética e Disciplina**. Ed. OAB/SP. P. 02-03.

FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11634/a-funcao-social-do-advogado.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

LOBO. Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 12ª Ed. Saraiva. 2019. p.26, 30, 219 e 241. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-

content/uploads/wpforo/attachments/2/1421-Comentrios-ao-Estatuto-da-Advocacia-e-da-OAB-2017-Paulo-Lbo.pdf.> Acesso em: 18 de Nov de 2019

OAB/SP. **Novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil: Status quo da Ética Profissional Advocatícia no Brasil.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/novo-codigo-de-etica-e-disciplina-da-ordem-dos-advogados-do-brasil-status-quo-da-etica-profissional-advocaticia-no-brasil/.> Acesso em: 19 de Nov de 2019.

OAB/SP. **Recorte Digital- Publicações Marco A. C. Lalo.** Disponível em: <http://recortedigital.oabsp.org.br/Historico/historicodata.aspx.> Acesso em: 16 de Nov de 2019.

O que é Advocacia? Disponível em: <https://dicionariodireito.com.br/advocacia.> Acesso em: 17 de Nov de 2019.

SILVA, Aidam Santos. **A Ética na Advocacia** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 18 nov 2019. Disponivel em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46337/a-etica-na-advocacia.> Acesso em: 18 nov 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-18/antonio-ferreira-munus-publico-advocacia-respeito-cidadao.> Acesso em: 18 de Nov de 2019.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn n°1127. Distrito Federal. 1994. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61176/comentarios-acerca-dos-deveres-do-advogado-dispostos-codigo-de-etica-e-disciplina-da-oab-art-2.>Acesso em: 18 de Nov de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROTAGONISMO FEMININO NO SETOR JURÍDICO E DESAFIOS DA SOCIEDADE ATUAL

AGNES LAÍS DE OLIVEIRA DOS ANJOS:
Advogada. O reexame necessário no julgamento da ação de improbidade administrativa Pós Graduada. Representante da OAB no Conselho de Defesa do Consumidor – CONDECON – e representante da OAB na Comarca de Pedra Preta – MT.

BRUNO TORQUETE BARBOSA[1]
(Coautor)

RESUMO: O presente trabalho pretendeu apresentar os desafios que foram e que ainda são enfrentados para promover o espaço da mulher como protagonista de sua própria história no setor familiar, profissional, social e cultural. Para tanto, faz-se uma análise sob as lutas feministas que ainda são vistas por muitos como algo negativo considerando a cultura patriarcalista que sobrepõe a história mundial. Procurou-se desenvolver-se mostrando as dificuldades enfrentadas pelas mulheres que optam pelo setor jurídico, para isso, justifica-se demonstrando os diversos tipos de preconceitos, assédios, e desafios que estas precisam enfrentar na vida profissional. O referencial teórico adotado ancora-se nos estudos da coletânea feminismos plurais e adota-se o método dialético jurídico e cultural essencialmente embasado em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Protagonismo Feminino, desafios da mulher atual, luta feminista no campo jurídico, conquistas contra o patriarcado.

ABSTRACT: The present paper aimed to present the challenges that were and that are still faced to promote the space of women as the protagonist of their own history in the family, professional, social and cultural sector. To this end, an analysis is made under feminist struggles that are still seen by many as something negative considering the patriarchal culture that overlaps world history. It was sought to develop by showing the difficulties faced by women who choose the legal sector, for this, it is justified to demonstrate the various types of prejudices, harassment, and challenges that they need to face in professional life. The theoretical framework adopted is anchored in the studies of the collection plural feminisms and adopts the legal and cultural dialectical method essentially based on bibliographic research.

Keywords: Female Protagonism, Challenges of the current woman, Feminist struggle in the legal field, Achievements against patriarchy.

INTRODUÇÃO

Em um evidente avanço histórico, nos dias atuais as mulheres vêm desempenhando papéis aos quais antes eram preteridas, sendo o termo "empoderamento feminino" um destaque nas relações sociais. Direitos básicos como votar, estudar, trabalhar, se divorciar, exercer cargos políticos e de liderança, entre tantos outros, foram adquiridos no desenrolar do último século.

Nas palavras de Joice Berth, na coletânea Feminismos Plurais, o conceito desse chamado empoderamento pode ser definido como:

> "Diferentemente do que propuseram muitos de seus teóricos, o conceito de empoderamento é instrumento de emancipação política e social e não se propõe a "viciar" ou criar relações paternalistas, assistencialistas ou de dependência entre indivíduos, tampouco traçar regras homogêneas de como cada um pode contribuir e atuar para as lutas dentro dos grupos minoritários". (BERTH, 2018, fls. 21/22).

Com a revolução industrial, e em razão de diversos protestos, as mulheres finalmente iniciaram uma jornada de busca de paridade nos mais diversos campos, sejam estes: familiares, profissionais, políticos etc. A cada passo conquistado novas metas se descortinam e os espaços vão se abrindo nos mais diversos setores.

Evidentemente que o presente estudo, não se pauta em uma busca por minorar os direitos do sexo oposto, mas sim tentar traçar uma caminho para que ambos os sexos possam, livremente, exercer suas escolhas de forma plena e sob linhas igualitárias. Por tal razão o objetivo que deve nortear tal estudo é observar se as mulheres recebem as mesmas oportunidades para desempenhar atividades, ou se ainda há cerceamento em razão das peculiaridades do sexo feminino, como a gravidez, período de lactação, adoção e menopausa.

Assim, organizou-se o estudo em inicialmente apresentar os desafios da mulher no campo jurídico e as situações onde ainda se observa a exclusão.

O método de abordagem será o dialético jurídico, abrangendo pesquisa bibliográfica e análise de fatos concretos afim de alcançar os resultados propostos.

1 PROFISSIONALISMO JURÍDICO E DESAFIOS DA MULHER

No setor profissional e educacional é possível se observar que existe uma busca seja individual ou coletiva, de mulheres em encontrar uma posição no mercado de trabalho, exercê-la, e continuar evoluindo em suas carreiras, e na área jurídica não é diferente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Embora pode-se afirmar que as mulheres que ingressam na área jurídica buscam se preparar para os mais diversos desafios profissionais, e de existir um grande número de mulheres atuantes, ainda é tímida a visibilidade das mulheres exercendo cargos de liderança, ou comandando grandes bancas, se comparado ao sexo oposto.

Claramente o que se observa ainda é a predominância de advogados homens como sócios majoritários dos escritórios de advocacia enquanto a maioria das mulheres ainda figuram como advogadas associadas/contratadas.

O mundo empresarial ainda é dominado predominantemente pelos homens, e entre as dificuldades que a mulher enfrenta é ter que provar sua competência e intelectualidade, serem testadas e sofrerem pressões, além de conviverem com comentários sobre sua imagem e sofrerem assédios. Ainda terem que enfrentar situações vexatórias, ressaltando que ainda é visível resquícios de um machismo embutido em parte da população que visualiza o terno e gravata como sinônimo de competência.

Quando passa-se a análise de cargos políticos de maior relevância em instituições de classe a diferença de atuação é gritante. Apesar de o número de advogadas inscritas nos quadros da OAB serem superiores as inscrições do sexo oposto, os cargos de maior escalão ainda são predominantemente ocupados por homens.

Muito embora, há mais de 100 anos a primeira mulher advogada tenha aberto a porta para outras colegas (Mhyrtes Gomes de Campos), ainda hoje não tivemos uma Presidente do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, situação que se repete nas seccionais, onde a participação feminina ainda é tímida.

Em seu papel institucional a Ordem vem se destacando na luta por igualdade de gênero, no sentido de melhorar as condições de trabalho da mulher advogada por meio de trabalhos de conscientização, e de suas comissões especializadas ao buscar um tratamento diferenciado às mulheres gestantes, lactantes e para aquelas que optam pela adoção.

A Ordem dos Advogados do Brasil tem desenvolvido também campanhas contra a violência doméstica e de qualquer outra natureza, luta contra o câncer de mama e de colo de útero, na melhoria dos honorários e remunerações mais dignas para as mulheres, uma vez que essas distinções ainda acontecem com a mulher advogada no mercado de trabalho.

Entretanto, apesar de todo o trabalho desenvolvido pela Instituição de Classe na condição de proporcionar mais qualidade na vida profissional da mulher

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

advogada, ao analisarmos os números de cargos ocupados e gêneros, a exemplo o cargo de Presidente do Conselho Federal da OAB, temos o seguinte resultado: 37 homens e 0 mulheres. E basta observar outros campos jurídicos e políticos como STF, Plenários Nacionais, Conselhos Federais para constatar essa diferença.

Tal situação revela um questionamento acerca das razões para em pleno século XXI, com tamanha luta e atuação da mulher, ainda se observar tal discrepância entre gêneros.

Mesmo nos dias atuais as mulheres, não raras vezes ainda não se veem no exercício do direito de desempenhar os papéis que escolheram, sendo certo que há a necessidade de se garantir a liberdade para que tal escolha seja revestida de espontaneidade.

A mulher, evidentemente, pode escolher entre ser dona de casa, ou ir ao mercado de trabalho, ou ainda em decidir se casar ou não, ter filhos ou não, devendo ser a sua escolha aquilo que lhe fará feliz e não algo para suprimir uma cobrança social. Ademais, ainda se observa quando em casos de mulheres casadas que vivem situações em que as funções exercidas pelos maridos e pais, em relação à casa ou aos filhos, são tidas como ajudas à mulher, e não simplesmente o exercício de uma função que deveria ser igualmente dividida entre o casal.

Em que pese terem havido muitas conquistas, a sociedade ainda sofre resquícios de uma criação com base na cultura patriarcal a qual vem sendo rebatida e modificada atualmente para que em um futuro não distante, possam todos gozarem dos mesmos direitos e deveres, sem distinção de gênero, classe social, etnia, e religião, vivendo de forma plena a palavra igualdade.

2 EXCLUSÃO DE OPORTUNIDADES EDUCACIONAIS E PROFISSIONAIS E RETRATOS EM DEFESA DE GÊNERO

No que concerne às oportunidades educacionais e profissionais ofertadas as mulheres, mesmo em épocas passadas, onde já se observava a capacidade das mulheres para as artes, ciência, e ofícios distintos da lida com a casa, na obra "O Dilema do Porco Espinho", o ilustre professor Leandro Karnal, nos ensina que as mulheres sempre enfrentaram os reflexos da misoginia que as privavam de certas escolhas, cumprindo transcrever as palavras do professor:

> "Algumas décadas depois, uma mulher, mesmo com pendores artísticos, literários ou musicais, ainda enfrentava dificuldade enorme para expressar seus talentos em virtude ou da misoginia prevalente, ou da absoluta falta de tempo em razão do trabalho incessante no lar junto aos filhos e aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cuidados com o marido. Pode-se dizer que as mulheres continuavam reféns das lidas domésticas. Outro aspecto crucial era a dificuldade de conquistar um espaço seu para dedicar-se ao estudo, à reflexão, enfim, à solitude criadora. (...) É fato que raramente se pensou em uma mulher como um ser autônomo (como poderia ser, se dependia inteiramente do dinheiro do marido para tudo?), dotada de possíveis anseios intelectuais, sua realização estava circunscrita às quatro paredes do lar. Sua ambição maior deveria ser suprir as necessidades físicas e emocionais do marido e dos filhos. Ninguém pensaria em perguntar se ela era feliz." (KARNAL, 2019, fls. 55)

Ora, ao considerar essa temática sob a luz da sociedade contemporânea, é evidente que apesar das conquistas, as mulheres ainda sofrem com resquícios dessas limitações. Por vezes, atuando como mera figurante em sua própria história.

A verdade é que, ao se analisar o quadro geral em comparação de gênero, as mulheres ainda percebem remunerações inferiores que os homens, ainda que desempenhando as mesmas funções, além de sofrerem preconceito no ato da contratação pelo simples fato de existir a possibilidade de passar por uma gestação, sofrerem os mais diversos tipos de assédio, de ordem moral e sexual, e de serem sub representadas no campo político e institucional, além de ser evidente a forma como suas opiniões não são levadas totalmente em consideração.

No setor jurídico, a mulher advogada não tem direito à interrupção ou suspensão legal de prazos e de audiências de um processo judicial durante o período de licença – maternidade, reforçando as desigualdades existentes, já que por vezes, esta desempenha jornada dupla e as vezes até tripla, pois tem que lidar com o trabalho, desenvolvimento pessoal, profissional e educacional e ainda cuidar do lar e da família, isso só demonstra a importância do atendimento prioritário e diferenciado para a advogada e servidora gestante, lactante ou adotante.

Claramente a igualdade de gênero ainda é utópica, uma vez que ainda é gritante a diferença de tratamento entre homens e mulheres, principalmente em Estados menos favorecidos. Infelizmente muitas mulheres ainda vivem sob a opressão por serem "mulheres", tendo que viver uma vida regrada sob as rédeas do machismo imperador absoluto.

A questão é que uma parte da sociedade, inclusive, formada por uma parcela de mulheres, desacredita nas lutas feministas, claramente, por total desconhecimento e falta de informação, assim, torna-se imperioso trazer à tona tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lutas, e os desafios ainda enfrentados pelas mulheres. Bem como há que se demonstrar o real objetivo da luta por melhoria de condições afim de reforçar o conceito de sororidade, tornando-o conceito universal.

Assim, ao valorizar o trabalho de uma colega, ou ajudar outra mulher que necessite de ajuda em outros aspectos da vida, cria-se uma rede de auto proteção ampliando a capacidade de enfrentamento.

Indubitavelmente a mulher precisa de meios para ver garantida a sua liberdade de escolher o seu destino, orientar suas decisões, e livremente exercer a profissão que lhe aprouver, sendo livre inclusive para optar ou não pelo matrimônio e maternidade, e ainda se ver representada, como traços de sororidade no campo político.

CONCLUSÃO

A luta feminina não é por superioridade de gênero, e sim em busca de igualdade, afim de que as mulheres possam tomar as rédeas de suas próprias vidas e decisões.

Imperioso que tais escolhas sejam apartadas de julgamentos que possuam qualquer relação com o gênero.

A união das mulheres é essencial para que haja um verdadeiro fortalecimento de uma rede de auto proteção, uma vez que os desafios atinentes a questão de gênero, em que pese possam se apresentar de diferentes maneiras afetam à coletividade das mulheres.

A luta já é histórica e as conquistas crescem exponencialmente, entretanto o objetivo final da plena equidade ainda se demonstra distante.

O chamado empoderamento feminino há que ser visto como um genuíno exercício da sororidade, pois, somente com a união das mulheres, reconhecendo que a luta é constante, poderá ser efetivamente criado um movimento transformador.

No ambiente de trabalho, há que se exercitar a empatia e uma verdadeira irmandade, bem como é imperioso que a cultura que ainda aprisiona as escolhas das mulheres possa sofrer uma profunda transformação.

E nesse aspecto homens também devem ser convocados à discussão, pois, mesmo preservando o lugar de fala das mulheres, é essencial que entre os homens hajam vozes destoantes da cultura do patriarcado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o chamado é à união, ao apoio e à criação de uma movimento único, afim de garantir às mulheres o tripé da revolução francesa: igualdade, liberdade e fraternidade, elementos essenciais ao desenvolvimento humano, e intrínseco à conquista de um verdadeiro protagonismo feminino.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTH, Joice. Empoderamento, 1 Edição, Editora Pólen, São Paulo, 2019.

KARNAL, Leandro. O dilema do Porco Espinho: como encarar a solidão. 1 Edição, Editora Planeta do Brasil, São Paulo, 2018.

RIBEIRO, Djamila. O que é lugar de fala?. 1 Edição, Editora Letramento, São Paulo, 2017.

[1] Mestre em Direito da Universidade Marília – UNIMAR, Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia –UNAMA, Professor do curso de Direito da FAIR/UNIASSELVI-Rondonópolis-MT, Advogado OAB/MT 9.127, torquete@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O REEXAME NECESSÁRIO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO DANIEL CORREIA DE OLIVEIRA: Advogado. Especialista em Direito Público Aplicado pelo Centro Universitário Una, Belo Horizonte - MG (2018 - 2020). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmec, São Paulo - SP (2018 - 2019). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Campo Grande - MS (2015 - 2017). Bacharel em Direito graduado pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), Vitória da Conquista - BA (2006 - 2011).

Resumo: O trabalho aborda a legislação, a doutrina e a jurisprudência referentes à ação por improbidade administrativa, para verificar se é possível aplicar a regra do reexame necessário das sentenças, quando a ação for julgada improcedente, por analogia ao artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 (que regula a ação popular). O primeiro capítulo, centrado nas principais características da ação de improbidade administrativa, examina os dispositivos constitucionais e legais pertinentes, além da doutrina e da jurisprudência aplicáveis. O segundo capítulo analisa as interações entre as leis que formam o microssistema de tutela coletiva. Por fim, conclui-se pela possibilidade de aplicação da regra que determina o reexame necessário das sentenças que concluírem pela improcedência da ação, por analogia ao artigo 19 da Lei nº 4.717/1965.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Reexame Necessário. Microssistema de Tutela Coletiva.

Abstract: The paper addresses the legislation, the doctrine and the jurisprudence referring to the action for administrative improbity, to verify if it is possible to apply the rule of the necessary review of the sentences, when the action is considered unfounded, by analogy to Article 19 of Law No. 4,717/1965 (which regulates popular action). The first chapter, centered on the main characteristics of the action for administrative improbity, examines the relevant constitutional and legal provisions, in addition to the applicable doctrine and jurisprudence. The second chapter analyzes the interactions between the laws that form the collective protection microsystem. Finally, it is concluded that the rule that determines the necessary review of the sentences, when the action is considered unfounded, is applicable by analogy to Article 19 of Law No. 4,717/1965.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Words key: Administrative Improbity. Necessary Review of Sentences. Collective Protection Microsystem.

Sumário: Introdução. 1. A ação de improbidade administrativa. 2. O reexame necessário na ação de improbidade. Considerações Finais. Referências.

Introdução

José Afonso da Silva (2007, p. 92) define os princípios jurídicos como "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas". O referido autor, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, prossegue em sua lição afirmando que os princípios jurídicos são:

> [...] 'núcleos de condensações' nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional".

Segundo Robert Alexy (2007, pp. 67-68), expoente do moralismo jurídico que defende a corrente substancialista das normas-princípio, os princípios são "mandados de otimização":

> O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades materiais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou a moralidade como um princípio aplicável à Administração Pública "direta e indireta

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 37, *caput*), sendo cabível a propositura, por qualquer cidadão, de ação popular que vise a anular ato lesivo à moralidade (art. 5º, LXXIII).

Já a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a moralidade como um princípio a ser observado nos processos administrativos, que se materializa através de uma "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (art. 2º, parágrafo único, IV).

Em sua lição acerca do tema, Odete Medauar (2006, pp. 126-127) aponta que célebres doutrinadores brasileiros relacionam o conteúdo do princípio da moralidade com as ideias de: exação, lisura e fins de interesse público (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho); honestidade, conveniência aos interesses gerais e vinculação ao conceito de "bom administrador" (Hely Lopes Meirelles); conjunto de regras de conduta afetas à disciplina geral da Administração (José Afonso da Silva):

> Na doutrina pátria, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que dedicou obra específica à moralidade administrativa, tece as seguintes considerações: "Muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio, no arbítrio, motivações outras que não encontram garantia no interesse geral, público e necessário; (...) o que se quer defender é a lisura ou a exação nas práticas administrativas; (...) a presunção de fim legal equivale à presunção de moralidade" (O controle da moralidade administrativa, 1974, p. 18, 19, 22, 186). Vê-se, então, que o referido autor ligou moralidade administrativa a exação, lisura e fins de interesse público. Hely Lopes Meirelles, que sempre incluiu a moralidade entre os princípios da Administração, afirma que "ao legal deve se juntar o honesto e o conveniente aos interesses gerais;" e vincula a moralidade administrativa ao conceito de "bom administrador" (op. cit., p. 79 e 80). Por sua vez, José Afonso da Silva parece aceitar a concepção de Hauriou, que vê a moralidade como o conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração; menciona como exemplo, o cumprimento imoral da lei, no caso de ser executada com intuito de prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém (op. cit., p. 571).

Ademais, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro (1991, pp. 110-111), não se faz necessário perquirir a intenção do agente que praticou o ato para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

verificar se houve atendimento à moralidade administrativa. Isso porque o conteúdo da atuação administrativa deverá atender os deveres de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, dignidade humana, boa-fé, ética e proporcionalidade. Nesse sentido, mesmo que previstos em lei, podem ser considerados imorais, por exemplo, os gastos excessivos de recursos públicos com publicidade ou regalias para autoridades públicas:

> O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a administração para atingir cada uma de suas finalidades.
>
> [...]
>
> Não é preciso penetrar na intenção do agente porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.
>
> Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna.
>
> Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, em atenção à importância dos deveres de moralidade e probidade pela Administração Pública, o presente trabalho se propõe a realizar uma abordagem da legislação, da doutrina e da jurisprudência referentes à ação por improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992, de modo a verificar a possibilidade de aplicação da regra que determina o reexame necessário das sentenças que concluírem pela improcedência da ação, por analogia ao artigo 19 da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular.

Para tanto, o trabalho se desenvolverá em dois capítulos. O primeiro deles, centrado nas principais características da ação de improbidade administrativa, examinará os dispositivos constitucionais e legais pertinentes, em cotejo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais abalizado.

No segundo capítulo, será feita uma análise das interações existentes entre os diplomas legais que compõem o microssistema de tutela coletiva, no qual se observa a aplicação, por analogia, de determinados mecanismos processuais, para que seja possível concluir sobre o eventual cabimento do reexame necessário no julgamento da ação de improbidade administrativa, também com enfoque na doutrina e nas decisões judiciais.

1. A ação de improbidade administrativa

A probidade administrativa – que pode ser definida como uma forma de moralidade administrativa – recebeu tratamento específico pela Constituição de 1988. Nesse diapasão, José Afonso da Silva (2007, p. 669), citando Marcelo Caetano, afirma que:

> A *probidade administrativa* é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). 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 facilidades 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 pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Em atenção ao dever de probidade do agente público, a Lei Maior estabeleceu consequências decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, quais sejam: ***i)*** a sanção de inelegibilidade para qualquer cargo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

público (art. 14, § 9º); ***ii)*** a suspensão dos direitos políticos (art. 15, V); ***iii)*** a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º); ***iv)*** a configuração de crime de responsabilidade, quando o ato for praticado pelo Presidente da República (art. 85, V).

Para dar eficácia aos comandos constitucionais citados, foi editada a Lei nº 8.429/1992, que tipifica determinadas condutas como atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10, 10-A e 11) e estabelece as sanções aplicáveis para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 12, I), que causam prejuízo ao erário (art. 12, II), que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 12, III) e que decorram de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 12, IV).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 892) observa que tal diploma legal, ao sujeitar o agente público ímprobo a uma série de consequências gravosas, possui elevada importância:

> De transcendente importância é a Lei 8.429, de 2.6.92, a qual arrola uma cópia de comportamentos qualificados como de "improbidade administrativa", cuja prática sujeita o agente, de fora parte sanções penais, civis ou administrativas, contempladas na legislação competente, a uma série de consequências gravosas, previstas em seu art. 12, tais as de: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil e proibição, por tempo determinado, de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada à apuração de tais ilícitos, sem prejuízo de representar também ao Ministério Público (arts. 14 e 22).

Possuem legitimidade ativa concorrente para a propositura da ação o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*), ao passo que poderão figurar no polo passivo da demanda quaisquer agentes públicos, servidores ou não que tenham praticado atos de improbidade (art. 1º), bem como particulares que concorreram, induziram ou se beneficiaram, direta ou indiretamente, com a conduta ímproba (art. 3º).

No ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Agravo Regimental na Petição 3240 / DF[1], decidiu que, à exceção do Presidente da República, os agentes políticos estão sujeitos a um duplo regime sancionatório, isto é: submete-se tanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade, quanto à responsabilização civil pela prática de atos de improbidade administrativa.

No referido julgamento, também foi decidido que o foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente para o julgamento de infrações penais comuns, não se estende às ações de improbidade administrativa, que possuem natureza civil.

Segundo a Constituição da República: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" (art. 37, § 5º).

A respeito de tal dispositivo, o STF, através do julgamento Recurso Extraordinário 852.475 / SP[2], também realizado no ano de 2018, fixou a seguinte tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa".

A doutrina e a jurisprudência entendem que a ação judicial voltada à apuração de atos de improbidade administrativa tem a natureza jurídica de ação civil pública, sendo aplicáveis, no que couber, as normas constantes da Lei nº 7.347/1985.

Isso porque a Constituição da República prevê como função institucional do Ministério Público promover "a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III), ao passo que a Lei nº 7.347/1985 admite a propositura de ação civil pública para obter a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV, incluído pela Lei nº 8.078/1990).

A propósito, vêm a calhar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2014, p. 924):

> em se firmando o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei nº 7.347, de 24-7-85. É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa, com aceitação pela jurisprudência [...].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Essa conclusão encontra fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei 7.347, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O dispositivo constitucional fala em ação civil pública "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Em consequência, o artigo 1º da Lei nº 7.347/85 foi acrescido de um inciso, para abranger as ações de responsabilidade por danos causados "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".
>
> Aplicam-se, portanto, as normas da Lei nº 7.347/85, no que não contrariarem dispositivos expressos da lei de improbidade.

Portanto, é possível concluir que a ação de improbidade administrativa possui natureza de ação civil pública, podendo ser aplicadas, subsidiariamente e no que couber, as disposições da Lei nº 7.347/1985.

Contudo, devem ser observadas as peculiaridades procedimentais da Lei nº 8.429/1992, dentre as quais podem ser destacadas: ***i)*** o sequestro dos bens do agente ou do terceiro que enriqueceu ilicitamente ou causou dano ao patrimônio público (art. 16); ***ii)*** a propositura da ação principal após a efetivação da medida cautelar (art. 17, *caput*); ***iii)*** a notificação do requerido para a apresentação de defesa prévia, sem prejuízo da contestação, antes da rejeição ou do recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 7º e 9º); ***iv)*** o cabimento de agravo de instrumento em face da decisão que receber a inicial (art. 17, § 10); ***v)*** o pagamento ou a reversão dos bens em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, quando a ação for julgada procedente (art. 18).

Para demonstrar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, pode ser citado o julgamento do Recurso Especial 510.150 / MA[3], realizado em 2004 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com destaque para o voto do Ministro Luiz Fux, relator do caso:

> A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

No mesmo sentido foi o julgamento do Recurso Especial 1.015.498 / SC[4], no ano de 2008, pela Segunda Turma do STJ, no qual o relator Ministro Castro Meira fez constar a seguinte conclusão em seu voto:

> Quanto ao mérito, a jurisprudência e a doutrina pátria entendem pelo cabimento da ação civil pública que tenha como objeto a improbidade administrativa.
>
> A ação de improbidade se insere no contexto da legislação pátria como uma espécie própria de ação civil pública e, desse modo, deve ser aplicada subsidiariamente, no que couber e não se contrapuser à legislação de regência.

2. O reexame necessário nas ações de improbidade

No período compreendido após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade ocidental experimentou considerável desenvolvimento econômico e social, em um cenário marcado pela multiplicidade de relações jurídicas e por conflitos transindividuais que demandavam regulamentação pelo Poder Público.

Assim, verificou-se um aumento na quantidade de leis especiais criadas pelo Estado, voltadas a conferir equilíbrio ao quadro social e econômico e a assegurar direitos de segunda e de terceira geração, que não encontravam suporte na estrutura jurídica das codificações, marcada pelo individualismo.

Conforme ensina Rodrigo Mazzei (2011, p. 260), foi esse o contexto no qual surgiram os microssistemas legais:

> Com o passar do tempo, a intensificação da atividade legislativa não foi detida, especialmente com a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, relações essas que não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal. Fez-se necessária, portanto, a edição de leis especiais que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas, sim, regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação.

A Lei nº 8.429/1992, que regula a ação por improbidade administrativa, compõe um microssistema de tutela coletiva, integrado por leis que estabelecem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

variados tipos de ações coletivas, com regras processuais próprias ao direito coletivo.

Dentre os referidos diplomas, podem ser citadas as seguintes leis: Lei nº 4.717/1965 (ação popular), Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública), Lei nº 7.853/1989 (tutela coletiva das pessoas com deficiência), Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 9.507/1997 (*habeas data*), Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 12.016/2009 (mandado de segurança coletivo), Lei nº 13.300/2016 (mandado de injunção coletivo).

Embora as respectivas ações judiciais apresentem características específicas com relação ao seu objeto, à legitimidade e ao procedimento, todas elas são voltadas, de alguma forma, para a proteção de direitos coletivos em sentido amplo. Destarte, resguardadas as peculiaridades, as leis se inter-relacionam de modo a conferir organicidade ao microssistema da tutela coletiva.

Assim, pode-se afirmar que as regras constantes da Lei nº 4.717/1965 (ação popular) e da Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública), que ostentam função de destaque nos processos coletivos, aplicam-se às ações coletivas em geral, dentre elas a ação por improbidade administrativa.

Nesse sentido, a Lei nº 7.347/1985 é expressa ao determinar que: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor" (art. 21, incluído pela Lei nº 8.078/1990).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), por sua vez, prescreve que:

> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela
>
> [...]
>
> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Destarte, os dispositivos supracitados demonstram a existência do microssistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo,

conclusão expressamente consignada no julgamento do Recurso Especial 1.098.669 / GO[5], realizado em 2010 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do caso:

> Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).
>
> [...]
>
> Logo, entende-se pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei 8.429/92, nos termos dos arts. 19 da Lei 7.347/85 e 90 da Lei 8.078/90.

Outro exemplo de interação entre as normas do microssistema de tutela coletiva consiste no mecanismo de inversão da legitimidade na ação popular, através do qual a pessoa jurídica que figura inicialmente no polo passivo da demanda pode passar a integrar o polo ativo da relação processual, caso demonstre interesse processual e se tal providência for útil ao interesse público, nos termos da na Lei nº 4.717/1965:

> Art. 6º [...]
>
> § 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

A Lei nº 8.429/1992 faz menção expressa ao referido dispositivo, possibilitando a sua aplicação nos casos em que a ação por improbidade administrativa for proposta pelo Ministério Público (art. 17, § 3º, com redação dada pela Lei nº 9.366/1996).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao comentar a aplicação dessa regra nas ações de improbidade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 1120) faz a ressalva de que tal mecanismo, para tanto, deverá se adequar às peculiaridades da ação regida pela Lei nº 8.429/1992, na qual somente a pessoa física pode figurar como ré:

> Diz a Lei nº 8.429/1992 que, sendo parte o Ministério Público, será aplicável, no que couber, o sistema adotado no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965 (que regula a ação popular), segundo o qual se permite à pessoa jurídica cujo ato seja objeto de impugnação abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, desde que tal providência atenda ao interesse público. Trata-se pois, como já observamos antes, de *inversão da legitimidade*, em que a pessoa jurídica inicia o processo com legitimidade passiva, mas que, invertido o interesse processual, inverte-se também a legitimidade, passando a mesma pessoa a integrar o polo ativo da relação processual. O sistema adotado na lei popular, contudo, tem que adequar-se à ação de improbidade; daí a expressão *no que couber* prevista na Lei de Improbidade. Assim, não haverá ensejo para a "abstenção de contestar o pedido", já que na ação de improbidade apenas a pessoa física pode figurar como ré. Restar-lhe-á, pois, atuar ao lado do Ministério Público para reforçar o pedido de reconhecimento da improbidade e de aplicação das sanções.

A Lei nº 4.717/1965 determina que a sentença que julgar improcedente a ação popular deverá ser submetida ao reexame necessário. Também conhecido como "duplo grau de jurisdição necessário", "remessa necessária" ou "remessa *ex officio*", tal mecanismo faz com que a produção dos efeitos decorrentes do julgamento e a formação da coisa julgada só ocorram a partir da confirmação da sentença pelo tribunal, observado o esgotamento dos recursos voluntários pelas partes:

> Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao dispor sobre a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência, a Lei nº 7.853/1989 também determina o reexame necessário das sentenças que concluírem pela improcedência da ação:

> Art. 4º [...]
>
> § 1º A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

No julgamento do Recurso Especial 1.108.542 / SC[6], realizado em 2009, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as sentenças de improcedência de ação civil pública também se sujeitam ao reexame necessário, sendo legítima a aplicação, por analogia, do artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 como norma de integração do microssistema processual da tutela coletiva. A propósito, mostra-se elucidativo o voto do Ministro Castro Meira, relator do caso:

> Isto porque a primeira parte do dispositivo legal em tela [...], embora refira-se imediatamente à ação popular, tem seu âmbito de aplicação estendido às ações civis públicas diante das funções assemelhadas a que se destinam - proteção do patrimônio público em sentido lato - e do microssistema processual da tutela coletiva, de maneira que as sentenças de improcedência devem se sujeitar indistintamente à remessa necessária.
>
> [...]
>
> A título de reforço, excerto pinçado do parecer ministerial firmado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. José Eduardo de Santana:
>
> "Todavia, deve ser reformado o acórdão recorrido, a fim de que a remessa oficial seja apreciada. Com efeito, não há falar-se em aplicação do art. 475, § 2º, do CPC, no âmbito da ação civil pública. Ao revés, na ausência de regulamentação da matéria pela Lei nº 7.347/85, deve ser observado o disposto no art. 19, da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, haja vista a semelhança entre as finalidades de ambas" [...].

O mesmo Órgão Julgador, no ano 2011, através do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.219.033 / RJ[7], relatado pelo Ministro Herman

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Benjamin, decidiu que "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário".

Em 2017, em razão da existência de decisões conflitantes sobre o tema, a Primeira Seção do STJ, deu provimento aos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.220.667 / MG[8], sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, fazendo prevalecer a tese de cabimento do reexame necessário nas ações de improbidade administrativa:

> Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC.
>
> Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009).
>
> [...]
>
> Por fim, ressalta-se, que não se desconhece que há decisões em sentido contrário. A propósito: REsp 1115586/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/08/2016, e REsp 1220667/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/10/2014.
>
> Diante do exposto, **dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento**.
>
> É como **voto.**

No mesmo ano, a Segunda Turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial 1.605.572 / MG[9], entendendo mais uma vez pela aplicação do reexame necessário nas ações de improbidade, nos termos do voto do relator, Ministro Francisco Falcão:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Verifica-se, assim, que, seja pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do CPC/1973), seja pela aplicação analógica da Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/65), as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário.
>
> Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de prosseguir no julgamento para proceder ao reexame necessário da sentença.
>
> É o voto.

Contudo, no ano de 2019, a Primeira Seção do STJ afetou quatro processos[10] para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (previsto no artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil) para definir se há ou não a aplicação do reexame necessário nas ações de improbidade administrativa julgadas improcedentes em primeira instância, cadastrando o assunto como Tema 1.042 no sistema de repetitivos.

Ao apreciarem a proposta de afetação, os Ministros integrantes do referido órgão colegiado decidiram, por unanimidade, pela afetação dos processos representativos da controvérsia ao rito dos recursos repetitivos, ao passo que, por maioria de votos, decidiram suspender a tramitação de processos em todo o território nacional que versem sobre a matéria.

Destarte, nos termos do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator dos casos, a questão submetida a julgamento é a seguinte:

> [...] **definir se há – ou não – aplicação da figura do reexame necessário nas ações típicas de improbidade administrativa, ajuizadas com esteio na alegada prática de condutas previstas na Lei 8.429/1992, cuja pretensão é julgada improcedente em primeiro grau; discutir se há remessa de ofício nas referidas ações típicas, ou se deve ser reservado ao autor da ação, na postura de órgão acusador – frequentemente o Ministério Público – exercer a prerrogativa de recorrer ou não do desfecho de improcedência da pretensão sancionadora**.

Considerações Finais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No decorrer do artigo, foi demonstrado que o princípio da moralidade representa um mandado de otimização, a ser cumprido pelo Poder Público, relacionado com os deveres de probidade, honestidade, retidão, exação, lisura, decoro, dignidade, boa fé, equidade, justiça, equilíbrio, proporcionalidade, busca dos fins de interesse público, respeito às regras de conduta aplicáveis à disciplina geral da Administração e vinculação ao conceito de "bom administrador".

Com base em tais premissas, foi possível compreender as características principais da ação de improbidade administrativa (importante instrumento processual que possibilita a aplicação de sanções aos agentes públicos que praticarem atos de improbidade, bem como aos particulares que concorrerem para tal prática) e sobretudo o seu papel junto ao microssistema de tutela coletiva, integrado por leis que regulam diversos tipos de ações, cujas regras se complementam e se inter-relacionam.

Portanto, é certo que as normas que regulam a ação civil pública são aplicáveis nas ações por improbidade administrativa, pois ambas têm por escopo a defesa de interesses transindividuais, conforme assevera Alexandre de Moraes (2002, pp. 344-355):

> [...] a Lei Federal 7.347/85 é norma processual geral para a tutela de interesses supra-individuais, aplicando-se a todas as outras leis destinadas à defesa desses interesses, como a Lei Federal 8.429/92, conforme artigos 17 e 21. Essa disposição integra-se ao art. 83 da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina a admissão de qualquer pedido para tomar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, possibilita a formulação de qualquer espécie de pedido de provimento jurisdicional desde que tenha por objeto resguardar defesa do interesse em jogo. Os artigos 110 e 117, da referida Lei 8.078/90, inseriram na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) o inciso IV do art. 1° e o art. 21, estendendo, de forma expressa, o que a Constituição Federal havia estendido de maneira implícita, ou seja, o alcance da ação civil pública à defesa de todos os interesses difusos.

No mesmo sentido, e considerando a ausência (nas leis que regulam a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa) de dispositivos que versem sobre o reexame necessário da sentença de improcedência, deve ser aplicado, por analogia, o artigo 19 da Lei nº 4.717/1965, como norma de integração constante do microssistema de tutela coletiva.

A propósito, mostra-se esclarecedora a lição de Rodrigo Mazzei (2009, p. 384):

> De acordo com nossa posição, apesar da grande importância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, os dispositivos da Lei de Ação Popular (e os constantes das demais normas com vocação coletiva) poderão ser aproveitados em *todo o microssistema coletivo*, naquilo que for útil à efetivação da tutela de massa.
>
> Obviamente, deverá o intérprete aferir – em concreto – a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, já que as leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, *interpenetram-se e subsidiam-se* de forma harmônica, em especial no que concerne ao processo coletivo, em razão da dicção *individual* do Código de Processo Civil.

Esse posicionamento, adotado pela doutrina e pela jurisprudência, mostra-se fundamental para a adequada compreensão do objetivo primordial da tutela transindividual, de modo a valorizar o reexame necessário como uma relevante garantia processual voltada a conferir efetividade aos princípios da moralidade e da probidade na Administração.

Portanto, através do presente trabalho, foram examinadas as mais relevantes características da ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992, e, com base nos dispositivos constitucionais e legais pertinentes, no posicionamento doutrinário e no entendimento jurisprudencial sobre o tema, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da regra que determina o reexame necessário das sentenças que concluírem pela improcedência da ação, por analogia ao artigo 19 da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 ed. Trad. e introd. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em 27 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 18 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 19 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 19 dez. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; Mazzei, Rodrigo. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua Interação com os Microssistemas e a Constituição Federal. Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculade Autônoma de Direito. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, v.1, pp. 245-278, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PESQUISA de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em 21 jan. 2020.

PESQUISA de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em 21 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOTAS:

[1]STF, Pet 3240 AgR / DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ Ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, publicado em 22/08/2018.

[2]STF, RE 852475 / SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. p/ Ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, publicado em 25/03/2019.

[3]STJ, REsp 510150 / MA, Rel. Min, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004.

[4]STJ, REsp 1015498 / SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe 30/04/2008.

[5]STJ, REsp 1098669 / GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010.

[6]STJ, REsp 1108542 / SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/05/2009, DJe 29/05/2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[7]STJ, AgRg no REsp 1219033 / RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

[8]STJ, EREsp 1220667 / MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

[9]STJ, REsp 1605572 / MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017.

[10]STJ, REsp 1553124 / SC, REsp 1605586 / DF, REsp 1502635 / PI, REsp 1601804 / TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção, afetação na sessão eletrônica iniciada em 11/12/2019 e finalizada em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO

ARIANE EDUARDA CARVALHO DE OLIVEIRA: Graduanda no curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. André de Paula Viana.

RESUMO: O erro médico trata-se de uma ação ou omissão realizada pelo profissional da saúde que pode ser caracterizado pelas facetas da culpa, seja negligência, imprudência ou imperícia. Tal conduta pode resultar em danos graves e, até mesmo, na morte do paciente. A globalização da mídia contribui para uma expansão do sensacionalismo e tende a atribuir ao conceito de erro médico todos os atos praticados por estes profissionais, não distinguindo dolo de culpa. Levando em consideração que a responsabilização pode ser administrativa, civil ou penal e a crescente judicialização de casos que envolvem erro médico verifica-se uma preocupante situação no país, uma vez que a maioria das pessoas sequer conhece seu significado e, neste sentido, desconhecem até onde um médico pode ser penalmente responsabilizado. Para conhecer esse tema foi feito uma pesquisa por web gráfica, livros e monografias nos meses de agosto a novembro de 2019, usando como descritor o termo Responsabilização Penal por erro médico. Constatou-se, portanto, a importância da prevenção, porém uma vez que há muitos fatores contributivos para tal e que médicos também são humanos e, por consequência, também cometem erros, a informação é essencial para saber até onde os direitos e deverem se estendem.

Palavras-chave: Erro médico; Responsabilização Penal; Negligência; Imprudência; Imperícia;

ABSTRACT: Medical error is an action or omission performed by the health professional that can be characterized by the facets of guilt, whether negligence, imprudence or malpractice. Such conduct may result in serious injury and even death of the patient. The globalization of the media contributes to an expansion of sensationalism and tends to attribute to the concept of medical error all acts performed by these professionals, not distinguishing guilt from guilt. Considering that liability can be administrative, civil or criminal and the increasing judicialization of cases involving medical error is a worrying situation in the country, since most people do not even know its meaning and, in this sense, are not even aware of it.

where a doctor may be criminally liable. In order to know this theme, a search was made for web graphics, books and monographs from August to November 2019, using as a descriptor the term Penal Liability for medical error. Therefore, the importance of prevention was noted, but since there are many contributing factors to this and doctors are also human and therefore also make mistakes, information is essential to know to what extent rights and duties extend.

Key words: Medical error; Criminal liability; Negligence; Imprudence; Malpractice;

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ERRO MÉDICO. 2.1 Medicina legal e erro médico.

2.2 Evolução histórica do erro médico. 2.3 Definição e conceito de erro médico. 3. RESPONSABILIZAÇÃO. 3.1 Responsabilização por erro médico. 3.2 Responsabilização penal por erro médico. 3.3 Classificação do erro médico. 3.4 Apuração da Responsabilidade Legal. 3.5 Responsabilização solidaria. 3.6 Responsabilidade do paciente ou de terceiros . 4. FATORES DE RISCO. 4.1 Fatores de risco e prevenção ao erro médico. 5. Discussão De Resultados. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, qualquer insatisfação de pacientes quanto a tratamentos médicos tende a ser descrita como erro médico, entretanto o erro médico precisa necessariamente ser enquadrado em algumas facetas da culpa, seja ela negligência, imprudência ou imperícia, para que seja classificado com erro médico e que haja responsabilização penal, é essencial que se estabeleça o nexo causal entre o dano e o ato danoso.

O presente artigo visa estudar a natureza do erro médico, estimar seus determinantes essenciais a fim de analisar a partir de que momento pode haver a responsabilização, seja ela administrativa, civil ou, em especial, penal.

A globalização da mídia contribui para um sensacionalismo que tende a atribuir ao conceito de erro médico todos os atos praticados por estes profissionais, não distinguindo dolo de culpa, quando há responsabilização penal no exercício da atividade médica e quando há erro médico. Mesmo diante da relevância do tema, existe ainda certa ignorância que deve ser quebrada.

Assim, este trabalho buscará efetivar a difusão do assunto levando-o a públicos cada vez maiores, com a meta de informá-los e apresentar a matéria sob a luz do Direito, zelando sempre pela valorização e pela obediência plena à lei.

O trabalho será divido em três capítulos. No primeiro capitulo será verificado algumas noções introdutórias a cerca da medicina legal especificamente quanto ao erro médico sua conceituação, natureza jurídica e evolução histórica.

No segundo capítulo será estudado a cerca da responsabilização por erro médico, diferenciando a esfera civil, administrativa e, especificamente, quanto à esfera penal. Também analisaremos as feições da culpa, quanto a negligência, imprudência e imperícia, apuração da responsabilidade legal e sua aplicabilidade aos casos concretos.

No terceiro capítulo serão elencados alguns fatores de risco interligados com a necessidade de prevenção.

A metodologia aplicada neste trabalho de pesquisa será a bibliográfica (textos de doutrina jurídica e da área de medicina legal), também com referências em artigos publicados em meios de comunicação como páginas eletrônicas, usando como descritor o termo Responsabilização Penal por erro médico.

2. ERRO MÉDICO

2.1 Medicina legal e erro médico

A medicina legal é uma ciência que se utiliza de conhecimentos médico-biológicos à aplicação do direito. Abrange desde a concepção até depois da morte. É extremamente necessária para avaliação dos laudos, dentre outras áreas de atuação, no Direito Penal auxilia e colabora no estudo de problemas relacionados a lesões corporais, aborto, homicídio, infanticídio, crimes contra liberdade sexual, dentre outros, neste sentido:

> A Medicina Legal não se preocupa apenas com o indivíduo enquanto vivo. Alcança-o ainda quando ovo e pode vasculhá-lo muitos anos depois na escuridão da sepultura. É muito mais uma ciência social do que propriamente um capítulo da Medicina, devido à sua preocupação no estudo das mais diversas formas da convivência humana e do bem comum. (FRANÇA, 2017, p. 23)

Tem extrema relevância e influencia no campo legislativo para elaboração de novas leis, execução das já existentes e interpretação de dispositivos médico-legais. Em suma, conforme palavras do doutrinador França (2017, p. 23) "a Medicina Legal é a contribuição da medicina, e da tecnologia e outras ciências afins, às questões do Direito na elaboração das leis, na administração judiciária e na consolidação da doutrina".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dentre tantas áreas em que a medicina legal serve de auxilio para estudo pode ser realizar uma analise do erro médico, por intermédio dos dispositivos legais que responsabilizam os erros cometidos pela classe médica.

2.2 Evolução histórica do erro médico

Com o desenvolvimento social, surge a necessidade da normatização em diversas áreas, dentre elas na área da saúde, neste ponto específico quanto a responsabilização dos profissionais da saúde pelos erros cometidos. Historicamente, o primeiro código normativo que passou a responsabilizar os erros médicos foi o código de Hammurabi da Babilônia no séc. XVIII a.C. Vide: "O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço".

Este código é um conjunto de leis com 282 artigos que abrangem desde família, propriedade, trabalho, crimes e escravidão. Nele encontra-se a Lei de Talião (Corão), também conhecida como a lei de retaliação que foi criada na mesopotâmia, trouxe a tona uma expressão até hoje conhecida "Olho por olho, dente por dente".

Na medicina grega o conhecido juramento de Hipócrates, demonstrou a responsabilização do médico a exercer com excelência sua atividade profissional: "Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém".

Com o passar do tempo e globalização, a medicina se tornou uma ciência que passou a exigir condutas cientificas, a reparação passou a ser prevista legalmente uma vez que a medicina se tornou uma atividade de risco, além de inúmeras dificuldades das politicas governamentais da saúde, conflitos com os planos e seguros de saúde, há uma crescente comercialização da indenização.

2.3 Definição e conceito de erro médico

Em breves palavras podemos conceituar erro médico como um dano causado ao paciente seja pela comissão ou omissão, diverso do esperado ou previsto. Segundo Gomes e França, (1998, p. 244): “Erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo”.

Este possui natureza diversa dos delitos praticados intencionalmente para provocar dano físico, com resultados visíveis, na maioria das vezes irreparáveis, ou mesmo psicológicos, quando não, a junção de ambos. Ressalta-se que não há a intenção, a vontade de cometer tal ato, de maneira que fica caracterizado tal erro

quando é empregado pelo profissional todos os meios possíveis para se obter um resultado, entretanto é obtido outro adverso ou imprevisível.

A grande questão que gira em torno deste tema "é a dramática inversão de expectativa de quem vai à procura de um bem e alcança o mal" (GOMES E FRANÇA, 1998, p. 244). O mau resultado não necessariamente significa erro médico, pois pode ser decorrente de outros fatores como uma situação incontrolável, um acidente inesperado, falhas estruturais ou mesmo meios e condições de trabalho insuficientes para um resultado satisfatório, neste sentido, vale ressaltar que a relação médico-paciente, em regra, trata-se de uma obrigação de meio e não de resultados. Assim sendo, é valido especificar quais os deveres do profissional da área médica a fim de que se estabeleça um padrão para analise se houve, ou não, eventual erro médico, neste quesito, verifique quatro deveres essenciais de um médico:

I) Deveres de informação: O médico deve prestar todos os esclarecimentos necessários a cerca da realização de um ato médico, desde os procedimentos que serão adotados, riscos a que se sujeita o paciente, até as cautelas recomendáveis, em especial se o ato médico é mais complexo e de maior risco, fundamentando-se nos princípios da transparência e vulnerabilidade do consumidor. Caso houver mudança no procedimento deve ser levado ao paciente. Vale ressaltar que o paciente tem direito a recusa, exceto em situações de urgência em que o médico é legitimado para praticar o ato profissional necessário.

II) Deveres de atualização profissional: É necessário que o profissional esteja sempre se aprimorando , adquirindo novas técnicas, meios de tratamentos, este é o dever que norteia se é admitida ou não a imperícia em um caso concreto. Também é analisado se o profissional estava credenciado a exercer suas atividades ou se poderia ter evitado determinado dano se tivesse conhecimento adquirido pela experiência médica, neste caso fica caracterizada a negligência.

III) Deveres de abstenção de abuso: É necessário que o profissional médico no exercício da atividade haja com cautela com finalidade de evitar danos, pois ao tomar medidas desnecessárias, precipitadas ou mesmo descabidas pode-se configurar em desvio de poder ou abuso. Há exceção, quando assumir determinados risco seja a ultima alternativa, fundamento legal no principio do risco proveito. Também se enquadra neste dever a injustificada quebra de sigilo.

IV) Deveres de vigilância, de cuidados e de assistência: O médico deve agir diligentemente, de maneira que não se omita quando necessário agir, para que não se caracterize em passividade ou descaso. Quanto maior o risco, maior deverá ser o cuidado. Este dever viabiliza a analise da responsabilidade do profissional no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

âmbito da culpa aplicada ao caso concreto, condições e circunstancias que eventualmente resultaram em fato indesejado.

3. RESPONSABILIZAÇÃO

3.1 Responsabilização por erro médico

Vislumbra-se que basicamente o erro médico é a má pratica do exercício medicinal e essa *malpractice* se aplica a todas as atividades profissionais, neste âmbito, especificamente, pode levar à responsabilidade legal do médico. Neste sentido Genival Veloso França posicionou-se:

> *Ipso facto*, por responsabilidade profissional concebe-se todo dano físico ou moral resultante de uma forma atípica ou inadequada de conduta, caracterizada por inobservância de regras técnicas ou por infração aos ditames da ética médica e que possa ser produzido no paciente por *imperícia*, *imprudência* ou *negligência*. (2017, p. 787)

Tal erro pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Quando pessoal se pauta estritamente na ação ou omissão do agente, e neste sentido a responsabilidade pode ser arguida de duas formas: a moral e a legal. Sendo que a primeira é avaliada pelos Conselhos Regionais de Medicina, através de processos ético-administrativos, com fundamentação legal na Lei nº 3.268/ 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958. Enquanto a segunda é de competência tribunais, podendo comportar, entre outras, as ações penais, cíveis e administrativas. Enquanto estrutural o dano resultante de erro médico pode ser auferido por falhas estruturais quanto aos meios ou condições de trabalho quando insuficientes ou ineficazes para um exercício satisfatório da atividade médica.

Para aferição da responsabilidade por erro médico é necessária à distinção do erro médico do mal incontrolável – dano proveniente de uma situação grave de curso inalterável - e do acidente imprevisível – resultado lesivo é causado por caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou mesmo evitado.

Sendo assim responsabilidade pode assumir três aspectos:

- **Responsabilização administrativa;**
- **Responsabilização Civil;**
- **Responsabilização Penal.**

Se aferido pelo Conselho Regional de Medicina, o erro médico assume viés de falta ética e pode levar a instauração de processo ético-disciplinar, na Justiça Cível, por sua vez, possui fim indenizatório e na Justiça

Criminal constitui-se na tipificação de um ilícito penal. A cerca da responsabilidade médica vejamos especificamente a responsabilização penal por erro médico.

3.2 Responsabilização penal por erro médico

No ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da culpabilidade, requisito imprescindível para tipificação penal, fez-se necessária a distinção entre crimes dolosos e culposos.

Uma vez dolosa a conduta do agente verifica-se a livre vontade de praticar uma infração ou assumir os ricos de produzi-la, este dolo pode ser direto ou indireto e não traz consigo a fundamentação legal do erro médico. Visto que o erro médico se caracteriza essencialmente pela intenção de produzir um resultado, porém causa um dano diverso, inesperado. Vislumbra-se a justa e necessária aplicação da culpa para averiguar a responsabilidade em sentido amplo - nexo causal do agente e conduta - e estrito do agente mediante as feições da culpa.

O código penal em seu artigo 20 fundamenta a possibilidade da punição de crimes culposos mediante erro, vide: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei".

Verifica-se que o erro extingue o dolo e, em suma, a responsabilidade médica possui como fundamento jurídico o instituto da culpa, de maneira que não se pune o mal resultado em si, mas a atuação descuidada no exercício da profissão. Caso não fique caracterizada a culpa o médico é responsabilizado penalmente como qualquer cidadão.

3.3 Classificação do erro médico

O conceito de culpa é muito complexo, por ser muito abrangente, os legisladores abstiveram-se em defini-lo optando por trazer em nosso ordenamento jurídico brasileiro três situações de sua aplicabilidade. Fazendo-se necessária a aplicação doutrina para tal interpretação, vejamos o que diz Fernando Capez (2018): "**Culpa**: é o elemento normativo da conduta. A culpa é assim chamada porque sua verificação necessita de um prévio juízo de valor, sem o qual não se sabe se ela está ou não presente".

É imprescindível a aplicação de um juízo de valor quanto à conduta no caso concreto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vejamos que as feições da culpa caracterizam-se pela negligência, imprudência ou imperícia:

> Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples. (GOMES, FRANÇA, 1998)

Estas não são autônomas entre si e em uma mesma situação podem estar presentes uma, duas, ou mesmo as três, de maneira que uma pode agravar a outra.

Vejamos cada uma delas:

I. Imprudência: Tem caráter comissivo e consiste no agir sem cautela do médico, precipitado, é o desprezo dos cuidados necessários. O médico imprudente, apesar de ter conhecimento claro e inequívoco do risco ignora-o. O doutrinador França diz que é estritamente necessário que haja de fato danos objetivos, do contrário não se caracteriza a culpa, não podendo o médico ser responsabilizado por tal ato (FRANÇA, 2017). Esta faceta da culpa por vezes é rotulada como imperícia, porem elas não se confunde:

> Muitos casos de comprovada imprudência vêm sendo rotulados como imperícia. Se o médico agiu de maneira açodada, audaciosa e irresponsável, qualquer que seja o seu nível de conhecimento, não há o que confundir: trata-se de imprudência. (FRANÇA, 2017, p. 1432)

Por exemplo, a realização de uma operação sem a equipe cirúrgica mínima necessária ou mesmo um cirurgião que, podendo, deixa de realizar uma cirurgia por um método conhecido e adota outra técnica resultando em dano ao paciente.

II. Negligência: Caracteriza-se na falta de cuidado, precaução. É a omissão daquilo que razoavelmente se faz em determinada circunstância. Segundo FRANÇA (2017, p. 1433-1440) pode ser caracterizada:

a. Abandono ao doente: Este é o tipo mais comum de negligência médica, pois uma vez estabelecida a relação médico-paciente o profissional assume a responsabilidade de continuidade do tratamento, exceto quando não houver perigo, força maior ou for acordado entre ambas as partes.

b. Omissão de tratamento: Neste caso o médico deixa de tratar um paciente ou mesmo atrasa seu encaminhamento a outro médico a partir de então responsável, por exemplo, clinico que deixa de encaminhar ou encaminha tardiamente paciente com apendicite ao médico cirurgião.

c. Negligência de um médico pela omissão de outro: Esta hipótese de negligência já foi chamada pela doutrina de "negligência vicariante", consiste na responsabilização de determinado médico por irresponsabilidade de outro, vindo ambos a serem responsabilizados pelo código de ética médica. Por exemplo, na troca de plantão o médico deixa o hospital, presumindo pontualidade do profissional que irá substitui-lo, porém este não o faz e um paciente vem a sofrer danos pela falta de um profissional.

d. Prática ilegal por estudantes de Medicina: Consiste na responsabilização do superior hierárquico em caso de negligência, imprudência ou imperícia praticado por estagiário, uma vez que se presume que este esteja sempre sob orientação médica.

e. Prática ilegal por pessoal técnico: Consiste na responsabilização do superior hierárquico em caso da transferência de sua responsabilidade a um auxiliar técnico.

f. Letra do médico: Caso a letra do médico esteja ilegível e de margem para troca de medicamentos e desta troca haja dano ao paciente, tanto o farmacêutico quanto o médico serão responsabilizados, o farmacêutico por imprudência, uma vez que na dúvida não deveria entregar medicamento e o médico por negligência, uma vez que é proibido o fazer de forma ilegível.

g. Negligência hospitalar: Trata-se da responsabilização da pessoa jurídica por negligência quanto a danos causados ao paciente em determinadas situações como rejeição de um paciente em perigo de vida, independente da situação do hospital, lesões sofridas durante a internação e em função desta, por exemplo erro na administração de um medicamento, queimadura, traumatismo por queda, alta prematura.

h. Esquecimento de corpo estranho em cirurgia: tal situação não se caracteriza imputável por si só, mas sim em situações reiteradas e desde que gere de fato dano. Em geral este tipo de fato ocorre em situações de grande risco e urgência, por vezes frente à iminência da morte ou mediante hemorragias e não diz respeito apenas ao médico, mas também esta relacionado àqueles que participam direta, ou indiretamente, do procedimento operatório. Para que haja a imputabilidade por tal hipótese é necessário analisar as condições médico-hospitalares, pois uma vez precárias, não é justo qualificar tal ato como negligente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pois se trata de fator contribuinte para a ocorrência do acidente, por mais cauteloso que tenha sido o cirurgião. A cerca da responsabilização por crime culposo na modalidade negligencia:

> Para se qualificar o esquecimento de um corpo estranho em um ato operatório como crime culposo por negligência, ter-se-ia de invocar os elementos essenciais da culpa: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência. Seja a culpa um vício da vontade, seja um vício da inteligência, não é caracterizada nas situações aludidas como responsabilidade médica por negligência (FRANÇA, 2017, p.1437).

Uma vez caracterizada imprevisível tal circunstancia passa a ser acidental e equipara-se a risco cirúrgico.

i. Negligência dos centros complementares de diagnóstico: Trata-se da responsabilização de estabelecimentos responsáveis pela elaboração de exames solicitados subsidiariamente pelos profissionais encarregados pelo diagnóstico e terapêutico dos pacientes, na pessoa dos seus diretores.

j. Negligência em transfusões de sangue: Neste caso a responsabilização deixou de ser, em parte, do médico e passou a ser do Estado por deficiência no serviço publico. Estes danos produzidos são ressarcidos em regra civilmente por meio de indenizações. De maneira que são sujeitos aos riscos não só o receptor, mas também o doador.

k. Cirurgia do lado errado ou da pessoa errada: esta hipótese não se trata de uma fatalidade, mas sim uma culpa declarada. A responsabilização não se restringe ao superior hierárquico, transcendendo do médico para os demais agentes, tanto os que supervisionam quanto os responsáveis por cada procedimento.

III. Imperícia: Se expressa na inaptidão, é a deficiência de conhecimento, seja técnico ou teórico no desempenho da profissão. É valido ressaltar que é punível o erro evitável, levando em consideração que médico também é ser humano e que muito da profissão, assim como em qualquer outra, se adquire pela pratica e experiência profissional.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) faz alusão a um argumento utilizado pelo procurador geral da Corte de Apelação de Milão, Itália, vide:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Não é imperito quem não sabe, mas aquele que não sabe aquilo que um médico, ordinariamente, deveria saber; não é negligente quem descura alguma norma técnica, mas quem descura aquela norma que todos os outros observam; não é imprudente quem usa experimentos terapêuticos perigosos, mas aquele que os utiliza sem necessidade (...).

A auferição da responsabilidade médica por imperícia é extremamente difícil de ser comprovada uma vez que o diploma médico lhe confere livre exercício da profissão e presume-se idoneidade, sendo assim por mais que, diversas vezes, se confunda, é muito mais provável estarmos diante de um caso de imprudência ou negligência do que de imperícia. Vide a opinião do doutrinador França (2017, p. 1442) acerca do tema: "Portanto, as faltas dos médicos, consideradas sob o princípio da responsabilidade culposa, são, em quaisquer circunstâncias, resultado de imprudência ou de negligência, e jamais de imperícia".

A cerca da responsabilidade médica e ponderação, é de extrema relevância a verificação da presença das facetas da culpa - negligencia imprudência e imperícia - sob a ótica do caso concreto. Neste sentido o Código de Ética Médica (2010) diz:

> III - RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL
>
> É vedado ao médico:
>
> Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.
>
> Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Nesta feita é necessário averiguar os aspectos jurídicos que para a apuração da responsabilidade médica.

3.4 Apuração da Responsabilidade Legal

Nereu Cesar de Moraes, ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fez algumas considerações a cerca dos aspectos jurídicos do erro médico e para apuração deste e suas consequências, neste sentido ele traz a tona quatro aspectos que é necessário levar em consideração:

I. **Materialidade e autoria:** é a atividade profissional em si, o ato que causou o dano ao paciente, a sua vida, a sua saude; a outra trata-se da efetiva participação do médico no ato causador do dano, respectivamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

II. **Dano:** A má prática causa prejuízo comprometendo a vida, saúde ou integridade física do paciente. Nas questões de natureza penal a pericia irá avaliar o dano à evidenciar o *corpus criminis* (corpo da vítima), o *corpus instrumentorum* (ação ou meio que produziu o dano) e o *corpus probatorum* (nexo causal); É realizada uma analise quanto a natureza das lesões e cabe ao juiz qualifica-las, contudo há algumas lesões que por si só já são presumidamente culposas: se o dano incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta (30) dias, debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função ou deformidade permanente.

III. **Nexo causal:** O ato da má prática deve ter como consequencia o resultado danoso do contrário não há responsabilidade legal, pela inexistência da relação de causalidade. Neste quesito cabe analisar as circunstancias e fatores de risco a que se submeteu o ato médico.

IV. **Ilicitude: D**eve-se analisar se não há nenhuma causa excludente de ilicitude prevista no art. 23 de Código Penal:

> **Exclusão de ilicitude**
>
> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
>
> I - em estado de necessidade;
>
> II - em legítima defesa;
>
> III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
>
> **Excesso punível**
>
> Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

As causas excludentes de ilicitude sejam: estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito, tornam o ato legítimo e caso presente alguma destas não há que se cogitar em erro médico uma vez que a conduta torna-se atípica.

3.5 Responsabilização solidaria

Pode caracterizar existência de responsabilidade solidária entre os membros de hospital, clínica, planos de saúde, etc. Neste sentido o Código Civil em seu artigo 932: "São também responsáveis pela reparação civil: (...); III – o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

empregador ou comitente, por seus empregados, serviçal e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele". Ocorre que penalmente a responsabilização tem caráter pessoal.

3.6 Responsabilidade do paciente ou de terceiros

Para há responsabilização, independente se ética ou legal é necessária à comprovação do dano causado ao paciente, à culpa do profissional e o nexo de causalidade. Levando em consideração que por vezes pode ocorrer que a culpa seja do próprio paciente ou terceiro, vejamos, um exemplo desta hipótese consiste na obtenção de um resultado danoso por conta de descumprimento das recomendações medicas passadas a cerca dos cuidados e procedimentos necessários a serem seguidos, por exemplo, a suspensão ou abandono precoce de um medicamento.

É essencial saber distinguir os deveres de cada individuo na relação médico-paciente e da mesma forma que o médico possui deveres o paciente também possui para que haja a obtenção de um bom resultado. Assim sendo, é essencial que o paciente no cumprimento de seus deveres cumpra a prescrição quanto à dosagem, horário da medicação, cuidados, dietas e seguir as orientações passadas a este, do contrario, uma vez comprovado o nexo de causalidade do dano provocado a culpa pode sim ser atribuída ao médico. Desta forma, para que haja a responsabilização do medico, é necessário analisar, primeiramente, se o paciente cumpriu todas as orientações a ele passadas, uma vez comprovada a responsabilidade do paciente ou de terceiros, fica o médico demandado da culpa. E em caso de falsa imputação pode o médico inclusive pleitear indenização contra o paciente.

4. PREVENÇÃO

4.1 Prevenção ao erro médico

O erro médico pressupõe uma falha humana, para evitar que ocorra faz-se necessário além das questões pessoais, as estruturais para que haja efetiva diminuição dos maus resultados. Sobretudo desmitificar a ideia social de que todo resultado danoso e indesejado no exercício da medicina é de responsabilidade estrita do médico. Nesta feita, faz-se necessário a compreensão de todos os fatores que podem contribuir para a ocorrência de um resultado insatisfatório, França (2017) dividiu doutrinariamente tais fatores em assistenciais e não assistenciais. Dentre os não assistenciais pode-se elencar a precariedade no sistema de saúde, a falta de compromisso de alguns médicos, a não participação da sociedade, a não revisão do aparelho formador, a falta do ensino continuado e a precária fiscalização do exercício profissional. Enquanto, no tocante aos fatores assistenciais, aponta o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desgaste da relação médico–paciente, a falta de condições de trabalho, o abuso de poder, a falsa garantia de resultado, a falta do consentimento esclarecido, o preenchimento inadequado de prontuários e também a precária documentação dos procedimentos.

Esta realidade de péssimas condições de trabalho e os meios deficitários no tratamento das pessoas contribui para consolidação de uma medicina defensiva, de custos dobrados e excessiva demanda judicial.

Uma vez ocorrido erro há duas hipóteses, no ponto de vista moral, aceitar da responsabilidade pelo mau resultado com pedido de desculpa e uma possível compensação financeira ao paciente, estabelecendo uma relação de maior confiança, contudo, há uma parte da classe que discorda, sob o argumento que seria fomento a "indústria de indenizações", estímulo permanente de conflitos, além do temor das punições éticas e legais ao confessarem seus próprios erros.

Conclui-se que o melhor meio é a prevenção, agir em respeito à dignidade e respeito a vida de cada pessoa.

5. Discussão De Resultados

A pesquisa foi realizada com o objetivo de desmistificar e o sensacionalismo midiático, conceituando o erro médico, analisando sua evolução histórica e como se dá a responsabilização.

Verificou-se que a referida responsabilização pode ocorrer em 3 esferas, são elas a administrativa, civil ou penal. De maneira que este trabalho focou especificamente na responsabilização Penal por erro médico e neste sentido delimitou como esta ocorre, uma vez que pressupõe a culpa e deve ser determinada por meio das facetas da culpa: negligência, imprudência ou imperícia.

Os objetivos propostos para a realização desta pesquisa foram realizados, uma vez que, a pesquisa analisou a matéria sob a luz do Direito, baseada em princípios éticos e obediência à lei, explorando ao que a legislação diz acerca da Responsabilização Penal por erro médico e explanando sobre todos os pontos relevantes acerca do tema.

Por fim chegou-se à conclusão que a precaução é essencial, porém uma vez que há muitos fatores contributivos para tal e que médicos também são humanos e, por consequência, também cometem erros, é essencial a informação da sociedade, a fim de que restou esclarecido os direitos e deverem no que diz respeito a responsabilização penal por erro médico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discorreu acerca da Responsabilização Penal do erro médico, para melhor compreensão do leitor foi introduzido o assunto a partir da Medicina Legal, especificando o erro médico. Foi abordada à evolução histórica e para maiores conhecimentos a pesquisa abrangeu o posicionamento de outro pais, por meio do direito comparado. Foi analisada a sua natureza jurídica e as disposições legais para embasamento do tema responsabilização por erro médico, diferenciando a esfera civil, administrativa e, especificamente, quanto à esfera penal. Especificou-se quanto a Responsabilização Penal por erro médico e, neste sentido analisou-se as feições da culpa, quanto a negligência, imprudência e imperícia, apuração da responsabilidade legal e sua aplicabilidade e posteriormente apresentada a forma de prevenção a eventual erro médico.

Todos os objetivos propostos para a realização desta pesquisa foram realizados, uma vez que, a pesquisa analisou a matéria sob a luz do Direito, baseada em princípios éticos e obediência à lei, explorando ao que a legislação diz acerca da Responsabilização Penal por erro médico e explanando sobre todos os pontos relevantes acerca do tema.

Constatou-se, portanto, a importância da prevenção, uma vez que há muitos fatores contributivos para a ocorrência do erro médico e levando em consideração que médicos também são humanos e, por consequência, também cometem erros, a informação é essencial para os limites dos direitos e deveres quanto a responsabilidade do profissional e, eventualmente, de pacientes e terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E WEBGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) Brasília, DF, 2010. Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> Acesso em: 11 out. 2019

BRASIL. LEI Nº 3.268, DE 30 DE SETEMBRO DE 1957. **Dispõe sôbre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências**, Brasília, DF, set 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm> Acesso em: 10 out. 2019

BRASIL. DECRETO Nº 44.045, DE 19 DE JULHO DE 1958. **Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**, Brasília, DF, jul 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm> Acesso em: 10 out. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal.** Planalto, Brasília, DF, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 out. 2019

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 22ª edição. V.1. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

CREMESP, **Juramento de Hipócrates.** Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3> Acesso em: 10 out. 2019

EYMARD, Francisco Brito de Oliveira. Responsabilidade penal do médico nos crimes próprios. Disponível em:<https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2006/23.pdf> Acesso em: 10 set. 2019

FRANÇA, G. V. Medicina Legal. 11ª edição. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan, 2017

GOMES, C. M.; FRANÇA, G. V. Iniciação à Bioética. Parte IV - Bioética Clínica. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998.

LACAVA FILHO, Nelson; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Responsabilidade penal do médico na perspectivas da sociedade do risco**. 2006.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/item/001606521> Acesso em: 12 out. 2019

MORAES, N. C. Erro médico: aspectos jurídicos**.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76381996000200002> Acesso em: 10 out. 2019

SOUZA, P. V. S. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24> Acesso em: 10 out. 2019

UDELSMANN, A. Responsabilidade Civil, Penal E Ética Dos Médicos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ramb/v48n2/a38v48n2.pdf> Acesso em: 10 out. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EMBARGOS DE TERCEIRO

CLEITON APARECIDO DE ASSIS ARANON:
Bacharelando do Curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Brasil, Curso de Direito, Campus de Fernandópolis, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador: Prof.Me.Marcia Kasume Pereira Sato

RESUMO: A presente pesquisa aborda características dos embargos de terceiro, que podem ser conceituados como instrumento processual empregado pelo terceiro para livrar seus bens da constrição, determinada em processo do qual não participa. Decorrente dos elevados princípios da Constituição da República, especialmente o devido processo legal, sem o qual não poderá o indivíduo ser privado de seus bens, o instituto processual possui origem anterior à Lei 13.105/2 015 – Código de Processo Civil (CPC), uma vez que fora previsto já na Lei 5.869/1973. Destarte, observa-se que os embargos de terceiro, da forma como concebidos no ordenamento jurídico, trata-se de ação autônoma que almeja desconstituir a constrição determinada em outro processo judicial, cujas hipóteses de cabimento, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, deixaram de ser expressamente enumeradas, isto é, houve alargamento das possibilidades de utilização da ferramenta, desde que preenchidos os requisitos legais contidos no artigo 674 e seguintes do CPC. No entanto, a despeito da liberdade para manuseio dos embargos, conforme esclarecido, tanto a legislação processual quanto a jurisprudência – especialmente dos tribunais superiores, impõem balizas a serem observadas na utilização desarrazoada e protelatória do instituto. Assim, faz-se necessário analisar os principais pronunciamentos jurisprudenciais, mormente aqueles consubstanciados em enunciados sumulados, para elucidação da temática. Nesse sentido, este trabalho possui como fonte livros, jurisprudência e legislação pertinentes, explicitando conceitos e contextos inerentes, evidenciando que os embargos de terceiro se mostram como inequívoca materialização do princípio do devido processo legal, assegurando a defesa da posse e propriedade do terceiro prejudicado.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de terceiro; Devido processo legal; Constrição.

ABSTRACT: This research addresses characteristics of third party embargoes, which can be conceptualized as a procedural instrument employed by the third party to free its assets from constriction, determined in a process in which it does not

participate. Due to the high principles of the Constitution of the Republic, especially due process of law, without which the individual cannot be deprived of his assets, the procedural institute originates before Law 13,105/2015 (New Code of Civil Procedure), once already provided for in Law 5,869/1973. Thus, it is observed that the third party embargoes, as conceived in the legal system, is an autonomous action that aims to disregard the constriction determined in another judicial process, whose chances, with the advent of the Civil Procedure Code of 2015, are no longer expressly listed, that is, the possibilities of using the tool have been extended, provided that the legal requirements contained in article 674 et seq. Of the CPC are fulfilled. However, despite the freedom to handle embargoes, as clarified, both procedural law and case law - especially of higher courts - impose beacons to be observed in the unreasonable and delaying use of the institute. Thus, it is necessary to analyze the main jurisprudential pronouncements, especially those embodied in summary statements, to elucidate the theme. In this sense, this work has as source books, relevant jurisprudence and legislation, explaining inherent concepts and contexts, showing that third party embargoes are unambiguous materialization of the principle of due process, ensuring the defense of possession and property of the injured third party.

KEYWORDS: Third party embargoes; Due process of law; Constriction.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL. 3. NATUREZA JURÍDICA. 4. HIPÓTESES DE CABIMENTO. 5. LEGITIMIDADE ATIVA. 6. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. 7. CABIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA. 8. PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS. 8.1. Contrato de promessa de compra e venda. 8.2. Defesa de meação por cônjuge. 8.3. Fraude contra credores. 8.4. Honorários advocatícios de sucumbência. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 10. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Ante as concepções advindas do Constitucionalismo contemporâneo, especialmente a influência exercida pelo denominado Neoconstitucionalismo sobre o direito brasileiro, o processo judicial deve pautar-se não apenas por critérios legais, mas também constitucionais, haja vista a incidência de normas inscritas diretamente na Carta Política sobre as relações jurídicas, especialmente processuais.

Deste modo, em estrita obediência ao comando contido na Constituição da República, essas relações devem ser orientadas, notadamente, pelas premissas de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF/88), bem como de que "aos litigantes, no processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, CF/88).

No entanto, embora a função típica do Poder Judiciário seja exercer a atribuição jurisdicional, especialmente ao apreciar conflitos de interesses e entregar aos litigantes a decisão mais justa ao caso que lhe fora apresentado, esta incumbência encontra limites, até porque é incabível a interferência na esfera privada do indivíduo (propriedade, liberdade, etc.) sem que haja o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

Para salvaguardar os direitos eventualmente violados, inúmeros mecanismos jurídicos foram criados pelo ordenamento, cujas finalidades serão correspondentes aos bens tutelados. Nesse panorama, um importante instrumento elaborado para proteção dos bens privados contra atos do próprio Poder Judiciário são os embargos de terceiro.

Prevista no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), esta ferramenta possui especificamente o objetivo de desfazer a interferência indevida sobre bens daquele que não é parte em processo judicial, a partir do qual houve a expedição da ordem de constrição ou em que esteja na iminência de expedi-la.

Ocorre que o próprio estatuto processual delimita os contornos práticos dentro dos quais caberá utilizá-la, sendo imperioso, portanto, tratar de seu conceito, previsão legal, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, algumas das matérias alegáveis e os principais entendimentos jurisprudenciais para que possa ser analisado, com a devida técnica, este importante instrumento processual de defesa do patrimônio.

2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

A fim de sintetizar o conhecimento de maneira lógica, faz-se necessário explorar o conceito do instituto em apreço. Inicialmente, os eminentes doutrinadores Cunha e Rossato (2018) asseveram que "constituem embargos de terceiro a ação na qual o terceiro (aquele que não é parte no processo) busca livrar determinado bem da constrição". O conceito apresentado, embora pareça singelo, traz alguns pontos que merecem exploração mais detalhada.

De início, tem-se que os embargos de terceiro são ação, isto é, constitui-se demanda autônoma que, embora tenha relação com outro processo (em geral um cumprimento de sentença – art. 513 e seguintes – ou uma execução de título extrajudicial – art. 771, ambos do Código de Processo Civil), não são incidentes ou mesmo apensos do processo a partir do qual emanou a ordem de constrição. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

verdade, instaure-se uma nova lide entre o terceiro prejudicado e o credor da ação onde determinou-se eventualmente a intervenção no bem.

Esta demanda autônoma deve ser iniciada por terceiro, que não seja parte do processo principal. A regra aqui é simples: se o prejudicado é parte no processo onde ocorreu a ordem de constrição, sua defesa será feita naqueles próprios autos, podendo alegar impenhorabilidade do bem (art. 833, do CPC) ou mesmo requerendo a substituição da penhora (art. 847, CPC), caso "comprove que será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente".

Logo, a denominação de "terceiro" indica pessoa alheia ao processo que, a despeito desta condição, tem invadida sua esfera patrimonial mediante constrição ou ameaça de constrição a algum bem que lhe pertence. Por fim, dentro do conceito apresentado, torna-se nítido o objetivo dos embargos de terceiro, qual seja livrar o bem da constrição que, pelas razões indicadas pelo embargante, é indevida.

Assim, destrinchado o conceito, para melhor entendimento acerca do tema, cabe analisar o dispositivo legal que encampa a temática no ordenamento jurídico. Encontra previsão no Capítulo VII, denominado "Dos Embargos de Terceiro", que está inserido no Título III – Dos Procedimentos Especiais, do Código de Processo Civil de 2015, cujo teor é o seguinte:

> Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Como elencado anteriormente, os embargos de terceiro são ferramentas que objetivam livrar bens da pessoa de constrição indevida, trazendo o dispositivo legal a indicação de "direito incompatível" com o ato constritivo. O artigo em comento ampliou significativamente a abrangência dos embargos, visto que deixou de delimitar estritamente as hipóteses de cabimento, como ocorria no Código de Processo Civil revogado de 1973, que em seu art. 1.046, previa:

> Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda que desconsiderada a linguagem utilizada pelo legislador, certo é que havia delimitação das hipóteses de cabimento, mediante indicação expressa das ações judiciais nas quais poder-se-ia ocorrer "ato de apreensão judicial" a respeito do qual o terceiro pretenderia defender-se. Ocorre que a disciplina exaustiva das hipóteses, além de delimitar excessivamente as possibilidades de cabimento, poderia ser acarretar interpretação em contrário *sensu*, impedindo a utilização dos embargos em situação que demandaria a insurgência do instituto.

Diante dessa análise, observa-se que os embargos de terceiro, atualmente, deixaram de ser oponíveis apenas quando efetivamente ocorrer a apreensão do bem por meio de turbação ou esbulho judicial. Na atual conjuntura jurídica, poderão ser interpostos tão logo haja ameaça de constrição, seja apenas com o deferimento do registro de penhora pelo juízo da execução, seja com a premência da factual constrição (expedição de mandado de remoção e depósito, etc.).

No entanto, permanece a necessidade de se compreender o que seria exatamente "direito incompatível com o ato constritivo". Em primeiro plano, define Gonçalves (2009) que constrição é:

> [...] o modo pelo qual o titular da coisa perde a faculdade de dispor livremente dela. É o meio pelo qual o titular é impedido de alienar a coisa ou onerá-la de qualquer outra forma. São exemplos de constrição judicial a penhora, o arresto, o sequestro, entre outros.

Logo a constrição é gênero da qual a penhora, o arresto ou o sequestro é espécie. O mais importante é extrair que a constrição é, pela própria semântica da palavra, é a limitação do exercício inerente ao direito de posse ou propriedade. Disto sobressai quais são os direitos incompatíveis com a constrição, isto é, o exercício da propriedade, da posse, mormente pela retirada da coisa do poder de seu proprietário, porquanto tais direitos sejam exercidos de boa-fé pelo terceiro prejudicado.

Destarte, os embargos de terceiro objetivam garantir os exercícios dos direitos inerentes à propriedade e posse de bem que, indevidamente, esteja sob ato de constrição judicial ou na iminência de ocorrer, cujas hipóteses de cabimento, de modo não exaustivo, serão analisadas em momento oportuno.

3. NATUREZA JURÍDICA

A questão em torno da natureza jurídica é tratada de forma brilhante pelo eminente doutrinador Nery Junior (2019):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração na posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser.

O destaque recai sobre a natureza de ação de conhecimento (que demanda dilação probatória) e sua especial característica de ação constitutiva negativa, isto porque desmonta determinada relação jurídica, que, no caso dos embargos de terceiro, é o desfazimento da constrição indevida.

Apenas corroborando o que restou inscrito acima, Cunha e Rossato (2018) ensinam que "os embargos de terceiro se constituem em procedimento de jurisdição contenciosa por meio do qual se busca desfazer a constrição judicial que se entende indevida, já realizada ou na iminência de ser". Assim, conforme esclarecido no tópico relativo ao conceito do instituto em apreço, pertence à jurisdição contenciosa, por corolário demanda dilação probatória conforme necessitar o caso concreto.

4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Como mencionado anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 deixou de tratar de forma exaustiva sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de terceiros, como fazia o seu antecessor. Com base nessa alteração paradigmática, a função de delimitar quando deverão ser aceitos os embargos fora incumbida ao juiz de direito que analisará o caso concreto.

Todavia, não significa que os embargos poderão ser indiscriminadamente utilizados, ou seja, para discussão de quaisquer situações, uma vez que há parâmetros que balizam a incidência do instituto. Nesse sentido, o art. 677 do CPC/2015 expressamente prevê que "na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas".

Portanto, caso não haja o cumprimento de tais requisitos, naturalmente poderá o juiz indeferir a inicial, nos termos do art. 485, do CPC, extinguindo o processo sem análise do mérito. Cabe ressaltar que os requisitos específicos indicados no art. 677 não excluem os genéricos contidos no art. 319, ambos do Código de Processo Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, embora seja missão árdua – quiçá desnecessária e inalcançável – esmiuçar cada uma das possibilidades de utilização dos embargos de terceiro, algumas hipóteses podem ser elencadas para melhor compreensão do tema. Como esclarecido, deve existir um ato de constrição ou, ao menos, sua iminência, que, para efeitos práticos e acadêmicos, considerar-se-á a penhora.

Cunha e Rossato (2018) definem penhora como "ato executivo destinado à apreensão de bens do devedor, vinculando-os à execução". Assim, sendo, é possível imaginar determinado cumprimento de sentença em que o credor requeira a penhora de um imóvel, cuja matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis respectivo indique o executado como proprietário, portanto o juiz defere o registro de penhora junto à matrícula do referido bem.

Embora o procedimento para satisfação da dívida mediante penhora deste bem não se encerre nesta oportunidade, obviamente constitui uma medida constritiva que, caso regular, torna-se necessária para que haja o adimplemento da obrigação. Todavia, havendo um terceiro (que não participe da relação processual existente) e que possua direitos sobre o bem (uma escritura de compra e venda do imóvel legitimamente anterior à penhora), mostra-se indevida a restrição determinada. Eis uma hipótese prática de utilidade dos embargos de terceiro, pois por meio deles poderá o terceiro obter o desfazimento da constrição que, no caso narrado, mostra-se indevida.

Esta lógica segue nas inúmeras situações em que possa ocorrer a indevida constrição, da qual poderá o terceiro livrar-se, caso comprove que realmente é indevida. Afinal, é manifestamente ilegítima e ilegal a imputação de dívida a quem não é devedor, e mais ofensivo ainda embaraçar-lhe a propriedade ou posse dos bens em consequência.

5. LEGITIMIDADE ATIVA

A identificação do componente do polo passivo do procedimento especial estudado é encargo simples e não exige maiores considerações, visto que bastará localizar o integrante polo ativo da ação executória na qual houve a ordem de constrição, isto é, quem se aproveitará do ato constritivo reputado indevido. Por outro lado, a legitimidade ativa dos embargos de terceiro merece destaque.

O terceiro indicado pela lei ostenta a qualidade de ser alheio ao processo principal (execução) do qual emana a constrição. Na definição de Cunha e Rossato (2018) são:

> Aqueles que, embora não sejam parte no processo, sofram constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possuam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ou sobre os quais tenham direito incompatível com o ato constritivo. Poderão ser o proprietário do bem, admitindo a lei que sejam fiduciários ou possuidores.

Cabe ressaltar, mais uma vez, que o terceiro poderá ser tanto o proprietário quanto o possuidor do bem, conforme expressamente previsto no art. 674, §1º, do CPC: "Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor". Ocorre que o Código de Processo Civil equipara a terceiro, para fins de legitimidade ativo dos embargos, os seguintes:

> Art. 674, §2º. I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843; II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução; III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte; IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Nota-se, portanto, que tais hipóteses são relativas à meação por ocasião de sociedade conjugal, alienação realizada em fraude à execução, desconsideração da personalidade jurídica e garantia real, ou seja, em maior parte temas relacionados ao direito material. Mas tratam de terceiros que, numa análise objetiva, poderiam não ser assim considerados, a despeito da invasão patrimonial que sofreriam ainda que indiretamente.

Basta uma análise atenta para que se chegue a essa conclusão. Afinal, o cônjuge que não faz parte da relação processual deve ter seus direitos preservados, embora a princípio não seja essencialmente terceiro. Do mesmo modo, o credor que possui garantia real em relação a determinado bem, embora não seja seu proprietário, sofrerá prejuízo caso não possa exercer o direito de preferência que lhe é garantido, razão pela qual a lei o equipara a terceiro.

6. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO

Os embargos de terceiro não possuem um prazo específico para interposição, o que não significa, todavia, que não haja limitações temporais. O Código de Processo Civil, em seu art. 675, disciplina a matéria da seguinte forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Além dessas duas hipóteses, Cunha e Rossato (2018) descrevem que se a constrição ocorrer em razão da declaração de fraude à execução, há de se observar a existência de regra especial, concedendo-se o prazo de 15 dias para que o terceiro adquirente, a partir de sua intimação, possa apresentar os embargos de terceiro.

7. CABIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA

A temática da tutela provisória nos embargos de terceiro afigura-se tema de considerável relevância, considerando que a medida se volta contra uma constrição judicial indevida que já ocorreu ou está na iminência de ocorrer. Logo, os embargos, por sua própria natureza, demandam medidas urgentes e atuação enérgica do Poder Judiciário, a fim de evitar o perecimento do direito.

Ocorre que, diante da importância desse tema, o Código de Processo Civil não deixou de discipliná-lo, e o fez em seu artigo 678, estabelecendo que a tutela será de evidência, ou seja, em que pese a celeridade demandada pela medida, o Código não incluiu a urgência como requisito para a concessão da medida provisória:

> A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido. Parágrafo único. O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Com isso, percebe-se a clara preocupação do legislador com a manutenção dos direitos do terceiro que sofra constrição indevida, até porque mostra-se muito mais prudente que sejam impedidos os atos expropriatórios até que sejam julgados os embargos. Em verdade, como esclarece Cunha e Rossato (2018), "é praxe a concessão do efeito suspensivo quando do recebimento dos embargos de terceiro, apesar de não existir regra legal que o determine expressamente".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

8. PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Os embargos de terceiro não são matéria recente no direito brasileiro, uma vez que já eram previstos no revogado Código de Processo Civil de 1973. Assim, ao longo dos anos, inúmeros posicionamentos jurisprudenciais foram adotados, culminando, alguns deles, em súmulas dos Tribunais Superiores, especificamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, as quais merecem a devida atenção, considerando a importância dos temas correlatos.

8.1. Contrato de promessa de compra e venda

Ainda no ano de 1984, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 621, com o seguinte teor: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis". Com este entendimento o Pretório Excelso assentou a impossibilidade de o adquirente de imóvel, cujo compromisso de compra e venda não fora registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis, interpor embargos de terceiro.

Com isto, vendas regradas pela informalidade, sem o devido registro, não eram oponíveis em face de penhoras sobre o imóvel, porquanto efetivamente não houve a transferência do bem, que demanda escritura pública, conforme art. 1.245 do Código Civil: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel".

Ocorre que, com o advento da Constituição da República de 1988, a função de uniformizar entendimento jurisprudencial a respeito de interpretação de lei federal (art. 105, CF/88) passou a ser do Superior Tribunal de Justiça. Assim, posteriormente, em 1993, o referido Tribunal Superior editou a Súmula 84, com o seguinte teor: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

Com a edição desta súmula houve uma grande reviravolta na hipótese de cabimento dos embargos de terceiro, especificamente quando envolvessem alegação de posse decorrente de compromisso de compra e venda de imóvel, posto que até então não eram aceitos para aventar este direito, informado pela precariedade do instrumento constitutivo. Com o surgimento de diversos questionamentos a respeito de qual das súmulas eram aplicadas, o Supremo Tribunal Federal suplantou a questão, ao indicar que o STJ é quem detém atribuição para a espécie de matéria analisada:

> Em face da Constituição Federal de 1988, desdobrado, que foi, o Recurso, em extraordinário e especial (artigos 102, III, "a", "b" e "c", e 105, III, "a", "b" e "c"), coube ao Superior Tribunal de Justiça apreciar a matéria infraconstitucional, objeto deste último, relacionada com a Súmula 621 do S.T.F., segundo a qual 'não enseja embargos de terceiro a penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis. E o fez, mantendo o acórdão recorrido, com trânsito em julgado. (RE 119.937, rel. min. Sydney Sanches, 1ª T, j. 16/5/1995, DJ de 15-9-1995).

Hoje em dia a questão já não se mostra controversa, uma vez que os diversos tribunais pátrios se utilizam apenas da Súmula 84, elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça. Apenas para exemplificar, este entendimento tem sido adotado nos recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> EMBARGOS DE TERCEIRO – Escritura de compra e venda de bem imóvel – Hipótese em que, mesmo diante da ausência de registro, há que se privilegiar a boa-fé da adquirente do imóvel – Aplicação da Súmula 84 do STJ que superou o disposto na Súmula 621 do STF – É insuficiente a ocorrência de citação válida do devedor em demanda capaz de reduzi-lo à insolvência – Necessidade também de registro de penhora sobre o bem alienado ou demonstração pelo credor de que o terceiro adquirente agiu em "consilium fraudis" com o devedor, requisitos ausentes na hipótese em tela – Não configuração da fraude – Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP. Apelação Cível 0000230-22.2011.8.26.0660; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Viradouro - Vara Única; Data do Julgamento: 16/03/2018; Data de Registro: 16/03/2018). (Destaque não constante do original).

E ainda:

> RECURSO – Apelação – Insurgência contra a r. sentença que julgou procedentes os "embargos de terceiro" – Inadmissibilidade – Cerceamento de defesa e sentença "extra petita" não configuradas – É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro – Inteligência da Súmula 84 do STJ

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que tornou sem efeito a Súmula 621 do STF – Fraude à execução – Imóvel – Ausência de elementos probatórios que coloquem em dúvida a boa-fé dos embargantes – Aplicação da Súmula 375 do STJ – Fraude à execução não caracterizada – Resistência injustificada do embargado ao pedido de levantamento da penhora - Condenação do embargado ao pagamento das verbas de sucumbência mantida - Recurso improvido. (TJSP. Apelação Cível 1012523-28.2017.8.26.0100; Relator (a): Roque Antônio Mesquita de Oliveira; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/08/2017; Data de Registro: 30/08/2017). (Destaque não constante do original).

8.2 Defesa de meação por cônjuge

Eventualmente, poderá uma penhora recair sobre determinado imóvel que não pertença apenas ao executado, mas também ao seu cônjuge ou companheiro, que é considerado terceiro – como visto anteriormente (art. 674, §2º, I, CPC). Assim, este poderá defender a meação que lhe compete utilizando-se dos embargos de terceiro, mesmo que tenha sido regularmente intimado sobre a constrição.

Este foi o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do verbete 134: "Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

8.3 Fraude contra credores

O Código Civil, em seu artigo 158 define a fraude contra credores: "Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos". Assim, os credores sem garantia poderão pleitear a anulação de negócios jurídicos celebrados nas hipóteses elencadas.

A ação correta para anular o negócio jurídico fraudulento é denominada ação revocatória ou ação pauliana. Logo, embora o credor ludibriado esteja, na prática, defendendo seus interesses ao pleitear a anulação de negócio jurídico do qual não participou, isto é, atuante na condição de terceiro, não podem ser utilizados os embargos de terceiro para esta finalidade.

Esta atecnia jurídica reiteradamente alcançou os tribunais brasileiros, de modo que, após saturadas demandas e controvérsias a este respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 195, cujo teor é o seguinte: "Em embargos de

terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores". Portanto, não são aceitos embargos de terceiro nesta hipótese, devendo o terceiro prejudicado pela fraude utilizar os instrumentos próprios (ação pauliana).

8.4 Honorários advocatícios de sucumbência

Outra questão recorrente que demandou uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça refere-se aos honorários sucumbenciais decorrentes dos embargos de terceiros. Afinal, os embargos de terceiro envolvem duas demandas e, no mínimo, três pessoas distintas: no processo principal (exequente e executado) e nos embargos de terceiro o embargante (terceiro em relação à demanda principal) e embargado (geralmente o exequente naqueles – parte atuante em ambos os processos).

Assim, para dirimir a questão sobre a quem deve ser imputado o pagamento dos honorários, o STJ editou a Súmula 303, definindo que "em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios". Logo, deve ser observado quem se aproveitaria da constrição que ensejou a interposição dos embargos, pessoa que se tornará responsável pelo pagamento dos honorários.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aparelho jurídico brasileiro é constituído primordialmente pelo sistema *civil law*, também conhecido como romano-germânico, cujo surgimento remonta os primeiros séculos do milênio passado, pregando a codificação do direito, o qual passa a registrar de forma escrita as normas que regem a sociedade, em contraposição da orientação consuetudinária – própria do sistema *common law*. Por conta dessa influência, são elaboradas leis que regulam as mais diversas situações do cotidiano, visto que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF/88).

Assim, diante deste emaranhado de previsões legais, os mecanismos de defesa dos direitos individuais, seja em face do Estado ou mesmo de outros particulares, possuem extensa previsão legal e constitucional. Desse modo as medidas judiciais pleiteáveis, em sua maioria, são nominadas, como, por exemplo: mandado de segurança, ação pauliana, embargos à execução, embargos de terceiro, reconvenção, entre muitas outras.

Inseridos nesse emaranhado de possibilidades se encontram os embargos de terceiro, os quais, como visto, destinam-se a desfazer constrição que recaiu sobre bem daquele que não integra a relação jurídico-processual originária. Logo, abordou-se, outrossim, na presente pesquisa, as principais hipóteses de cabimento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamento e os mais proeminentes aspectos jurisprudenciais atinentes ao tema do trabalho.

Com isso, observou-se que, dadas as especificidades que adornam os embargos de terceiro, dentro do sistema jurídico pátrio, esta ferramenta mostra-se essencial para que, dentro das próprias funções do Poder Judiciário, seja preservado o Estado Democrático de Direitos, no qual a atuação estatal pauta-se por critérios legais, de sorte a não interferir na propriedade do indivíduo sem o devido processo legal.

A criação de procedimento próprio, com contornos adequados à sua finalidade, faz dos embargos de terceiro genuína ação autônoma, com todas as características correspondentes, inclusive possibilidade de dilação probatória, tutela de urgência, início de demanda secundária (denunciação à lide e chamamento ao processo), entre diversas outras possibilidades.

Afinal, por tratar-se de uma materialização processual do direito de defesa e, especialmente, da garantia dos princípios processuais mais caros ao direito brasileiro, expressamente elencados na Constituição da República, devem ser inarredavelmente orientados pelos ditames da legalidade, com todos as possibilidades defensórias da propriedade (art. 5º, XXII, CF/88) previstas em lei.

10. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10/10/2019.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05/10/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01/10/2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 84. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula84.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 134. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula134.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 195. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula195.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 303. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula303.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 119.937. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1624>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmulas do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acórdão 0000230-22.2011.8.26.0660. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11275740&cdForo=0>. Acesso em 10/10/2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acórdão 1012523-28.2017.8.26.0100. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10747371&cdForo=0>. Acesso em 10/10/2019.

CUNHA, Maurício Ferreira; ROSSATO, Luciano Alves. **Processo Civil para concursos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMIGRAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO: GLOBALIZAÇÃO, IMIGRAÇÃO, EMIGRAÇÃO E SEUS EFEITOS

CLAUDINEI MARQUES DOMINGO:
Graduando do curso de Direito da Universidade Brasil Campus Fernandópolis - SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Me. Rodrigo Freschi Bertolo e Prof. Me. Érica Molina dos Santos.

RESUMO: A história nos conta sobre a imigração como uma solução para problemas e situações que possam surgir ao longo da trajetória de vida de qualquer cidadão mundial. Essas situações de imigrações, podem acontecer por vários motivos, sejam eles espontâneos ou forçosos, para buscar condições de vida melhor, ou simplesmente sair de uma zona de conflito diversos, de guerras, perseguições políticas, religiosas, escassez de trabalho, financeiras, por insatisfação do local de origem etc. Muitos são os propósitos que levam um indivíduo ou grupo de pessoas a migrarem de um local para o outro ou até mesmo para outros países. Porém, em comum observa – se que todos buscam a mesma coisa, melhores condições de vida e respeito aos direitos fundamentais e naturais de qualquer ser humano, ou seja, condições dignas de subsistir com dignidade. Denota – se que o início de todo esse processo se dá com uma migração mais humanizada, fraterna e acolhedora, atendendo de maneira simples e objetiva as necessidades mínimas de cada indivíduo que se encontra nessas situações.

Palavras-chave: Imigração; Globalização; Refugiados; Crise.

ABSTRACT: History tells us about migration as a solution to problems and situations that may arise throughout the life course of any world citizen. These immigration situations can occur for various reasons, whether spontaneous or forced, to seek better living conditions, or simply to leave a zone of diverse conflict, war, political, religious persecution, scarcity of work, finances, local dissatisfaction. origin etc. There are many purposes that lead an individual or group of people to migrate from one place to another or even to other countries. However, in common observations - if all buses are in the same thing, better living conditions and respect for the fundamental and natural rights of any human being, that is, decent living

conditions with dignity. This process begins with a more humanized, fraternal and welcoming detection, taking into account simple and objective ways such as the minimum demands of each individual in these situations.

Keywords: Immigration; Globalization; Refugees; Crisis.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. IMIGRAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO. 2.1 Globalização, imigração, emigração e seus efeitos. 3. IMIGRANTES NO BRASIL. 4. IMIGRAÇÃO NA EUROPA. 5. POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO NO BRASIL. 6. IMIGRAÇÃO E A CRISE HUMANITÁRIA NO MUNDO. 7. A CRISE E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES. 7.1 Integração local. 7.2 Reassentamento. 7.3 Repartriação voluntária. 7.4 Reunião familiar. 7.5 Assistência em dinheiro. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O estudo tem em seu enfoque discorrer tanto sobre fenômeno chamado globalização quanto sobre imigração e emigração e seus mais variados efeitos; globalização surgiu primeiro com os povos que desejavam conquistar novos continentes, desbravando, colonizando até os lugares mais longínquos, depois veio a segunda fase da globalização com a revolução industrial e agora vivemos a terceira fase de globalização essa na sua essência digitalizada (conectada), tornando tudo e todos cada vez mais próximos, nada parece tão distante e inacessível após essa realidade digital que o mundo vive.

Com isso, a imigração que já era algo praticado por povos e/ou pessoas das mais variadas regiões do mundo, passou a ser mais utilizado sejam esses por motivos voluntários ou obrigatório, contra a própria vontade, dados esses divulgados pelos órgãos fiscalizadores responsáveis pelo controle migratório mundial dentre eles o mais significativo a ONU (Organizações Das Nações Unidas), tal realidade hoje está classificada como crise humanitária pois, o volume de povos e/ou pessoas que migram ou se refugiam fora de seus países ou região de origem são alarmantes, fatos esse, que estimula órgão competentes à organizarem e a desenvolverem políticas que facilitem e direcionem de forma ilibada todo o mundo para praticarem uma acolhida mais humanista para tais pessoas que sofrem com essa realidade que na maioria das vezes é totalmente indesejada.

O estudo nos mostra que é precisa direcionar, orientar, desenvolver, praticar políticas e diretrizes governamentais com cunho humanista fraterno, pois, as pessoas que se utilizam desse meio, necessitam de apoio na sua totalidade, tanto material quanto sociológico e principalmente psicológico.

2. IMIGRAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1 Globalização, Imigração, Emigração e seus Efeitos

O movimento de pessoas em virtude da globalização é constantemente estudado. A globalização interfere nas sociedades de muitas formas transformando-as, aproximando-as ainda mais. A primeira globalização se deu com a descoberta e domínio de novos continentes, a segunda com a mercantilização mundial e atualmente vivemos a terceira globalização, que em virtude das ferramentas virtuais disponibilizadas ao cidadão, acelerou todo o procedimento transcultural dos povos do mundo, locais onde não haviam acessos com essa permissividade digital, se tornaram acessíveis do ponto de vista digital.

Já à imigração é entrada de indivíduo ou grupo de indivíduos estrangeiros em determinado país, para trabalhar e/ou para fixar residência, permanentemente ou não. Por analogia, estabelecimento de indivíduo ou grupo de indivíduos em cidade, estado ou região de seu próprio país, que não a sua de origem. Imigrante é aquele que imigra, ou seja, aquele que entra em um país estrangeiro, com o objetivo de residir ou trabalhar. O imigrante é visto pela perspectiva do país que o acolhe, é o indivíduo que veio do exterior. O termo imigração se aplica só as pessoas que pretendem fixar residência permanente no país adotivo, participando da vida social.

Emigração é o êxodo de indivíduos ou grupos, considerado do ponto de vista do país de origem. No âmbito sociológico, a emigração consiste no abandono voluntário do seu país de origem, por motivos políticos, econômicos, religiosos etc.

Várias são as razões que conduzem à imigração, busca de subsistência, busca de trabalho ou riqueza, pressões políticas, religiosas ou radicais ou simplesmente por não concordar com a sociedade em que nasceu. Considera-se a imigração um fenômeno demográfico de grande importância em virtude do grande número de efetivo humano envolvido e também pelos efeitos políticos, religiosos e culturais.

Acerca dos fluxos migratórios a Luciana de Oliveira Dias (2014) disse:

> Os fluxos migratórios internacionais são caracterizados pela mobilidade e deslocamento de grupos humanos e dizem respeito a desejos e aspirações por mudanças que impulsionam as pessoas para fora do seu lugar. São efetivadas por esses agentes estratégias de deslocamento que vão se construindo desde a partida da terra natal, da travessia das fronteiras, da chegada e da tentativa de permanência em um lugar estranho. Uma consideração importante acerca do migrante é que ele é antes de qualquer coisa uma "construção

> social" (Migrações, trabalho e capitais Goianos (as) no Mundo: um diagnóstico dos processos migratórios internacionais)

Quanto à Globalização, sabemos tratar-se de um fenômeno inegável e suas consequências estudadas mundo a fora ainda é objeto de estudo de muitos. Trata-se de processos de escala global que atravessam fronteiras nacionais e internacionais integrando e conectando comunidades e organizações em novas configurações de espaço e tempo, tornando as experiências do mundo interconectado. Assim Ilustra Zygmunt Bauman:

> À globalização está na ordem do dia: uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, globalização é o que devemos fazer se quisermos ser felizes: para outros é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém globalização é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo globalizados. (Bauman,1999. p.7)

Este processo chamado "globalização" apresenta fenômenos sociais que às vezes causa uma união de povos, em outras ocasiões uma divisão. Para Stuart Hall, a história da globalização coincide com a era da exploração e da conquista europeia e com a formação dos mercados capitalistas mundiais (Hall, 2003, p.35).

O estudioso nos ensina ainda que:

> À globalização tem causado extensos efeitos diferenciadores no interior das sociedades ou entre as mesmas. Sob essa perspectiva, a globalização não é um processo natural e inevitável, cujos imperativos, como o destino, só podem ser obedecidos e jamais submetidos ou variação. Ao contrário, é um processo homogeneizante. É estruturado em dominância, mas não pode controlar ou estruturar tudo dentro de sua órbita. De fato, entre seus efeitos inesperados estão as formações subalternas e as tendências emergentes que escapam ao seu controle.

Estes fenômenos e encontros culturais representam uma nova configuração cultural, formando comunidades cosmopolitas via processos de transculturação e miscigenação. Estas ondas de interconexão causam uma transformação social que atingem o globo como um todo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, as comunidades que outrora eram isoladas têm sofrido influência direta deste alcance entre as culturas. À medida em que os povos se interagem parte daquela identidade primária e local é tomada por novos modos de vida que aos poucos vão alterando criando a sociedade cosmopolita, transcultural e globalizada que observamos hoje em dia.

3. IMIGRANTES NO BRASIL

O processo de imigração no Brasil começou a ser mais significativo em 1808, com a vinda da família real e a abertura dos portos marítimos. Mais tarde, em 1850, o número de imigrantes subiu quando cessou o tráfico de escravos. A maior parte dessa vinda de imigrantes para o país esteve ligada à necessidade de mão de obra para a lavoura cafeeira e foi uma iniciativa do Estado e das entidades privadas, principalmente de fazendeiros.

Os principais grupos de imigrantes que chegaram ao Brasil, durante esse período, foram os portugueses, italianos, espanhóis, japoneses, alemães, eslavos e sírio-libaneses.

A falta de trabalho, necessidades de desbravar novos horizontes e por últimos os conflitos como guerras mundiais, foram os principais motivos dos movimentos migratórios ocorridos da Europa e da Ásia para as Américas nos séculos XV, XVI, XVII, XVIII e XIX e também no início do século XX muito embora houvesse também o interesse na entrada de imigrantes, por razões demográficas ou para o "branqueamento" de sua população (REVISTA USP, São Paulo, n.46, p. 6-29, junho/agosto 2000), por parte dos países de acolhimento.

Durante o século XIX e início do século XX, a situação econômica e política em países da Europa como a Itália, a Alemanha, a Espanha e a Irlanda, e de diversos povos e o domínio dos impérios austro-húngaro, russo e otomano produziu grandes levas de imigrantes. Por outro lado, nações do Novo Mundo com rápida expansão econômica na indústria ou agricultura como: (Estados Unidos, Brasil, Argentina, Uruguai, Chile), necessitavam aumentar sua mão de obra para continuar sua expansão. O resultado foi uma grande imigração europeia para as Américas, principalmente.

Italianos, que se estabeleceram principalmente nos Estados Unidos, Brasil, Argentina, Uruguai, China e Austrália, Espanhóis, que se radicaram na Argentina, Chile, Brasil e Cuba; Portugueses, que se fixaram nos Estados Unidos, Brasil, Canadá e, Venezuela; Alemães, que se dirigiram para os Estados Unidos, Brasil, Argentina e Chile; Croatas, que se dirigiram para Chile, Argentina e Brasil. Eslavos, Poloneses, Russos e Ucranianos, que se radicaram nos Estados Unidos, África, Canadá, Brasil, Argentina e Chile.

Alguns desses povos ou grupos eram vítimas de discriminações e perseguições em seus países de origem, como os judeus da Europa Oriental, e os armênios que viviam no Império Otomano. Nos países de acolhimento muitos encontraram tolerância, liberdade religiosa e condições de prosperarem economicamente.

Do Oriente Médio para as Américas pode-se especialmente destacar a corrente imigratória de povos árabes, principalmente palestinos, sírios e libaneses, que se fixaram no Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e outros, incluindo tanto cristãos quanto muçulmanos. Também vieram numerosos contingentes de japoneses, chineses, indianos (estes em geral se fixaram nas colônias inglesas, como a Guiana) e, a partir do século XX, coreanos. O fluxo da Europa Ocidental para as Américas reduziu-se com o início da Primeira Guerra Mundial, principalmente os oriundos de países como Itália e Alemanha, que se envolveram em conflito.

Também ouve grande migração do continente asiático para o Brasil, uma expressiva imigração japonesa que iniciou-se a partir de 1908, quando atracou no país o navio Kasato Maru trazendo as primeiras famílias. O fluxo de japoneses se estancou com o início da Segunda Guerra Mundial e foi retomado no pós-guerra, mas em escala menor. Os chineses de Taiwan seguiram a rota da emigração japonesa para o Brasil a partir dos anos 60. Após a Guerra da Coreia começaram a chegar ao Brasil os primeiros imigrantes coreanos e, mais recentemente, com crescimento após os anos 80, chineses do continente.

4. IMIGRAÇÃO NA EUROPA

A Europa já foi um continente mais aberto às imigrações, principalmente em momentos do pós-guerra, que serviram como uma maneira de haver uma "reposição" de pessoas e também servir como mão de obra barata para sua reconstrução.

Hoje o controle está sendo elaborado focando uma maior rigidez no momento que o imigrante chega ao seu destino com relação ao fato dessas pessoas terem ou não qualificação profissional. Outro fator que é evidenciado é o de pertencentes a certos grupos religiosos, habitantes de países em guerra, países em extrema situação de pobreza ou países com fama de "exportadores de drogas" terem maiores dificuldades em obter vistos de moradia ou trabalho em certos países da Europa, havendo um rigor maior na checagem e controle de desembarque destas pessoas nos chamados países de primeiro mundo.

Por outro lado, países como Alemanha, Países Baixos, Reino Unido e França entre outros, começam a vislumbrar problemas futuros relacionados à falta de trabalhadores, principalmente imigrantes, dada a diminuição da natalidade nesses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

países. O problema futuro fica na questão da aposentadoria e da falta de contingente mínimo necessário de trabalhadores que contribuam com os encargos tributários.

5. POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO NO BRASIL

Na contra mão em relação aos continentes europeus está o Brasil na vanguarda em relação ao tema imigração pois, além da constituição brasileira nos orientar sobre o tema imigração estão presentes os princípios fundamentais no artigo 1º, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O princípio da igualdade de base constitucional está no caput do artigo 5º, da Constituição/1988, onde "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 prosperidade.

Com base nesses princípios recentemente foi desenvolvida e aprovada a nova lei de Migração (Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017), ela faz um ligação dos seus princípios com a prevalência dos direitos humanos, que é um princípio constitucional trazido pela Carta de 1988, reforçando o respeito aos direitos e garantias do ser humano, tendo como finalidade precípua a proteção institucionalizada da dignidade do indivíduo contra qualquer tipo de abuso ou excesso cometido arbitrariamente pelo poder público. Os direitos e as garantias não são absolutos, em regra, são limitados pela lei. Os princípios estabelecem um padrão, caracterizam-se por estabelecerem uma meta e não um comportamento especial. Assim, (...) "Servem, outrossim, como pauta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo" (COELHO, 1998, p. 106).

Os estudiosos também nos esclarecem que:

> Os princípios são as diretrizes, as bases que fundamentam o ordenamento jurídico; os direitos são os bens em si mesmo disciplinados no ordenamento jurídico e as garantias são as ferramentas para o exercício desses direitos, que asseguram o gozo desses bens (BULOS, 2012; PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Contudo, nessa narrativa, encontram - se vários problemas que acompanha a situação do imigrante pois, nem todos os países desenvolvem ou desenvolveram políticas de acolhimento como o Brasil vem desenvolvendo, com isso, os imigrantes se deparam com muitos problemas como xenofobia, preconceitos religiosos, perseguições políticas, étnicas dentre outras. Uma das preocupações dos nativos é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à ocupação de vagas pelos imigrantes, além da possível saturação do sistema econômico do país, ademais, as alegações são várias, como: prejuízo na arrecadação tributária, saturação no sistema de saúde, educação, influência na cultura do mesmo e além.

Sobre tais direitos e princípios os estudiosos nos ensinam que:

> Em se tratando do princípio da universalidade, ele caracteriza-se pela sua abrangência, envolvendo todas as pessoas sem distinção de cor, nacionalidade, raça, sexo, crenças, convicções políticas, filosóficas ou religiosas. Já o princípio da interdependência diz respeito a ligação que um princípio possui com os demais, ou seja, apesar de sua autonomia, um princípio precisa do outro para atingir sua finalidade (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

O princípio da interdependência é um dos mais importantes sobre o tema.

> O princípio da interdependência mostra que apesar da autonomia das previsões legais há um liame entre os dispositivos para que a finalidade proposta seja atingida, por exemplo, o acesso a serviços públicos de saúde está ligado ao direito à vida (MORAES, 2011).

Dessa forma, o princípio da igualdade corrobora:

> O princípio da igualdade é de base constitucional está no caput do artigo 5º, da Constituição/1988, onde "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. " Como as pessoas não são iguais, o respeito à diferença e às necessidades de cada um é um dos pilares mais importantes do conceito. Deve haver uma relação direta entre a desigualdade e a diferença observada, para que esta relação tenha pertinência" (BAHIA, 2017, p. 114).

Sobre o estrangeiro, o caput do artigo 4º, da Lei nº 13.445/2017 diz que "ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)", isto é, a Lei de Migração apenas enfatiza a norma constitucional o que a Lei Máxima preceitua quanto ao tratamento dispensado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

condição de igualdade entre os nacionais e os imigrantes, em relação a proteção e gozo dos direitos fundamentais, dentro do território nacional.

Assim manifesta –se o estudioso:

> Quanto ao direito à liberdade, em sua ampla acepção, envolve os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos (art.4º, I); direito à liberdade de circulação (art.4º, II); direito à reunião familiar (art.4º, III); direito de reunião (art.4º, VI); direito de associação (art.4º, VII); dentre outras expressões de liberdade asseguradas no artigo 5º, da Constituição de 1988. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Outro direito abordado é o da igualdade, que é sem dúvida fundamental porque dele decorrem outros como: o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória etc.

> O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei) PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 117).

Assim, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 117) esclarecem que:

> (...) O princípio constitucional de igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público. Em suma, o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também é garantido o direito à propriedade, já assegurados aos nacionais pelo artigo 5º, XXII a XXXI, da Constituição Federal, já que o Brasil é um Estado capitalista, o direito de usar, gozar e dispor da coisa ou do bem deve ser resguardado a todos os indivíduos aptos legalmente. Ressalte-se que "o direito de propriedade assegurado na Constituição como direito fundamental abrange tanto os bens corpóreos quanto os incorpóreos" (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 134).

Dentre todos os direitos trazidos pela nova lei (Lei nº 13.445/2017), estão previstos também, o direito de reunião e o direito de associação. Saliente-se que eles são previstos constitucionalmente, no artigo 5º, e têm conexões com o direito de liberdade de expressão. O direito de reunião é um direito individual de se juntar conscientemente com outras pessoas, previamente convocadas, para durante um lapso temporal pré-definido e de forma organizada e ordeira compartilharem objetivos comuns. Ao mesmo tempo, é uma garantia coletiva de agrupamento para livre manifestação de seus pensamentos, concedido pela Constituição (art. 5º, XVI, da CF), desde que a finalidade seja lícita e pacífica (FERNANDES, 2017; MORAES, 2011).

Já a liberdade de associação atende a diversas necessidades do ser humano e a fins variados. O direito de associação é pleno, para fins lícitos e deve ser exercido de forma livre, não é permitido a associação imposta de qualquer natureza (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI da CF), a lei pode estabelecer certos critérios à criação de associações, mas cada pessoa tem o direito à livre associação. Apesar da titularidade se individual o cumprimento dele só pode ser exercido pela coletividade, ou seja, só há associação com várias pessoas (FERNANDES, 2017; MORAES, 2011).

A lei traz outros direitos, dentre eles, o direito à liberdade de circulação em território nacional, acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social; amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; direito à educação pública e o direito a abertura de conta bancária todos expressos na (Lei nº 13.445/2017).

Verifica-se que, a lei em pauta é considerada uma das mais avançadas na área de migração em todo o mundo, por assegurar no seu bojo princípios e diretrizes vanguardistas no campo dos direitos humanos, tida como inovadora no tratamento humanitário dispensado aos imigrantes, na não criminalização da migração, no repúdio ao racismo, à xenofobia e a qualquer forma discriminatória, dentre outras coisas. No entanto, vários desses direitos e garantias já eram asseverados constitucionalmente a todas as pessoas no território nacional, sendo assim, uma reafirmação da Lei Maior nesses quesitos.

6. IMIGRAÇÃO E A CRISE HUMANITÁRIA NO MUNDO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante ressaltar que praticamente todos os países produzem refugiados e imigrantes todos os anos. Os principais deles estão relacionados com conflitos que geram muitas vítimas e uma série de impactos sociais diretos e indiretos. Por isso, essas áreas são as que geram mais preocupação não só pela evasão da população, mas também pela série de violações aos direitos humanos que lá ocorrem.

Uma característica marcante da questão dos refugiados no mundo é o fato de a maioria deles – cerca de 86% – deslocar-se em direção aos países emergentes do Sul, e não para a Europa e para os Estados Unidos, principais destinos migratórios da atualidade. A razão para isso é a maior permissividade que os países menos desenvolvidos possuem e, também, o elevado protecionismo dos países desenvolvidos, principalmente na União Europeia, que impõe pesadas medidas de restrições a imigrantes ilegais e também a refugiados.

A questão dos refugiados no mundo ganha contornos dramáticos, pois, além dos problemas severos que abrangem as suas áreas de origem, ainda existem os problemas que esses migrantes encontram nos locais para onde se deslocam. Entre esses problemas, destacam-se as diferenças culturais, as dificuldades com idiomas, a busca por emprego e, principalmente, a xenofobia (aversão a estrangeiros) praticada pela população residente das áreas de destino.

Em decorrência de tantos relatos e abusos e em face da crise migratória que se tornou, segundo dados da ONU (Organizações das Nações Unidas), umas das maiores crises humanitária da atualidade, a (ONU), vem desenvolvendo e adotando estratégias e maneiras para amenizar tal crise. Umas das medidas adotadas foi o (PACTO GLOBAL PARA UMA MIGRAÇÃO SEGURA), dentre esse pacto, mais de 164 países membros assinaram o acordo; o secretário-geral da ONU explicou que o documento "reafirma os princípios fundamentais de nossa comunidade global, incluindo soberania nacional e direitos humanos universais, enquanto aponta o caminho em direção à ação humana e mais sensata para beneficiar países de origem, de trânsito e de destino, assim como os próprios migrantes".

O endosso formal "representa um compromisso retumbante a um quadro internacional de migração com base em fatos, não em mitos, e um entendimento de que políticas migratórias nacionais são implementadas de forma melhor através de cooperação, não de isolamento". Embora não seja vinculante, o Pacto é o resultado de um longo processo de negociação e fornece uma forte plataforma para cooperação sobre migração, com base nas melhores práticas e na lei internacional.

São esforços que as entidades competentes buscam para tentar amenizar uma realidade de vida que se reproduz no mundo inteiro, de acordo com dados da (ONU), na atualidade mais de 70,8 milhões de pessoa se encontra nessas condições de imigração, passando por todo tipo de problemas, o estudo mostra que mais de uma criança refugiada ou em situação de migração morre por dia por falta de proteção ou cuidados adequados. De acordo com relatório publicado pela Agência da (ONU), para Refugiados (ACNUR), (Agência da ONU para refugiados) o número representa um aumento de 2,3 milhões na comparação com 2017 e se aproxima das populações de países como Tailândia e Turquia. O contingente também equivale ao dobro dos deslocados forçados registrados 20 anos atrás.

Os 70,8 milhões de deslocados forçados no mundo são uma estimativa conservadora, sobretudo porque o número reflete apenas parcialmente a crise na Venezuela. Pois, cerca de 4 milhões de venezuelanos já saíram de seu país desde 2015, tornando essa uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado do planeta. Embora a maioria dessa população necessite de proteção internacional para refugiados, apenas meio milhão tomou a decisão de solicitar refúgio formalmente.

Como resultado do pacto internacional de imigração, o Brasil assinou um acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), em conjunto com a Confederação Nacional dos Municípios (CNM) e o governo federal, desenvolveu um protocolo de intenções para incentivar municípios brasileiros a acolherem pessoas refugiadas e migrantes da Venezuela. O objetivo é ampliar a assistência humanitária com foco na integração à sociedade e à economia brasileira. O intuito da estratégia é reduzir o impacto do fluxo de venezuelanos em Estados fronteiriços e, ao mesmo tempo, proporcionar melhores condições de integração para os que querem permanecer no Brasil.

7. A CRISE E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Não se pode legislar para uma aplicação no exterior, mas há mecanismos para facilitar a volta dessa pessoa, permitir que se façam acordos. Exemplo disso seria uma série de oportunidades menos coercitivas tais como:

7.1 Integração local

Nos casos em que a repatriação não é uma opção, encontrar uma casa no país anfitrião e integrar-se à comunidade local pode representar uma solução duradoura à situação e a chance de construir uma nova vida.
A integração local é um processo complexo e gradual com dimensões legais, econômicas, sociais e culturais. Além disso, impõe demandas consideráveis ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indivíduo e à sociedade que o acolhe. Em muitos casos, a aquisição da nacionalidade do país anfitrião é o culminar desse processo.

7.2 Reassentamento

O reassentamento é a transferência de refugiados de um país anfitrião para outro Estado que concordou em admiti-los e, em última instância, conceder-lhes assentamento permanente. O reassentamento é singular porque é a única solução durável que envolve a realocação de refugiados de um país anfitrião para um terceiro país.

Os países para reassentamento proporcionam ao refugiado proteção legal e física, incluindo o acesso a direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais semelhantes aos desfrutados pelos nacionais. (Postura adotada pelo Brasil).

7.3 Repatriação voluntária

A prioridades é promover condições favoráveis para a repatriação voluntária, garantir o exercício de uma escolha livre e informada e mobilizar apoio para os repatriados.

Na prática, promover e facilitar a repatriação voluntária por vários meios, incluindo a organização de visitas para os refugiados, compilação de informações atualizadas sobre seu país e região de origem, envolvimento em atividades de paz e reconciliação, promoção da restituição de casas e propriedades, fornecimento de ajuda durante o retorno e assistência jurídica.

7.4 Reunião familiar

A separação familiar acidental geralmente é uma consequência direta da família que foge de um conflito. Também há casos de separação familiar deliberada, geralmente consequência do estresse sofrido após uma emergência, como falta de comida, abrigo ou acesso à educação. Há casos onde a pessoa tem que escapar da violência doméstica ou outras formas de abuso.

Quando encontra - se um menor desacompanhado, sua segurança deve ser de suma importância. Buscar informações com ele para entender sua situação, trabalhar com parceiros para iniciar o processo de rastreamento de sua família etc.

Todos têm o direito de estar com a família, mas para os refugiados isso torna-se particularmente importante porque pode oferecer proteção a cada membro da família, o que geralmente é mais eficaz do que os esforços de ajuda externa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

7.5 Assistência em dinheiro

A maioria dos refugiados vive em ambientes onde eles têm acesso a mercados e serviços da mesma maneira que as comunidades locais. Fornecer dinheiro aos refugiados permite que eles atendam às suas necessidades de forma digna e contribuam para a economia local.

O dinheiro ajuda os deslocados a atender a uma variedade de necessidades – incluindo o acesso a alimentos, água, cuidados médicos e abrigo – que lhes permitem construir e continuar com meios de subsistência e facilitam a repatriação voluntária.

8. CONCLUSÃO

O estudo nos mostra uma realidade que é praticada mundialmente, chamada imigração e emigração foram, e são situações que deveras por muitas vezes surgem de uma necessidade pessoal espontânea ou não, observou-se que em meio a essa realidade globalizada que o mundo vive atualmente essa prática vem se tornando muitas vezes obrigatória, face à senários de conflitos e crises financeiras pois, afinal os migrantes e/ou refugiados buscar lugares que possam oferecer melhores condições de subsistência seja elas financeiras, sociológicas, religiosas, psicológica principalmente seu desenvolvimento como ser humano.

A pesquisa nos mostrou que a muito a ser feita em meio ao senário mundial porém, órgão especializados e responsáveis por esse monitoramento à Organização das Nações Unidas (ONU), vem em seu bojo buscando desenvolver políticas de orientação, coesão e melhoramento a essa realidade que afeta o mundo de forma direta, desenvolvendo diretrizes de acolhimentos mais humanizados, não deixando de lado seu caráter controlador, fiscalizador e principalmente soberano de cada Estado membro mas, sempre com o enfoque na questão humanitária na essência do Ser, da raça (humana), analisa – se que não se pode negligenciar os direitos fundamentais e naturais que são inerentes a qualquer espécie de seres vivos principalmente as dos seres humanos.

REFERÊNCIAS

_____, Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 12 out.2019.

_____, Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2107. **Institui a Lei de Migração.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>. Acesso em: 10 Out. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional.** 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BOHM, Thais. **Nova lei regula situação de estrangeiros no país.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/nova-lei-regula-situacao-de-estrangeiros-no-pais>. Acesso em: 01. Nov 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 Out. 2019.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 522-853 p.

CORREIA, Carolina Simões. BARZOTTO, Luciane Cardoso. MARTINS, Renata Duval. **Nova lei da imigração no Brasil – o trabalhador estrangeiro diante do paradigma constitucional-fraternal.** Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/nova-lei-da-imigracao-no-brasil-o-trabalhador-estrangeiro-diante-do-paradigma-constitucional-fraternal/ >.Acesso em 20. Out.2019

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA, Gianne Gomes. **Princípios e garantias da lei de migração: um paralelo com a Constituição/88.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65485/principios-e-garantias-da-lei-de-migracao-um-paralelo-com-a-constituicao88>. Acesso em: 26. Out. 2019

Freire e Rocha Sociedade de Advogados. **Globalização, imigração e emigração: e o surgimento de uma identidade transcultural.** Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/freireerochaadvogado/artigos/globalizacao-imigracao-e-emigracao-e-o-surgimento-de-uma-identidade-transcultural-627>. Acesso em: 27. Out. 2019.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Lamparina. 12ª Edição. São Paulo – SP. 2006.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Nações Unidas Brasil. **Acordo incentiva municípios brasileiros a acolherem pessoas venezuelanas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acordo-incentiva-municipios-brasileiros-a-acolherem-pessoas-venezuelanas/>. Acesso em: 23 Out. 2019.

Nações Unidas Brasil. **Assembleia Geral da ONU adota oficialmente Pacto Global para a Migração.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/assembleia-geral-da-onu-adota-oficialmente-pacto-global-para-a-migracao/>. Acesso em: 24. Out. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

PAZ, Carlos Eduardo. Lei de Migração coloca o Brasil na vanguarda da defesa de imigrantes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/lei-migracao-coloca-brasil-vanguarda-defesa-imigrantes>. Acesso em: 25. Out. 2019.

PENA, Rodolfo F. Alves. **População de refugiados no mundo.** Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados-no-mundo.htm>. Acesso em: 20 Out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

www.conteudojuridico.com.br

OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA MATRÍCULA NO DIREITO REGISTRAL

NATÁLIA CRAVO LÁZARO MONTEIRO: Juíza de Direito do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Imobiliário (FMU); MBA Executivo em Direito: Gestão e Business Law (FGV); Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Gama Filho).

RESUMO: O presente estudo visa conceituar a analisar os principais aspectos da matrícula no Direito Registral. Na mesma esteira, também se faz necessário analisar e conceituar os diversos princípios que norteiam o Direito Registral. A importância do estudo conceitual e prático de tal tema é grandioso, tendo em vista a crescente verticalização dos grandes centros urbanos, com empreendimentos imobiliários cada dia mais numerosos. Salienta-se que a presente pesquisa foi realizada através de pesquisa bibliográfica e doutrinária acerca do referido tema, haja vista que tal assunto encontra-se citado e analisado em vastas fontes de estudo.

Palavras-chave: Matrícula. Averbação. Princípios. Direito Registral.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar à matricula do imóvel em uma abordagem prática e teórica, baseada na Lei de Registro Público, na melhor doutrina e jurisprudência referente ao tema.

Em um primeiro momento se faz necessário conceituar a matrícula, bem como suas principais características e finalidades.

Na mesma esteira, também se faz necessário analisar os diversos procedimentos atinentes à matrícula, tais como, sua abertura, bloqueio, alteração e cancelamento.

Cumpre ressaltar que a ideia central do presente artigo é unir a teoria e prática no tocante a um dos mais importantes instrumentos registrais, haja vista que é o começo de todo o processo registral, qual seja, o instituto da matrícula.

1. Conceito

Matrícula é o procedimento que, tem por objeto o ingresso do imóvel, em forma originária, ao novo sistema registral. Assim, o imóvel é individualizado, bem como o respectivo proprietário, e em caso de modificação na situação do bem, há a inscrição de um título posterior constituindo um novo direito real ou a extinção do direito anteriormente inscrito.

Scavone (2012) entende que a matrícula nada mais é que uma ficha, contendo os dados do Registro de Imóveis, um número único atribuído a cada imóvel, a descrição do imóvel e seu proprietário. Além disso, nessa ficha vão sendo registradas as alterações de registro, como, por exemplo, as vendas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em sua primeira inscrição há uma formalidade, tendo em vista que é necessário identificar com absoluta clareza o novo imóvel. Há assim, uma declaração sumária de propriedade em favor do titular do registro, logo, enquanto não cancelada a inscrição anterior, é presumido como proprietário do imóvel o titular que consta inscrito na matrícula.

Com efeito, a matrícula é o primeiro ato para a regularização do imóvel, ela antecede o registro, em que o imóvel é individualizado com precisão, sendo base para todas as futuras alterações ocorridas no bem, seja registros ou averbações.

O registro é o ato pelo qual se declara a novel titularidade do imóvel, ou até mesmo constitui os diversos direitos reais, tais como penhora, hipoteca.

Por outro giro, a averbação é um elemento acessório que modifica o registro.

Na matrícula deve constar a data de abertura, a descrição do imóvel, bem como sua localização, nome e qualificação completa do proprietário.

No tocante ao titular do direito real, insta ressaltar, que apenas pessoa física ou jurídica podem constar na matrícula. Entes despersonalizados em que se incluem espólio, massa falida e condomínio não são sujeitos de direito, não podendo, portanto, constar na matrícula como titular de quaisquer direitos reais.

Entretanto, o condomínio edilício é exceção, com fulcro no artigo 63, parágrafo 3º da Lei 4591/64, tendo em vista que podem adquirir, em hasta pública, unidade autônoma de condômino inadimplente com as custas de construção do empreendimento. Ressalta-se que as doutrinas modernas entendem pela aplicação analógica, que o condomínio pode também adquirir unidade autônoma de condômino que não arca com as despesas condominiais, onde as cartas de arrematação ou adjudicação devem ser recepcionadas pelo Cartório de Registro de Imóveis, sendo o registro conferido em nome do condomínio edilício.

Sendo o proprietário pessoa física, não pode constar como proprietária firma individual, já que neste caso é a própria pessoa física que exerce a atividade empresarial.

1.1 Princípio da unicidade da matrícula

A unicidade da matrícula é um dos princípios elementares do Direito Imobiliário. Sendo assim, para cada imóvel deve ser aberta uma matrícula somente. É na matrícula que se encontra toda a vida do bem, tendo em vista que todas as alterações dele será registrada na matrícula, sendo que qualquer interessado poderá conhecer todas as mutações ocorridas no imóvel.

Caso existam duas matrículas para o mesmo imóvel, uma delas é nula, sendo que a matrícula mais antiga prevalece, por força do princípio da prioridade.

1.2 Princípio da prioridade

O princípio de prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento. Conforme o tempo em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que surgirem, os direitos tomam posição no registro, prevalecendo os anteriormente estabelecidos sobre os que vierem depois. É imperioso destacar que trata-se de determinação constante na Lei de Registros Públicos, conforme exposto a seguir:

> "Artigo 186. O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa de um título simultaneamente."

Contudo, essa precedência não existe num plano de forma infinita. Isso porque só há na medida em que o título está apto para registro, ou caso haja alguma exigência feita pelo Registrador, ser sanada e o mesmo ser apresentado dentro do prazo de validade da prenotação, firmado em 30 (trinta) dias, consoante o disposto no artigo 205 da Lei de Registro Público.

Importante destacar que, em que pese o imóvel possuir várias construções há somente uma matrícula, com exceção do condomínio edilício, em que cada unidade autônoma é considerado um imóvel único até mesmo para fins de registro, constituindo uma matrícula para cada unidade.

Não se admite, ainda, matrícula de parte ideal de imóvel em condomínio comum, mesmo que os condôminos tenham entrado em acordo e colocado muros e paredes para separação do bem. Seria, dessa forma, diametralmente oposto ao princípio da unitariedade da matrícula disposta na Lei de Registros Públicos.

Todavia, há exceção ao princípio da unicidade da matrícula, segundo o previsto no art. 5ºda Lei 12.424/2011, que introduziu o art. 195-A da Lei 6.015/1973, que dispõe que "Município poderá solicitar ao registro de imóveis competente a abertura de matrícula de parte ou da totalidade de imóveis públicos oriundos de parcelamento do solo urbano, ainda que não inscrito ou registrado."

2.A abertura da matrícula

A matrícula é pressuposto para o registro, sendo assim, para que seja registrada ou até mesmo averbado algum ato relativo ao imóvel deverá ser aberta uma matrícula, isso vale até mesmo para os imóveis mais antigos, que não possuíam a necessidade de possuir matrícula.

Cabe ressaltar que, a descrição do imóvel constante do título precisa coincidir com a mencionada no registros anterior, ou seja, na transcrição, ressaltando que não é necessária a total identidade. Sendo assim, apenas quando constatar-se total incompatibilidade a transcrição anterior impede a abertura de matrícula.

A matrícula será realizada da seguinte forma: no alto de cada folha do Livro 2 será lançada a matrícula do imóvel, com número de ordem, que seguirá ao infinito; data em que foi aberta, identificação completa do imóvel (características, confrontações, localização e área); nome, qualificação e domicílio e nacionalidade do proprietário. No espaço restante da folha, serão feitos os registros e averbações relativos ao imóvel, por ordem cronológica e em forma narrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.A alteração do teor da matrícula

A matrícula poderá ser alterada tanto por erro, quanto em casos do imóvel ser desmembrado ou a ele ser anexada parte de outro imóvel. Nestes casos haverá a alteração da matrícula, não sendo necessário cancelamento e consequente abertura de nova matrícula.

4. Bloqueio de matrícula

O bloqueio da matrícula é sempre temporário e possui natureza acautelatória, de processo administrativo-judicial, promovida pelo Judiciário, visando impedir novas inscrições até que o erro existente no registro seja corrigido.

Ressalta-se que o bloqueio é medida excepcional, de forma a garantir a segurança jurídica e evitar danos ao proprietário ou a sociedade como um todo, devendo, dessa forma, o procedimento ser célere.

Com efeito, o bloqueio de matrícula somente poderia ocorrer para evitar danos à segurança jurídica relativa a publicidade registral e ao direito de propriedade do verdadeiro titular. O titular do registro deve ser notificado e ter oportunidade de defesa para exercer os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, haja vista que a medida de bloqueio fere, em tese, o direito fundamental de propriedade.

A excessiva demora no levantamento do bloqueio da matrícula tem a capacidade de gerar graves danos ao direito de propriedade e a sociedade como um todo, haja vista que os negócios envolvendo o mercado imobiliário são importantes fontes de riqueza para a população.

5. Cancelamento da matrícula

O cancelamento da matrícula poderá ocorrer: por decisão judicial; por alienações parciais, quando o imóvel for inteiramente transferidos a outros proprietários e pela fusão.

No tocante ao cancelamento da matrícula por decisão judicial, ela ocorre a partir da ocorrência do trânsito em julgado da decisão, por nulidade do título que serve de base para o registro ou por haver duplicidade de matrículas.

Por outro giro, quanto ao cancelamento da matrícula por alienações parciais do imóvel, cumpre destacar que tais alienações originam o desmembramento da parte alienada, que originará matrícula distinta, fazendo menção a matrícula original, e na averbação do cancelamento da matrícula original será mencionada à nova matrícula aberta.

Na mesma esteira, no que se refere ao cancelamento da matrícula por fusão de imóveis, as matrículas dos imóveis originários são canceladas e nova matrícula será aberta, que deve coincidir com a junção dos perímetros antigos.

CONCLUSÃO

O Direito Registral é de suma importância no cenário atual da sociedade, haja vista que com a fase de pretenso crescimento do país que vem se reerguendo, o mercado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

imobiliário se aquece e com isso inúmeras transações imobiliárias passam a ser realizadas diuturnamente.

Ora, a matrícula é a base, a essência de todo o Direito Registral, tendo em vista que trata-se de verdadeira certidão de nascimento do imóvel, devendo ser alterada sempre que o bem sofra alterações importantes, como ocorre com a compra e venda, bem como com a instituição de hipoteca.

Por fim, ressalta-se que deve ser um tema cada vez mais discutido pelos estudiosos do Direito, exatamente por se tratar de toda a base do Direito Cartorário, tendo em vista que o Direito à propriedade é um direito fundamental, previsto no aclamado artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 12 fevereiro. 2019.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acessado em 11 fevereiro. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

JUNIOR SCAVONE. Luiz Antônio. Direito Imobiliário – Teoria e Pratica. 4 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOUREIRO. Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INQUÉRITO POLICIAL E SUA RELAÇÃO COM AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

FLAVIA DE ALBUQUERQUE SILVA:
Delegada de polícia da Polícia Civil de Pernambuco. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em direito processual civil pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: O artigo em questão tem como intuito abordar a importância do inquérito policial frente às garantias individuais da pessoa humana. Abrange ainda a questão de como o Estado, por meio do inquérito policial, deve garantir que o suspeito seja tratado como sujeito de direitos e não apenas um objeto na investigação. Por meio de uma revisão bibliográfica iremos analisar de que maneira o Estado, por intermédio do inquérito policial, em seu poder e dever de investigar infrações penais, e, por conseguinte, responsabilizar os infratores, pode e deve garantir que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam respeitados. Por fim, vale ressaltar, que após analisados os aspectos inerentes ao inquérito policial, apesar de toda a problemática que abarca a questão, este é o modelo de investigação que melhor assegura os direitos e garantias individuais do sujeito supostamente imputado.

Palavras-chave: Inquérito policial. Garantias individuais. Sujeito de direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O inquérito Policial. 3. Aspectos diretamente relacionados às garantias fundamentais da pessoa humana: 3.1. Oficialidade; 3.2. Imparcialidade; 3.3. Cautelaridade; 3.4. Procedimento escrito; 3.5. Sigiloso; 3.6. Temporalidade; 3.7. Unidirecionalidade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O estudou demonstra que, mesmo diante da problemática que circunda o inquérito policial, o procedimento possui características e aspectos que garantem ao suposto acusado que este seja tratado como sujeito de direitos fundamentais e tenha estes direitos resguardados.

Alguns dos aspectos inerentes ao procedimento, por si, já são uma garantia de que o suspeito não tenha seus direitos violados, contando ainda com o controle, por parte de órgãos correcionais próprios, pelo Poder Judiciário, Ministério Público, o próprio imputado, seu advogado e a OAB. Cabe salientar ainda, que os atos praticados durante o inquérito policial contam com a possibilidade de impetração de remédios constitucionais, tais como o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança.

O objetivo deste artigo é apresentar algumas reflexões levantadas em contraponto à idéia que se propaga de que o inquérito policial é uma ferramenta de poder nas mãos dos delegados de polícia, e teria como finalidade única fornecer elementos que promovam a ação penal.

O artigo buscará esclarecer acerca do importante papel que o inquérito policial apresenta sendo uma ferramenta que garante que o processo investigativo considere, além da verdade dos fatos, os direitos e garantias individuais do investigado.

2. O INQUÉRITO POLICIAL

Segundo Capez (2006, p. 72) inquérito policial, por definição: "É o conjunto de diligências realizadas pela policia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)".

Salientamos que, além disto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o inquérito passou a ser instrumento de garantia dos direitos fundamentais. A Carta Magna atribuiu ao investigado, autor do fato a que se atribui prática de infração penal, a condição de sujeito de direitos e não apenas objeto de investigação, como era antes visto.

Como podemos perceber, já a partir da definição do inquérito policial, que trata de uma investigação anterior a propositura da ação penal, que seu fundamento principal é garantir que, através da busca pela verdade dos fatos, não haja acusação infundada. Sendo assim, essa função preservadora do inquérito policial termina por garantir que não sejam instauradas ações penais injustas, resguardando a liberdade do inocente.

A natureza do procedimento é de instrução provisória, preparatória e informativa, onde serão colhidos elementos de prova, que por muitas vezes, devido à natureza do fato delitivo, poderá ser inviável a obtenção na fase de instrução judiciária, tais como exames periciais, e autos de flagrante.

Reforçamos que, mesmo sendo um procedimento informativo, no inquérito policial são realizadas diligências que contam com exames periciais que contém grande valor probatório, pois são baseados em fatores de ordem técnica.

3. ASPECTOS DIRETAMENTE RELACIONADOS ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Antes visto como procedimento de exercício do poder autoritário do Estado, que tendia a violar os direitos e garantias do investigado, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser instrumento que garante ao investigado que seus direitos fundamentais sejam resguardados.

As regras processuais penais tem se modificado desde a Constituição, de modo que se alinhe às garantias constitucionais, o que assegura uma maior proteção dos direitos individuais dos envolvidos em um processo penal, incluindo o inquérito policial.

Dentre as modificações que ocorreram nesta seara podemos mencionar o sigilo, que após a CF de 1988 foi modificado no sentido de que não haverá mais sigilo em face do advogado, situação já pacificada por meio da edição da Súmula Vinculante 14 que diz que:

> "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Outros aspectos referentes ao inquérito policial que foram modificados e desta forma, colaboram com a preservação das garantias fundamentais incluem a obrigatoriedade de comunicação ao juiz, família e advogado da prisão em flagrante, as novas regras de interrogatório, o direito ao silêncio e o direito de não ser obrigado a fazer prova contra si.

Veremos, de modo mais detalhado, como características intrínsecas ao inquérito policial, tais como imparcialidade, cautelaridade, sigilo, oficialidade, entre outros, estão em concordância com a garantia dos direitos fundamentais.

3.1. Oficialidade

O art. 144, § 4° da Constituição Federal afirma que "o Delegado de Polícia de carreira, autoridade que preside o inquérito policial, constitui-se em órgão oficial do Estado." Cabendo às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a incumbência, ressalvada a competência da União, a função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A oficialidade, enquanto característica do inquérito policial, garante ao investigado que apenas o Estado terá a prerrogativa de envolver-se na vida alheia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a fim de elucidar os fatos e aplicar a lei, evitando assim injustiças e arbitrariedades, como também a conhecida justiça "pelas próprias mãos".

3.2. Imparcialidade

O CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941, Art. 257, afirma que: "Ao Ministério Público cabe: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - fiscalizar a execução da lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)."

A modificação na legislação não cita o Ministério Público como órgão que deva instaurar procedimento de investigação e apurar infrações penais, deste modo, entende-se que o MP não deve conduzi-las.

O fato é que a investigação preliminar realizada pelo órgão acusador estaria contaminada pelos interesses de acusação, pois o julgamento do promotor, enquanto homem, o distancia da equidade necessária à condução da averiguação. Evidente que a investigação sendo conduzida por parte que tenha interesse na causa, o encaminhará a produzir as provas que lhe forem oportunas.

A polícia, por sua vez, não faz parte nem da acusação, nem da defesa, sendo figura imparcial, empenhada apenas na busca da realidade dos fatos. Não tem interesse na absolvição ou condenação, busca apenas garantir, ao cidadão e a sociedade, que os fatos sejam verificados dentro da legalidade e garanta a dignidade da pessoa humana. À polícia caberá, portanto, atuar de modo independente e imparcial.

3.3. Cautelaridade

Antes da Constituição Federal de 1988, o inquérito policial possuía por função principal reunir elementos a respeito do fato criminoso e sua autoria que fossem suficientes para que a ação penal fosse instaurada por seu titular.

No entanto, a doutrina atual enxerga o inquérito policial não apenas pelo aspecto acima mencionado, além disso, como elemento de captação e preservação dos meios de prova, tanto da materialidade, quanto da autoria delitiva, que ficará a serviço de uma possível ação penal posterior, como bem explica Machado (2010).

Machado (2010) cita José Frederico Marques ao destacar a cautelaridade do inquérito policial, verbis: "a investigação não passa do exercício do poder cautelar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido".

Como sabemos, a justiça pode levar anos para julgar um processo e o inquérito policial, com essa característica cautelar, coopera para que os elementos de prova não se percam com o tempo, garantindo que tanto vítimas, quanto acusados não sofram injustiças.

3.4. Procedimento escrito

O Art. 9º, CPP afirma que "todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade."

Desta maneira, enquanto procedimento escrito, o inquérito policial garante que os detalhes da investigação não se percam. Visto que o julgamento do investigado poderá ocorrer anos após o fato gerador da ação penal, inibe a distorção dos fatos, pois estarão documentados os depoimentos, provas técnicas e demais provas colhidas durante a fase investigativa, e deste modo, serve não apenas à acusação, como também à defesa.

Vale ressaltar ainda que o inquérito policial, enquanto peça escrita estará sujeito ao controle de legalidade pelos órgãos correcionais próprios, pelo Poder Judiciário, Ministério Público, o próprio imputado, seu advogado e a OAB. Portanto, caso haja irregularidade no processo investigativo, esta estará documentada e sujeita a fiscalização dos órgãos competentes.

3.5. Sigiloso

O art. 20, CPP, afirma que "a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo que reconhecer necessário para a elucidação dos fatos ou o exigido pelo interesse social.

BONFIM (2012) explica que o sigilo no âmbito do inquérito policial apresenta dois aspectos, sendo um o sigilo externo e o outro, o sigilo interno. Enquanto sigilo interno compreende-se que, no decorrer da investigação poderão surgir fatos novos, delineando novas hipóteses ou linhas de investigação, que, enquanto não concluídas e esgotadas todas as probabilidades, poderá valer-se do sigilo a fim de que as provas colhidas não sejam alteradas. Enquanto o sigilo interno apresenta a função primordial de proteger a imagem do suspeito da opinião pública.

O sigilo, porém, não alcança os membros do Poder Judiciário e ao Ministério Público, como também ao advogado, este desfrutando do direito de examinar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autos do inquérito, tendo acesso amplo aos elementos de prova já documentados no procedimento investigatório e assim exercer o direito de defesa do investigado.

O Supremo Tribunal Federal assegura esse direito por meio da Súmula vinculante nº 14, citada anteriormente, e que está diretamente relacionada à questão do sigilo. A mesma dispõe que:

> "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Dito isto, fica clara a importância do sigilo tanto no que tange à continuidade da investigação, resguardando os fatos novos e ainda não elucidados; quanto no que se refere à imagem do investigado, que podendo ser pessoa inocente, não terá sua identidade exposta à opinião pública, podendo assim sofrer inúmeros danos de toda ordem.

3.6. Temporalidade

O art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal no diz que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Neste sentido, estende-se ao inquérito policial a regra de que deve haver prazo para sua conclusão. Como regra geral, nos crimes de competência da Justiça Estadual, o inquérito deverá ser concluído, conforme o art. 10 do CPP, no prazo de dez dias, no caso de indiciado preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente; ou, quando estiver solto, no prazo de trinta dias.

Ressalte-se que a autoridade policial pode tomar, por autoridade própria ou mediante autorização judicial, por necessidade da investigação, medidas que atinjam os direitos fundamentais do investigado, sejam direitos à liberdade, no caso da prisão em flagrante, direitos que atinjam o patrimônio, no caso de apreensão de bens ou mesmo à intimidade, no caso de acesso a dados sigilosos.

Desta feita, o prazo estabelecido para a conclusão do inquérito policial garante que o procedimento não se prolongue por tempo indeterminado, salvo exceções em que os fatos sejam de difícil esclarecimento, e permita que o Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Judiciário e os demais órgãos, atuem na fiscalização, no que tange a eventuais restrições de direitos do investigado.

Imagine que, se não houvesse prazo para a conclusão, o procedimento poderia se prolongar *ad eternum* e atingir de forma negativa a vida de todos os envolvidos. A vítima e os seus estariam sem a solução para o caso em que foram prejudicados e o investigado, estaria sempre em condição de acusado, sendo ele culpado ou inocente.

3.7. Unidirecionalidade

A unidirecionalidade, enquanto característica do inquérito policial se refere ao aspecto em que o procedimento serve à apuração dos fatos, de autoria e materialidade delitiva, ficando a autoridade policial impedida de atribuir juízo de valor sobre a investigação e o que nela foi apurado.

Enquanto função formal, o inquérito policial tem por direção única a apuração dos fatos, autoria e materialidade, como acima foi exposto. No entanto, sabemos que, além da função formal, o inquérito policial é valiosa ferramenta no que tange à salvaguarda dos direitos dos envolvidos, inclusive do investigado.

Percebe-se também que está relacionada à imparcialidade, pois tendo como função a apuração dos fatos, impede a autoridade policial de praticar juízo de valor. Logo não há comprometimento do procedimento com a acusação ou a defesa.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo, buscamos iluminar a mente do leitor, em torno da atual contenda acerca do inquérito policial, sua finalidade e importância. O enfoque dado se refere ao fato do inquérito, apesar das questões que envolvem a prática, ter uma importante finalidade, ignorada por muitos, por não ser formal: a função garantidora de direitos fundamentais das partes envolvidas, inclusive o investigado/acusado.

Após a revisão bibliográfica realizada, ficou evidente que o inquérito policial vai além de mera peça administrativa e que a única finalidade seria a apuração dos fatos delitivos, sua autoria e materialidade. Ficou demonstrado que, além desta finalidade formal, existe o escopo de suma importância no âmbito da garantia dos direitos das partes envolvidas.

As características que compõem o procedimento permitem que o mesmo seja capaz tanto de buscar pela verdade dos fatos, por meio da documentação de provas, dos exames periciais; como garantir que atos praticados durante sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

realização estejam sujeitos à possibilidade de impetração de remédios constitucionais, tais como o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança.

Salienta-se ainda que, não sendo a autoridade policial parte integrante de acusação ou defesa, seja imparcial durante o procedimento investigativo, evitando que o cidadão sofra com ações penais temerárias.

Deste modo, concluímos que o inquérito policial, apesar das críticas a ele dirigidas, tem se tornado, a partir da Constituição Federal de 1988, um instrumento eficiente e garantista, contando com a observância dos meios essenciais para a defesa da liberdade do acusado.

5. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Rodrigo Teodoro Karlic. A importância do inquérito policial como instrumento de persecução penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n.5623, 23 nov. 2018. Disponível em: HTTPS://jus.com.br/artigos/63527. Acesso em: 13 set. 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Tani. Por que as reformas do Código de Processo Penal após a CF de 1988 confirmam a manutenção do inquérito policial presidido por um delegado de polícia. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2114, 15 abr. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12639. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais. Revista Consultor Jurídico. 14 jul. 2015. Disponível em: http://www.escolasuperiorpoliciacivil.pr.gov.br/arquivos/File/Noticias2sem2015/MIssaoPolicia.pdf. Acesso em: 01 out. 2019

HORA, Luis Carlos de Almeida. Garantias Inerentes ao Inquérito Policial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4253, 22 fev. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31872. Acesso em: 18 set. 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. A Investigação Criminal Defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível

em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

SANNINI NETO, Francisco. Inquérito não pode ser apenas reunião de elementos para responsabilização penal. Revista Consultor Jurídico, 16 dez. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/francisco-sannini-inquerito-policial-importante-funcao-restaurativa#_ftn2. Acesso em: 18 out 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ESCOLA DE FRANKFURT E A LIBERDADE COMO GARANTIA

MONIZE FLÁVIA POMPEO:
Mestranda Pela PUC/SP. Formada Pela UNESP/FRANCA Em 2010. Promotora de Justiça no Estado de São Paulo Desde 2015.

RESUMO: Trata-se de artigo resultante de pesquisa teórica com fundamento em revisão bibliográfica. Após discussão sobre os conceitos de Direito e Garantias, analisar-se-á a Liberdade, sob a ótica das Escolas Penais Clássica e Positiva, com posterior crítica dos estudiosos de Frankfurt. Para tanto, partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade. O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico, em situação de afronta à coletividade, impondo-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.

Palavras-Chave: Liberdade - Direitos Fundamentais - Escola de Frankfurt - Sociedade de Risco - Direito Penal Mínimo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito e Garantia; 2 Garantia e Liberdade; 3 Escolas Penais e a Liberdade; 4 Preceitos da Escola de Frankfurt; 5 Conclusão; 6 Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais são direitos previstos na Constituição Federal e inerentes à pessoa humana. Além disso, cada vez mais ganham relevância, sobretudo no contexto de defesa da liberdade. No entanto, eles podem colidir entre si. Consequentemente, levanta-se um importante debate doutrinário e jurisprudencial acerca do sopesamento de direitos fundamentais e da sua força no ordenamento jurídico.

Essa discussão ganha especial relevância quando estudamos o Direito Penal, que é o ramo do direito que aplica a mais terrível pena tipificada pelo ordenamento jurídico. A pena restritiva de liberdade não é vista por ninguém como algo satisfatório; ela é compreendida apenas como *ultima ratio*, como medida extrema e aplicável quando as demais opções esgotaram-se. Assim, a fim de se buscar relacionar as influências mútuas entre a ideia de liberdade e Direito Penal, perguntamos como o conceito de liberdade foi e é pensado, para verificar a realidade dessa concepção na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança. Limites, porém, que nada mais são do que a concretização dos custos desses mesmos direitos e dessas mesmas garantias. E que, somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer desvio, será possível, a partir do Direito Penal, avançar no sentido da recondução do Estado de Direito às razões que lhe dão fundamento.

Ressignificar as bases do moderno Direito Penal é tarefa ainda a ser cumprida em sua completude. Os expoentes da Escola de Frankfurt claramente já nos apontavam a necessidade de rever a lógica do sistema, e até hoje, ainda assistimos a uma forte resistência à aplicação dessa conquista teórica no âmbito da dogmática e das práticas penais.

Nesse sentido, propomo-nos, neste sucinto artigo, após conceituar Direitos, Garantias e Liberdade, fazer uma reflexão sobre as principais Escolas Penais que estruturaram o pensamento criminológico, destacando a liberdade como o principal elemento. A escolha da liberdade, como farol nessa empreitada, justifica-se pelo fato de o Direito Penal ter historicamente alicerçado suas teorias e práticas em discursos que tomavam a liberdade como valor prioritário.

1 DIREITOS E GARANTIAS

O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vimos que ao longo da história os direitos e garantias fundamentais foram sendo construídos e, portanto, tornaram-se instrumentos de afirmação das sociedades modernas.

É natural poder afirmar que a Antiguidade não conheceu os direitos individuais, visto que somente a partir do desenvolvimento do direito constitucional inglês, com a edição da Magna Carta, é que o mundo passou a gozar de maiores liberdades, especialmente diante do Estado, que era absoluto e onipotente.

Percebemos, no entanto, que os direitos fundamentais, constituem-se de direitos individuais e coletivos, sociais e políticos e são os indispensáveis ao pleno desenvolvimento do homem e do cidadão, especialmente frente ao Estado que tem por obrigação não somente respeitá-los, mas também assegurá-los e protegê-los. Já as garantias fundamentais são os instrumentos constitucionais colocados à disposição dos indivíduos e das instituições para fazer valer os direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na doutrina o tratamento da distinção entre direitos e garantias ainda não encontrou um ponto pacífico, havendo autores que utilizam estas categorias indistintamente, e outros que defendem a existência de direitos somente quando estes estejam acompanhados de suas garantias.

A confusão entre estes dois termos defende FERRAJOLI, desqualifica as duas maiores conquistas do constitucionalismo moderno que são a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, que ficam reduzidos, na falta de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. Isto, por si só, justificaria a distinção entre os direitos e as suas garantias.

As razões que levam FERRAJOLI a sustentar a distinção entre os direitos subjetivos que são as expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesão) atribuídos a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que deles constituem as garantias igualmente impostas por uma norma jurídica, sejam estas garantias primárias, quer dizer, às obrigações ou os deveres a eles correlativos, ou garantias secundárias, ou melhor, as obrigações de segundo grau de aplicar a sanção ou de declarar a nulidade das violações das primeiras, encontram sua justificativa numa razão muito mais de fundo, inerentemente ligada à natureza positiva e *nomodinâmica* do direito moderno.[1]

CADEMARTORI esclarece esta distinção, após destacar que as garantias são técnicas de limitação da atuação do estado e de implementação da ação do Estado, no que respeita, aos direitos de liberdade no primeiro caso e aos direitos sociais no segundo, conclui que "*no léxico político quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos*". Ou seja, "[...] *fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos*".[2]

Não se pode olvidar que o garantismo jurídico destaca a existência de micro- e macro- poderes que denunciam a limitação da esfera do estado de direito e de suas garantias. Quer se destacar com esta tese que junto às situações jurídicas de poder e as relações a elas correspondentes, ocorrem também poderes e sujeições extrajurídicos que se desenvolvem em sede de instituições jurídicas abandonadas a dinâmicas sem qualquer controle. A função garantista do direito, neste sentido, consiste na limitação dos poderes e na correspondente ampliação das liberdades.

Deve-se buscar a ampliação do estado de direito para se alcançar e controlar as esferas dos outros poderes, buscando ampliar as liberdades e estender as

garantias jurídicas aos espaços não alcançados, daí se conclui que a problemática dos direitos fundamentais está interligada com o desenvolvimento da democracia.

Portanto, os direitos delimitam o perímetro do que é lícito ou não para a atividade estatal. Não é de hoje a lição de que somente poderá haver intervenção legítima do Estado onde não se afrontarem os direitos individuais. Para tanto, como forma de restaurar o equilíbrio, uma vez perdido, estipulam-se também nas bases constitucionais as denominadas garantias fundamentais, medidas que caminham na mesma capitulação com os direitos fundamentais.

A Carta Política de 1988 trouxe em seu bojo um amplo arco de garantias que se conectam à atividade jurisdicional. E tal ocorreu por conta da necessidade de garantir-se a possibilidade da interferência do Poder Judiciário em todas as vezes que for chamado para tutelar os direitos fundamentais vilipendiados. Como consequência, impôs-se uma necessária adaptação da interpretação e aplicação da legislação ordinária, material e processual, aos preceitos maiores do texto constitucional. Descortina-se com a referida Carta uma nova ordem pautada num sistema garantista.

Em vista desse quadro não há como negar a necessidade da imposição de limites à atuação estatal, visando à proteção dos direitos fundamentais em todos os níveis e segmentos. Debruçando os olhares na metodologia adotada pela vigente Carta Magna, infere-se que os direitos fundamentais textualmente previstos não são exclusivos, permitindo-se, ainda a inclusão de outros implicitamente considerados e passíveis de serem reconhecidos pela ordem constitucional havida. Com isso se concebe a capacidade de adequação da estrutura jurídica à realidade social, esta mutante. Não pairam dúvidas que o núcleo estruturante dessa ordem processual garantista reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Estando abrigado no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, esse princípio implica que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana.

Ora, ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988 desencadeou uma necessária adequação do ordenamento jurídico nacional ao novo modelo político-social que nela finca raízes. Para que essa dinâmica ocorra com êxito é necessário apreender o direito como promovedor de medidas práticas que assegurem essa transformação, vislumbrando na lei um instrumento de ação concreta do Estado[3].

Desse modo, para que efetivamente se operem as necessárias adaptações, os direitos fundamentais não podem ser minimizados ao patamar de meras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

formalidades ou de simples instrumento de aplicação da lei. Ao contrário, devem espelhar um padrão inspirador na conformação de todo o ordenamento jurídico que, ao passo de prevê-los, proporciona, ainda, um eficiente sistema de garantias a ser acionado quando de sua violação pelo agente estatal.

É de bom alvitre atentar que o legislador constituinte de 1988, ao adentrar na seara da temática proposta no presente artigo, fez constar no Título II da Carta Magna, dois tipos distintos, quais sejam: *direitos fundamentais e garantias fundamentais*, repisando o pronto entendimento de que os direitos possuem o caráter declaratório, ao passo que as garantias instrumentalizam tais direitos.

2 A LIBERDADE

A doutrina afirma ser o documento histórico mais importante na concretização dos direitos e garantias fundamentais a Magna Carta da Inglaterra de 1215. Tal importância se dá, principalmente, por ser a Magna Carta, não um documento de natureza constitucional, mas sim, por ser um documento que objetivava a proteção dos direitos dos homens livres por meio da limitação do poder da realeza.

A Magna Carta tornou-se um modelo de liberdades públicas, consubstanciando-se num sistema primordial ao desenvolvimento constitucional inglês. Por sua vez, concretizou-se, também, como alicerce jurídico de onde se extraiu os pilares da ordem jurídica e democrática da sociedade inglesa.

A primeira causa ao surgimento da teoria dos direitos fundamentais traz suas raízes na liberdade do ser humano, que à época do direito das gentes vivia em comunhão com o bem comum, onde tudo era de todos, inexistindo-se a noção de propriedade privada. Tal liberdade veio a ser restringida, por vezes, de maneira integral, quando da opressão política e social voltada à garantia da dominação econômica.

Da necessidade incontestável da liberdade, a evolução social evidenciou carências outras, também consideradas essenciais ao ser humano e, por isso, consideradas também direitos humanos fundamentais. Tais direitos se constituíram, e continuam a se constituir, de maneira variável.

Os direitos fundamentais apresentam sua gênese na concepção humana de que a liberdade é o bem mais precioso à existência digna da vida. Deve-se ter em mente que a ideia de liberdade não representa, tão somente, a condição individual do ser humano de poder se locomover, resumindo-se a liberdade ao direito de ir e vir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A liberdade é expressão bastante ampla. É gênero que comporta diversas espécies. Observa-se que, com a evolução histórica da humanidade, a liberdade era restrita em relação ao homem e à sociedade. Com o tempo, esta sociedade primitiva se consagra em Estado e, a liberdade passa a ser combatida pelo indivíduo em relação ao Estado.

Inúmeros registros, que remontam às épocas remotas da humanidade, evidenciam que a liberdade já era considerada como uma condição essencial ao ser humano. Aquele que não dispunha da liberdade era considerado escravo e, por isso, privado dos demais direitos.

Geralmente, o escravo era submetido ao trabalho exaustivo, não somente em razão da sua condição, mas também pelo fato de que o trabalho era considerado desonroso ao homem livre, por vezes impróprio às suas atividades intelectuais que tinham seu fundamento no aproveitamento do tempo ocioso.

Segundo esclarece Álvaro Vieira PINTO:

> A sociedade escravista produz um tipo de saber adequado a seus interesses. É capaz de importantes descobrimentos e criações no domínio das ciências e principalmente das artes, porém se revela incompetente em desenvolver outros setores, nos quais não vê interesses práticos. É uma sociedade fundada no conceito ético do bem, entendido como ociosidade. A educação visa a preparar o homem para aproveitar o tempo livre (claro está que tão só os proprietários, as classes dirigentes o possuem). Daí o grande florescimento das letras e das artes nesta sociedade. Este caráter é comprovado pela etimologia da palavra "escola", que significa literalmente em grego "ociosidade"[4]

Com o passar dos anos, a escravidão começa a ser combatida e declarada indigna, ainda que tenha persistido o sistema escravocrata por muito tempo. Esta modalidade de liberdade, que restringia e colocava o escravo na condição de coisa, permaneceu por longo período histórico sem a devida atenção.

O momento que faz emergir os ideais de liberdade se torna transparente quando ocorre o considerável desenvolvimento do mercantilismo. Neste contexto, a classe social diretamente envolvida com o comércio emerge e vem a exigir do Estado outra modalidade de liberdade, qual seja, a não intervenção estatal nos assuntos regidos pela vida privada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto surge a gênese da doutrina liberal, cuja bandeira defendia a liberdade absoluta da economia, refletindo-se à liberdade absoluta do homem em todas as suas atividades. Este ideal de liberdade se referia expressamente à intervenção estatal que estagnava a possibilidade de crescimento da atividade mercantil e, consequentemente da classe burguesa.

3 MOVIMENTOS PENAIS E A LIBERDADE

3.1 Escola Clássica

Projetada no continente europeu no século XVIII, a Escola Clássica é ponto de partida obrigatório para a análise pretendida. Essa tradição teórica elabora, de maneira habilidosa, uma nova leitura do Direito Penal em contraposição à assumida pelo Antigo Regime, podendo ser mesmo considerada como um dos alicerces sobre o qual se estrutura, até então, a Dogmática Penal. Nesse universo, a liberdade aparece como a pedra angular de um discurso que vai ter, como principal bandeira, a humanização das práticas penais e a consolidação da segurança jurídica.

Os autores da referida Escola (filósofos e juristas), apesar de suas especificidades, podem ser assim identificados por integrarem um movimento que tinha, como principal tarefa, a superação das formas feudais de punir e a formulação de novas estratégias para o Direito Penal. Entre os aspectos de maior relevância suscitados pela Escola, encontra-se a dicotomia entre liberdade individual e o poder de punir do Estado[5]

Desde já é importante destacar que a noção de Direito desses autores engendra-se na égide do jusnaturalismo. Para eles, o Direito está fora da história. Resulta da dedução lógica, fruto da razão. Nesse sentido, o Direito, em especial o Direito Penal, deveria seguir os ditames racionalistas e sistemáticos que objetivassem, ao máximo, as intervenções individuais.[6] O direito de punir desloca-se, assim, do soberano para o contrato social. E é só a partir dessa perspectiva que a usurpação da liberdade se torna legítima.

O problema da extensão da liberdade e de seu resguardo está, portanto, nas bases discursivas da Escola Clássica. Em Carrara, um dos principais nomes dessa tendência, há uma justaposição entre o direito e a liberdade, sendo impossível promover sua dissociação. Em suas palavras: "O direito é a liberdade. Bem entendida, a Ciência Penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como a de suas paixões".[7]

O discurso que promove a defesa da liberdade está colocado, dessa maneira, como alicerce de uma nova orientação do Direito, em especial o Penal,

consolidando uma mudança na lógica punitiva. Oportuno assinalar que foi o debate sobre a extensão da liberdade que possibilitou a ruptura (sofisticação, atualização) com as tradições punitivas do antigo regime e a construção de uma outra orientada para a limitação do poder de punir. Beccaria afirma:

> Assim sendo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo[8]

Concretamente, o esforço dos autores clássicos na reelaboração do Direito Penal passa pela objetivação do delito e a construção da noção de livre arbítrio. Para esses teóricos, o autor do comportamento desviante não é um elemento objetivável, como para os positivistas futuramente. A tensão do debate entre os teóricos do período está no crime, na violação. Mas uma violação pautada na vontade livre e consciente do indivíduo que, sendo um signatário natural do contrato social, descumpre a norma de maneira arbitrária.

Observamos, portanto, que a nova configuração do poder punitivo promovida pela Escola Clássica passou pela valorização da liberdade individual, da liberdade de escolha. Eis uma noção fundamental herdada desse período pelo Direito Penal contemporâneo, que, associando essa categoria a outras posteriormente formuladas, sofisticou sobremaneira a Dogmática Penal.

Portanto, numa leitura crítica das formulações elaboradas pelos autores da Escola Clássica nos permite ver o duplo aspecto em que a liberdade pode ser considerada. Em primeiro lugar, na nova estruturação de mundo que propõem os jusnaturalistas. A liberdade, nesse modo de pensar, deve ser vista como a referência do Estado, o bem maior do indivíduo, em torno do qual se justifica a punição dos violadores do contrato social. Concomitantemente, essa mesma liberdade deve ser entendida como o elemento discursivo fundamental na consolidação de um Estado hegemonicamente burguês.

Dessa sorte, tomemos a liberdade em seu paradoxo. É tanto anunciadora de uma ruptura (dos modelos do Antigo Regime) como elemento de conservação no discurso então dominante (Modernidade). Dessa forma, a noção de liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

anunciada pela Escola Clássica é elemento fundamental para a Dogmática Penal contemporânea. Aliada a essa primeira perspectiva, há ainda uma outra vertente que influencia sobremaneira o Direito Penal que deve ser tomada em conta, qual seja, a leitura da Escola Positiva sobre o sistema punitivo e a liberdade, de que trataremos a seguir.

3.2 A liberdade na Escola Positiva

Nas últimas décadas do século XVIII, começou a se consolidar movimento que se contrapunha aos ensinamentos da Escola Clássica e, em muitos aspectos, o combatia. Nesse período, surgiu a Escola Positiva, que dominou o saber penal até o início do século XIX e, até hoje, encontra reflexo nas legislações penais ocidentais.

Autores como Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Franz Von Liszt e Gabriel Tarde propunham novo método para o estudo do crime. Não mais, como os clássicos, deveria se estudar o crime sob enfoque racionalista e jusnaturalista. A tarefa seria estudar, por meio do método empírico, as causas do delito.

Assim, o objeto das pesquisas passou a ser o "homem criminoso", com o objetivo de identificar os sinais antropológicos da criminalidade. Mediante a observação de indivíduos situados no universo dos cárceres e dos manicômios, características como altura, tamanho do crânio e do maxilar, textura do cabelo eram medidas para identificar o perfil do criminoso. Com Ferri, a investigação das causas ligadas à etiologia do crime fora ampliada, acrescentadas às antropológicas, causas físicas e sociais.

Essa forma de estudar o fenômeno crime partia do pressuposto de que o homem delinquente estava determinado a praticar delitos. A conduta criminosa não era resultado de escolha ou do exercício do livre arbítrio, como propunham os expoentes da Escola Clássica, mas consequência de causas naturais, sobre as quais a vontade do homem não interferia. Como afirmava Ferri: "Todo crime, do mais leve ao mais terrível, não é o fiat incondicionado da vontade humana, mas sim o resultante destas três ordens de causas naturais"[9]

A conduta criminosa não era, portanto, o resultado da escolha livre, mas consequência de causas externas à vontade do agente. Oportuno assinalar, ainda, que, ao mesmo tempo em que se entendia que o homem delinquente estava determinado à prática do crime, permitia-se que a sociedade agisse contra ele, em defesa dela.

Nesse contexto, a noção de liberdade negativa, ou de existência de direitos subjetivos em face do Estado, praticamente se esvaiu. Para defender a sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do homem diferente e perigoso, a sociedade poderia submetê-lo a diversas restrições, independentemente de sua aceitação.

A pena passou a ser vista, assim, como um mecanismo de prevenção da prática de delitos. A finalidade da pena já não era retribuir a prática de conduta contrária às normas, mas tratar, modificar o comportamento criminoso, agir nas suas causas. Como afirma Baratta, ao referir-se à Escola Positiva

> Se não é possível imputar o delito ao ato livre e não-condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu o delito. Mas a afirmação da necessidade faz desaparecer todo caráter de retribuição jurídica ou de retribuição ética da pena[10]

Nesse contexto, o discurso clássico de proporcionalidade da pena e de ênfase a liberdade individual caiu por terra. Em nome da defesa da sociedade e do tratamento do delinquente, a intervenção do Estado era considerada positiva e útil. Assim, os teóricos não se preocupavam com os limites dessa intervenção.

E foi justamente nesse aspecto que a Escola Positiva mais foi combatida. Em face das consequências práticas dessa maneira de pensar, que conduziu a internações indeterminadas, ao afrouxamento dos limites para a aplicação da pena, foram diversas as reações contrárias aos seus ensinamentos. Nesse sentido, é emblemática crítica formulada por Bettiol

> Por acentuarem características do agente em lugar de características da ação, transformam o Direito Penal de um direito que considera o fato objetivo como único título justificador da pena, num direito que encara o fato como mero índice de periculosidade. Eles ampliam indubitavelmente os poderes discricionários do Juiz, com graves danos para a liberdade individual. (...) Nota-se, assim, na esfera de influência das concepções positivistas, uma incerteza indiscutível acerca dos pressupostos da aplicação da medida de segurança, uma larga discricionariedade do juiz e uma indeterminação na duração da medida. A certeza, que, no Direito Penal, postula precisão dos fatos e subordinação do Juiz à vontade da Lei, fica, indubitavelmente, comprometida[11]

O estudo sobre a Escola Positiva demonstra como o debate sobre a liberdade permeou as discussões sobre a legitimidade da defesa da sociedade em face do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autor de condutas criminosas. E, aqui, a noção de liberdade negativa ganhou força e se transformou no principal alicerce de combate às teorias da Escola Positiva.

A concepção determinista da conduta criminosa passou a ser combatida no período Pós-Guerra, em especial no tocante às causas antropológicas do crime, mas continuou influenciando os teóricos por diversas décadas. A mudança de enfoque do estudo criminológico das causas do delito para a reação da sociedade apenas surgiu no final da década de 60 do século XX, como será abordado a seguir.

3.3 A LIBERDADE NA DOGMÁTICA PENAL

A partir da década de 70 do século XIX, na Alemanha e, posteriormente, na Itália, com a Escola Técnico-Jurídica, a Ciência Penal consolida-se como Dogmática Jurídica. Essa consolidação foi fruto de um movimento de resgate, pelo juspositivismo, do caráter propriamente jurídico da Ciência Penal, que, na Escola Positiva, considerava apenas a Sociologia Criminal como sua verdadeira expressão.

A Dogmática Penal manteve, em seu bojo, tanto a intervenção sobre a criminalidade e o indivíduo delinquente – herança da Escola Positiva – como as estruturas garantidoras do Direito Penal liberal – herança da Escola Clássica –, ambiguidade que se viu presente nas legislações penais do século XX, incluindo-se, aí, o Código Penal brasileiro de 1940.

Convivem, pois, nas legislações penais do século XX,

> [...] o discurso de garantia do indivíduo com o discurso da defesa social; o discurso do homem como limite do poder punitivo e o discurso do homem como objeto de intervenção positiva desse mesmo poder, em nome da sociedade.[12]

No tocante à garantia do indivíduo, o limite do poder punitivo, como preservação da liberdade individual, é tratado, pela Dogmática Penal, como segurança jurídica, e, nessa perspectiva, o Direito Penal tenta "[...] racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); [...] punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito".

Por outro lado, na perspectiva da sociedade, a identidade liberal da Dogmática Jurídico-Penal fica restrita pela "ideologia da defesa social", desenvolvida pelas Escolas Penais e que se constitui na ideologia dominante sobre criminalidade e pena. Essa ideologia é constituída por princípios que informam máximas admitidas não só pela Ciência Penal, mas pelo senso comum, de que, por exemplo, o crime é a representação do mal, enquanto a sociedade é o bem a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

defendido; o fato punível é expressão de uma atitude reprovável e consciente do autor contra valores e normas existentes na sociedade; a reação punitiva estatal representa a legítima reação da sociedade a certos comportamentos; o Direito Penal é igual para todos, e a reação penal se aplica igualmente a todos os autores de delitos; os bens jurídicos protegidos pelas leis penais são de interesse de toda a sociedade; a pena tem função de retribuir e prevenir o delito e ressocializar o delinquente.

Trata-se, portanto, de uma dupla tutela das liberdades. A proteção da liberdade da "universalidade dos cidadãos", ou seja, da "maioria não transgressora", e a proteção da liberdade dos sujeitos à Justiça Penal, isto é, a "minoria transgressora". O problema é que a Dogmática Penal, em sua trajetória, não conseguiu cumprir sua promessa garantidora de maximizar a proteção do imputado e minimizar o arbítrio punitivo. Tal constatação foi alcançada a partir de uma mudança de paradigma, verificada na Criminologia, que permitiu evidenciar a crise de legitimidade do sistema penal.

O Direito Penal moderno, que tinha em sua programação a proteção das duas dimensões da liberdade – a da sociedade e a do indivíduo criminalizado –, não consegue romper com sua herança positivista e utiliza o discurso da proteção da "maioria" não transgressora para cumprir seu papel seletivo em detrimento das garantias da liberdade individual contra o poder punitivo. E assim o faz, na verdade, por ser um instrumento de produção e reprodução de relações de desigualdade existentes nas sociedades tardo-capitalistas. A desconsideração daquela dimensão de liberdade que era tão cara à Escola Clássica é fortemente sentida, ainda, em tempos de globalização. O processo de globalização, vivenciado desde as últimas décadas do século XX, promoveu uma mudança no papel do Estado com sérios reflexos no controle penal.

E, na tentativa de recuperar essa perda de poder, as leis penais são os meios preferidos do que Zaffaroni chama do "Estado-espetáculo" e de seus "operadores *showmen*". São elas um recurso que obtém alto crédito político com baixo custo. Nesse espetáculo, novas emergências são apresentadas como ameaçadoras para a humanidade (como a questão de tóxicos e terrorismo), reforçando a necessidade de proteção da dimensão sociedade da liberdade na perspectiva penal.

As novas emergências não impulsionam, entretanto, tentativas de resolver o problema, mas incentivam um controle social punitivo cada vez mais repressivo. Para realizar esse controle ultra repressivo, renuncia-se à racionalidade, incorporam-se componentes antiliberais, reduzem-se as garantias, potencializa-se o poder punitivo e, principalmente, eliminam-se suas limitações mais formais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

elementares.[13] Uma manipulação do Direito Penal pelas forças políticas que, para conservação do sistema de poder, produz uma falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um "inimigo interno" comum [14].

O Direito Penal, portanto, falha em cumprir sua promessa de garantia de liberdade.

4 PRECEITOS DA ESCOLA DE FRANKFURT

Os membros da Escola penalista de Frankfurt, em particular Winfried Hassemer, propagam a ideia de que, em face dos novos riscos advindos da primeira e segunda modernidades, avultou o sentimento de medo da população e, consequentemente, a demanda por maior atuação do aparato criminal[15].

Em vista disso, os legisladores, por razões ou propósitos mesquinhos e oportunistas, lançam mão de instrumentos jurídicos, por vezes, teratológicos, simulando tutelar a sociedade. Daí novos tipos penais são criados, recrudescendo o tratamento conferido aos acusados em geral, incrementando as penas, restringindo direitos e garantias individuais, além de outras medidas denunciadas por Hassemer, sem que, substancialmente, signifiquem quaisquer perspectivas reais de mudanças no quadro social.[16]

Hodiernamente, a tendência internacional concentra-se na utilização de uma reação penal considerada simbólica, marcada por instrumentos inaptos a combater efetiva e eficazmente as novas formas de infrações. O que importa é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, estribado apenas na impressão de que o legislador se acha preocupado com o delito. Produz-se a ilusão de que os problemas foram solucionados.

Adverte Hassemer que o aproveitamento do direito penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade ofende, manifestamente, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente vinculado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como *prima ratio*, sempre que rentável politicamente.[17]

O direito penal deixa de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas. Retomando as lições de Franz Von Listz, segundo o qual o direito penal constitui barreira infranqueável da política criminal, Hassemer afirma que, hoje, no direito penal do risco, ocorre o inverso, o direito penal aparece como instrumento da política criminal.[18]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo o sobredito penalista, o direito penal deve restringir-se tão-somente a proibição de condutas individuais que provoquem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individualista, não lhe cabendo promover a segurança das futuras gerações ou a diminuição social dos riscos e do sentimento de medo incrustado na população. Sua missão, na realidade, é bem mais modesta[19]

Desta rígida linha de argumentação decorre a forte posição do autor contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supra-individuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato, chamado "direito de intervenção".

Neste ponto, cumpre transcrever excerto das lições do penalista alemão proferidas em uma conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aos 17/11/1993:

> Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção[20].

Em consonância com as idéias da Escola de Frankfurt, o direito penal deve reduzir seus tentáculos, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela de bens supra-individuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo com observância de rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e dos princípios político-criminais garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade etc.

Por outro lado, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos novos riscos tecnológicos incumbiria ao "direito de intervenção" – novo ramo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurídico – e, desta maneira, restaria definitivamente afastada a intervenção penal clássica, estribada na pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais[21].

Ao lado da descriminalização de condutas, imprescindível à redução do direito penal a um núcleo mínimo de proteção, despontaria um sistema de direito novo, aplicável pela Administração Pública – tribunais administrativos – e livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade. Mais apto, portanto, a lidar com as situações e as necessidades da sociedade de risco[22]

O direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude.[23]

No escólio de Hassemer, Herzog, Prittwitz e outros, um modelo de direito de intervenção assim configurado mostrar-se-ia, pragmaticamente, mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades pós-industriais. Desta forma, poder-se-ia liberar o direito penal das expectativas de prevenção dessa modalidade especial de infração, para cuja missão não se acha preparado e, segundo o autor, pode ser a causa primordial de sua ruína[24].

Não se trata, como bem se pode inferir, de abandono de bens jurídicos sociais ou supra-individuais por parte do ordenamento jurídico ou do direito penal, uma vez que estes bens permanecerão com o status de bem jurídico penalmente relevante. Apenas os tipos penais que os protegem serão "filtrados" e melhor selecionados.

Considerando, ademais, que os ilícitos de somenos importância – que não são dotados de dignidade penal – migrarão em direção a um outro ramo jurídico – que não lançará mão da pena de prisão – não haverá necessidade da manutenção de todas as garantias individuais, flexibilizando, inclusive, as regras de imputação de responsabilidade, resultando, inexoravelmente, num sancionamento de natureza não penal, com perspectivas otimistas em relação à sua agilidade e eficácia.

Deve-se ter em mente que o direito penal é apenas um dos meios de controle social, nem sempre necessário (dignidade penal), nem sempre eficaz (idoneidade e carência de tutela), mas, sem dúvida, sempre o mais grave.[25]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, a teste frankfurniana encontra repercussão, principalmente no pensamento do Miguel Reale Júnior.

Na relação entre o controle administrativo e o direito penal, segundo Reale, deve haver uma relativa independência, através de um funcionamento alternativo. Donde, optar-se-ia pela seara administrativa no que concerne a assuntos afetos à área econômica de menor relevância – aquelas condutas que não disponham de dignidade penal, com a sua conseqüente descriminalização, ao passo que a atuação penal cingir-se-ia aos casos extremos em que a sanção administrativa não se afigurar suficiente.

Dispondo de uma finalidade repressora e, ao mesmo tempo, assecuratória de tutela dos novos bens jurídicos supra-individuais, o sistema misto de Reale propõe o julgamento por tribunais administrativos.[26]

A descriminalização de determinadas condutas e sua conseqüente administrativização já vem sendo adotada, paulatinamente, por diversos países, dentre eles Alemanha e Itália.

No Brasil, bem como se dá na França, existe dupla tipificação de contenda à infração econômica, havendo leis administrativas e penais no mesmo sentido.

A legislação administrativa de repressão ao abuso do poder econômico e ao aumento arbitrário de lucros existe desde a década de 60, quando a Lei 4.317 criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica -, transformado em autarquia, ligado ao Ministério da Justiça, pela Lei 8.884/94, que lhe atribuiu as funções de instauração de processos administrativos, cominação de multas aos infratores, apuração e repressão administrativa às condutas atentatórias à ordem econômica etc.[27]

A grande vantagem no uso do mecanismo administrativo para a luta contra os ilícitos econômicos consiste na possibilidade de atuação preventiva, antecipando-se ao dano, através de tipos abertos, tipos de perigo abstrato e por acumulação, além da possibilidade de imputação de responsabilidade sem a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou culpa, bastando a mera ocorrência fática da conduta descrita no tipo. No âmbito administrativo, destarte, a responsabilidade objetiva mostra-se de todo admissível, inclusive, com a inversão do ônus da prova para o acusado.

Nada obstante, o legislador insiste em utilizar o direito penal, hipertrofiando-o através de um processo de inflação legislativa, mesmo que às custas de serias distorções processuais e materiais. O efeito simbólico do lançamento da pena acaba por produzir efeito reverso do desejado. Causa inoperatividade e seletividade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sistema punitivo, desmoraliza os órgãos de persecução penal, gera sentimento de impunidade e acaba por prejudicar a atuação penal naquelas áreas em que ele se faz efetivamente necessário.

Demonstrada a tese da Escola de Frankfurt e demarcadas as raias do direito de intervenção, bem como sua ressonância na doutrina brasileira, calha, neste ponto, tecer uma crítica adaptativa ao pensamento frankfurniano, fundado na premissa de que toda política criminal deve adaptar-se à sociedade à qual pretende ser implementada.

5 CONCLUSÃO

Em um cenário de insegurança, proveniente da crise da modernidade, falência do *Welfare State* e a implantação da ideia de Sociedade de Risco, enxergou-se no *Jus puniendi* o principal (e único) instituto repressivo do Estado capaz de restaurar a paz e harmonia em um sistema contra os direitos e a liberdade do cidadão, configurando conjuntamente como o poder mais odioso e que se exerce de maneira mais violenta sobre o povo.

Nesse contexto, a Escola de Frankfurt, uma das mais importantes das denominadas escolas intermediárias, trouxe diversos avanços para o Direito Penal, criando pensamentos jurídicos inovadores que influenciaram a ciência do direito nos dias atuais.Verifica-se que seus principais defensores oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expancionista.

Para tanto, partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que *implica* sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade etc.

Hassemer parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente[28].

A crítica, de modo geral, é sobre a utilização do Direito Penal para as demandas da sociedade do risco, já que tal fato traz grandes sequelas, quer seja, a desmoralização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do Direito Penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação que é o da *ultima ratio*, porquanto parte da compreensão de que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é impossível se conceber um sistema criminal que possa relativizar as garantias que prevê em favor do inculpado durante o processo, e do apenado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Não se pode negar que o fenômeno da expansão por diversas vezes se demonstra como espécie de perversidade estatal e que o recurso ao Direito Penal, por diversas vezes, constitui-se como fácil expediente ao qual os poderes públicos recorrem para fazer frente a problemas sociais de grande envergadura.

O Direito Penal não pode se converter em "porta-bandeira" das demandas sociais mais conjunturais, superficiais ou meramente verbalizadas.

Ao contrário, o Direito Penal funcional há de se fazer compatível com uma vocação mais restritiva possível da intervenção punitiva. Trata-se da proteção penal das expectativas essenciais cuja desproteção penal daria lugar a reações disfuncionais e, na medida em que exista o risco de que elas ocorram. Desse modo, é coerente a defesa do Direito Penal funcional[29].

Defendeu-se, também, que o devido processo legal substantivo é uma proteção dos Direitos Fundamentais contra as eventuais irracionalidades ou abusos do Poder Legislativo e também contra a aplicação desarrazoada e desproporcional da Lei Penal. Constitui, ainda, uma garantia contra o uso indevido do devido processo legal processual, pois ao prover substancialidade, evita-se a tomada de decisões arbitrárias e não condizentes com o bom senso. Alçado em nível constitucional, o devido processo legal substantivo abrange todos os ramos do Direito, especialmente o Direito Penal.

Direito Penal é, portanto, uma intervenção grave por incidir na esfera de liberdade do indivíduo. A sanção penal possui caráter ameaçador da existência humana. Por conseguinte, o Direito Penal enquanto sistema normativo de controle social deve-se reduzir à tutela dos bens jurídicos, ou seja, bens fundamentais para a sociedade sendo necessário um comportamento socialmente nocivo, uma lesão real ao bem jurídico para a imposição de pena, ainda mais num Estado Democrático de Direito em que a legitimidade do *jus puniendi* associa-se a necessidade de resguardar as condições de vida, bem como desenvolvimento e a paz, com vistas na liberdade e na dignidade da pessoa humana, isto remete ao pensamento frankfurtiniano que busca um Direito Penal Clássico, cujo objeto são as condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, ou seja, manifesta-se contrariamente ao uso excessivo da sanção penal, visando apenas a efetiva proteção de bens jurídicos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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. 336 p.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo (SP): Editora Saraiva, 2006

ADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. in Teoria política. II quadrimestre. setembro. 1998. sommario n. 2

GEUSS, Raymond. **Teoria Crítica:** Habermas e a Escola de Frankfurt.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

PINTO, Álvaro Vieira. **Sete lições sobre educação de adultos**. 11ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 75

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. v. 4.

NOTAS:

[1] FERRAJOLI, L. Diritti fondamentalli., p. 22.

[2] CADEMARTORI, Sérgio. op. cit., p. 86. Mais adiante este autor coloca que "Assim, o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários

tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos. Por fim, é de se ressaltar que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo". p. 86-87

[3] MORAIS, 1996, p. 67-70.

[4] PINTO, Álvaro Vieira. Sete lições sobre educação de adultos. 11ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 75.

[5] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal, 2003, p. 47.

[6] ANDRADE, op. cit., p. 48.

[7] ANDRADE, op. cit., p. 54.

[8] BECCARIA apud ANDRADE, op. cit., p. 50.

[9] ANDRADE, op. cit., p. 66

[10] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal, 2002, p. 39

[11] ANDRADE, op. cit., p. 71

[12] ANDRADE, op. cit., p. 73

[13] ZAFFARONI, op. cit., p. 34.

[14] BARATTA, op. cit., 2002, p. 205

[15] Processo penal e direitos fundamentais. Revista Del Rey jurídica. Ano 8, n° 16, 1° semestre de 2006, p .73.

[16] Segurança pública no Estado de Direito. P. 63. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n° 05, p. 63, jan. 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[17] HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. Actualidad Penal. Madrid, n° 43/22 de 1993, p. 635-646.

[18] HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal. Porto Alegre: FESMP, 1993.

[19] Idem, Ibidem.

[20] HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n° 08, p. 49, out. 1994.

[21] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

[22] Idem, Ibidem.

[23] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

[24] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

[25] SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: RT, n° 02, jul./dez. de 1998, p. 16.

[26] REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30, p. 42.

[27] SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: RT, n° 02, jul./dez. de 1998, p. 21.

[28] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op cit., p. 98

[29] SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 105.

www.conteudojuridico.com.br

USUCAPIÃO: USUCAPIÃO E SUAS ESPÉCIES

MÔNICA DE ALMEIDA BORGES:
Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Campos Fernandópolis/SP.

PEDRO MANOEL CALLADO
(Orientador Teórico)
MARCIA KAZUME PEREIRA SATO
(Orientadora Metodológica)

RESUMO: Este artigo aborda todo o conceito envolto a usucapião e suas espécies, explicando desde de o seu surgimento, a sua colocação perante o direito brasileiro como direito das coisas, as formas para sua aquisição, e também o que pode impedir que a usucapião aconteça, tudo o conteúdo implícito neste artigo cientifico tem por fundamento os artigos 1.238 à 1.244 contidos no Código Civil Brasileiro. Cada título aqui tratado apresenta um conteúdo acerca dos significados envolvidos ao usucapião, em todas as suas formas, como desde a usucapião de bens imóveis que se divide em extraordinária, ordinária e especial, que por sua vez se subdivide em urbano e rural, e também a usucapião de bens móveis, além dos enumeração dos meios impeditivos da usucapião por proibição legal. Levando sempre em fiel consideração, tudo o conhecimento adquirido durante décadas por renomados doutrinadores, equiparando as pesquisas feitas por estes, para que possa ser implantada a melhor didática e de maior veracidade possível.

Palavras-chave: Conceito; Usucapião; Espécies; Direito Brasileiro; Aquisição; Formas Impeditivas.

ABSTRACT: This article addresses the whole concept surrounding usucapion and its species, explaining since its inception, its placement before Brazilian law as the right of things, the forms for its acquisition, and also what may prevent usucapion from happening, all The implicit content of this scientific article is based on articles 1,238 to 1,244 contained in the Brazilian Civil Code. Each title dealt with here presents a content about the meanings involved in the usucapion, in all its forms, such as the usucapion of real estate that is divided into extraordinary, ordinary and special, which in turn is subdivided into urban and rural, and also the adverse possession of movable property, in addition to the enumeration of the preventive means of adverse possession by legal prohibition. Always taking into consideration, all the knowledge acquired for decades by renowned indoctrinators, equating the research done by them, so that the best teaching and truthfulness possible can be implemented.

Keywords: Concept; Usucapião; Species; Brazilian Law; Acquisition; Impeditive Forms.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO DIREITO DAS COISAS. 2.1. Direito Real. 2.2. Direito Pessoal. 3. DAS DIFERENÇAS ENTRE DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL. 4. DOS MODOS DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL. 5. DA USUCAPIÃO. 6. DA USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS. 6.1. Da Usucapião Extraordinária. 6.2. Da Usucapião Ordinária. 6.3. Da Usucapião Especial. 6.3.1. Usucapião Especial Rural. 6.3.2. Da Usucapião Especial Urbana. 7. DA USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS. 8. CAUSAS QUE IMPEDEM A USUCAPIÃO. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo a explicação e desenvolvimento sobre a usucapião, tratando quanto ao direito das coisas ao qual leva a propriedade por meio de usucapião, incluindo as formas e requisitos para ser adquirido, também como as situações impeditivas para sua posse.

A usucapião vem apresentada no Código Civil brasileiro em seus artigos 1.238 a 1.244, referenciando detalhes para a aquisição por meio desta, citando tal como o período necessário de posse do bem, os requisitos básicos e específicos para ser possível adquirir objeto móvel ou imóvel pretendido.

No Brasil o direito das coisas representa um conjunto de normas que regem as relações jurídicas das pessoas, assim regulamentando as relações entre os homens e coisas, traçando normas para preservação, exercício e perda do poder do homem sobre o objeto. Por meio do direito pessoal o ser humano pode controlar os relacionamentos entre si, devido a transferência do poder de uma coisa, assim como no direito real, o homem pode controlar o objeto desde que tenha sua posse.

Este segundo direito é o rege a aquisição por intermédio da usucapião, trazendo a possibilidade de que, uma pessoa que se encaixe nos requisitos determinados em lei, possa possuir um bem legalmente registrado, sendo seu legitimo proprietário.

A usucapião vem a ser a utilização de um bem por um longo período de tempo sem ter a sua propriedade, entretanto fazendo por merecê-la, assim, devido uma ação judicial, o sujeito consegue a posse definitiva.

O objetivo deste texto está em esclarecer as dúvidas mais comuns quanto o procedimento para uma possível aquisição por usucapião, destacando a definição

de cada forma de usucapião, e detalhes para sua conquista, deixando especificado o que cada um exige de seu possuidor.

A metodologia utilizada para obter o contexto fundamentado está representada a fundo nas pesquisas realizadas, tanto quanto na ministração de renomados doutrinadores, para fácil entendimento dos leitores.

2. DO DIREITO DAS COISAS

O direito das coisas, são as normas que regulam as jurisdições relacionadas aos bens suscetíveis de apropriação, sejam móveis ou imóveis, compreendendo os bens materiais em sua forma geral.

Este representa o poder que o proprietário possui sobre o bem, assim sendo, é necessário haver uma parte ativa, representando o titular, um objeto que simule o bem, e o poder jurídico que o sujeito exerce sobre a coisa.

O Código Civil trás em plataforma a linha que rege o direito das coisas, informando que aquele que possui tais características é considerado possuidor, sendo eles os direito de gozar, reaver, usar e dispor do bem, desta forma o possuidor é aquele que como se fosse proprietário possui pleno exercício de fato dos poderes constitutivos inerentes ao domínio. O direito de posse é constituído por dois elementos, *corpus* e *animus*.

A posse pode ser direta ou indireta, justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé, pacífica e provisória, sendo estes identificados cada um de uma forma.

A posse direta é aquela na qual existe o contato do possuidor com o objeto, seja por motivo real, ou pessoal, ou por meio de contrato, onde o proprietário transfere a posse a outro, reservando-lhe a posse indireta, que mantém sendo seu um dos direitos de propriedade, permitindo que possa reaver o bem para si conforme extinta a relação que levou a mudança de sujeito sobre a posse.

A posse justa é aquela que não for violenta, clandestina ou precária, senda a posse injusta o oposto disso, aquela que for violenta, clandestina e precária.

A posse de boa-fé advém do desconhecimento do possuidor quanto ao vício da coisa, ou seja, o mesmo não possui a ciência do fato que originou o vício, bem como o próprio vicio é desconhecido para ele, contrário a isto está o possuidor de má fé, que tem total noção da existência do vício, e mesmo que possua o título, tem o conhecimento da ilegitimidade de sua posse, bem como devido este tira proveito da situação para se beneficiar sobre outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A posse pacifica, assim como a justa não pode ser violenta, clandestina ou precária, tendo o possuidor que seguir estritamente os ditames do artigo *sub examine.*

A posse provisória refere-se à alegação de duas ou mais pessoas, que o bem em questão lhe pertence, este ficará sob guarda daquele que o mantém, desde que não o tenha obtido por forma viciosa, até que se resolva a questão.

2.1. Direito Real

O direito real sob o princípio da coisificação versa apenas sobre a coisa, ignorando em tese pessoas e outros bens não coisificáveis, este objeto deve obrigatoriamente ser certo e determinado, assim como existir em sua totalidade, este direito somente pode ser transferido com a tradição da coisa.

Segundo Maria Helena Diniz (2017, p. 20):

> A Tradição é o meio aquisitivo de direitos reais sobre coisas móveis, constituídos ou transmitidos por atos intervivos.Portanto, a tradição é a devida entrega da coisa ao adquirente, devendo haver a intenção de lhe transferir o domínio do bem. Apenas um contrato firmado entre partes, por si só não gera o direito real, este apenas abrange o direito pessoal.

Uma definição para o direito real trazida de forma excepcional, aprofundando conceitos de forma pratica e eficaz é dado por Guillermo Allende (1967, p.01):

> O direito real é um direito absoluto, de conteúdo patrimonial, cujas normas, substancialmente de ordem pública, estabelecem entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa determinada (objeto) uma relação imediata, que prévia publicidade obriga a sociedade (sujeito passivo) a abster-se de praticar qualquer ato contrário ao mesmo (obrigação negativa), nascendo, para a hipótese de violência, uma ação real que outorga a seus titulares as vantagens inerentes ao *jus persequendi*e ao *juspraeferendi*.

Algumas das principais características do direito real são: a coisa estará imediatamente aderida ao seu novo proprietário, sujeitando-se a ele; no direito real o direito de sequela permite que a propriedade siga o objeto independente de onde esteja; este é exclusivo, não podendo haver mais de um detentor do direito real;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

somente eles podem ser suscetíveis de posse; apenas pode ser considerado direito real aqueles que estão previstos em lei.

O Código Civil enumera quais são os direitos reais em seu artigo 1.225:

> São direitos reais:I - a propriedade;II - os direitos reais de gozo ou fruição, que se dividem em: a enfiteuse, a superfície, as servidões prediais, o usufruto, o uso, e a habitação; III - os direitos reais de garantia, que são: o penhor, a hipoteca, a anticrese, e a propriedade fiduciária; IV - direito real de aquisição que é: o compromisso de compra e venda, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso, e a laje.

A aquisição do direito real sobre imóveis, somente pode se concretizar com a realização do registro de título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis competente, com exceção de casos onde o próprio Código dispensa o registro.

2.2. Direito Pessoal

No direito pessoal podemos encontrar o sujeito ativo (dono da coisa), o sujeito passivo (que é o devedor), e uma prestação (objeto da relação jurídica). A prestação é uma obrigação que existe do segundo sujeito para com o primeiro exigindo uma contraprestação. Sendo assim, o direito pessoal é a relação existente entre duas ou mais pessoas, sobre um determinado objeto. Vale ressaltar que este direito responde ao Direito das Obrigações.

3. DAS DIFERENÇAS ENTRE DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL

Ambos mesmo sendo semelhantes, expressão diversas diferenças, como o fato do direito pessoal ser imposto a um sujeito determinado, visando que este direito sempre estará voltado para a relação entre as partes, cabendo a negociação independente da coisa, devido a importância estar na vontade da negociação, ou seja, permite a negociação de coisa futura. No direito real o objeto será sempre determinado e a pessoa poder ser determinável, a existência da coisa no momento do negócio é essencial para o direito real, encontra-se também características existentes em um e não no outro, como o direito de seqüela.

O direito real é regulado pelas normas de Natureza cogente, de ordem pública, e por sua vez o direito obrigacional, trata em regra as normas dispositivas ou facultativa, garantindo que todas as partes tenham para si o livre arbítrio e a autonomia de sua vontade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tantas diferenças podem ser vislumbradas perante estes dois direitos, conforme expõe Orlando Gomes (1983, p.01), entre elas:

> a) a violação de um direito real consiste sempre num *fato positivo*, o que não se verifica sempre com o direito pessoal; b) o direito real concede ao titular um gozo *permanente* porque tende à perpetuidade, ao passo que o direito pessoal é eminentemente *transitório*, pois se extingue no momento em que a obrigação correlata é cumprida; c) somente os direitos reais podem ser adquiridos por *usucapião*; d) o direito real só encontra um sujeito passivo concreto *no momento em que é violado*, pois, enquanto não há violação, dirige-se contra todos, em geral, e contra ninguém, em particular, enquanto o direito pessoal dirige-se, desde o seu nascimento, contra uma *pessoa determinada*, e somente contra ela.

4. DOS MODOS DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A aquisição pode ser feita de forma originaria e derivada. Sendo originaria aquela que se adquire de modo desvinculado com um titular anterior, não exigindo uma relação jurídica para efetuar a transmissão da propriedade do bem, esta aquisição pode se dar através da Usucapião e da Acessão Natural.

A aquisição derivada ocorre devido a existência de vínculo com o titular anterior, por meio de uma negociação jurídica o possuidor da propriedade transfere sua posse para outro sujeito, sendo regra, impossível transferir mais direitos do que tem. Existe a transmissão derivada por meio de *inter vivos*, que seria a negociação consciente entre dois sujeitos e *mortis causa*, que se refere aos bens do sujeito falecido que são transferidos para os herdeiros, encontra-se exemplos da aquisição derivada na aquisição por registro de título, na aquisição por acessão, que se divide em: a) acessão por formação de ilhas, b) por aluvião, c) por avulsão, d) álveo abandonado, ainda pode-se identificar a aquisição por construções e plantações, e por fim por construção em imóvel alheio.

5.DA USUCAPIÃO

A Usucapião é uma forma ordinária de aquisição de propriedade, devido a posse mansa e pacífica de um bem, por um determinado período de tempo, correspondente ao informado em lei.

Observe o disposto pelos artigos 1.238 e 1.242, do Código Civil, sobre bens imóveis:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 1.238** - Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> **Parágrafo único**. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.
>
> **Art. 1.242 -** Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Já sobre os bens móveis, o artigo 1.260, do Código Civil, especifica a seguinte informação:

> **Art. 1.260 -** Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Para Maria Helena Diniz, (2007, p.01):

> A Usucapião é um direito novo, autônomo, independente de qualquer ato negociável provindo de um possível proprietário, tanto assim que o transmitente da coisa objeto da usucapião não é o antecessor, o primitivo proprietário, mas a autoridade judiciária que reconhece e declara por sentença aquisitiva por usucapião.

A aquisição de bens imóveis por meio de usucapião se dá através da posse mansa e pacifica da propriedade, que esta seja ininterrupta exercendo o *animus domini,* com um lapso temporal de quinze anos, que pode ser reduzido para dez anos se for estabelecido no imóvel moradia habitual, ou se nele for realizadas obras ou serviços produtivos pelo possuidor.

Havendo a presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, poderá ser dispensada a exibição de documentos, pois, tal usucapião não suporta qualquer prova de inexistência do título. O pretendente a possuir o bem por usucapião deverá apenas provar a posse cobre a coisa. É necessário para consumação da usucapião existência de uma sentença judicial declaratória da aquisição do domínio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do objeto, está constituirá o título que posteriormente será levado ao Registro Imobiliário, para assento. Ao sujeito que em seu nome possuir qualquer outro imóvel, urbano ou rural, não caberá o benefício pela usucapião.

Além disso, na usucapião de bens móveis, pode se dar por meio da posse do bem pelo período de três anos, se tratando de posse ininterrupta, que tenha a boa-fé e com justo título. Caso procura-se a dispensa da boa-fé e do justo título, o tempo de posse do bem deve ser alterado para cinco anos ininterruptos. O Superior Tribunal de Justiça traz um precedente de que veículo furtado não pode ser adquirido por usucapião (RESP 247.345).

6. DA USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS

Segundo o direito brasileiro a usucapião é dividida em três espécies: extraordinária, ordinária e especial, sendo está última subdividida em rural (pro labore), e urbana (pro misero), tem-se ainda uma modalidade especial, a usucapião indígena, estabelecida no estatuto do índio (lei nº 6.001/73).

Dispõe o artigo 246, § 3º, do estatuto processual do ano de 2015: "Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada".

Neste caso, será válida a citação através do funcionário da portaria, responsável pelo recebimento das correspondências, a menos que este se recuse, declarando, "por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente". (CPC/2015,art. 248, § 4º). O artigo 259, I, permite ainda que nas ações de usucapião de bem imóvel haja a citação por meio de editais.

6.1. Da Usucapião Extraordinária

A usucapião extraordinária é discorrida no artigo 1.238 do código civil, e seus principais requisitos são: posse pelo período de quinze anos (podendo reduzir-se a dez anos quando o imóvel for a moradia habitual do possuidor ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo), tendo o ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente. Não se exige os requisitos do justo título e da boa-fé.

Esta modalidade de prescrição, tem como precedente histórico a *praescriptiolongitemporis*, que chegou até ao prazo de quarenta anos, e também a prescrição imemorial, aquela que não se tinha mais memória entre os vivos de quando havia sido seu início. Esta refere-se a usucapião mais comum e conhecida, basta a intenção de dono, a tranquila e pacifica posse pelo período de quinze anos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tendo em vista que esta não exige o justo título e nem a boa-fé, apenas em caso de sua existência servirá para reforço de prova.

Quando implantada a "posse-trabalho", sendo através da construção de uma residência ou por meio de investimentos voltados para melhorias de caráter produtivo ou cultural, fez com que o legislador considerasse a redução do período prescricional para o prazo de dez anos, em se tratando da usucapião extraordinária, como consta no parágrafo único do artigo citado supra.

Para que o prazo seja reduzido, não basta comprovar o pagamento regular de tributos, sendo que, por se tratar de um país de grande extensão, com diversas áreas despovoadas, poderia desta forma haver o amparo legal a sujeito que não se encontra em uma situação merecedora deste. Tornando-se mais justo, "focalizar o problema em termos de “posse-trabalho”, considerando as obras e serviços feitas pelo possuidor ou de construção, no local, para sua morada". (MIGUEL REALE, 1999, p.01).

A propriedade adquirida por usucapião não compreende apenas seus atributos componentes, como também todos os direitos reais que podemos encontrar sobre a coisa, como gozar, reaver, usar e dispor do bem.

O Enunciado 497 do Conselho de Justiça Federal relata: "o prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor".

Culminado a isto, o Enunciado 564 do Conselho de Justiça Federal expõe: "as normas relativas à usucapião extraordinária (artigo 1.238, caput, Código Civil) e a usucapião ordinária (artigo 1.242, caput, Código Civil), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, tem aplicação imediata".

6.2. Da Usucapião Ordinária

Para adquirir a usucapião ordinária o pretendente a proprietário deve preencher os seguintes requisito: ter dez anos de posse mansa e pacífica que seja de forma contínua, possuir o ânimo de dono, e ainda o justo título e boa-fé.

Dispõe, o artigo 1.242 do Código Civil, em seu parágrafo único que:

> **Artigo 1.242** [...]
>
> **Parágrafo Único -**Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O parágrafo mencionado, trata sobre a possibilidade de redução do tempo necessário para conseguir a propriedade devido o possuidor ter estabelecido no imóvel sua moradia habitual, por ter realizado obras e serviços de caráter produtivo para a propriedade.

Conforme o enunciado 86 do Conselho de Justiça Federal "a expressão Justo Titulo contida nos artigos 1.242 e 1.260 Código Civil, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro".

Ainda, o Enunciado 569 do Conselho de Justiça Federal regula "no artigo 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nesta hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro".

6.3. Da Usucapião Especial

A usucapião especial é a terceira modalidade disposta em nosso ordenamento jurídico, também conhecida como usucapião constitucional, por ter surgido através da Constituição, apresentando duas formas: a usucapião especial rural, ou também denominada pro labore, e a usucapião especial urbana, que pode ser chamada de pró-moradia. Em 1934, a Constituição Federal integrou a modalidade rural, que também está prevista no artigo 191 da Carta de 1988 e no artigo 1.239 do Código Civil de 2002.

6.3.1. Usucapião Especial Rural

No ano de 1934, teve o surgimento a Constituição Federal brasileira, e com esta veio aferido a usucapião especial rural ou pro labore, este permaneceu conservado na Carta outorgada de 1937 e na Constituição de 1946. A emenda constitucional de 1969 incluiu alguns requisitos próprios, remetendo a sua disciplina à lei ordinária.

Enquanto não era regulamentada, fez-se uso da Lei nº 4.504 de 1964, que era denominada Estatuto da Terra, até a criação da Lei nº 6.969 de 1981, que foi criada especialmente para regulamentar a aquisição de imóveis rurais por meio de usucapião especial.

O artigo 1º, da Lei nº 6.969/81, traz a seguinte proposta:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Artigo 1º** - Todo aquele que, não sendo proprietário rural ou urbano, possuir como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área rural continua, não excedentes a 25 hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver moradia, adquirir-lhe-á o domínio, independente de justo título ou boa-fé, podendo requerer ao juiz que declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Além disso, o artigo 2º, desta lei, incluiu as terras devolutas entre a lista de bens suscetíveis a usucapião. Todavia, a Constituição de 1988, em seu artigo 191, em seu parágrafo primeiro, proíbe expressamente a aquisição de bens público através da usucapião, e ainda, aumentou a dimensão da área rural suscetível ao usucapião para cinquenta hectares, e também manteve que o usucapiente não pode ser proprietário de imóvel urbano ou rural.

Em seu artigo 1.239, o Código Civil traz a *ipsis litteris*, o citado artigo 191 da Constituição:

> Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Para a usucapião rural, a simples posse do bem não é o suficiente, é necessário a produtividade do imóvel, devendo o possuidor nele morar e trabalhar, entretanto, esta modalidade não exige justo título ou boa-fé. Aquele que não institui moradia no local e nem mesmo possui família para compartilhar do bem, não pode requerer a usucapião com base no dispositivo legal de apresso, devido os requisitos impostos em lei.

Conforme seus estudos LENINE NEQUETE (1981, p.01),expõe:

> Estatuto da Terra, tanto quanto as disposições constitucionais que o precederam, é uma lei destinada a incrementar a fixação do homem no campo e, o que é mais, a valorizar aquelas terras, exatamente, localizadas em zonas rurais, de alguma sorte distantes dos centros urbanos, a serem por elas abastecidos: nem as cidades, em crescimento constante, e voltadas precipuamente para outras atividades essenciais, comportariam que estas não continuassem a se desenvolver,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> prejudicadas por aquela forma de ocupação. E isto tudo sem falar na burla que então se ensejaria: consumada a usucapião *pro labore* de terras urbanas, e assim ainda mais valorizadas, face às necessidades de expansão dos mesmos centros, nada impediria fossem elas logo a seguir alienadas para loteamentos ou indústrias, fugindo conseqüentemente às intenções sociais da lei.

6.3.2. Da Usucapião Especial Urbana

A usucapião especial urbana ou também conhecida como usucapião constitucional habitacional, foi inclusa na legislação brasileira através da Constituição Federal de 1988, com texto exposto no artigo 183, nos termos:

> **Artigo 183** - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O artigo 1.240 do Código Civil, reproduz integralmente o artigo citado acima.

Esta modalidade não permite a posse de terreno urbano sem construção, pois um de seus requisitos é a utilização do local para moradia do possuidor e de sua família. Ocasionalmente não é necessário a existência de justo título ou boa-fé, assim como na usucapiãorural.

Imputa ainda os §§2º e 3º do artigo supra transcrito que "esse direitonão será reconhecido ao novo possuidor mais de uma vez" e, ainda, "imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião", além disso, o §1º atribui que "o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".

Devido ao fato de ter sido uma inovação outorgada pela carta de 1988, como já mencionado, esta não alcança ações processuais anteriores. Passando a valer o prazo de cinco anos apenas após a vigência da atual Constituição.

Tendo efeito *ex nunc*, não poderia retroagir, surpreendendo assim o proprietário com uma situação antes não prevista.

De acordo com a legislação só pessoa física que permanece no local, fazendo dele sua moradia ou de sua família, tem legitimidade para usucapir o bem.

A pessoal jurídica por possuir sede e não moradia, e por não ser membros de uma família, não tem legitimidade para arguir a prescrição aquisitiva. O brasileiro sendo nato ou naturalizado pode usucapir, já o estrangeiro somente tem este direito se for residente no país.

7. DA USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS

A usucapião de bens móveis é tratada através dos artigos 1.260 a 1.262, sendo uma aquisição originaria, torna aquele que usucapiu o único proprietário do bem desde sua existência, ou seja, exclui o histórico de antigos proprietários do bem, fazendo com que o possuidor seja unitariamente o dono conhecido do bem.

Na sua modalidade ordinária, é necessário para o usucapiente preencher os requisitos de justo título e boa-fé, ter posse continua e incontestada do bem por um período de três anos ininterruptos.

Já usucapião extraordinária de bem móvel permite a aquisição da propriedade por meio de posse continua e incontestável do bem pelo prazo de cinco anos, entretanto esta não exige a existência de justo título e nem a boa-fé.

Veja que na usucapião ordinária a aquisição pode ser feita através de tradição por aquele que não é o real proprietário, caloteando o adquirente, enquanto na usucapião extraordinária, a posse pode decorrer de qualquer meio, até mesmo por roubo ou furto.

8. CAUSAS QUE IMPEDEM A USUCAPIÃO

O prazo prescricional para a aquisição da usucapião não pode ser contado nas situações existentes no artigo 197, incisos I a III, artigo 198, inciso I, e artigo 199, incisos I e II, todos do Código Civil,os quais trazem um rol taxativo para impedimento de prescrição de prazos.

> **Art. 197.** Não corre a prescrição:
>
> **I** - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
>
> **II** - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
>
> **III** - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.
>
> **Art. 198.** Também não corre a prescrição:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Considerando que cada artigo traz um modo que impede a usucapião, é notório o fato que qualquer sujeito que se encaixe nestes requisitos não poderá se tornar usucapiente de bens móveis ou imóveis, estando vedado por lei a proposição de ação de usucapião.

No momento em que cessar o motivo da suspensão da usucapião, o prazo deve voltar a ser contado normalmente, computando o período decorrido anteriormente.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe uma palavra final acerca da atribuição da propriedade de um bem por meio de usucapião.

Considerando a existência da possibilidade de se possuir um bem que a princípio não lhe pertencia, tornando-se proprietário deste, dispondo assim de todos os poderes inerentes a posse do objeto. A usucapião, foi o modo encontrado pelo homem de apossar-se de uma propriedade que outra hora estava abandonada. Fazendo por merecer, tornar-se dono do bem móvel ou imóvel, cumprindo os devidos requisitos.

Como visto, a usucapião é uma situação vinda do direito das coisas, mais especificadamente do direito real, proposta de forma pacífica e de boa-fé, onde a pessoa interessada, através de uma ação judicial, consegue para si a posse definitiva do bem, legitimamente registrada e reconhecida.

Assim, atribuídos todos os direitos, permite ao sujeito que disponha do bem como desejar como o proprietário legitimo tem liberdade de fazer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além disso, foi discutido que desde que não esteja no rol taxativo no qual está explicito em lei no artigo 197 do Código Civil Brasileiro, qualquer pessoa tem a chance de ingressar com o pedido de usucapião.

Portanto, neste artigo foi dissertado quanto uma das diversas formas de se possuir um objeto, buscando explicações simples e de fácil entendimento para aumentar a compreensão do leitor a qual este texto alcançar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. v. IV, p. 20. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALLENDE, Guillermo L. **Panorama de derechosreales**. Buenos Aires: La Ley, 1967.

PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 04 out. 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil. Direito das Coisas**. 2- volume : teoria geral obrigações 22 ed. rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PLANALTO. **Lei nº6.969, de 10 de dezembro de 1981**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6969.htm> Acesso em: 10 nov. 2019.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 3ª ed. Porto Alegre: Ajuris,1981.

SENADO. **Atividade Legislativa**. Disponível em:<https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_03.07.2019/art_183_.asp> Acesso em: 10 nov. 2019.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. 2. Ed. Barueri São Paulo: Manole, 2019.

GOMES, Orlando. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas** – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**– 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

Boletim Conteúdo Jurídico n. 952 de 04/04/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454